

REVISTA

ESCOLA DA MAGISTRATURA REGIONAL FEDERAL 2ª REGIÃO

Volume 21

Nº 1 - Nov.2014/Abr.2015



Eduardo Espinola


EMARF



**REVISTA
DA ESCOLA DA
MAGISTRATURA REGIONAL
FEDERAL DA 2ª REGIÃO
EMARF**

Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Volume 21
Nov.2014/Abr.2015

Esta revista não pode ser reproduzida total ou parcialmente sem autorização

Revista da Escola da Magistratura Regional Federal / Escola da
Magistratura Regional Federal, Tribunal Regional Federal da 2ª Região.
N. 1 (ago. 1999)

Rio de Janeiro: EMARF - TRF 2ª Região / RJ 2014 - volume 21, n. 1
(nov.2014/abr.2015)

Semestral

Disponível em: <[http://seer.trf2.jus.br:81/emarf/ojs/index.
php/emarf](http://seer.trf2.jus.br:81/emarf/ojs/index.php/emarf)>

ISSN 1518-918X

1. Direito - Periódicos. I. Escola da Magistratura Regional
Federal.

CDD: 340.05

Diretoria da EMARF

Diretor-Geral

Desembargador Federal Guilherme Calmon Nogueira da Gama

Diretor de Publicações

Desembargador Federal Luiz Antonio Soares

Diretor de Cursos e Pesquisas

Desembargador Federal Aluisio Gonçalves de Castro Mendes

Diretor de Intercâmbio e Difusão

Desembargador Federal Augusto Guilherme Diefenthaeler

Diretor de Estágio

Desembargador Federal Marcus Abraham

EQUIPE DA EMARF

Jaderson Correa dos Passos - Assessor Executivo

Rio de Janeiro

Carlos José dos Santos Delgado

Carlos Roberto de Assis Lopes

Clarice de Souza Biancovilli Mantoano

Diana Cordeiro Franco

Edith Alinda Balderrama Pinto

Flávia Munic Medeiros Pereira

Leila Andrade de Souza

Liana Mara Xavier de Assis

Luciana de Mello Leitão

Maria Suely Nunes do Nascimento

Pedro Mailto de Figueiredo Lima

Marta Geovana de Oliveira

Thereza Helena Perbeils Marchon

Espírito Santo

Jaqueline Guioti Dalvi

Livia Peres Rangel

Soraya Bassini Chamun

Conselho Editorial

Alberto Nogueira, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal aposentado, Brasil

Alberto Nogueira Jr., Justiça Federal 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

Américo Augusto Nogueira Vieira, Advogado e Professor de Direito da UFPR, Brasil

Américo Bedê Freire Jr., Justiça Federal da 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

Ana Paula Vieira de Carvalho, Justiça Federal da 2ª Região, Juíza Federal, Brasil

André Ricardo Cruz Fontes, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

Artur de Brito Gueiros de Souza, Procuradoria Regional da República 2ª Região, Brasil

Caio Márcio Gutterres Taranto, Justiça Federal da 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

Carlos Guilherme Francovich Lugones, Justiça Federal da 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

Carmem Tiburcio, Advogada, Brasil

Celso de Albuquerque Silva, Procuradoria Regional da República 2ª Região, Brasil

Daniel Antônio de Moraes Sarmento, Procuradoria Regional da República 2ª Região, Brasil

Eugênio Rosa de Araújo, Justiça Federal da 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

Guilherme Couto de Castro, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

Gustavo Sampaio Telles Ferreira, Universidade Federal Fluminense, Professor, Brasil

Helena Elias Pinto, Justiça Federal da 2ª Região, Juíza Federal, Brasil

Jane Reis Gonçalves Pereira, Justiça Federal da 2ª Região, Juíza Federal, Brasil

Leonardo Greco, Advogado, Brasil

Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva, Justiça Federal da 2ª Região, Juíza Federal, Brasil

Firly Nascimento Filho, Justiça Federal da 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

Flávio de Oliveira Lucas, Justiça Federal da 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

Luís Greco, Advogado, Universidade da Alemanha, Alemanha

Luiz Antonio Soares, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

Luiz Paulo da Silva Araújo Filho, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

Marcus Abraham, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

Marcus Lívio Gomes, Justiça Federal 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

Nadia de Araújo, Procuradoria de Justiça - MPRJ, Assessoria de Recursos Constitucionais, Brasil

Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, Procurador de Justiça aposentado, Advogado, Brasil

Paulo Freitas Ribeiro, Advogado, Brasil

Poul Erik Dyrland, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

Reis Friede, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

Ricarlos Almagro Vitoriano Cunha, Justiça Federal da 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

Rodolfo Kronenberg Hartmann, Justiça Federal da 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

Rodrigo de Souza Costa, Advogado, Brasil

Rogério Dutra dos Santos, Universidade Federal Fluminense - UFF, Brasil

Saete Maria Polita Macalóz, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargadora Federal, Brasil

Sérgio D'Andrea Ferreira, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal aposentado, Brasil

Silvana Batini César Góes, Procuradoria Regional da República 2ª Região, Brasil

Theophilo Antonio Miguel Filho, Justiça Federal 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Presidente:

Desembargador Federal SERGIO SCHWAITZER

Vice-Presidente:

Desembargador Federal POUL ERIK DYRLUND

Corregedor-Geral:

Desembargadora Federal SALETE MACCALÓZ

Membros:

Desembargador Federal PAULO ESPIRITO SANTO
Desembargadora Federal VERA LÚCIA LIMA
Desembargador Federal ANTONIO IVAN ATHIÉ
Desembargador Federal ANDRÉ FONTES
Desembargador Federal REIS FRIEDE
Desembargador Federal ABEL GOMES
Desembargador Federal LUIZ ANTONIO SOARES
Desembargador Federal MESSOD AZULAY NETO
Desembargadora Federal LANA REGUEIRA
Desembargador Federal GUILHERME COUTO
Desembargador Federal GUILHERME CALMON
Desembargador Federal JOSÉ ANTONIO NEIVA
Desembargador Federal JOSÉ FERREIRA NEVES NETO
Desembargadora Federal NIZETE LOBATO RODRIGUES CARMO
Desembargador Federal LUIZ PAULO DA SILVA ARAÚJO FILHO
Desembargador Federal ALUISIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES
Desembargador Federal GUILHERME DIFENTHAELER
Desembargador Federal MARCUS ABRAHAM
Desembargador Federal MARCELO PEREIRA DA SILVA
Desembargador Federal RICARDO PERLINGEIRO
Desembargadora Federal CLAUDIA MARIA PEREIRA BASTOS NEIVA
Desembargadora Federal LETÍCIA DE SANTIS MELLO
Desembargadora Federal SIMONE SCHREIBER

SUMÁRIO

| | |
|--|-----|
| A AUTOTUTELA TRIBUTÁRIA E O CONTRIBUINTE | 11 |
| André R. C. Fontes | |
| A RELAÇÃO ENTRE O CRITÉRIO DE EQUIVALÊNCIA E O DE ATIVIDADE INVENTIVA NA ANÁLISE DE PATENTES | 17 |
| Antonio Carlos Souza de Abrantes | |
| AFINAL, PARA QUE SERVE A PENA? A TRAGÉDIA DA AUTORIDADE? 39 | |
| Bernardo Montalvão Varjão de Azevêdo | |
| A INFLUÊNCIA DA JURISPRUDÊNCIA DOS CONCEITOS E JURISPRUDÊNCIA DOS INTERESSES NA CIÊNCIA DO DIREITO | 47 |
| Carolina Brasil Romão e Silva | |
| LIMITES CONSTITUCIONAIS AOS PODERES DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO | 59 |
| Daniel Ferreira de Melo Belchior | |
| A SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO QUESTIONADA NO CASO DA DEMOLIÇÃO DA IGREJA DE SÃO PEDRO DOS CLÉRIGOS DO RIO DE JANEIRO | 77 |
| Daniela Maria Cunha de Hollanda | |
| DIREITO DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL: ONTEM E HOJE | 127 |
| Guilherme Calmon Nogueira da Gama | |
| DANO MORAL POR ROMPIMENTO DE NOIVADO E A EXPANSÃO DOS DANOS INDENIZÁVEIS..... | 151 |
| João Victor Rozatti Longhi e Marcella Rosière de Oliveira | |
| A INFLUÊNCIA DO REALISMO NO PENSAMENTO JURÍDICO: UMA ABORDAGEM TEÓRICO-HISTÓRICO-FILOSÓFICA E A ESCOLA DE UPSSALA | 187 |
| Laura Magalhães de Andrade | |
| DA NATUREZA VIESTES E À NATUREZA RETORNARÁS: COMO O DIREITO NASCEU DA NATUREZA E A ELA RETORNA PARA SALVÁ-LA | 203 |
| Laone Lago | |

| | |
|---|-----|
| DO PENSAMENTO ANTIFORMALISTA DE LÉON DUGUIT À FUNÇÃO SOCIOAMBIENTAL DA PROPRIEDADE NO DIREITO BRASILEIRO.... | 225 |
| Lucas Perez da Motta | |
| O RENASCIMENTO DA IDEIA DE COMUNIDADE INTERNACIONAL E AS NOVAS CATEGORIAS DE NORMAS DO DIREITO INTERNACIONAL | 241 |
| Luis Eduardo Bianchi Cerqueira | |
| ELEIÇÕES DIRETAS NA IDADE MÉDIA: O “ <i>COUTO MIXTO</i> ” | 261 |
| Luiz Paulo Viveiros de Castro | |
| OS PRINCÍPIOS DA BUSCA PELA VERDADE REAL E DO <i>IN DUBIO PRO MISERO</i> APLICADOS AO PROCESSO PREVIDENCIÁRIO | 267 |
| Marcelo Leonardo Tavares | |
| AS NOVAS RESTRIÇÕES AO DIREITO DE SER ELEITO..... | 283 |
| Paulo Roberto Bérenger Alves Carneiro | |
| DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO CONTRADITÓRIO: VERTENTES MATERIAL E FORMAL (À LUZ DA EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL E LEGISLATIVA DO REGRAMENTO PROCESSUAL CIVIL)..... | 303 |
| Reis Friede | |
| ASPECTOS REFERENTES ÀS FONTES DO DIREITO NA BAIXA IDADE MÉDIA..... | 317 |
| Renata Marques Osborne da Costa | |
| CLÁUSULA DE NÃO RESTABELECIMENTO: A NECESSÁRIA INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA DO ART. 1.147 DO CÓDIGO CIVIL | 341 |
| Rodrigo Leitão Requena | |

A AUTOTUTELA TRIBUTÁRIA E O CONTRIBUINTE

*André R. C. Fontes, Desembargador no Tribunal Regional Federal
da 2ª Região (Rio de Janeiro e Espírito Santo)*

Uma das consequências mais características da tripartição dos poderes é a desnecessidade dos órgãos do Poder Executivo das entidades federativas terem de recorrer ao Poder Judiciário para praticar e fazer valer atos administrativos, no exercício de suas funções. Essa conclusão assinala o que se compreende por equilíbrio e harmonia dos poderes, tal como se extrai da Constituição da República, em seu artigo 3º. A aplicação dessa disposição constitucional tem uma importância geral como *princípio* para a Administração Pública, que se utiliza do poder de autotutela, ordinariamente, nas relações travadas e nos eventuais conflitos com os administrados. Conceitualmente, esse poder, o de autotutela, significa que a própria Administração Pública resolverá os conflitos que ela trava com os particulares, e não necessitará de uma prévia intervenção judiciária. São exemplos: o seu poder de revogar atos administrativos, ou de anulá-los, embora precedidos de um procedimento administrativo, com ampla defesa do administrado e contraditório. Outro bom exemplo seria a retirada de um veículo que impedisse o trânsito nas vias públicas, a despeito de uma falta de consentimento do correspondente proprietário.

O reconhecimento desse *princípio de autotutela administrativa* somente é desmentido pelas exceções, que sugerem que as proibições a essa forma de tutelar, a si mesmo, são expressamente contempladas em nosso ordenamento jurídico. Refinando-se a exposição em bases mais amplas, podemos afirmar que, tanto a norma de cariz constitucional,

como é exemplo a regra proibitiva de desapropriação, sem a intervenção do Judiciário, como a norma de cariz legal, na qual contém a vedação de demolir administrativamente a construção que viole a regra edilícia do art. 888, VIII, do Código de Processo Civil, conduzem a uma ideia explícita de proibição da autotutela, a despeito da inegável limitação de exemplos.

Ao analisarmos essa metodologia de concretude normativa desprovida de decisão judicial, pareceria, à primeira vista, que somente uma explicação eliminaria eventuais incongruências de um significado de texto constitucional que se mostraria injusto e indevidamente oculto no macrocosmo do sistema da Constituição da República, a carecer de uma forma precisa de explicação e conhecimento. A regra disposta no art. 3º da Constituição da República, por outro lado, mostra apenas, e diretamente, uma certa horizontalização dos planos nos quais estão assentados os Poderes da República, sem a particularidade que torna central e comum a designação *autotutela* na Administração Pública. A elaboração dessas ideias forma um quadro peculiar de exclusão do Poder Judiciário, como um verdadeiro destaque no quadro da resolução de conflitos em um país democrático, obediente à lei e à Constituição da República. Essa tendência incongruente e verdadeiramente oposta ao curso da importância do Poder Judiciário na democracia brasileira não se apresenta de forma autoenunciativa e revelada, à primeira vista, na compreensão das belas letras da Constituição. Ter que aclarar o que há de mais significativo, na prática, no entendimento da não hierarquia e da harmonia entre os Poderes da República soa como um desvio de um texto orientado para traçar os rumos desejados pela sociedade brasileira.

A exceção é, historicamente, um dos mais firmes exemplos de exceção à regra da autotutela. A proibição da autotutela tributária, portanto, é o guia mais puro na síntese da cobrança de tributos no País. Essa negação conduz à ideia de que o Fisco deverá cobrar os tributos mediante uma necessária intervenção de outro Poder, o Poder Judiciário, a quem é confiada a função jurisdicional. Fazendo um paralelo entre o sistema geral da autotutela para a Administração Pública e a proibição de ser ela, a autotutela, usada para a cobrança de tributos, há de se indagar a possibilidade de a Administração Tributária valer-se (ou poder se valer), de algum modo, da sistemática comum, usada pela Administração Pública em geral, ao exercer a autotutela tributária no conflito com os contribuintes.

Ao se mostrar certa unidade e um paralelismo entre a Administração Pública e a Administração Tributária, tomar situações como equivalentes pode significar resposta positiva à indagação, aparentemente contraditória, de que a Administração Pública poderia e a Administração Tributária não poderia se valer da autotutela, razões que levariam a uma ter o poder se repetiriam para aquela que não teria o poder.

Cada um dos três Poderes da República utiliza-se de alguma maneira da ideia de harmonia, segundo as bases de sua natureza e conteúdo. À Administração Pública a autotutela é atribuída, *grosso modo*, para impedir que um Poder, como é o caso do Poder Executivo, que exerce primordialmente a função administrativa, necessite de verdadeiras muletas do Judiciário para fazer valer suas decisões. A compreensão da metáfora das muletas é a de não anular do Executivo em sua condição de Poder e reduzi-lo à situação de caudatário do Poder Judiciário.

A estrutura constitucional, definitivamente, não contemplaria uma desqualificação do Poder Executivo, se quisermos apresentar uma síntese negativa e contundente das proposições feitas. A aplicação de noções que afastem a autotutela seria inaceitável, se uma só palavra pudesse traduzir o ponto central a que converge toda a exposição. O desdobramento contrário a essa linha de raciocínio encerraria uma violação ao que há de mais fundamental no princípio da harmonia entre os Poderes da República, que se extrai do art. 3^a de nossa Constituição.

É de ofuscante nitidez que, ao Poder Legislativo, tal princípio de harmonia não teria essa mencionada destinação. É que, por exercer, primordialmente, a função normativa, a ideia de atos concretos somente ocorreria para os atos administrativos que praticasse e, nesse particular, lhe seria aplicável, igualmente, o poder de autotutela administrativa. Afinal, se partiria da ideia de que, também com relação a ele, a harmonia entre os Poderes seria aplicada, mediante a exclusão do Poder Judiciário no controle dos atos administrativos a serem praticados. Ao determinar o lugar da autotutela no espaço da Administração Pública, e também no âmbito da Administração Pública do Poder Legislativo, devem-se aceitar tais ideias, sem considerar o exercício eventual da função jurisdicional pelo Poder Legislativo na conhecida e assim chamada pelos estudiosos de *jurisdição anômala*, como, seria exemplo, o julgamento do Presidente da República

pelo Senado Federal, já que encontraria na própria jurisdição, com poder de *executio*, o cumprimento de decisão jurisdicional.

Ao se reconhecer a veracidade de tais assertivas, uma afirmação tão contundente de certeza da aplicação da noção de autotutela administrativa para a Administração Tributária exigiria uma imprescindível ressalva: a de que ela não significará uma forma de execução administrativa de créditos tributários. Tampouco terá por objetivo a proposição de formas novas de desfazimento da relação ou situações administrativas por anulação ou revogação para o atendimento da finalidade pública. Ela significará, em verdade, a observância da legalidade objetiva.

Uma conclusão de a Administração Tributária poder utilizar a autotutela administrativa deve, antes de tudo, reforçar a premissa fundamental da legalidade tributária, que não deve passar em branco. Assim interpretando, o Fisco, ao velar pela observância da legalidade dos tributos na sua cobrança, deve sempre levar em consideração que a Administração Tributária, ao constatar a ausência de legalidade na cobrança de um tributo, outra atitude não deverá tomar, senão a de anular o ato praticado.

Essa anulação não se dará pela regular forma de atuação da Administração Tributária como espécie de Administração Pública – embora as razões que essa última tenha não exclua a igual atuação daquela. Mas, diversamente da Administração Pública normalmente considerada, a Administração Tributária deve, invariavelmente, pautar-se pela legalidade, porque não há atuação do Fisco sem lei. E o objetivo do Fisco é o de prover os cofres públicos de renda para o Estado realizar as suas funções. Na Administração Pública, o atuar é o de realizar a missão do Estado de se pautar na lei com o fim de atender ao interesse público.

Duas missões que compartilham as Administrações Pública e Tributária: a primeira, de atuação mais geral de atendimento do interesse público, tal como a lei o determina; e, de modo específico, a segunda missão será a atuação da Administração Tributária em prover o Estado de recursos para que a primeira (a Administração Pública) realize sua missão constitucional.

Fica a indagação se a autotutela da Administração Tributária significará um atuar em favor do contribuinte. A melhor resposta é a de que o atuar contra a lei, aquém da lei, além da lei ou sem a lei, é um atuar em desacordo

com a noção de Estado Democrático de Direito e configura desatender à vontade soberana do povo nos seus fins primordiais. O Estado que não pauta a sua atuação pelas próprias leis que cria não é, e nunca deve ser, o Estado que foi criado por nossos constituintes em 1988. Se o resultado prático significará que o contribuinte é o beneficiado, uma de duas: ou o Estado agiu errado, porque não observou a lei na sua aplicação, ou o Estado agiu errado ao não retomar a legalidade com relação ao ato injustamente praticado. O triunfo da legalidade significará muito mais do que a tutela dos direitos do contribuinte; significará o retorno concreto ao Estado de Direito.

De todo o modo, ficará o contribuinte apto a utilizar as formas de controle jurisdicional dos atos da Administração Pública, seja a Tributária ou não. E o sentido que desempenhar a provocação de uma tutela jurisdicional, a legalidade, nesse aspecto, deverá ser observada e restituída pelo Poder Judiciário, que tem outra legalidade a observar, na sua prática institucional, aquela estampada no princípio da vinculação da jurisdição à lei e ao direito.

A RELAÇÃO ENTRE O CRITÉRIO DE EQUIVALÊNCIA E O DE ATIVIDADE INVENTIVA NA ANÁLISE DE PATENTES

Antonio Carlos Souza de Abrantes - Mestrado em Engenharia Biomédica pela UFRJ, Doutorado em História das Ciências pela COC/FIOCRUZ, Autor do livro "Introdução ao Sistema de Patentes", Chefe da Divisão de Computação e Eletrônica da Diretoria de Patentes no INPI¹

1. INTRODUÇÃO

O artigo 8º da Lei de Propriedade Industrial nº 99279/96 estabelece que é patenteável a invenção que atenda aos requisitos de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial. O artigo 13 da LPI estabelece que a invenção é dotada de atividade inventiva sempre que, para um técnico no assunto, não decorra de maneira evidente ou óbvia do estado da técnica. Segundo Rodrigo Souto Maior: *"O óbvio significa aquilo que não vai além do progresso normal da tecnologia; que meramente decorrer de forma natural e lógica do estado da técnica, que não implica o exercício de técnica ou habilidade outra que a esperada de um técnico com conhecimento médio do assunto"*. Para Gabriel Leonardos:

"mesmo assegurando-se os elementos necessários à correta identificação do requisito da atividade inventiva, esse critério é por demais subjetivo, afinal o que talvez seja inventivo – portanto, não óbvio – para um técnico no assunto talvez não seja para um outro. Além disso, em se tratando de patentes examinadas e concedidas há vários anos, o mesmo técnico, que hoje está influenciado por

¹ As opiniões aqui manifestadas refletem posições pessoais do autor e não representam necessariamente o posicionamento oficial do INPI sobre o tema

*uma tecnologia bem mais moderna em relação aquela criada e desenvolvida antes, e para quem ‘tudo que é antigo é óbvio’ deve se transportar para a época do depósito do pedido”.*²

A extensão da proteção da patente, não deve se ater ao teor estritamente literal das reivindicações (artigo 41 da LPI) aplicando-se a chamada “*doutrina de equivalentes*” (artigo 186 da LPI). Segundo o TJESP³ “*na reprodução não autorizada de elementos essenciais de invento patenteado, mesmo havendo diferenciações, estas não são levadas em conta, pois a usurpação da idéia é que caracteriza a contrafação, cabendo pedido de perdas e danos*”. Este mesmo parecer cita comentário de Gama Cerqueira:

“o objeto do direito do inventor não é o produto material em que se concretiza a invenção, nem o processo ou os meios descritos pelo inventor. O produto obtido ou o processo criado não constitui senão uma forma de realização do invento. O que importa é a idéia da invenção, a idéia de solução, cuja usurpação caracteriza o delito”.

Segundo o Des. Adroaldo Furtado Fabrício do Tribunal de Justiça do Rio Grande Sul em Taurus Blindagens v. Pier Luigi Nava⁴, titular da patente PI7804777, para um capacete esportivo

“constitui contrafação, no sentido que infringe o privilégio, a fabricação de produto com aproveitamento da idéia inventiva básica protegida, ainda que sem completa e absoluta correspondência com a descrição patenteada, mercê de acréscimos e alterações que, àquela estranhos, todavia não a desfiguram”.

A proposta deste artigo é mostrar que estas duas análises: a de atividade inventiva para concessão da patente e a equivalência para caracterização

² LEONARDOS, Gabriel Francisco; AMARAL, Rafael Lacaz. Atividade inventiva e suficiência descritiva – o perito do juízo como técnico no assunto. Revista da Associação Brasileira da Propriedade Industrial, n.100, p.32-43, maio/junho 2009

³ TJSP, EI, n.43135-1 SP de 30.04.85 in RJTJSP/Lex-95/318-323 apud Propriedade Industrial: política, jurisprudência, doutrina, Aurélio Wander Bastos, p. 51 e 92

⁴ Apelação Civil Número: 588003582 Tribunal: Tribunal de Justiça do RS Seção: CIVEL Tipo de Processo: Apelação Cível Órgão Julgador: Sexta Câmara Cível Decisão: Acórdão Relator: Adroaldo Furtado Fabrício Comarca de Origem: PORTO ALEGRE Revista de Jurisprudência: RJTJRS, v-131/426 Data de Julgamento: 17/05/1988, TJRS, AI n°588.026.484 – Caxias do Sul, de 28.06.88 in RJTJRS-133/188-190, apud Propriedade Industrial: política, jurisprudência, doutrina, Aurélio Wander Bastos, p. 61, apud Delimitação do escopo da patente, Ivan Bacellar Ahlert, in. Criações Industriais, Segredos de Negócio e Concorrência Desleal, Manoel Joaquim Pereira dos Santos e Wilson Pinheiro Jabur (coord.), São Paulo: Saraiva, 2007, série GVLaw, p.175, apud Uma Introdução à propriedade intelectual, Denis Barbosa, Rio de Janeiro:Lumen Juris, p. 469, apud. Patentes de invenção: extensão da proteção e hipóteses de violação, Fernando Eid Philipp, São Paulo:Ed. Juarez de Oliveira, 2006, p.115 e 153

da contrafação não estão desconectadas entre si, mas devem estabelecer uma correspondência de modo a garantir o equilíbrio de interesses entre titular e sociedade no sistema de patentes.

2. A HIPÓTESE DE EQUILÍBRIO ENTRE EQUIVALÊNCIA E ATIVIDADE INVENTIVA

Um meio deve em geral ser considerado equivalente ao descrito quando é óbvio para um técnico no assunto *executa a mesma função substancialmente do mesmo modo para obter o mesmo resultado que o elemento, objeto da patente, definido na reivindicação*. Isto pode ser entendido como relacionado com o requisito de patenteabilidade de uma invenção: dado que uma invenção só é patenteável senão for óbvia à luz do estado da técnica, o escopo da patente deve se estender também aos meios cuja substituição seria óbvia para um técnico no assunto.⁵

Denis Barbosa segue o mesmo raciocínio:

“haverá equivalência quando seja óbvio para uma pessoa versada na técnica (técnico no assunto) que o mesmo resultado alcançado por meio do elemento como expresso na reivindicação pode ser alcançado por meio do elemento equivalente, existente no produto alegadamente infringente. Assim, quando o resultado alcançado não seja óbvio, a equivalência não é aplicável”⁶

e ainda

“na verdade, as noções de equivalência e de atividade inventiva tiveram processos históricos entrelaçados, especialmente sob a vigência da lei francesa de patentes de 1844. O mesmo princípio que, num eixo temporal, diferencia um invento patenteável – pois dotado de atividade inventiva – do estado da técnica, é aplicável no eixo da análise de infringência, para saber se uma variável é tão próxima que resulta em contrafação, ou distante o suficiente para constituir em aperfeiçoamento – e assim entendem tanto o direito francês, quanto o italiano e [...] a prática americana”⁷.

⁵ Comentários à Lei de Propriedade Industrial e correlatos, Dannemann, Siemsen, Bigler & Ipanema Moreira, Rio de Janeiro:Renovar, 2001, p. 358

⁶ apud Doutrina dos equivalentes em direito de patentes, Denis Barbosa, in. Criações Industriais, Segredos de Negócio e Concorrência Desleal, Manoel Joaquim Pereira dos Santos e Wilson Pinheiro Jabur (coord.), São Paulo: Saraiva, 2007, série GVLaw, p.241

⁷ apud Doutrina dos equivalentes em direito de patentes, Denis Barbosa, in. Criações Industriais, Segredos

Segundo Thomas Adam⁸: “ao aplicar o mesmo padrão de um lado, ao titular da patente e do outro lado aos seus concorrentes o objetivo da Lei de patentes de equilibrar interesses competitivos e com isso criando igualdade de armas”.

Ao comparar o teste de atividade inventiva de uma invenção frente a uma anterioridade e o teste de contrafação de uma patente Roubier conclui:

“se por um lado nos dois casos a comparação deve se estabelecer a partir dos elementos essenciais característicos da patente, por outro lado, a apreciação das anterioridades deve se fazer a partir das diferenças ao passo que a apreciação da contrafação deve ser feita a partir das semelhanças”⁹.

A contrafação deve ser apreciada pelas suas semelhanças e não pelas suas diferenças¹⁰. Para Eugène Pouillet:

“Na maioria das vezes são observadas diferenças entre o objeto patenteado e objeto contrafator que visam esconder da infração. Por isso, é uma boa regra a seguir julgar a infração pelas semelhanças e não pelas diferenças. No entanto acrescento - e esta é a mesma regra em sentido inverso - pouco importa que o objeto supostamente infrator poderia, com a ajuda de fácil modificação substituir o objeto patenteado; se de fato o é diferente, não há infração”¹¹.

Mesmo que sejam detectados acréscimos no objeto contrafeito isto não tem qualquer efeito na análise de contrafação, que está interessada em identificar os elementos essenciais da reivindicação da patente no objeto contrafeito. Neste caso a análise é feita buscando-se as semelhanças entre objeto contrafeito e a patente. Por outro lado, estes acréscimos serão

de Negócio e Concorrência Desleal, Manoel Joaquim Pereira dos Santos e Wilson Pinheiro Jabur (coord.), São Paulo: Saraiva, 2007, série GVLaw, p.249 apud Atividade Inventiva como requisito de objetividade, Denis Barbosa, Revista Criação, n.1, p.43, Rio de Janeiro:IBPI, 2008 <http://www.denisbarbosa.addr.com/atividade.pdf>, O contributo mínimo em propriedade intelectual: atividade inventiva, originalidade, distinguibilidade e margem mínima. Denis Borges Barbosa, Rodrigo Souto Maior, Carolina Tinoco Ramos, Rio de Janeiro:Lumen, 2010, p.41

⁸ O escopo das patentes e a doutrina dos equivalentes: aspectos críticos, Thomas Adam, in Scientia 2000: propriedade intelectual para a academia. Org. Claudia Inês Chamas, Fiocruz, MCT, Fundação Konrad Adenauer, 2003, p.23

⁹ Patentes de invenção: extensão da proteção e hipóteses de violação, Fernando Eid Philipp, São Paulo:Ed. Juarez de Oliveira, 2006, p.156

¹⁰ Patentes de invenção: extensão da proteção e hipóteses de violação, Fernando Eid Philipp, São Paulo:Ed. Juarez de Oliveira, 2006, p.154

¹¹ POUILLET, Eugène. Traité Theorique et Pratique des Brevets d'Invention et de la Contrefaçon. Marchal et Bilard:Paris, 1889, p.602

fundamentais para se avaliar a atividade inventiva deste aperfeiçoamento, que é feita, portanto, com base nas diferenças entre o estado da técnica e a solução proposta.

Da mesma forma que há uma correspondência entre equivalência e análise de atividade inventiva, também existe uma correspondência entre a contrafação literal e a análise de novidade. Assuma que A tenha concedida uma patente de uma caneta. O concorrente B solicita uma patente para mesma caneta com uma borracha fixada a uma de suas extremidades. O *infringement test for anticipation* trabalha por hipótese com o seguinte conceito: imagine que A fosse inventado posteriormente a B. Se B reivindicasse apenas a caneta então A configuraria uma contrafação de B. Assim, neste caso A poderia ser usado como anterioridade para B. No caso da B reivindicar a caneta com borracha fixada na extremidade, A se inventado posteriormente não configuraria uma contrafação, pois não dispõe de todos os elementos essenciais da reivindicação de B. Neste caso A não poderia ser usado como anterioridade contra novidade de B. O *infringement test for anticipation* tem sido aplicado pelo Federal Circuit desde sua criação em outubro de 1982.¹² Para propósitos de antecipação por novidade, como de contrafação, não importa se o item antecipado (ou em contrafação) contenha elementos em adição àqueles especificados na reivindicação da patente em questão. Para um documento para atingir a novidade de um pedido de patente o mesmo deve contemplar todos os elementos pleiteados na reivindicação, da mesma forma na contrafação literal todos os elementos da reivindicação devem ser encontrados no objeto acusado de contrafação, aplica-se neste caso a simetria entre análise de novidade com a contrafação literal.

Donald Chisum destaca princípio fixado pela Suprema Corte em *Knapp v. Morss* 150 US 221 (1893) e em *Peters v. Active Mfg.* 129 US 530 (1899) de que “aquilo será contrafação, se posterior, será considerado antecipando a novidade, se anterior” (*that which will infringe, if later, will anticipate, if earlier*).¹³ Este entendimento também foi corroborado em *Bristol Myers Squibb v. Bem Venue Labs*.¹⁴ Neste sentido *Lewmar Marine Inc. v. Bariant*

¹² CHISUM, Donald. *Chisum on Patents*, Matthew Bender, 2011, v.1, p.3-37

¹³ CHISUM, Donald. *Chisum on Patents*, Matthew Bender, 2011, v.1, p.3-36

¹⁴ 246 F.3d 1368, 1378 (Fed.Cir.2001) cf. BROWN, Anne; POLYAKOV, Mark. The accidental and inherent anticipation doctrines: where do we stand and where are we going? *The John Marshall Review of Intellectual Property Law*, v.63, 2004, p.88

Inc (1987)¹⁵ modificou o teste para “aquilo será contrafação literal, se posterior, será considerado antecipando a novidade, se anterior” (*that which literally will infringe, if later in time, anticipates if earlier than the date of invention*). Até a Reforma de 1952 as Cortes entendiam a antecipação como se referindo tanto a novidade como não obviedade. Na medida em que a lei de 1952 delimitou o conceito de não obviedade, então o conceito de *antecipation* passa a ser utilizado apenas para fins de novidade. Nos casos em que haja contrafação pela doutrina de equivalentes, a rigor, a simetria se faz com o conceito de não obviedade. Assim se um documento constitui contrafação por equivalência se apresentado posteriormente, então ele configura uma anterioridade por obviedade se anterior, ou seja, a rigor, já não se fala em *antecipation* neste caso.

Na doutrina nacional encontramos amparo para tais conceitos que relacionam equivalência no momento da contrafação com a análise de atividade inventiva quando da concessão da patente. Segundo os integrantes do escritório Dannemann, Siemsen, Bigler & Ipanema Moreira¹⁶:

“se uma concretização que se alega infringir uma reivindicação de patente resulta de forma óbvia do estado da técnica, essa concretização não deve ser considerada como estando no escopo de tal reivindicação. Por outro lado, se a referida concretização não for óbvia à luz do estado da técnica, pode-se considerar que há infração por equivalência se essa concretização deriva de forma óbvia dos ensinamentos da patente, contanto, é claro, que o escopo pretendido seja razoavelmente suportado pelos termos das reivindicações”.

Ivan Ahlert explica:

*“Se um determinado produto em análise para determinação de infração de uma patente é óbvio frente ao estado da técnica (i.e., o estado da técnica relativo àquela patente), então evidentemente esse produto não pode estar dentro do escopo de proteção da patente, porque a reivindicação dessa patente seria nula se cobrisse matéria óbvia. Por outro lado, se o produto apresenta características que não configuram infração literal da reivindicação da patente, mas constituem alterações óbvias das características reivindicadas, então poderá haver infração por equivalência”.*¹⁷

¹⁵ 827 F.2d 744, 3 USPQ2d 1766 (Fed.Cir.1987) cert. denied 484 US 1007 (1988)

¹⁶ IDS-Instituto Dannemann Siemsen de Estudos de Propriedade Intelectual - Comentários À Lei Da Propriedade Industrial, Rio de Janeiro:Ed. Renovar 2005.

¹⁷ Pibrasil 20 de abril de 2010

Segundo Gabriel di Blasi na análise de infração deve-se investigar o fato de a variante construtiva de produto produzir um efeito material óbvio para um técnico versado no assunto na data de publicação da patente. No caso deste efeito não ser considerado óbvio a variante está fora do escopo da reivindicação da patente. Ainda que este efeito seja considerado óbvio deve-se investigar ainda, se um técnico no assunto iria concluir a partir do texto da reivindicação que o titular da patente de fato queria estabelecer que sua proteção não estava vinculada ao significado mais estrito do texto da reivindicação. Neste caso, mesmo com texto restrito, a patente possui escopo mais amplo e a variante é considerada dentro de seu escopo e, portanto, equivalente a descrição da reivindicação.¹⁸

Se X tem atividade inventiva em relação a Y e Y é de domínio público então concedida a patente X não seria justo que dentro do escopo da patente X estivesse Y pois isso representaria a transferência para o domínio privado de algo antes de domínio público, ou seja, um ônus para sociedade. Podemos, portanto, dizer que se um concorrente fabrica Y, este não é tido como contrafação de X. Por outro lado, se X é óbvio diante de Y então X não deveria ter a patente concedida, porém se este mesmo Y tivesse data de publicação posterior a data de depósito de X, o que levaria a concessão da patente X, então Y seria contrafação de X, caso contrário a patente X teria um escopo restrito à interpretação literal de sua reivindicação. Todas as variações óbvias em torno de X estão dentro de seu escopo. O equilíbrio na avaliação de atividade inventiva na patenteabilidade e equivalência na contrafação garante a harmonia de interesses entre titular e sociedade.

Este entendimento pode ser observado em diversas decisões judiciais. O TJRS em *Plant Center Ind. v. Semeato S.A. Ind. Com.*¹⁹

“As pequenas alterações no invento patenteado pela autora, levadas à cabo pela ré, como bem disse e apurou o douto perito do juízo, por seu turno, não implicaram em produto novo. Ao contrário, o sistema patenteado foi utilizado como núcleo, em cima do qual foram introduzidas pequenas melhorias pela ré, que posso, sem medo de errar, nominá-las de maquiagem do produto registrado,

¹⁸ A propriedade Industrial: os sistemas de marcas, patentes, desenhos industriais e transferência de tecnologia. Gabriel Di Blasi, Ed. Forense: 2010, p.256

¹⁹ Número: 70021626734 Tribunal: Tribunal de Justiça do RS Seção: CIVEL Tipo de Processo: Apelação Cível Órgão Julgador: Décima Quarta Câmara Cível Decisão: Acórdão Relator: Niwton Carpes da Silva Comarca de Origem: Comarca de Passo Fundo Data de Julgamento: 22/07/2010 Publicação: Diário da Justiça do dia 30/07/2010

A relação entre o critério de equivalência e o de atividade inventiva na análise de patentes

com o escopo de gerar insegurança na comunidade científica e técnica ao efeito de apresentá-lo como novidade [...] Essas pequenas nuances, por não alterarem o sistema registrado e inventado pela autora, não desnatura a contrafação”.

Segundo o TJPR “pequenos detalhes de aperfeiçoamento do invento não descaracterizam a contrafação [...] As alterações não são um novo invento, mas aperfeiçoamento do já existente”²⁰.

Segundo o STF²¹ “as diferenças acidentais de forma não devem ser levadas em consideração para se considerar o novo modelo, nem excluem a contrafação”. No livro “Propriedade industrial aplicada: reflexões para o magistrado” direcionado para magistrados é dito:

“Outro fator que deve ser considerado no momento de interpretar a abrangência de uma reivindicação reside na argumentação utilizada pelo titular durante o exame de seu pedido ou em algum procedimento de questionamento da validade de sua patente”²².

Em TJRS em Politorno Móveis v. D´Itália Móveis Ind.²³ o juiz conclui:

“o que importa ressaltar é justamente o ato inventivo (cabideiro móvel) desenvolvido pela autora, ato que não foi contrafeito pela requerida (em seu móvel, o cabideiro é fixo). Foi este ato inventivo (cabideiro móvel) que recebeu a proteção, pois foi ele que avançou no estado da técnica”.

3. A RELAÇÃO ENTRE A ANÁLISE DE CONTRAFAÇÃO E A FASE ADMINISTRATIVA PARA CONCESSÃO DA PATENTE

Se de fato faz sentido estabelecer um equilíbrio entre o nível de inventividade exigido na concessão de uma patente e a avaliação da

²⁰ TJPR Apelação Cível n.12779-1 de 02/10/1990 Pedro Leopoldo Menta e Mapelon Ind. e Com. De Máquinas Agrícolas Ltda., relator: Des. Nunes do Nascimento, apud Patentes de invenção: extensão da proteção e hipóteses de violação, Fernando Eid Philipp, São Paulo:Ed. Juarez de Oliveira, 2006, p.125

²¹ AG 19621, relator: Ministro Lafayette de Andrada J.1958.06.10 Segunda Turma, ementário do STF vol 8.01 p.25 RTJ vol. 6.01 p.01 apud Uma introdução à Propriedade Intelectual, Denis Barbosa, Rio de Janeiro:Lumen Juris, p. 481 apud Usucapião de patentes e outros estudos de propriedade industrial, Denis Barbosa. Rio de Janeiro:Ed. Lumen Juris, 2006, p.136

²² Propriedade industrial aplicada: reflexões para o magistrado. – Brasília : CNI, 2013, p.41 http://arquivos.portaldaindustria.com.br/app/conteudo_24/2013/05/24/404/20130524150112242823i.pdf

²³ TJRS, AC 70014724405, Politorno Móveis v. D´Itália Móveis Ind, Relator: Luiz Ary Vessini de Lima, Comarca: Bento Gonçalves, Décima Câmara Cível, Data de Julgamento: 31/08/2006

extensão de uma patente na fase de contrafação, então podemos entender que as declarações da titular da patente na fase administrativa junto ao INPI, ao justificar sua patente diante do estado da técnica, poderão ser utilizadas para fins de aferição na fase de contrafação. Na decisão Festo²⁴ de 2000 o Federal Circuit redefiniu a interação entre duas doutrinas da Lei de patentes: a doutrina de equivalentes e a *Prosecution History Estoppel* (*File History* ou *File Wrapper Estoppel* – *arquivo envolto*), limitando o alcance da primeira. Emendas realizadas no quadro reivindicatório ao longo da história do processamento da patente no sentido de restringir seu escopo não poderão ser posteriormente pleiteadas pelo titular, alegando a doutrina de equivalentes²⁵. Joseph Root destaca que a doutrina do “*prosecution disclaimer*” tem cada vez mais exercido papel em se restringir a aplicação da doutrina de equivalentes.²⁶

O caso Festo julgado pela Suprema Corte²⁷ estabeleceu um contraponto entre a doutrina de equivalentes que tende a ampliar os direitos do titular e ao mesmo tempo usar o histórico do processamento para restringir os direitos do titular:

*“a linguagem utilizada nas reivindicações de patente não pode capturar cada nuance da invenção ou descrever com completa precisão os limites de sua novidade. Se patentes sempre fossem interpretadas de forma literal, seu valor seria enormemente diminuído. Substitutos sem importância ou insignificantes para certos elementos poderiam malograr uma patente e seu valor para os inventores poderia ser destruído pelo simples ato de copiar a invenção. Por esta razão, a regra mais clara da interpretação de uma patente, o literarismo, pode economizar recursos judiciais mas não necessariamente é a regra mais eficiente. O escopo de uma patente não é limitado a seus termos literais mas ao invés disso abarca todos os equivalentes da reivindicação descrita”.*²⁸

²⁴ Festo Corp v. Shoketsu Kinzoku Kogyo Kabushiki Co 234 F.3d 558, Fed. Cir. 2000 apud apud Doutrina dos equivalentes em direito de patentes, Denis Barbosa, in. Criações Industriais, Segredos de Negócio e Concorrência Desleal, Manoel Joaquim Pereira dos Santos e Wilson Pinheiro Jabur (coord.), São Paulo: Saraiva, 2007, série GVLaw, p.215

²⁵ http://www.fredlaw.com/articles/ip/inte_1203_rd_mpb.html ROOT, Joseph. E. Rules of Patent Drafting from Federal Circuit Case Law. Oxford University Press, 2011, p.84

²⁶ ROOT, Joseph. E. Rules of Patent Drafting from Federal Circuit Case Law. Oxford University Press, 2011, p.68

²⁷ Fest Corp. v. Shoketsu Kinzoku Kogyo Kabushiki Co. Ltd. 535 US 722 (2002) cf. MERGES, Robert; MENELL, Peter; LEMLEY, Mark. Intellectual property in the new technological age. Aspen Publishers, 2006. p.269

²⁸ MERGES, Robert; MENELL, Peter; LEMLEY, Mark. Intellectual property in the new technological age.

A doutrina de *prosecution history estoppel* garante que a doutrina de equivalência mantenha-se restrita a seu propósito original sem ampliações de proteção indevidas:

*“a doutrina de equivalentes tem como premissa a inabilidade em se capturar em palavras a essência da invenção, contudo uma anterioridade descrevendo um elemento preciso em questão desfaz essa premissa. Nos casos em que a história administrativa da patente revela que o inventor voltou sua atenção para a matéria em questão, ele tinha o conhecimento de como se expressar de forma ampla ou restrita na reivindicação, e afirmativamente escolheu a forma mais restrita”.*²⁹

Após esta decisão os titulares nos Estados Unidos tornaram-se mais cautelosos em reivindicar patentes amplas para posterior restrição³⁰. Para Philip Grubb após Festo os agentes de propriedade industrial passaram a recomendar aos requerentes de patentes escreverem tantas reivindicações quanto possíveis.³¹

A patente de Festo refere-se a dois cilindros retentores unidirecionais dotados de luva magnetizável. O objeto acusado de contrafação mostrava um único cilindro retentor bidirecional dotado de luva não magnetizável. As diferenças incidiam, portanto, exatamente nas partes que o titular havia emendado suas reivindicações tendo em vista as anterioridades apontadas pelo USPTO quando da concessão da patente.³² O *estoppel* somente não será aplicado para as emendas verdadeiramente cosméticas, que não atingem o escopo da reivindicação.³³ Como o requerente concordou com a restrição, presume-se que ele abriu mão desta matéria e, portanto, não poderá pleiteá-la como dentro do escopo de sua patente. A exceção a esta regra será quando o titular conseguir provar que a matéria objeto de contrafação, que incide na região delimitada entre a reivindicação originalmente proposta e a reivindicação emendada, constitui matéria não prevista (*unforeseeable*) pelo titular quando concordou em restringir

Aspen Publishers, 2006. p.271

²⁹ MERGES, op.cit.p.273

³⁰ <http://www.ladas.com/Patents/Biotechnology/USPharmPatentLaw/USPhar29.html>

³¹ GRUBB, Philip, W. Patents for Chemicals, Pharmaceuticals, and Biotechnology: Fundamentals of Global Law, Practice, and Strategy; Oxford University Press, 2004, p.339, 424

³² PARK, Jae Hun. Patents and industry standards. US:Edward Elgar 2010, p. 101

³³ MERGES, Robert; MENELL, Peter; LEMLEY, Mark. Intellectual property in the new technological age. Aspen Publishers, 2006. p.274

sua reivindicação ou que possuem uma relação meramente periférica (*tangential relationship*) com as razões que o levaram a restrição do quadro, ou seja, que tal reformulação ocorreu por razões não relacionadas à patenteabilidade.

Ou seja, o titular ao fazer emendas restritivas no quadro só está abrindo mão dos trechos objetos da restrição:

“uma restrição feita por qualquer razão em relação a patenteabilidade pode criar uma limitação posterior do titular em usar a doutrina de equivalentes. Tal limitação contudo não significa que todos os equivalentes da matéria que foi objeto de restrição estejam fora do escopo da patente, tal fato somente irá ocorrer se o titular fracassar em superar a presunção de que abriu mão de tais elementos”³⁴.

Joseph Root, contudo destaca que em geral as Cortes tendem a assumir uma interpretação bastante restritiva do escopo de uma patente:

*“é quase como se a Corte dissesse que sim, uma emenda não levanta qualquer problema no escopo da patente se ela for considerada meramente tangencial, mas se ela fosse realmente tangencial, o titular não teria feito esta emenda em seu pedido”.*³⁵

A Suprema Corte em decisão de 2002 do caso Festo³⁶ entendeu que qualquer restrição feita pelo titular durante o processamento do pedido, independente do motivo ser evitar um documento do estado da técnica ou apenas por questões de melhor clareza, implica que o mesmo abriu mão do terreno cedido, não podendo aplicar a doutrina de equivalente quando de uma contrafação para tentar resgatar este terreno cedido (*territory surrendered is not an equivalent of the territory claimed*). Se a aplicação da doutrina de equivalentes nestes casos de restrição dependesse dos motivos da restrição isto causaria uma incerteza muito grande ao público quanto aos limites efetivos da patente concedida.

Por outro lado a Suprema Corte entendeu que para aquelas questões

³⁴ “a narrowing amendment made for any reason related to patentability can create an estoppel limiting what a patentee can assert as a scope of equivalents. That estoppel, however, does not absolutely bar all equivalents for the narrowed limitation unless the patentee fails to overcome a presumption of surrender” Patent World , agosto 2002, p.12-14

³⁵ ROOT, Joseph. E. Rules of Patent Drafting from Federal Circuit Case Law. Oxford University Press, 2011, p.95

³⁶ Festo Corp v. Shoketsu Kinzoku Kogyo Kabushiki Co, 535 US 722 (2002)

não discutidas na fase de tramitação do pedido junto ao USPTO, caberia continuar aplicando a doutrina de equivalente para a versão restrita da patente concedida, ou seja, temos uma *"flexible bar"* ao invés de uma *"complete bar"* na aplicação da doutrina de equivalentes para tal emenda restringida durante a tramitação da patente junto ao USPTO. Estes casos aplicam-se especialmente quando as questões de equivalência discutidas na fase de contrafação tem relação apenas tangencial com as questões discutidas na tramitação da patente ou para os casos em que a equivalência ocorrer por uso de tecnologias modernas, não previstas quando das emendas feitas na patente. Não se trata de um restrição total (*complete bar*), pois a redação de uma patente nunca será perfeita o suficiente para admitir apenas a situação de infração literal: *"as Cortes podem presumir que o texto emendado foi feito tendo consciência desta regra e que o território que o titular concordou em abrir mão não será contabilizado como equivalente do território reivindicado"*.³⁷ Esta posição de Festo é na perspectiva de Robert Merges um *"foreseeable bar"*, ou seja, restrição previsível, o titular não está restrito à interpretação literal de sua reivindicação emendada, tampouco a uma aplicação livre da doutrina de equivalentes, mas uma solução de compromisso onde sua patente não terá o alcance de proteger aquilo que abriu mão durante o processamento de sua patente.³⁸

Joseph Root destaca em que embora o caso Festo trate do efeito de emendas restritivas empreendidas pelo titular durante o processamento da patente, o mesmo também se aplica a argumentos usados pelo titular não necessariamente relativos a emendas no quadro reivindicatório, desde que tais argumentos sejam *"claros e inquestionáveis"* – *"clear and unmistakable"*. Em *Conoco Inc v. Energy & Envir. Int.*³⁹ a patente tratava da aplicação de agentes redutores do arrasto por fricção em dutos de óleo, utilizando-se ácidos graxos. Foi questionada a falta de atividade inventiva diante de anterioridade que mostrava a aplicação de estearatos metálicos. No processo do pedido de patente o titular argumentou pela não equivalência entre os dois materiais. A Corte aceitou o argumento e destacou que isso não significa que o titular tenha desistido de todos os equivalentes dos ácidos graxos como dentro do escopo de sua patente.

³⁷ MERGES.op.cit.p.276

³⁸ MERGES.op.cit.p.277

³⁹ 460 F.3d 1349 (Fed.Cir.2006) cf. ROOT, Joseph. E. Rules of Patent Drafting from Federal Circuit Case Law. Oxford University Press, 2011, p.86

Philip Grubb exemplifica a aplicação da doutrina de *file wrapper estoppel*. Considere uma reivindicação que pleiteie uma composição com uma faixa preferencial de ureia de 1 a 20% e uma segunda reivindicação independente em que esta mesma composição é pleiteada com uma subfaixa de 1 a 10%. Uma vez encontrado um documento de anterioridade, durante o processamento do pedido de patente, com composição com 18% de uréia, o requerente retirou a primeira reivindicação, permanecendo na patente concedida apenas a reivindicação mais restrita. Para Philip Grubb uma composição no mercado com 13% de ureia não seria considerada contrafação, pois que o requerente quando do processamento durante o processamento teve a oportunidade de ajustar a faixa de valores de uréia para a qual ele considerava como essencial para sua invenção a ponto de diferenciá-la da anterioridade que apresentava percentual de 18%.⁴⁰ Se o pedido originalmente fosse depositado apenas com a reivindicação de 1 a 10% de ureia, sem qualquer recuo diante do estado da técnica durante o processamento do pedido de patente, um composto de 13% de ureia poderia ser considerado contrafação por equivalência.

Este entendimento, contudo, encontra resistências na prática europeia. Na Alemanha a Suprema Corte em *Kunststoffrohrtteil* (2002, GRUR 511) claramente recusou a aplicação da *prosecution history stoppel*. A High Court da Inglaterra mostrou relutância em aplicar a história administrativa no escritório de patentes para interpretar uma reivindicação nos casos *Kirin-Amgen v. Roche Diagnostics*⁴¹ e *Kirin Amgen v. Hoescht Marion Roussel*.⁴² Na Holanda a Suprema Corte de Justiça (*Hoge Raad*) sustentou que a informação contida nos arquivos do escritório de patente da fase processual da patente nunca poderão ser usadas para interpretar a patente, ainda que tais arquivos estejam acessíveis a terceiros⁴³. Segundo Jan Brinkhof:

“As Cortes da Inglaterra, Holanda e Alemanha certamente desencorajam, se não proibem, o uso dos arquivos do processamento da patente na fase administrativa no escritório de patentes como

⁴⁰ GRUBB, Philip, W. *Patents for Chemicals, Pharmaceuticals, and Biotechnology: Fundamentals of Global Law, Practice, and Strategy*; Oxford University Press, 2004, p.423

⁴¹ High Court 11 de abril de 2001, 2001 EWHC Pat 433

⁴² Court of appeal 31 julho 2002, 2002 EWCA Civ 1096. BRINKHOF, Jan. *Extent of protection: are the national differences eliminated ?*. In: KUR, Annette; LUGINBUHL, Stefan; WAAE, Eskil. “...und sie bewegt sich doch ! << *Patent Law on the Move: Festschrift Für Gert Kolle und Dieter Stauder*, Berlin: Carl Heymanns Verlag, 2005, p. 109, 127

⁴³ *Ciba Geigy v. Oté Optics*, 13 janeiro 1995, 28 IIC 748

auxiliar na interpretação de uma reivindicação. Existem boas razões para isso: o sentido de uma patente não deve mudar em função do técnico no assunto ter acesso a tais arquivos". ⁴⁴

Uma defesa utilizada pelos acusados de contrafação na Inglaterra é mostrar que o objeto acusado constitui decorrência óbvia do estado da técnica à época do depósito da patente em questão, e portanto ou encontra-se fora do escopo da patente ou então a patente abrange matéria não inventiva o que a torna passível de nulidade. Esta defesa utilizada pela primeira vez em *Gillette Safety Razor v. Anglo American Trading* (1913) 30 RPC 465 (*House of Lords*) tornou-se conhecida como "*defesa Gillette*".⁴⁵ Na Inglaterra as reivindicações delimitam de forma limitativa o escopo de proteção da patente e não com o intuito de estender a proteção, de forma que o que não é reivindicado é tido como fora da proteção da patente⁴⁶. Tal estratégia é conhecida como "*fence post*", ou seja, as reivindicações delimitam estacas que demarcam o escopo da patente. Na Alemanha ao se avaliar as reivindicações estas não deve se restringir ao seu sentido literal, mas devem ser interpretadas conforme o sentido inferido por um técnico no assunto a partir da redação das reivindicações⁴⁷. Esta estratégia é conhecida como "*sign post*", ou seja, as reivindicações sinalizam um conceito inventivo genérico, objeto da proteção, ou uma "*kerntheorie*", um núcleo da invenção⁴⁸.

Na Suécia em decisão da Corte Distrital de Estocolmo em *Aventis Pharma v Bristol Myers Squibb*, conclui-se que não se aplica a doutrina de equivalentes quando a ampliação do escopo da patente levaria a uma superposição com o estado da técnica conhecido à época do dia de depósito da patente, ou seja, o que se encontra no domínio público não

⁴⁴ BRINKHOF, op.cit.p. 105

⁴⁵ GRUBB, Philip, W. *Patents for Chemicals, Pharmaceuticals, and Biotechnology: Fundamentals of Global Law, Practice, and Strategy*; Oxford University Press, 2004, p.438

⁴⁶ *Electric and Musical Industries Ltd. vs. Lissen Ltd.* (1938) 56 RPC 23 [UK] the function of the claims is to define clearly and with precision the monopoly claimed, so that others may know the exact boundary of the area within which they will be trespassers. Their primary object is to limit and not to extend the monopoly. What is not claimed is disclaimed. The claims must undoubtedly be read as part of the entire document and not as a separate document; but the forbidden field must be found in the language of the claims and not elsewhere, in. *The enforcement of intellectual property rights: a case book*, Louis Harms, WIPO, 2008, p.251

⁴⁷ CUTTER I, BGH, 12/03/2002 – XZR 168/00, In assessing whether use is being made of the invention protected under patent, the contents of the patent claims must first be established, on the basis of the specialist's understanding – that is to say, the meaning inferred by the specialist from the wording of the claims, in. *The enforcement of intellectual property rights: a case book*, Louis Harms, WIPO, 2008, p.253, 268

⁴⁸ in: *The enforcement of intellectual property rights: a case book*, Louis Harms, WIPO, 2008, p. 275

pode passar a constituir objeto de proteção de uma patente posteriormente concedida. Dito de outra forma, o que é considerado óbvio para um técnico no assunto no dia do depósito não pode ser objeto de proteção de uma patente sob amparo da doutrina de equivalentes. A decisão *Svea Court of Appeal, in DeLaval v Lely*, de 2008 confirmou os pontos principais da interpretação das Cortes suecas da doutrina de equivalentes.⁴⁹

Para Jan Brinkhof as patentes na Inglaterra são vistas como restrição à liberdade de modo que seus limites devem ser definidos de uma forma exata. A certeza legal das patentes concedidas possuem um aspecto central nesta perspectiva. Para Philip Grubb:

*“sob o olhar europeu parece estranho que, caso tenha havido uma restrição na reivindicação [durante o processamento do pedido de patente] uma melhoria inventiva de uma invenção patenteada é mais provável de ser considerada infração por equivalência (porque imprevisível) do que uma cópia próxima feita apenas para evitar a infração literal”.*⁵⁰

4. A QUESTÃO DAS PATENTES DE APERFEIÇOAMENTO E A DOCTRINA DE EQUIVALÊNCIA REVERSA

Deve-se observar que um aperfeiçoamento Y da patente X poderá justificar uma nova patente caso este acréscimo apresente atividade inventiva, porém não necessariamente a contrafação de Y estará descaracterizada. Considere uma patente motor caracterizado pelos elementos A e B. Um aperfeiçoamento Y substitui B por C de modo inventivo, melhorando o desempenho do motor. A patente Y é portanto caracterizada pelos elementos A e C. Neste caso Y não é contrafação de X, porque como a substituição de B por C é considerada inventiva, a mesma não é tida como equivalente. Considere uma segunda situação em que o motor Y é uma patente dependente do motor X, por exemplo Y é caracterizado pelos elementos A, B e C, considerado novo e inventivo, onde C permite agregar uma nova funcionalidade ao motor. O motor em Y opera

⁴⁹ The Swedish Doctrine of Equivalence Bengt Domeij, 2010 http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1666166

⁵⁰ GRUBB, Philip, W. Patents for Chemicals, Pharmaceuticals, and Biotechnology: Fundamentals of Global Law, Practice, and Strategy; Oxford University Press, 2004, p.425

da mesma forma que em X, porém agregando esta nova funcionalidade C que justifica a concessão da patente Y. Este é um caso típico de patentes dependentes, pois o fabricante de Y estará em contrafação com X. Portanto, um aperfeiçoamento da patente original X, que justifique uma nova patente Y, não necessariamente irá configurar uma situação de contrafação.

Fernando Philipp observa que a exploração de patentes dependentes exigem licença dos titulares das patentes às quais dependem e cita ditado de Paul Mathély: "*aperfeiçoar é contrafazer*". Segundo Gama Cerqueira:

*"se a modificação introduzida no produto privilegiado puder ser considerada como aperfeiçoamento privilegiável nos termos da lei, ainda assim haverá infração da patente, se o seu autor fabricar o produto sem licença do concessionário"*⁵¹.

Segundo Denis Barbosa⁵²

"suponhamos, primeiramente, o acréscimo na combinação. O invento consiste na combinação de A+B+C e o parâmetro infrator seria A+B+C+D. Três hipóteses podem ocorrer: (a) D é uma variante neutra em face à reivindicação. Há obviamente contrafação, (b) A junção de D à combinação constitui efeito novo, distinto de A+B+C. Não há contrafação, (c) D introduz um aperfeiçoamento a A+B+C. O invento novo, se patenteável, é dependente do anterior".

Tendo em vista os casos de aperfeiçoamentos dotados de uma atividade inventiva significativa, Robert Merges defende o abrandamento da doutrina de equivalentes a ponto de em alguns casos, mesmo uma solução alternativa que seja literalmente descrita nas reivindicações poderia ser considerada como não infringente à patente padrão⁵³. Robert Merges e Richard Nelson citam o caso da patente pioneira da Texas da calculadora de bolso. Uma vez tendo sido divulgada a patente, surgiram diversos aperfeiçoamentos, jamais imaginados pelos titulares da patente original. O Federal Circuit entendeu

⁵¹ apud Patentes de invenção: extensão da proteção e hipóteses de violação, Fernando Eid Philipp, São Paulo:Ed. Juarez de Oliveira, 2006, p.124

⁵² Uma Introdução à propriedade intelectual, Denis Barbosa, Rio de Janeiro:Lumen Juris, p. 397

⁵³ MERGES, Robert. Intellectual property rights and bargaining breakdown: the case of blocking patents, Tennessee Law Review, v.62, 1994. <http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2300&context=facpubs> apud Doutrina dos equivalentes em direito de patentes, Denis Barbosa, in. Criações Industriais, Segredos de Negócio e Concorrência Desleal, Manoel Joaquim Pereira dos Santos e Wilson Pinheiro Jabur (coord.), São Paulo: Saraiva, 2007, série GVLaw, p.226 apud Usucapião de patentes e outros estudos de propriedade industrial, Denis Barbosa. Rio de Janeiro:Ed. Lumen Juris, 2006, p.152

que aperfeiçoamentos significativos sobre a patente original tornavam o dispositivo aperfeiçoado como não sendo contrafação da patente original. A Corte conclui que

*“no total as mudanças tecnológicas vão além do que os inventores revelaram e assim transcendem [...] os limites razoáveis [...] e lançam os dispositivos acusados para além de simplesmente estarem dentro do escopo da patente da Texas Instruments”.*⁵⁴

Em *Boyden Power Brake* a patente de George Westinghouse tratava de um sistema de freios em locomotivas baseado em ar comprimido foi aperfeiçoada de forma substancial por George Boyden. A Suprema Corte conclui que mesmo havendo infração literal da reivindicação isto não significava infração aos direitos do titular da patente, uma vez que embora os dois dispositivos desempenhem a mesma função, os mecanismos para realização destas funções eram tão distintos que não se podia considerá-los equivalentes⁵⁵:

*“nós somos induzidos a olhar de modo favorável a este dispositivo, não somente porque é novo e manifestamente distante do princípio da patente de Westinghouse, mas porque resolve de uma forma mais simples o problema da ação rápida de frenagem, enquanto a patente de Westinghouse não provou ser bem sucedida sem que certos elementos adicionais sejam incorporados a ela”.*⁵⁶

Enquanto na doutrina de equivalentes o conceito é o de investigar se dois objetos diferentes são equivalentes, caso em que há contrafação, a doutrina de equivalência reversa trabalha com um conceito simétrico a este, ou seja, se dois objetos iguais não são equivalentes então não há contrafação. Segundo *Graver Tank & Mfg. Co. v. Linde Air Prods. Co.*⁵⁷. (1950) quando um produto é modificado em seus princípios de um produto patenteado que executa função similar de um modo substancialmente diferente, mas que apesar disso ainda incide no texto literal das palavras usadas na reivindicação, então a doutrina de equivalentes pode ser usada para restringir o escopo

⁵⁴ *Texas Instruments v. ITC*, 805, Federal Reports 2d 1558 (Federal Circuit, 1986) cf. MERGES, Robert; NELSON, Richard. On limiting or encouraging rivalry in technical progress: the effect of patent scope decisions. *Journal of Economic Behaviour and Organization*, v.25, 1994, p.12

⁵⁵ PARK, Jae Hun. *Patents and Industry Standards*, Edward Elgar, 2010, p. 104.

⁵⁶ MERGES, Robert; MENELL, Peter; LEMLEY, Mark. *Intellectual property in the new technological age*. Aspen Publishers, 2006. p.293

⁵⁷ 339 US 605 cf. MERGES, Robert; MENELL, Peter; LEMLEY, Mark. *Intellectual property in the new technological age*. Aspen Publishers, 2006. p. 263, 294

da reivindicação e livrar o produto acusado da caracterização de uma contrafação⁵⁸:

*“nos casos em que um dispositivo modifica muito o princípio usado em um produto patenteado, mas que execute a mesma função ou a esta similar, de modo substancialmente diferente, mas que ainda assim incide dentro do escopo literal da reivindicação, a doutrina de equivalentes pode ser usada para restringir a reivindicação e assim o produto acusado da caracterização de uma contrafação”.*⁵⁹

A doutrina, contudo, é raramente aplicada e o Federal Circuit em *Tate Access Floors v. Interface Architectural Resources*⁶⁰ sugeriu que a doutrina foi descontinuada com o *Patent Act* de 1952⁶¹ e se refere a esta doutrina como “*uma exceção anacrônica, longamente mencionada mas raramente aplicada*”.⁶² Nos raros casos em que foi aplicada a doutrina de equivalência reversa, a mesma foi aplicada em invenção radicais de biotecnologia, e serviu como forma de evitar o titular impedir aperfeiçoamentos radicais de uma tecnologia⁶³. Richard Posner destaca que a doutrina de equivalência reversa foi recebida com certa indiferença pelo *Federal Circuit* que pode estar se revertendo após *Amgen Inc. v. Hoeschst*⁶⁴.

5. AS HIPÓTESES ALTERNATIVAS DE AFERIÇÃO DE EQUIVALÊNCIA E ATIVIDADE INVENTIVA

A tese de se aplicar níveis similares na avaliação de equivalência nos casos de contrafação, com os níveis de atividade inventiva quando da concessão da patente, contudo, não está isenta de críticas. Balmes Garcia, baseado na

⁵⁸ Introduction to the Reverse Doctrine of Equivalents in US Patent Law. <http://groups.google.com/group/colaw/web/introduction-to-the-reverse-doctrine-of-equivalents-in-us-patent-law?pli=1>

⁵⁹ PARK, Jae Hun. Patents and Industry Standards, Edward Elgar, 2010, p. 104

⁶⁰ 110 279 F.3d 1357, 1368 (Fed. Cir. 2002) cf. BURK, Dan L.; LEMLEY, Mark, A. The patent crisis and how the Courts can solve it. The University of Chicago Press, 2009, p.128

⁶¹ LEMLEY, Mark. Software Patents and the Return of Functional Claiming, 2012, p. <http://ssrn.com/abstract=2117302>

⁶² MERGES, Robert; MENELL, Peter; LEMLEY, Mark. Intellectual property in the new technological age. Aspen Publishers, 2006. p.294

⁶³ Scripps Clinic & Research Found. V. Genentech 927 F.2d 1565, 1581 (Fed.Cir.1991) cf. BURK, LEMLEY,op.cit.p.148 nota 18

⁶⁴ 314, F.3d. 1313, 1351 (Fed.Cir.2003) LANDES, William; POSNER, Richard. The economic structure of intellectual property law. Cambridge:Harvard University Press, 2003, p.317

doutrina francesa, alega que não se deve confundir a etapa de determinação da equivalência na fase de patenteabilidade (como critério de não obviedade para concessão de uma patente) e a equivalência na determinação da extensão da proteção conferida pela patente quando da apreciação da contrafação, pois os mesmos têm diferentes níveis de calibração⁶⁵:

“comparando a noção de meios equivalentes quanto à patenteabilidade e à contrafação, percebe-se, a despeito da quase coincidência de ambas, que a segunda é mais rigorosa que a primeira, podendo a nova invenção escapar à determinada anterioridade, vindo a não ser alcançada pela não evidência em relação a ser considerada patenteável e, contudo, ser, ainda assim, considerada contrafação, não escapando à noção de equivalência empregada nesta análise [...] A equivalência na patenteabilidade pressupõe um resultado de mesmo grau ou de idêntica qualidade.

Por outro lado, a caracterização da contrafação por equivalência é muito mais simples: basta que o resultado seja semelhante”. Adam Jaffe e Josh Lerner também parece concordar que deve se aplicar pesos diferentes na análise de não obviedade e contrafação na medida em que observam que enquanto as cortes exigem *“clear and convincing evidence”* para um terceiro anular uma patente, o titular de uma patente basta mostrar *“preponderance of the evidence”* de que há contrafação, o que para os autores mostra uma balança favorável aos titulares da patente⁶⁶, pois parece indicar que é mais fácil incidir em contrafação do que anular uma patente.

Portanto, segundo esta argumentação, como a contrafação se caracteriza pelo resultado semelhante, a substituição de um agente por outro, totalmente diferente em sua essência, mas executando a mesma função e atingindo os mesmos resultados pode justificar uma nova patente, porém constitui contrafação por equivalência. Um aperfeiçoamento de objeto conhecido pode ser considerado inventivo diante de objeto patenteado conhecido do estado da técnica e merecer uma nova patente (*“escapando à determinada anterioridade”*), porém constituir contrafação deste mesmo objeto patenteado do estado da técnica. Por exemplo, considere uma patente de móvel fixado por cola. Um segundo pedido de patente é solicitado para

⁶⁵ Contrafação de patentes, Balmes Vega Garcia, São Paulo: LTR, 2004, p. 68

⁶⁶ JAFFE, Adam; LERNER, Josh. Innovation and its discontents: how our broken patent system is endangering innovation and progress, and what to do about it. Princeton University Press, 2007, p. 3454/5128 (kindle version)

o mesmo móvel fixado por um engenhoso mecanismo de fixação. Nesta perspectiva de critérios diferenciados de obviedade e equivalência este segundo pedido poderia ser considerado inventivo, ou seja, não é óbvio substituir a cola por este engenhoso mecanismo de fixação, mas ainda assim ser considerado contrafação uma vez que ambos são vistos como equivalentes por alcançarem resultados semelhantes.

Neste perspectiva se X tem atividade inventiva em relação a Y e Y é de domínio público então concedida a patente X poderíamos ter a situação em que Y está dentro do escopo de X. Esta situação não seria justa, pois isso representaria a transferência para o domínio privado de algo antes de domínio público, ou seja, um ônus para sociedade. Ademais considerar matérias tidas como não óbvias na fase de patenteabilidade como dentro do escopo da patente, representa um aumento indevido do escopo da patente, situação apontada por exemplo, pela decisão do caso Festo na Suprema Corte dos Estados Unidos. Esta perspectiva pode significar patentes de escopo excessivamente amplo (ônus para a sociedade) e não representar o melhor equilíbrio de interesses entre o inventor e a sociedade. Com patentes excessivamente amplas poderão ocorrer problemas adicionalmente de dupla proteção, ou intercessão entre os direitos de duas patentes em vigor.

Outra possibilidade seria a situação em que se X é óbvio diante de Y então X não deveria ter a patente concedida, porém se este mesmo Y tivesse data de publicação posterior à data de depósito de X, o que levaria a concessão da patente X, então Y poderia não ser contrafação de X. Neste caso a patente X teria um escopo restrito à interpretação literal de sua reivindicação. Este cenário é o que encontramos na proteção de inovações incrementais como modelos de utilidade, que exige níveis menores de inventividade e de outro lado aplica com bastante limitação a doutrina de equivalentes. Na medida em que este mecanismo consegue incentivar as inovações em inventores com menos recursos para inovação tais como pequenas e médias empresas nacionais, consegue-se equilibrar os interesses do titulares com os da sociedade ao se conceder patentes de escopo de proteção restrita.

6. CONCLUSÃO

Este artigo analisou as relações entre a análise de atividade inventiva na fase administrativa do pedido de patente junto ao INPI com os critérios de equivalência utilizados na análise de contrafação. O estudo mostra que deve haver uma relação entre os dois critérios para que possa existir um equilíbrio entre os interesses dos titulares das patentes e a sociedade. Variações de uma patente concedida consideradas pelo próprio titular durante a tramitação no INPI como distintas de sua invenção e, portanto, como não válidas para atacar a atividade inventiva de seu pedido, não poderão ser usadas na fase de contrafação como dentro do escopo de sua patente pela doutrina de equivalentes. Por outro lado, aperfeiçoamentos considerados inventivos de uma patente concedida, em que novos elementos sejam a esta agregados sem se desfigurar os elementos essenciais da patente, poderão justificar novas patentes (dependentes da mesma) sem que isto desconfigure a situação de contrafação visto que os elementos essenciais da mesma encontram-se reproduzidos seguindo as mesmas funcionalidades originais. Esta inter-relação entre critérios adotadas na fase administrativa e de contrafação reforça a importância da aproximação entre as decisões das Cortes de Justiça e do INPI, como forma de garantir o melhor equilíbrio entre os direitos dos titulares e a sociedade.

AFINAL, PARA QUE SERVE A PENA? A TRAGÉDIA DA AUTORIDADE?

Por Bernardo Montalvão Varjão de Azevêdo¹

RESUMO: O texto pretende fazer a crônica da tragédia da autoridade. Para tanto, o texto toma como ponto de partida o problema do direito de punir da autoridade. Afinal, o ato de punir é um grande desafio à manutenção de toda e qualquer autoridade.

PALAVRAS-CHAVE: 1. Sanção; 2. Autoridade; 3. Legitimidade.

1. AS TENTATIVAS DE RESPOSTA.

Esta pergunta, ao longo da história, já recebeu, como se sabe, muitas respostas. Há quem diga que a pena tem por finalidade a retribuição. Há os que dizem que ela objetiva a prevenção de futuros delitos. Entre esses, há os que asseguram que ela se presta a reintegrar o condenado à sociedade. Sem falar naqueles que afirmam, com toda segurança, que ela serve para intimidar a sociedade como um todo e que, por isso, utiliza o condenado como exemplo. Há, ainda, aqueles que afirmam que ela se destina tanto a retribuir como a prevenir. Existem, também, os que asseveram que ela serve para garantir ao condenado um mínimo de direitos durante o cumprimento da pena. Mas, afinal, para que ela serve?

Há quem afirme que ela serve para orientar a sociedade, uma vez que indica os comportamentos permitidos e os proibidos. Há quem jure que ela serve para intimar o autor do delito. Há, também, aqueles que afirmam,

¹ Professor-assistente da Faculdade de Direito da UFBA junto à cadeira de Teoria do Direito.

categoricamente, que ela se destina a restabelecer a confiança depositada na norma jurídica. Como se não bastasse todas essas respostas, há, ainda, aqueles que sustentam que ela se destina a aplacar o clamor social. Mas há, também, os que dizem que ela se presta a fazer justiça. Com o que não concordam outros mais céticos, que preferem defender que ela serve para oprimir as classes sociais menos favorecidas economicamente. Ao que, outros respondem que ela, na verdade, se presta a “tratar” os indivíduos perigosos. Mas, finalmente, para que serve a pena?

E será que a pena, o castigo, a sanção tem uma finalidade? Será? Como se viu, muitos, muitos autores já tentaram responder esta pergunta. Mas, por favor, me perdoe pela insistência, nada quero insinuar com esta repetição de perguntas, mas será que a pena tem uma finalidade? Será que ela é um meio para alcançar um determinado objetivo? Ou será que ela não teria fim? E será que há fim? Ou o fim, na realidade, é apenas o meio? Nem o começo, nem o próprio fim, mas apenas o meio? Afinal, “no princípio existia o verbo, e o verbo estava com Deus, e o verbo era Deus. Ele estava no princípio com Deus. Todas as coisas foram feitas por ele; e sem ele nada foi feito.”².

2. UMA NOVA POSSIBILIDADE DE RESPOSTA?

Como toda pergunta exige uma tentativa de resposta, e como diversas tentativas já foram feitas ao longo do tempo, será que seria inteligente enveredar pelo mesmo caminho? Será que o caminho é a trilha de tijolos amarelos que leva ao Mundo Fantástico de Oz?³ Será que há caminho? Ou será que a ideia de que há um caminho não é mais uma das tentações que Mefistófeles coloca no caminho de Fausto?⁴ Que Deus é esse, vingativo e ardiloso, que a todo o momento coloca a sua criatura, o seu filho, diante da maçã vermelha e aos cuidados da serpente? Será, então, que o caminho

² DIVERSOS AUTORES. Bíblia Sagrada (Antigo Testamento. Novo Testamento. Evangelhos. Atos dos Apóstolos). Tradução da Vulgata pelo Pe. Matos Soares. 35ª edição. São Paulo: Edições Paulinas, 1979, p.1156.
³ Citação do filme de, O Mundo Fantástico de Oz. Ele foi criado como uma sequência não oficial do O Mago de Oz. Foi feito pela Walt Disney Pictures e não aprovado pela MGM, a companhia que fez o filme clássico de 1939 (a MGM tinha os direitos sobre o filme do Mago, mas a Disney possuía direitos sobre os últimos livros de Oz). O filme foi dirigido por Walter Murch.

⁴ GOETHE, Johann Wolfgang von. Fausto: primeira parte da tragédia. Tradução: Jenny Klabin Segall. Rio de Janeiro: Editora 34, 2004.

para esta pergunta, ou para qualquer pergunta, é tentar respondê-la? Ou será que este caminho, não é, em verdade, um labirinto, a penitência imposta a Sísifo por Hades por ter tentado lhe enganar?⁵

Se desse ouvidos ao discurso do bom samaritano, aquele que prescreve que “amai-vos uns aos outros, como vos amei”, seria tentado, agora, neste momento, a afirmar que a pena, o castigo, a penitência, se presta, em realidade, a alcançar uma determinada finalidade, a de ressocializar o condenado. Mas como a ingenuidade é amiga da trapaça, já não cometo o erro de Abraão, que deu atenção às palavras desse Deus “misericordioso”. E é por esse motivo, mas não apenas por ele, que desconfio que a verdadeira finalidade da pena, se é que ela tem uma, é levar o pecador a reincidir. Afinal, não haveria melhor maneira de manter o herege sobre controle, pois se puni-lo uma vez é uma grande demonstração de força, induzi-lo a pecar novamente, por “livre e espontânea vontade”, é a estratégia ideal para perpetuar o castigo. Foi, por isso, aliás, que o sermão do “livre-arbítrio”⁶ foi criado, para permitir que o pecador se sentisse culpado. E, uma vez culpado, reconhecesse a autoridade do Padre em penitenciá-lo, tornando-se dependente dele. Estava a criado o mistério da autoridade. Ou, como preferem os beatos: eis o mistério da fé!

Mas, enquanto o enigma não é desvendado, a primeira reação do servo é dizer: – Senhor, eu não sou digno que entreis em minha morada, mas disse uma só palavra e eu serei salvo⁷. Contudo, o que é ser salvo? É resgatar o pecador do mundo das trevas? Ou seria atravessar o rio Aqueronte, junto com Virgílio, no barco de Caronte?⁸ Ser salvo é conhecer o inferno,

⁵ COMMELIN, P. *Mitologia Grega e Romana*. Tradução: Eduardo Brandão. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 200.

⁶ “Erro do livre-arbítrio. – Hoje não temos mais compaixão pelo conceito de ‘livre-arbítrio’: sabemos bem demais o que é – o mais famigerado artifício de teólogos que há, com o objetivo de fazer a humanidade ‘responsável’ no sentido deles, isto é, de torná-la deles dependente... Apenas ofereço, aqui, a psicologia de todo ‘tornar responsável’. – Onde quer que responsabilidades sejam buscadas, costuma ser o instinto de querer julgar e punir que aí busca. O vir-a-ser é despojado de sua inocência, quando se faz remontar esse ou aquele modo de ser à vontade, a intenções, a atos de responsabilidade: a doutrina da vontade foi essencialmente inventada com o objetivo da punição, isto é, de querer achar culpado. Toda a velha psicologia, a psicologia da vontade, tem seu pressuposto no fato de que seus autores, os sacerdotes à frente das velhas comunidades, quiseram criar para si o direito de impor castigos – ou criar para Deus esse direito...”, cf. NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Crepúsculo dos ídolos – Como se filosofa com o martelo*. Tradução: Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 45-46.

⁷ DIVERSOS AUTORES. *Bíblia Sagrada (Antigo Testamento. Novo Testamento. Evangelhos. Atos dos Apóstolos)*. Tradução da Vulgata pelo Pe. Matos Soares. 35ª edição. São Paulo: Edições Paulinas, 1979, p. 1068.

⁸ ALIGHIERI, DANTE. *Divina comédia*. Tradução: João Trentino Ziller. São Paulo: Atelier Editorial, 2011.

estando vivo, e retornar para contar a história? Ser salvo é atravessar os nove círculos do inferno e ser apresentado a Deus graças à intervenção de São Bernardo junto à Virgem Maria? Ou, em lugar disso, ser salvo seria está eternamente condenado a pecar? Afinal, só se salva quem um dia pecou. E quem nunca pecou que atire a primeira pedra! Mas, quem define o que é pecado? Quem define a indulgência para que o pecador possa entrar no reino dos céus? O problema do pecado não é o pecado. Nem tampouco a penitência que será dada pela autoridade. O verdadeiro problema é a salvação. E quem nos salva dos homens de boa vontade?

Logo, se alguém é salvo, a pergunta não é: como é possível se salvar? Nem, muito menos, se existe salvação, afinal promessas não deixam de serem promessas, caso não sejam cumpridas. Toda norma – moral, jurídica, ou religiosa –, é uma promessa. A promessa de que uma expectativa de comportamento será estabilizada. Mas, qual seria, então, a pergunta? A pergunta é a mais elementar de todas: quem se salva? Quem se salva de quem? Seria o mortal que se salva do tártaro? Seria o delinquente que se salva da penitenciária? Seria o Cristo que se salva do peso da cruz? Será? Ou, na verdade, seria o carrasco que se salva da vítima? O Deus que se salva dos mortais? O grande Zeus que se salva da ira de seu pai, Cronos? Será? Não sei. O certo é que em toda oração há um testemunho de obediência, assim como em toda pena há um reconhecimento de culpa, uma oportunidade para o batismo dos pagãos, uma chance para evangelizar os infiéis, um momento para converter o súdito em delinquente. Não para converter o delinquente. Mas, sim, para convertê-lo em delinquente. Eis o cordeiro de Deus que tira o pecado do mundo!

3. O PROBLEMA DA RESPOSTA.

Mas não se deixe encantar pela possibilidade dessa resposta: de que a pena tem como finalidade a reincidência do delinquente. Ela é só uma resposta. Mais uma resposta. E não, e nem nunca será, a resposta. Toda resposta é apenas uma tentativa de decidir uma questão, de tranquilizar o espírito dos beatos da resposta e dos pecadores que perguntam, de aplacar a insegurança colocada pela dúvida, mas não é a solução. A resposta não dissolve a interrogação, apenas a coloca sobre controle, neutraliza. Logo, a resposta, para ser uma boa resposta, precisa convencer a todos; auditório e palestrante. Precisa persuadir tanto a quem faz a pergunta como a quem

dá a resposta. Precisa ser convincente tanto para quem está questionando a autoridade quanto para a própria autoridade que acredita na sua resposta. Como se vê, o segredo de toda resposta é ter a capacidade de despertar a confiança dos crédulos. E, talvez, a igreja com maior número de fiéis seja a igreja castradora da razão moderna. A igreja que prometeu ao povo do Egito a terra de Canaã. Uma terra nunca encontrada.

O certo é que o maior desafio de qualquer resposta, não é provocar a adesão de quem formulou a dúvida, mas, sim, preservar a crença de quem deu a resposta. “É mais fácil um camelo entrar pelo buraco da agulha, que um rico entrar no reino dos céus”⁹. É mais fácil uma resposta, ou uma nova resposta, despertar a crença de algum céptico, do que a mesma resposta preservar eternamente a crença dos incautos. Portanto, a resposta não é a porta de saída do labirinto, mas a porta que dá acesso a um novo labirinto. E que labirinto é este no qual o homem se encontra perdido? A linguagem, este catálogo de metáforas e metonímias extintas derivado do instinto¹⁰ de sobrevivência humana. O instinto que inclina o homem a está sempre aberto a acreditar em algo. E a maior de todas as crenças humanas é a que o homem deposita na linguagem. E o que é isso que a razão moderna tenta a todo custo manter sobre controle? O que é isso, o instinto? Uma finalidade inconsciente. Um objetivo que orienta o agir humano, mas sobre o qual o homem não tem o menor controle. Mas, apesar disso, a razão moderna, de forma instintiva, tomada pela sensação atávica de insegurança, tenta a todo custo controlá-lo. Eis o paradoxo da racionalidade instintiva! Quanto maior é a pretensão da razão de tornar provável o improvável, maiores são as peripécias da linguagem¹¹. Essa aranha astuciosa que controla as suas presas graças à teia da comunicação, esse espaço de multiplicação de mensagens¹², no qual é improvável que as presas se comuniquem¹³.

⁹ DIVERSOS AUTORES. Bíblia Sagrada (Antigo Testamento. Novo Testamento. Evangelhos. Atos dos Apóstolos). Tradução da Vulgata pelo Pe. Matos Soares. 35ª edição. São Paulo: Edições Paulinas, 1979, p. 1234.

¹⁰ NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. Da retórica. Tradução: Tito Cardoso e Cunha. 1ª edição. Lisboa: Vega, 1995, p. 91-96.

¹¹ Apenas a título de exemplo, convém lembrar o problema da tradução. Como bem assinala Jacques Derrida: “a tradução é um compromisso sempre possível, mas sempre imperfeito entre duas línguas”. Cf. DERRIDA, Jacques. Força de lei. O fundamento místico da autoridade. Tradução: Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.7.

¹² DE GIORGI, Rafaella. Direito, tempo e memória. Tradução: Guilherme Leite Gonçalves. São Paulo: QuartierLatin, 2006, p. 191-196.

¹³ LUHMANN, Niklas. A improbabilidade da comunicação. Tradução: Anabela Carvalho. Lisboa: Editora Vega, p.39-45.

Por conseguinte, o que é a resposta? Ela é, em si, a própria Caixa de Pandora. Quanto maior for a curiosidade humana em abrir a caixa e tentar decifrar o mistério da linguagem, ou em tentar saber para que serve a pena, mais complicada se torna a charada da existência, o truque da linguagem, a mágica da crença, enfim, mais complicado se torna justificar a auréola de toda autoridade. Por isso, a esperança foi o único item remanescente na caixa. Como nos advertiu Zaratustra, esse Deus, chamado razão moderna, é cruel, ele toma sempre o cuidado de que os seus fiéis não coloquem sua doutrina, seus dogmas em xeque. É, por isso, que toda grande história não tem fim, mas recomeço. Não o recomeço. Mas um dos recomeços. E para recomeçar é preciso ter esperança. E quem tem esperança, espera. Espera pela revelação. Espera pela resposta. Espera pelo milagre. Enfim, quem espera, espera por alguém, ou por alguma coisa. Mas, por que espera? Porque acredita na velha máxima aristotélica, aquela que diz: para todo efeito, há uma causa¹⁴. Porém, ela é uma dessas grandes mentiras¹⁵ repetidas pela ciência¹⁶. Assim como a ressocialização é a grande mentira

¹⁴ “Causa e efeito. Costumamos empregar a palavra ‘explicação’, quando a palavra correta seria ‘descrição’, para designar aquilo que nos distingue dos estágios anteriores de conhecimento e de ciência. Sabemos descrever melhor do que nossos predecessores; explicamos tão pouco como eles. Descobrimos sucessões múltiplas onde o homem e o sábio, ingênuos das civilizações precedentes, viam apenas duas coisas, ‘causa’ e ‘efeito’, como se dizia; aperfeiçoamos a imagem do devir, mas não fomos além dessa imagem. Em cada caso, a série de ‘causas’ se apresenta mais completa; deduzimos que é preciso que esta ou aquela coisa tenha sido precedida para que se lhe suceda outra; mas isso não nos leva a compreender nada. (...) Só operamos com coisas que não existem: linhas, superfícies, corpos, átomos, tempos divisíveis; como havia de existir sequer possibilidade de explicar quando começamos por fazer de qualquer coisa uma imagem, a nossa imagem! (...) Causa e efeito: trata-se de uma dualidade que certamente nunca existirá; assistimos, na verdade, a uma continuidade de que isolamos algumas partes; do mesmo modo que nunca percebemos mais do que pontos isolados em um movimento, isto é, não o vemos, mas o inferimos. A rapidez com que se fazem notar certos efeitos induz-nos em erro, mas essa rapidez só existe para nós. Nesse segundo de rapidez há um multidão de fenômenos que nos escapam. Uma inteligência que visse a causa e efeito como uma continuidade, e não como um esfacelamento arbitrário, a inteligência que visse a vaga dos acontecimentos negaria a ideia de causa e de efeito e de qualquer condicionalidade”, cf. NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *A Gaia Ciência*. Tradução: Heloisa Graça Burati. São Paulo: Rideel, 2005, p. 105.

¹⁵ “A mentira. - Por que, na vida cotidiana, os homens normalmente dizem a verdade? - Não porque um deus tenha proibido a mentira, certamente. Mas, em primeiro lugar, porque é mais cômodo; pois a mentira exige invenção, dissimulação e memória. (Eis por que, segundo Swift, quem conta uma mentira raramente nota o fardo que assume; pois para sustentar uma mentira ele tem que inventar outras vinte). Depois, porque é vantajoso, em circunstâncias simples, falar diretamente ‘quero isto, fiz isto’ e coisas assim; ou seja, porque a via da imposição e da autoridade é mais segura que a da astúcia...”, cf. NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Humano, demasiado humano*. Tradução: Paulo César de Souza. 4ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2005, p. 54.

¹⁶ “Ciência dos venenos. São necessárias muitas coisas reunidas muitas coisas para que se possa formar o pensamento filosófico! E todas estas forças necessárias têm de ser treinadas, cultivadas e inventadas separadamente! Mas, consideradas isoladamente, produzem um efeito completamente diferente daquele que produzem agora, que se limitam e se disciplinam reciprocamente no pensamento científico: agiram

da pena, a prevenção é a grande mentira de Feuerbach e a retribuição foi uma das grandes mentiras contadas por Kant e Hegel. Aliás, o Direito está repleto de aforismas mentirosos. E talvez, o mais mentiroso deles seja: o juiz conhece o direito¹⁷.

Por isso, senhores usuários da língua, doutrinadores da resposta correta, defensores da verdade, enfim, autoridades desse maravilhoso mundo velho chamado modernidade, escutem as palavras do louco: “Para onde foi Deus?”, exclamou, ‘é o que lhes vou dizer. Matamo-lo... vocês e eu! Somos nós, nós todos, os seus assassinos! Mas como fizemos isso? Como conseguimos esvaziar o mar? Quem nos deu uma esponja para apagar o horizonte inteiro?”¹⁸. Elas poderão adverti-lhes do presente que bate à porta. Não do futuro que está por vim, mas do agora que já chegou. O dia em que a terra parou! O dia em que se tornou problemático todo e qualquer discurso de legitimação, em que a justificativa da autoridade tem cada vez mais dificuldade de obter a adesão. Para onde foi amálgama, o encanto, a mística da autoridade?¹⁹ Sendo certo que a autoridade calcula o custo-benefício de sua decisão, não é menos certo que nenhum cálculo calcula o incalculável. Em todo discurso, e com a decisão não é diferente, há algo de *místico*, pois há “ali um silêncio murado na estrutura violenta do ato fundador. Murado, emparedado, porque esse silêncio não é exterior à linguagem”²⁰, mas insisto a ela. Logo, é preciso admitir que o “o direito é essencialmente *desconstruível*, ou porque ele é fundado, isto é, construído sobre camadas textuais interpretáveis e transformáveis (e esta é a história do direito, a possível e necessária transformação, por vezes a melhora do direito), ou porque seu fundamento último, por definição não é fundado”²¹. Em suma, “a desconstrução é a justiça”²²!

como venenos.”, cf. NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *A Gaia Ciência*. Tradução: Heloisa Graça Burati. São Paulo: Rideel, 2005, p. 106.

¹⁷ SOBOTA, Katharina. “Não mencione a norma!”. Anuário dos Cursos de Pós-graduação em Direito, n. 7. Tradutor: João Maurício Adeodato. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 1996, p. 129.

¹⁸ NIETZSCHE, ob. cit., p. 111.

¹⁹ “Em algum remoto recanto do universo, que se deságua fulgurantemente em inumeráveis sistemas solares, havia uma vez um astro, no qual animais astuciosos inventaram o conhecimento. Foi o minuto mais audacioso e hipócrita da ‘história universal’: mas, no fim das contas, foi apenas um minuto. Após alguns respiros da natureza, o astro congelou-se, e os astuciosos animais tiveram que morrer”, cf. NIETZSCHE, Friedrich. *Sobre verdade e mentira*. Tradução: Fernando de Moraes Barros. São Paulo: Editora Hedra, p. 25.

²⁰ DERRIDA, Jacques. *Força de lei. O fundamento místico da autoridade*. Tradução: Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 25.

²¹ *Ib.*, *idem.*, p. 26.

²² *Ib.*, *idem.*, p. 27.

Por isso, a pergunta pela finalidade da pena. Porque talvez a pena seja o melhor momento para observar o exercício da autoridade. Não porque se queira saber qual é a finalidade que ela pretende alcançar. A finalidade é apenas uma parte do truque da autoridade. Não porque se queira saber o que é a pena. Isso é um problema dos estudiosos dos dogmas penais, e não é esse o objeto do presente trabalho. Mas, sim, porque a pena talvez seja o momento de maior vulnerabilidade de qualquer autoridade, o momento em que a legitimidade dela fica mais exposta a questionamentos. Logo, talvez ela seja, por mais paradoxal que isso possa parecer, o momento mais fértil para invenção de novos discursos legitimadores e deslegitimadores da autoridade. O momento mais fértil para testar novos discursos legitimadores. O momento mais oportuno para avaliar a substituição de um discurso por outro. Afinal, o discurso que resiste aos questionamentos endereçados ao poder de punir, é, em princípio, o discurso mais capacitado a legitimar o ordenamento jurídico estatal. Parece haver algo de semelhante entre o discurso que legitima o poder constituinte originário e aquele que justifica o poder de punir da autoridade. Parece haver algo de semelhante entre o poder do soberano que decide sobre a exceção (sobre o momento mais apropriado para descartar o Estado Democrático de Direito)(Schmitt) e o poder do soberano que decide sobre a institucionalização e manutenção da pena privativa de liberdade (Foucault). Mas, afinal, qual seria mesmo a finalidade da pena?

ABSTRACT:The text aims to chronicle the tragedy of authority. Therefore, the text takes as its starting point the problem of the right of punishing authority. After all, the act of punishing is a major challenge to the maintenance of all authority.

PALAVRAS-CHAVE: 1. Sanção; 2. Autoridade; 3. Legitimidade.

KEY-WORDS: 1. Sanction; 2. Authority; 3. Legitimacy.

A INFLUÊNCIA DA JURISPRUDÊNCIA DOS CONCEITOS E JURISPRUDÊNCIA DOS INTERESSES NA CIÊNCIA DO DIREITO

Carolina Brasil Romão e Silva¹

Resumo: O presente artigo busca refletir as principais contribuições da Jurisprudência dos Conceitos e da Jurisprudência dos Interesses na Metodologia Jurídica.

Palavras-chaves: Jurisprudência dos Conceitos – sistema - método lógico-dedutivo - interpretação- Jurisprudência dos Interesses – valores.

I – INTRODUÇÃO

O objetivo do presente artigo consiste em analisar a relevância e influência da Jurisprudência dos Conceitos e Jurisprudência dos Interesses para a Ciência do Direito, considerando seu contexto histórico. Para esse fim, o artigo encontra-se organizado da seguinte forma.

Na primeira parte comentamos o histórico, surgimento e principais expoentes da Jurisprudência dos Conceitos.

Em seguida, verificamos a Jurisprudência dos Interesses como um movimento reacionário a metodologia anterior, isto é, a Jurisprudência dos Conceitos, bem como analisaremos sua conceituação, críticas e influência no direito brasileiro.

Ao final, traçamos algumas conclusões acerca do tema.

¹ Carolina Brasil Romão e Silva é mestranda em Direito e Políticas Públicas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro - UNIRIO.

II – O CONTEXTO HISTÓRICO E OS PRINCIPAIS EXPOENTES DA JURISPRUDÊNCIA DOS CONCEITOS.

A Jurisprudência dos Conceitos surgiu no século XIX como resultado das mudanças sociais, políticas e ideológicas que estavam ocorrendo na Europa. Nesse contexto, registra-se o movimento de codificação do direito neste continente à época, bem como a tentativa de superação do Direito Natural, do pensamento jusnaturalista, em especial na Alemanha.

Deste modo, verifica-se na leitura na obra intitulada de “Metodologia da Ciência e do Direito” de Karl Larenz, que esta Teoria do Direito e Metodologia na Alemanha começou a ser estudada por Friedrich Carl von Savigny.

Em síntese, Savigny considerou em seus estudos o carácter histórico e o carácter sistemático da ciência do Direito, resultando em uma valoração do sistema científico, influenciando quase todos os juristas representativos da Alemanha do século XIX.

Registra-se que Savigny foi responsável pela criação e pelo desenvolvimento do conceito de relação jurídica e de diversos conceitos relacionados, como o de fato jurídico, através de um sistema, tendo seu método histórico influenciado, entre outros movimentos, a Jurisprudência dos conceitos.

II.1- A “genealogia de conceitos” de Puchta

Georg Friedrich Puchta (Cadolzburg, 31 de agosto de 1798 - Berlim, 08 de janeiro de 1846) foi um jurista alemão, integrante da Escola Histórica do Direito, considerado o principal discípulo de Savigny, tendo substituído o mestre na cadeira de Direito Romano na Universidade Humboldt de Berlim.

Influenciado pelas ideias de Savigny, Puchta pretendeu tornar a ciência jurídica em um sistema lógico no estilo de uma “pirâmide de conceitos”.

Nesse pensamento, verificou que as proposições jurídicas singulares que constituem o Direito de um povo estão relacionadas umas com as outras, através de um nexo lógico entre conceitos, ou seja, são condicionadas e derivadas umas das outras, sendo possível encontrar a genealogia desde cada uma destas proposições jurídicas até o princípio comum.

Nesse sentido, Puchta ao denominar “genealogia dos conceitos” teve como finalidade construir a pirâmide de conceitos do sistema, de acordo com as regras da lógica formal.

A ideia de Puchta, portanto, é a seguinte: cada conceito superior autoriza certas afirmações, assim, se um conceito inferior se subsumir ao superior, valerão para ele todas as afirmações que se fizerem sobre o conceito superior.

Assim, a “genealogia dos conceitos” ensina que o conceito supremo, de que se deduzem todos os outros, determina-os através do seu conteúdo, utilizando-se de um método lógico-dedutivo formal, sendo que este conteúdo supremo procede da filosofia do Direito: trata-se da linha de partida através do qual se constrói dedutivamente todo o sistema e infere novas proposições jurídicas.

Para o entendimento de Puchta e para o enquadramento da Jurisprudência dos conceitos formal na história das ideias resultam, por conseguinte, a construção dedutiva do sistema depende absolutamente da pressuposição de um conceito fundamental determinado quanto ao seu conteúdo, conceito que não é, por sua vez, inferido do Direito positivo, mas dado previamente à ciência jurídica pela filosofia do Direito.

Deste modo, como observa W. Wilhelm: “ (...) Na sistemática de PUCHTA, ao invés, a lógica é dominante. O ‘todo histórico-sistemático’ do Direito reduziu-se progressivamente ao aspecto dogmático, vale dizer, ao aspecto lógico”.²

Por isso, podemos identificar Puchta como um jusnaturalista racionalista, sendo jusnaturalista, pois seu conceito supremo advém, é predeterminado pela Filosofia do Direito, e é racionalista, uma vez que fundamenta todas as preposições jurídicas deste conceito fundamental através de um método lógico-formal.

II.2- O método histórico-natural de Jhering

Rudolf von Jhering (Aurich, 22 de agosto de 1818 – Gotinga, 17 de setembro de 1892) foi um jurista alemão. Foi discípulo de Puchta, tendo sua obra influenciado a cultura jurídica em todo o mundo ocidental.

² ob. cito pág. 86

Registra-se que Jhering no seu primeiro período contribuiu para a teoria da Jurisprudência dos conceitos formal, uma vez que no seu segundo período vai realizar fortes críticas à jurisprudência dos conceitos, através da superação do pensamento lógico-formal para o estudo de uma Jurisprudência pragmática de raiz sociológica.

Importante destacar algumas características presentes em Jhering desde o seu primeiro momento que irão se acentuar no seu pensamento no período posterior: o abandono das categorias éticas da filosofia idealista, a que se apegaram tanto Savigny como Puchta, e a orientação para o tipo de pensamento das ciências da natureza suas contemporâneas.

Nesse sentido, Jhering compara a Jurisprudência dogmática com outra ciência: a química. A ciência sistemática do Direito seria a “química jurídica, que procura os corpos simples” conceitos fundamentais simples obtidos por análise lógica e por abstração, pensa-os ele agora como dotados de certas qualidades e como aptos a produzir certos efeitos.

Através do estudo das ciências naturais, fundamenta que os conceitos são induzidos através de fatos e fenômenos particulares, em oposição à Puchta que se baseou em um método lógico-dedutivo, isto é, de um conceito fundamental resulta em diversas outras proposições.

II.3- O positivismo legal racionalista de WINDSCHEID

Bernhard Windscheid (julho de 1817, Dusseldorf – outubro de 1892, Leipzig), foi um jurista alemão, membro da escola pandectista do direito.

Windscheid, ainda ligado à concepção de Savigny e de Puchta, entende o Direito como algo histórico e ao mesmo tempo racional. No entanto, difere destes, pois identifica o sentido imanente dos institutos jurídicos, como essência de princípios jurídicos fundamentais que, embora possam variar historicamente, determinam, como força interior que são do espírito (objetivo), o pensamento de toda uma época da cultura, mas subjetivamente, como a “vontade racional” do legislador.

Trata-se, então, de um positivismo legal racionalista, com a influência na ideia de uso da razão do legislador, o que se exprime em Windscheid e nos seus sucessores:

O Direito como equiparado à lei, sendo esta entendida como expressão, não da arbitrariedade, mas sim da denominada “vontade racional”, ou seja,

nas ponderações racionais que a orientam, bem como nas perspectivas racionais em que se apoia: tanto de um legislado histórico como idealizado.

Ademais, Windschield entende a “vontade” do legislador como um fator psicológico, buscando a correlação entre a “vontade racional” com uma vontade dos fatos, baseados na realidade do legislador para dar uma interpretação da lei, através da racionalidade objetiva.

Enfatiza-se ainda que Windshield também fundamentou sua ideia através de um método da análise dos conceitos, da abstração, da sistematização lógica e da construção jurídica.

Por fim, de acordo com Windshield, a interpretação da lei deve determinar o sentido que “o legislador ligou às palavras por ele utilizadas” (pág. 51). Tal como Savigny, exige que o intérprete se coloque no lugar do legislador e execute o seu pensamento.

II.4- A teoria objetivista da interpretação

A teoria objetivista da interpretação afirma não apenas que a lei, uma vez promulgada, pode, como qualquer palavra dita ou escrita, ter para outros uma significação em que não pensava o seu autor, mas ainda que o juridicamente decisivo é, em lugar do que pensou o autor da lei, uma significação objetiva, independente dele e imanente à mesma lei.

Kohler, Wach, e Binding foram os principais representantes desta teoria. Nesse sentido, esses três autores entendem que o Direito sendo uma ordem “racional”. Verifica-se em BINDING (pág. 13): “Ora, no conceito de ordem está insito o de racionalidade”. A lei é, na sua essência, a “vontade racional da comunidade jurídica e, portanto, um «organismo espiritual” (KOHLEK, pág. 2), uma “força viva permanente” (WACH, pág. 257), um “poder objetivo” (BINDING, pág. 455).

Verifica-se, portanto, que de acordo com Kohler, deve-se buscar “o que quis o autor da lei”, mas sim do que “a lei quer” (KOHLEK, pág. 2); o fim a assinalar à interpretação não é a “vontade do legislador” mas a vontade do Direito que “se exprimiu na proposição jurídica como elemento de todo o sistema jurídico” (BINDING, pág. 456).

A “racionalidade” da lei é entendida pelos referidos além de um nexo lógico entre os conceitos, como também em sentido material, como racionalidade dos fins, ou seja, como uma teleologia imanente. O que é focado especialmente por Kohler, segundo o qual a unidade interna da ordem jurídica repousa na validade de princípios jurídicos gerais, princípios que ele entende como máximas ordenadoras, e não somente como sínteses conceptuais abstratas.

Deste modo, a interpretação deve considerar os princípios contidos na própria lei, em contraste com os defensores da Jurisprudência dos interesses, que entendiam ser possível conciliar o método de uma interpretação teleológica da lei com a dedução lógico-conceitual.

Nesse sentido, importante destacar que Jurisprudência dos interesses considerava os fins empíricos do legislador ou das forças sociais que estão por detrás dele, ou seja, interesses “reais” ou “causais”, enquanto BINDING e KOHLER viam, em oposição, os fins objetivos do Direito, isto é, os fins que são exigidos pela racionalidade intrínseca do Direito.

III – A JURISPRUDÊNCIA DOS INTERESSES

Surge a jurisprudência dos interesses, cujo principal expoente foi Philipp Heck, germanista e cultor da dogmática civilista em Tubinga, que teve uma forte influência de Jhering. Ademais, na denominada Escola de Tubinga, além de Heck, também presente os seguintes autores: Max Rumelin, Heinrich Stoll, Eugen Locher, etc.

Especialmente após a II Guerra Mundial, a Jurisprudência dos interesses tornou-se a teoria dominante na prática jurídica alemã, sendo que revolucionou efetivamente a aplicação do direito, pois veio a substituir progressivamente o método de uma subsunção lógico-formal, nos rígidos conceitos legislativos (Jurisprudência dos Conceitos), pelo de um juízo de ponderação de uma complexa situação de fato, bem como de uma avaliação dos interesses em jogo.

Portanto, surge na Alemanha no início do século XX como crítica do positivismo jurídico originário da escola histórica do direito e do pandectismo, entendida para alguns autores como uma corrente sociológica, pois buscaria nos interesses antagônicos dos membros da

sociedade a fonte imediata das regras jurídicas. Os interesses, qualquer que seja sua natureza, pública ou privada, material ou ideal, seriam, de acordo com Heck "*atos sociológicos observáveis do exterior que engendram a norma jurídica segundo um processo de causa e efeito*"³ (p.194, Billier, Maryioli – Historia da Filosofia do Direito).

III. 1- Conceito de Jurisprudência dos interesses

Para entendermos a jurisprudência dos interesses, precisamos primeiro conceituar a jurisprudência como sendo um conjunto uniforme e reiterado de decisões judiciais, ou seja, de soluções contidas nas decisões dos tribunais sobre determinada matéria.

A Jurisprudência dos interesses, na versão clássica de Heck, segundo Wieacker, parte do fato de que a ordem jurídica legal é geralmente lacunar. Assim, o juiz não pode obter a solução correta dos casos apenas na subsunção em relação a um preceito legal.

Ele também não a obtém através de uma dedução lógica a partir do sistema dos conceitos, como fazia a jurisprudência dos conceitos através do chamado "método da inversão", criticado pelos doutrinadores da Jurisprudência dos interesses, pois aquela deduzia apenas de operações lógicas os juízos da sociedade sobre à justiça, numa inversão do método real de busca da solução jurídica pelos juízes.

A Jurisprudência dos interesses critica a Jurisprudência dos conceitos, pois considera que esta, trata-se de um processo de uma substituição das categorias da justiça social pela justiça lógica.

Já a Jurisprudência dos interesses se baseia no pressuposto de cada norma legal constitui uma máxima do legislador para a solução do conflito surpreendido e tido em vista. Logo, a cada norma legal subjazeria um ato de valoração de interesses e uma opção voluntarista entre várias valorações possíveis dos interesses opostos das partes em conflito.

Ela concebe o direito como um processo de tutela de interesses: as normas como resultantes dos interesses de ordem material, nacional,

³ P. Heck, *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz* (1914), citado por W. Friedmann, op. cit., p. 292; também G. Fasso, op. cit., p. 153.

religiosa, ou ética que, em cada comunidade jurídica se contrapõe em uns aos outros lutando pelo seu reconhecimento, enquanto meras soluções valoradoras de conflitos de interesses.

Ela se identifica com o positivismo legal pela sua confiança na lei, sendo uma técnica de aplicação judicial da lei e não de criação judicial, pois o juiz, segundo Heck, tem que seguir `com obediência inteligente` a escolha feita pelo legislador, mesmo quando no caso concreto, o interesse protegido lhe parecer menos digno de tutela que o interesse contrário, isto é, ele deve aplicar a lei mesmo quando a *ratio legis* não se adequa ao caso concreto.

Consoante ensinamento de Philip Heck, "Ao editar uma lei, o legislador colima proteger os interesses de um determinado grupo social. As normas jurídicas constituem assim juízos de valor a respeito desses interesses. O Juiz, quando profere sentença, deve, ante o caso concreto, descobrir o interesse que o legislador quis proteger, isto é, que interesse dos grupos sociais antagônicos deve prevalecer, ou mesmo, se esses interesses devem ser sobrepostos pelos da comunidade como um todo.

Portanto, quando a norma é elaborada não se trata da vontade do legislador, e sim dos interesses da sociedade. É princípio básico da jurisprudência dos interesses que trata que a investigação dos interesses, e não a lógica, é que deve presidir ao trabalho hermenêutico.

Ainda, de acordo com Heck, os interesses, qualquer que seja sua natureza, pública ou privada, material ou ideal seriam "fatos sociológicos observáveis do exterior que engendram a norma jurídica segundo um processo de causa e efeito"⁴. Não obstante, o processo de formação das normas jurídicas é, segundo os propósitos do próprio Heck, mediado pela avaliação do legislador, que consegue harmonizar os interesses antagônicos pelas limitações mútuas que ele traz. Os critérios axiológicos do legislador, como por exemplo os de segurança jurídica ou de equidade, necessários à estimativa dos diversos interesses que também representam interesses sociais comuns e imanentes ao real social, "constituem o ideal jurídico do legislador (e eles) implicam de sua parte que a própria avaliação dos interesses realizados pela norma jurídica seja justa" (p. 279, Billier, Maryioli – Historia da Filosofia do Direito).

De qualquer forma, o que importa para a aplicação do direito é fazer do

⁴ P. Heck, Das Problem der Rechtsgewinnung (1912), Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz (1914), Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz;

juiz, dizia Heck, um “adjunto do legislador” que presta atenção “às avaliações do direito, mesmo para situações que o legislador não tenha especificamente regulamentado, examinando ele próprio os interesses em jogo”; para fazer isso, principalmente quando ele não consegue identificar os julgamentos em que se inspirou o legislador, ele deverá apoiar-se não sobre as deduções lógicas preconizadas pela *Begriffsjurisprudenz*, mas sobre “sua avaliação pessoal” (p. 279, Billier, Maryioli – *Historia da Filosofia do Direito*)⁵.

Pode-se entender, segundo João Baptista Herkenhoff, que a Escola da Jurisprudência de Interesses se fundamenta em duas idéias:

“1ª) O Juiz está obrigado a obedecer ao Direito Positivo. A função do juiz consiste em proceder ao ajuste de interesses, em resolver conflitos de interesse do mesmo modo que o legislador. A disputa entre as partes apresenta um conflito de interesse. A valoração dos interesses levada a cabo pelo legislador deve prevalecer sobre a valoração que o juiz pudesse fazer segundo seu critério pessoal.

2ª) As leis apresentam-se incompletas inadequadas e até contraditórias, quando confrontadas com a riquíssima variedade de problemas que os fatos sociais vão suscitando, no decorrer dos dias. O legislador deveria esperar do juiz não que obedecesse a literal e cegamente as palavras da lei, mas, pelo contrario, que expandisse os critérios axiológicos nos quais a lei se inspira, conjugando-os com os interesses em conflito. A função do juiz não se deve limitar a subsumir os fatos as normas: compete-lhe também construir novas regras para as situações que a lei não regulou e, ainda, corrigir as normas deficientes. Em suma, o juiz deve proteger a totalidade dos interesses que o legislador considerou digno proteção. E protegê-los, em grau de hierarquia, segundo estimativa do legislador”.

Portanto, para a Jurisprudência dos Interesses, a lei compreendida na forma de preceitos normativos é o resultado dos interesses, materiais, nacionais, religiosos e éticos existentes no mundo jurídico, sendo primordial ainda se efetuar uma completa compreensão normativa, observando-se os vários interesses envolvidos no conflito.

Deste modo, as leis são vistas como soluções valoradoras de conflitos de interesses, e o juiz, no julgamento de um caso concreto, não deve funcionar

⁵ P. Heck, *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz* (1914), citado por W. Friedmann, op. cit., p. 292; também G. Fasso, op. cit., p. 153.

apenas como mero aplicador de subsunções lógicas das realidades face aos conceitos formais extraídos da legislação. Pelo contrário, deve ponderar toda a complexa situação de fato, procurando detectar os interesses em conflito e, só depois, adotar o juízo de valores sobre esses interesses contidos na lei.

Assim, frente a um caso concreto, a jurisprudência dos interesses não remete diretamente à pesquisa sociológica, mas à ponderação de acordo com critérios de avaliação explícita ou implicitamente contidos na lei.

Verifica-se que a Jurisprudência dos Interesses proporcionou o avanço metodológico que proporcionou para a solução das controvérsias jurídicas, pois forneceu um critério além-texto (o interesse) para a aplicação da norma ao caso concreto. Ao se utilizar do “interesse”, o aplicador da lei se usa um elemento que não está presente no texto normativo, e como resultado pode-se ter uma interpretação (exegese) extensiva do texto legal.

Portanto, a jurisprudência dos interesses informa que se deve obediência à Lei, porém, tem que ser pensada, refletida e inteligente, e nessa obediência à lei, terá que se ter em conta o problema que foi resolvido através daquela norma.

No segundo momento a jurisprudência de interesses passou a existir a denominada jurisprudência dos valores. Nesse sentido, verifica-se que segundo Miguel Reale, em Filosofia do direito informa que:

“superando-se o psicologismo inerente à noção de interesse e reconhecendo-se que este não é senão a vivência pragmática do valor, ou seja, um dos momentos da experiência axiológica, constituiu-se, nestes últimos anos, a Jurisprudência dos valores, com a qual se correlaciona a nossa concepção tridimensional do Direito, segundo a qual fatos e valores se integram dialeticamente em um processo normativo. Na realidade, o tridimensionalismo, como se verá na segunda parte deste volume, constitui uma tentativa de superamento das concepções jurídicas abstratamente fundadas no fato, na norma ou no valor”.

III.2- Críticas à jurisprudência dos interesses

Larenz aponta o tratamento insuficiente ao denominado “interesses”, entendendo que há uma insuficiência criteriológica e sistemática, uma vez que dispõe que “Heck assegura-nos que a ponderação dos interesses contrastantes se deve à intervenção de interesses de decisão”, nomeadamente

de “Interesses profundos da comunidade que determinam o juízo de valor, ou seja, que redonda de novo numa consideração de interesses”.

Desta maneira, critica informando que o “interesse” seria tanto objeto como critério de valoração, como ainda fator causal, - o que entende como uma falta de clareza não só do ponto de vista terminológico, mas também uma sequela da “teoria genética dos interesses” que constantemente se sente como elemento perturbador nas explanações de carácter metodológico”⁶.

III.3- Jurisprudência dos interesses e direito brasileiro

Verifica-se que a jurisprudência dos interesses orientou as regras de interpretação contidas na Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, que reflete alguns influxos teleológicos, numa vez que afirma que, “quando a lei dor omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito” (art. 4º).

Com isso, a lei oferece ao juiz apenas a possibilidade de utilizar critérios intrasistemáticos para o tratamento de casos em que a legislação for omissa, fechando-lhe as portas para a utilização da equidade.

A Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro também demonstra influência das escolas teleológicas, na medida em que afirma que “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum” (art. 5º).

Percebe-se, assim, que a referida Lei consagra posições muito próximas à Jurisprudência dos interesses de Heck, pois mescla o normativismo tradicional a certos aspectos teleológicos, vinculando o juiz à interpretação da lei, mas também indicando a necessidade de uma investigação sobre os fins sociais que a lei visa a proteger e de uma atualização histórica que adapte a interpretação da norma às exigências sociais do momento de sua aplicação, aproximando-se de uma interpretação teleológica ou finalística.

IV – CONCLUSÃO

O artigo pretendeu mostrar inicialmente o contexto histórico do

⁶ Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*, 3 edição, Editora Fundação Calouste Gulbenkian, PORTUGAL, p. 77.

surgimento da Jurisprudência dos Conceitos, com seus principais expoentes, isto é, Putcha, Savigny e Windshield.

Ademais, buscou-se estudar o processo lógico-dedutivo da Jurisprudência dos conceitos, bem como entendê-lo como uma preparação de “terreno” ao formalismo jurídico. Formalismo que, como acentua WIEACKER, constitui “a definitiva alienação da ciência jurídica em face da realidade social, política e moral do Direito”.

Em segundo lugar, pretendeu-se demonstrar um estudo da jurisprudência dos interesses como uma reação à Jurisprudência dos conceitos, sendo o seu principal expoente Phillip Heck.

Nesse sentido, que a jurisprudência dos interesses como movimento contraposto da Jurisprudência dos conceitos buscou sua conceituação a princípio não do campo da filosofia, mas da ciência empírica da realidade social, isto é, da sociologia.

Por fim, analisamos também as críticas feitas à jurisprudência dos interesses, bem como esta influencia até hoje o direito brasileiro na denominada interpretação teleológica ou finalística presente na Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.

Abstract: This paper aims to reflect the main contributions of Jurisprudence of Concepts and the Jurisprudence of Interests in Legal Methodology.

Keywords: Jurisprudence of Concepts - system - logical-deductive method - Interpreting - Jurisprudence of Interests - values.

REFERÊNCIAS

- Larenz, Metodologia da Ciência do Direito, 3 edição, Editora Fundação Calouste Gulbenkian, PORTUGAL.
- REALE, Miguel. Filosofia do Direito, 19 edicao, Editora Saraiva, São Paulo, 2002.
- SAVIGNY (Friedrich Carl von) — Sistema del Diritto Romano Attuale, trad. de Scialoja, Turim, 1886; Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Heidelberg, 1840.
- WIEACKER, Franz. História do Direito Privado Moderno, 4 edição, Editora Fundação Calouste Gulbenkian, PORTUGAL.

LIMITES CONSTITUCIONAIS AOS PODERES DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

*Daniel Ferreira de Melo Belchior - Advogado e especialista em
Direito Constitucional*

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 foi a responsável por trazer o relevante papel do Ministério Público como órgão independente e função essencial à justiça na nova sistemática constitucional. Para tanto, passou a lhe atribuir determinadas prerrogativas e atribuições previstas na própria CRFB/88, como de sua competência privativa (art.129). Ocorre que, dentre essas atribuições, não se inclui – pelo menos de forma explícita – a de realizar investigações criminais de forma autônoma.

A problemática envolvendo o tema parte exatamente dessa premissa, ou seja, se haveria ou não uma autorização implícita na própria Constituição que permitiria ao Ministério Público a realização de investigações criminais de ofício.

Desse ponto surgem diversas correntes, todas com fortes argumentos inclusive. No entanto, despontam em seus extremos duas: contra a investigação e a favor da investigação.

Necessário destacar que a discussão do tema chegou ao seu clímax com a tramitação da Proposta de Emenda Constitucional nº 37, que explicitamente adotava a posição contrária à investigação pelo Ministério Público, alterando o conteúdo da Constituição Federal, exatamente, no

sentido de deixar claro que as investigações criminais incumbiam tão somente às polícias federal e civil.

1. ARGUMENTOS PELA CAPACIDADE DE INVESTIGAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

Com base na teoria do *Dominus litis*, parcela relevante da doutrina tem sustentado a possibilidade de investigação pelo Ministério Público. Segundo referida teoria, o *Parquet*, por ser o destinatário final do inquérito policial, possuiria também a prerrogativa de realizar a investigação, formando autonomamente a sua *opinio delicti*. (TAVORA, Nestor, ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 6ª ed. Salvador: JusPodium, 2011. p.93).

Argumenta-se que, se a própria Constituição atribuiu ao Ministério Público, explicitamente, a titularidade para o exercício da persecução penal (art.129, I da CRFB), implicitamente, também teria lhe atribuído os poderes para alcançar essa persecução através da investigação.

Nesse mesmo sentido, destaca-se que não haveria o porquê de haver impedimento à investigação do Ministério Público se é este quem é o titular da ação penal e o responsável por perseguir o *ius puniendi* estatal. Sendo assim, a colheita dos indícios de autoria e a formação da materialidade do delito, facilmente poderiam ser produzidas pelo órgão ministerial, inclusive, harmonizando e uniformizando todo o procedimento processual penal.

Afirma-se ainda que com suas garantias constitucionais (inamovibilidade, independência funcional e vitaliciedade) os membros do ministério público trariam resultados mais produtivos diante de uma investigação criminal, já que restariam abstraídos de qualquer influência externa contrária à elucidação dos crimes. (NICOLITT, André. *Manual de Processo Penal*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p.73).

Quanto a este ponto específico, entende-se que com o advento da lei 12830/13, referido argumento perde seu embasamento, uma vez que o diploma legal, além de garantir independência à autoridade policial na realização de qualquer investigação criminal, atribui determinadas prerrogativas que permitem uma melhor condução de todo o procedimento

investigatório pelo Delegado de Polícia. Cita-se como exemplo, a remoção apenas por despacho motivado, reconhecimento como carreira jurídica, livre convencimento técnico-jurídico.

Ainda com base na teoria dos poderes implícitos sustenta-se, à luz do art.129, VIII, que se ao MP atribui-se a possibilidade de requisição de diligências investigatórias e de instauração de inquérito policial, seria lógico compreender que quem pode “mandar fazer”, poderia também “fazer”. (NICOLITT, 2012, p.72)

A mesma forma de pensamento se dá com relação ao art. 129, VI da CRFB que, segundo doutrina, veio para “solidificar esta posição, instrumentalizando o agir do Ministério público, ao assegurar ao Parquet a expedição de notificações e requisições de informações e documentos nos procedimentos de sua atribuição”. (LIMA, Marcellus Polastri. *Manual de Processo Penal*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 70).

Sendo assim, “recebendo o promotor notícia de prática delituosa terá o poder-dever de colher os elementos confirmatórios, tomando declarações e requisitando as provas necessárias para formar sua *opinio delicti*”. (LIMA, 2009. p. 70).

Dando seguimento, afirma ainda LIMA (2009, p.71) que o inciso IX do mesmo art. 129, “assegura de maneira incontestada ao parquet o exercício de outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade”, o que garantiria a sua função investigatória.

É imperioso destacar, porém, que não apenas no conteúdo do art. 129, I da CRFB norteia-se a doutrina para defender a capacidade investigatória do Ministério Público. Afirma-se que a partir de uma interpretação sistemática da própria Constituição, envolvendo seus princípios mais caros, seria também possível evidenciar com clareza a intenção do Constituinte em atribuir ao Ministério Público a função investigatória. Nesse sentido, “há normas constitucionais de caráter principiológico que dão sustentação a este entendimento, como a do art. 127, que atribui ao *Parquet* a defesa da ordem jurídica e do regime democrático e dos interesses indisponíveis” (NICOLITT, 2012, p. 72).

Em sede infraconstitucional, tende-se a sustentar também a possibilidade

de investigação pelo MP, com base no artigo 26 da lei 8625/93 e nos artigos 7º e 8º da LC 75/93.

Seguindo o mesmo raciocínio supracitado – e adotando os argumentos até agora explorados – o Conselho Nacional do Ministério Público entendeu por bem editar a resolução nº 13/2006, acirrando ainda mais a discussão sobre a matéria. Em referido ato normativo o CNMP disciplinou, no âmbito de todos os Ministérios Público, a instauração e tramitação do denominado procedimento investigatório criminal (PIC), que cria uma figura equiparada ao inquérito policial, porém presidida por promotores de justiça e procuradores da república. Para o próprio CNMP, a resolução, em verdade, veio apenas para estabelecer uma uniformização de procedimentos investigatórios na instituição, não criando qualquer atribuição que o Ministério Público já não tivesse.

Com a publicação da resolução, a Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (Adepol) ajuizou uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 3806/06), contestando exatamente a prerrogativa do Ministério Público de realizar investigações criminais, bem como a constitucionalidade da própria resolução, que disciplina a questão. Outro fundamento utilizado pela Associação dos Delegados para questionar a constitucionalidade da resolução seria a usurpação de competência do Congresso Nacional pelo CNMP ao tratar de matéria processual penal, conforme preconiza o art. 22, I da CF. Um terceiro argumento seria a própria forma de resolução utilizada para tratar da matéria, quando está deveria, em verdade, ser objeto de lei. (http://www.cnmp.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=1144:secretario-geral-participa-de-debate-sobre-poder-de-investigacao-do-p&catid=3:noticias-principal&Itemid=146 acessado em 08/06/2013). Não só a Adepol, mas parcela relevante da doutrina tem criticado fortemente o conteúdo de referida resolução (NICOLITT, 2012, p.73 e 74).

No que tange ao direito comparado, muitos países europeus, a exemplo de França e Itália, têm delegado aos seus respectivos Ministérios Público a função de investigar crimes. Não obstante serem os titulares da ação penal, a realização de investigação pelos próprios órgãos persecutórios não implica em qualquer nulidade no que tange à ação penal posterior. Em verdade, a discussão em referidos países sobre a competência para a investigação criminal se dá entre as figuras do Ministério Público e do Juiz Instrutor.

Com relação à Itália, em especial “o novo código italiano extinguiu a figura do juiz investigador, presente no Código Rocco de 1930, e criou uma fase de investigação preliminar totalmente protagonizada pelo MP”. (parecer do MPF nº 580-PGR - RG na ADI 4271 disponível em <http://www.deborahduprat.com/wp-content/uploads/2013/03/ADI-4271-controle-externo-pelo-MP.pdf> acessado em 11/06/2013).

No que toca a posição dos tribunais superiores, não há uma uniformidade, havendo posicionamento tanto pela possibilidade de investigação quanto pela impossibilidade de investigação. A controvérsia, ao final, será resolvida pelo Supremo que, diante de uma nova composição, irá fixar o novo paradigma norteador para as investigações criminais.

Em verdade, o grande pilar de sustentação daqueles que defendem a capacidade investigatória do Ministério público reside na interpretação sistemática do art. 144 com o art. 129, ambos da constituição. A Conjugação de ambos os artigos permitiria concluir que a apuração de infrações penais não pode ser entendida como atividade exclusiva das polícias, ao contrário do que poderia se inferir de uma interpretação gramatical do art. 144 da CRFB. Com efeito o art. 129, exerceria, exatamente, a função de complemento ao tema Investigações Criminais no âmbito da Constituição Federal, ao incluir o *Parquet* como entidade competente para realizá-las.

Com efeito, “não sendo a polícia judiciária detentora da exclusividade na apuração de infrações penais, deflui que o Ministério Público promova diretamente investigações próprias para a elucidação dos delitos”. (LIMA, 2009, p. 68.)

Essa afirmação encontraria respaldo ainda no próprio texto constitucional, ao estabelecer em seu artigo 58 §3º a competência das Comissões Parlamentares de Inquérito para realizar investigações de cunho criminal.

Da mesma forma, o próprio Código de Processo Penal “já dispensava o inquérito policial para o oferecimento da ação penal, desde que dispusesse o Ministério Público de peças de informações” (LIMA, 2009, p. 69).

Fica evidente, portanto, que o inquérito policial não é o único instrumento apto a formalizar uma investigação criminal. Isso permite, em tese, que outras entidades realizem investigações, desde que devidamente autorizados pela Constituição.

2. ARGUMENTOS CONTRA A CAPACIDADE DE INVESTIGAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

A tentativa de atribuir ao Ministério Público a competência para investigar crimes esbarra no projeto democrático do Constituinte Originário. Ao organizar o tema na Constituição Federal de 1988 o legislador foi claro ao determinar a atribuição exclusiva das polícias civil e federal para apurar crimes.

Não se pode, através de um contorcionismo jurídico, sustentado por argumentos *contra legem*, criar uma situação sem previsão normativa, sob pena de verdadeira deturpação do real objetivo da Constituição.

De clareza solar também o conteúdo do artigo 129 da Constituição Federal que em nenhum momento dá ao *Parquet* qualquer atribuição para apuração de crimes, limitando-se tão somente a delegar-lhe a função de persecução penal e do controle externo da atividade policial, no que tange a matéria penal (*NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2007. p. 130*).

O que se pretende, convenientemente, é tornar a Teoria dos Poderes Implícitos em algo diferente do que foi originariamente idealizada. Referida teoria tem aplicação tão somente quando em uma de suas atribuições está incluída outra anteriormente a ela, de forma progressiva, ou seja, uma atribuição meio para uma outra atribuição fim.

Isso, definitivamente, não é o que ocorre com o poder de investigação do Ministério Público. Em primeiro lugar porque, a persecução penal e a investigação penal são institutos completamente diferentes, não havendo qualquer vinculação necessária entre eles (<http://s.conjur.com.br/dl/parecer-jose-afonso-silva-pec-37.pdf>; acessado em 12/06/2013). Não fosse assim, toda e qualquer ilicitude no procedimento investigatório implicaria em nulidade reflexa na respectiva ação penal, que representa o *ius persecuendi*. No entanto, isso não ocorre, exatamente, porque são institutos independentes. Esse inclusive é o posicionamento da doutrina (*RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 8ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 87*) e dos Tribunais Superiores (*STF - HC73271, 1ª Turma, rel. Min. Celso de Mello. DJU, 04/10/1996*):

"INQUÉRITO POLICIAL. VÍCIOS. Eventuais vícios concernentes ao inquérito policial não têm o condão de infirmar a validade jurídica do

subsequente processo penal condenatório. As nulidades processuais concernem, tão somente, aos defeitos de ordem jurídica que afetam os atos praticados ao longo da ação penal condenatória.”

Note-se que, exatamente, um dos principais argumentos daqueles que sustentam a capacidade de investigar do MP, justifica a posição aqui defendida. Por essa razão, referido pressuposto relacional da Teoria dos Poderes Implícitos no sentido de quem pode o mais, pode o menos, não se aplica à investigação penal e à persecução penal. A figura do órgão investigador não pode ser confundida com a do órgão persecutório.

Note-se que, quanto aos demais argumentos, o raciocínio é o mesmo. Não se pode entender que em determinadas prerrogativas ligadas às competências de natureza cível do órgão ministerial fixadas pelo legislador, querer-se-ia, em verdade, se referir também a uma atribuição implícita de investigação penal. Isso seria uma equivocada interpretação extensiva do texto constitucional, para atender aos interesses de duvidoso caráter democrático dos membros do Ministério Público (http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/parecer_investigacao_pelo_mp.pdf acessado em 25/06/2013). Percebe-se que os defensores da corrente pró-investigação acabam, em verdade, distorcendo toda a sistemática constitucional, realizando uma interpretação elástica e *contra legem*, para adequar a literatura do Constituinte aos seus anseios de monopolizar o procedimento penal (NUCCI, 2012, p. 130).

Ademais, como afirmado previamente, não se mostra possível vislumbrar uma situação em que o Ministério Público figure como órgão investigador e, ao mesmo tempo, se atenda à natureza democrática da Constituição Federal de 1988.

Isso ocorre primeiramente pela atual noção de democracia que se tem no momento pós-positivista celebrado pela sociedade contemporânea. Hoje, a ideia de democracia não se resume apenas a uma forma de governo com regras majoritárias. Pelo contrário, a natureza democrática de um ordenamento jurídico se dá, principalmente, pelo respeito aos direitos fundamentais. São esses direitos que protegem os cidadãos e, principalmente, as minorias de qualquer forma de abuso pelo poder público e das diferentes formas de apresentação de majorias episódicas. Torna-se imperioso destacar que a ideia de minoria e maioria, nesse ponto,

deve ser entendido, não no sentido estrito da palavra, mas em um sentido amplo, ou seja, qualitativamente. Em verdade, os investigados - diante da máquina estatal de persecução penal - apresentam-se em posição de flagrante desvantagem, comparado a fonte de recursos e poderes do Estado. Os direitos fundamentais, portanto, funcionam como o freio de eventuais excessos do Estado.

Nesse sentido, a questão envolvendo a competência para apurar crimes do Ministério Público, está diretamente ligada ao respeito aos direitos fundamentais e conseqüentemente à ideia de democracia. Tendo em vista seu status de maioria qualitativa - em função, exatamente, de seus poderes e prerrogativas frente aos investigados e processados - o Ministério Público adota, com a defesa dessa capacidade de investigar, uma postura que afronta o núcleo básico dos direitos fundamentais.

Em verdade, o órgão ministerial busca com referida atitude, alcançar uma vantagem de natureza processual em relação às pessoas investigadas, cuja única salvaguarda é a Constituição da República Federativa do Brasil.

Em maiores detalhes, pode se afirmar que isso ocorre principalmente porque, um dos princípios basilares do ordenamento jurídico é o princípio do contraditório, sendo que para este ser observado no âmbito penal, deve-se, em primeiro lugar, verificar se há o respeito ao instituto da *par conditio*. Referido instituto tem sido atrelado diretamente ao complexo conceito do princípio do contraditório. Principalmente a doutrina moderna, “caminha a passos largos no sentido de uma nova formulação do instituto, para nele incluir também o princípio da *par conditio* ou da paridade de armas, na busca de uma efetiva igualdade processual” (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris: 2008. p.31).

Como resultado, adotado o pressuposto da paridade de armas, “o contraditório exigiria a garantia de participação em simétrica paridade” (OLIVEIRA, 2008, p. 31), resguardando às partes plena igualdade de condições.

Percebe-se que, partindo da premissa acima, eventual investigação penal realizada pelo Ministério Público, já titular da ação penal, acarretará em uma contumaz violação ao princípio do contraditório, uma vez que, sendo a parte autora no processo criminal, o *parquet* se encontrará em posição de ainda

maior vantagem, pois já terá contato com o caso muito antes da defesa, inclusive participando de provas consideradas não repetíveis.

Processualmente argumentando - e sob esse prisma implicando também em grave violação ao devido processo legal e a ampla defesa - a problemática envolvendo a questão é exatamente a de o Ministério Público ser parte no processo. Isso ocorre porque, conforme preconiza a própria Constituição Federal (art. 5º, LV), sempre que houver partes envolvidas em um processo - ainda que de natureza administrativa - a exemplo do famigerado procedimento investigatório criminal previsto na res. 13/2006 do CNMP - é imprescindível a observância ao contraditório.

Não sem razão, tem-se como característica inexorável do Inquérito Policial (IP) - instrumento de investigação da polícia - a sua natureza inquisitiva, não se permitindo o exercício do contraditório pela parte investigada. No entanto, essa é uma característica do IP, tão somente, por ser ele presidido e conduzido por uma Autoridade Policial (Delegado de Polícia), que não é e nunca será parte processual na futura ação penal. Esse é o posicionamento defendido por Maurício Henrique Guimarães Pereira (*habeas Corpus e Polícia judiciária*, p. 208), citado por NUCCI (2007, p. 132):

“A investigação criminal conduzida exclusivamente pelo representante do Ministério Público provoca o desequilíbrio das partes em eventual futuro processo, afinal, importantes provas são produzidas nessa fase, como as perícias e a busca e apreensão, não mais repetidas sob o crivo do contraditório. Melhor, então, manter o delegado à frente da investigação, pois ele não será parte na relação processual”.

É exatamente por essa mesma razão que a própria Constituição permite que outras instituições devidamente autorizadas, de forma excepcional, realizem investigações de natureza criminal, pois estas não serão partes na futura ação penal, já que não possuem a titularidade para oferecer denúncia nem queixa-crime, a exemplo das Comissões Parlamentares de Inquérito.

Note-se que a pretensão do MP de titularizar procedimentos investigatórios esbarra também na proteção de imparcialidade inerente ao conceito do princípio do promotor natural, quando da formação de sua *opinio delicti*. Isso porque um membro do Ministério Público responsável por toda uma investigação, dificilmente manterá um ângulo imparcial na

formação de sua *opinio delictic* diante de elementos de informação por ele próprio coletados. Pensar o contrário, seria afirmar que o membro do MP desabonaria a própria investigação por si realizada. Verifica-se, então, que “dirigir a investigação e a instrução preparatória no sistema vigorante, pode comprometer a imparcialidade. Desponta o risco da procura orientada de prova, para alicerçar certo propósito, antes estabelecido” (NUCCI, 2007, p. 131 apud PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. *Procedimento administrativo criminal*. p. 3) ou, ainda, da instauração de ações penais temerárias, maculadas originariamente por ausência de justa causa.

Outra situação de efeitos devastadores para um processo penal democrático, relacionada ao poder de investigação do MP, é a ausência de critérios para determinar os supostos casos em que o *Parquet* atuaria. A indagação se dá principalmente diante da necessária observância aos princípios do promotor natural e do devido processo legal. Segundo referidos princípios, não seria dado ao membro do Ministério Público escolher em qual caso exerceria o seu ofício, sob pena de se criar a figura do acusador de exceção, abominada nas ordens democráticas contemporâneas (*STF - HC 102.147/GO*).

Mais grave ainda é a situação envolvendo a violação ao princípio da legalidade, eis que o órgão ministerial, apesar de não possuir lastro normativo a fundamentar a sua atuação na investigação de crimes, tem sustentado essa prerrogativa com base em uma resolução elaborada no âmbito do CNMP.

Ora, como já citado oportunamente, a investigação criminal é matéria afeta ao Processo Penal, cuja competência para legislar é privativa do Congresso Nacional, mediante lei em sentido estrito. Nesse sentido, percebe-se que o ministério Público, ao agir sem fundamento legal, coloca em xeque não apenas a premissa básica da legalidade e da segurança jurídica para os investigados, mas também compromete a validade da persecução penal de ações penais nas quais a instituição tenha agido como investigador e titular da ação penal ao mesmo tempo.

A partir das situações apresentadas se passa a indagar até que ponto o Órgão Ministerial estaria disposto a desempenhar a atividade de investigação como projeto institucional. Pergunta-se: Há conhecimento técnico para tanto? Há verba orçamentária suficiente para organizar novos

órgãos de investigação no âmbito do MP? O MP vai investigar que crimes? Há membros suficientes para mais uma atribuição?

Essas são questões ainda não esclarecidas.

Ressalte-se, porém, que nem sequer foi decidida a questão envolvendo a capacidade do Ministério Público de investigar e já são noticiados abusos sendo cometidos por membros do MP - que atuam com base na equivocada res. 13/2006 do CNMP - na investigação de crimes. De todos os Estados da Federação, em dezessete Estados, seus respectivos órgãos ministeriais estariam realizando, por si próprios, interceptações telefônicas, contrariando o que determina o art. 10, VI da resolução n° 59 do CNJ que a realização de interceptações será conduzida especificamente pela autoridade policial (<http://www.adepoldobrasil.com.br/2.0/17-mps-interceptam-ligacoes-sem-participacao-da-policia> acessado em 10/06/13).

Não se pode olvidar que a própria doutrina é temerosa quanto à possibilidade do MP investigar sem o exercício de um controle externo de referida atividade, sob pena de ocorrer abusos como os acima noticiados. A falta de um órgão de controle, portanto, pode implicar em graves excessos praticados pelos membros do órgão ministerial na condução de investigações.

Em verdade, “a investigação do MP sem previsão legal e sem controle daria azo ao arbítrio, ao voluntarismo e aos caprichos pessoais, além de não atender à impessoalidade e ao distanciamento crítico, necessários (...)”. (NICOLITT, 2012, p.73).

Projetando o posicionamento do STF com sua atual composição sobre a questão, merece destaque trecho do parecer do Constitucionalista Luís Roberto Barroso, recentemente empossado no cargo de Ministro de referida Corte Constitucional, e cujo parecer sobre o tema apresenta-se contrário ao poder de investigação do MP no modelo atualmente proposto, com base nos argumentos supracitados (http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/parecer_investigacao_pelo_mp.pdf acessado em 25/06/2013):

“(...)Parece fora de dúvida que o modelo instituído pela Constituição de 1988 não reservou ao Ministério Público o papel de protagonista da investigação penal.(...) Nesse contexto, não parece adequado

reconhecer como natural o desempenho dessa atribuição específica pelo Ministério Público, com fundamento em normas constitucionais que dela não tratam (como é o caso do art. 129, I, VI, VII e VIII), especialmente quando o constituinte cuidou do tema de forma expressa em outro dispositivo (o art. 144). Pela mesma razão, não parece próprio extrair tal conclusão de cláusulas gerais, como as que impõem ao Parquet a defesa da ordem jurídica e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (...). À luz da teoria democrática, e considerando jamais ter havido deliberação constituinte ou legislativa em favor do desempenho de competência investigatória criminal pelo Ministério Público, não se afigura legítimo inovar nessa matéria por via de uma interpretação extensiva. É que, dessa forma, estar-se-ia subtraindo da discussão política em curso e, conseqüentemente, do processo majoritário, a decisão acerca do tema. (...) A atuação do Parquet nesse particular, portanto, poderá existir, mas deverá ter caráter excepcional. (...) Mas se o Ministério Público desempenhar, de maneira ampla e difusa, o papel da Polícia, quem irá fiscalizá-lo? O risco potencial que a concentração de poderes representa para a imparcialidade necessária às atividades típicas do Parquet não apenas fundamenta a excepcionalidade que deve caracterizar o exercício da competência investigatória, mas exige igualmente uma normatização limitadora. Desse modo, e de lege ferenda, é de todo conveniente disciplinar, por meio de ato legislativo próprio, as hipóteses e a forma em que será legítima essa atuação eventual e excepcional do Ministério”.

O clímax da discussão envolvendo os poderes de investigação do MP chegou ao seu momento crítico com a propositura da chamada Emenda Constitucional n° 37 (PEC 37). Referida proposta de alteração da Constituição visou dar fim à insegurança jurídica envolvendo a questão, diante da passividade do Supremo em posicionar-se definitivamente sobre o tema. Desse modo, entendeu por bem o legislador esclarecer a questão, adotando a posição que nega ao Ministério Público poderes Investigatórios. Para tanto reiterou, de forma ainda mais clara, o conteúdo do art. 144 em um novo parágrafo (§10) e realizando mudanças pontuais em outros dispositivos constitucionais.

Ocorre que com a tramitação de referida proposta no Congresso, o Ministério Público dos Estados e o Ministério Público Federal adotaram

uma postura radical na tentativa de inviabilizar a aprovação da emenda. Como resultado, foi criado o slogan “PEC da Impunidade” para se referir à referida proposta de Emenda Constitucional.

Veja que referida atitude – principalmente por ligar apenas à figura do *parquet* a ideia de infalibilidade e incorruptibilidade, pressupondo seus respectivos antônimos como características inerentes aos demais órgãos de investigação - em nada acrescentou para o cenário já desgastado de rixa institucional entre Polícia e MP. Inclusive, é de se causar estranheza o Ministério Público, órgão de função essencial à justiça e de fiscalização da lei, adotar conduta de tamanha infelicidade, deixando de lado o real debate democrático necessário à aprovação ou rejeição da proposta em trâmite.

O que se percebe, portanto, é que a proposta da PEC 37, pelo menos no que toca aos defensores do poder de investigação, tornou-se uma questão de cunho essencialmente político. O fundamento democrático e valorativo do debate entre instituições - de natureza técnica e jurídica - foi abandonado, priorizando-se um enfoque político, de natureza claramente sensacionalista.

Analisando o tema, autoridades renomadas já haviam se posicionado favoravelmente à PEC e criticado a postura do Ministério Público, a exemplo do ex-ministro da justiça Marcio Thomaz Bastos ao acusar o órgão ministerial de buscar apenas casos midiáticos (<http://www.adepoldobrasil.com.br/2.0/thomaz-bastos-acusa-ministerio-publico-de-buscar-casos-midiaticos/>: acessado em 11/06/2013).

Esse também foi o posicionamento do Ilustre professor Ives Gandra, acrescentando, ainda, ser desnecessária a aprovação da PEC para inviabilizar a investigação pelo MP. Segundo o professor, a CRFB/88 já é clara ao atribuir privativamente à autoridade policial a responsabilidade pelas investigações criminais, destacando ainda outros argumentos já citados (<http://s.conjur.com.br/dl/parecer-ives-gandra-pec-37-parecer.pdf> acessado em 12/06/13):

(...) Ora, o título IV da Constituição claramente divide as funções judiciárias entre o poder de julgar (Poder Judiciário, art. 92 a 126), o de acusar (Ministério Público, arts. 127 a 132) e o de defender (Advocacia, arts. 133 a 134). Os delegados agem como polícia judiciária. Estão a serviço, em primeiro lugar, do Poder Judiciário,

e não do Ministério Público ou da Advocacia, que são partes no inquérito policial – processo preliminar e investigatório que deve ser presidido por uma autoridade neutra, ou seja, o delegado. A alegação de que o Ministério Público pode supervisionar as funções da polícia não significa que possa substituir os delegados em suas funções típicas, razão pela qual, mesmo hoje, a meu ver, já não tem o “parquet” direito de subrogar-se nas funções de delegado, desempenhando as de parte e “juiz” ao mesmo tempo. (...) Esta é a razão pela qual entendo que o PEC seria desnecessário, pois já está implícita na atual Constituição esta prerrogativa EXCLUSIVA dos delegados. Mas, num país como o nosso, sempre é bom deixar o óbvio, mais óbvio”.

Consultado pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais sobre a possibilidade do Ministério Público realizar e/ou presidir investigação criminal, José Afonso da Silva, ilustre doutrinador e Constitucionalista, posicionou-se também em sentido negativo, ou seja, negando que referida atribuição pudesse ser delegada ao órgão ministerial. Seu principal argumento deriva exatamente do fato de a própria Constituição não permitir interpretação nesse sentido. Narrando o processo histórico de feitura da Carta Maior em 1988 e realizando uma interpretação sistemática da Constituição, o mestre destaca a opção do Constituinte Originário de não atribuir ao órgão ministerial referida atribuição. Da mesma forma, realiza um estudo comparativo com Ordenamentos Jurídicos estrangeiros e destaca experiências em que a investigação pelo MP não deu certo (<http://s.conjur.com.br/dl/parecer-jose-afonso-silva-pec-37.pdf>: acessado em 12/06/2013).

Não obstante o esforço para a aprovação da PEC 37, a onda de manifestações de junho de 2013, abastecida pela propaganda tendenciosa do Ministério público, levou à população a voltar-se contra referida proposta, resultando em sua rejeição pela Câmara dos Deputados.

3. CONCLUSÃO E PROPOSTA

Diante de todos os argumentos apresentados por ambos os lados, partilhamos do pensamento contrário à capacidade de investigação do Ministério Público no atual modelo Constitucional. Não apenas o fato de

não haver previsão legal ou constitucional que disciplinem ou prevejam essa possibilidade, mas também o próprio resguardo aos direitos fundamentais dos investigados impede que se tome posicionamento contrário.

As razões parecem ser claras aos olhos de qualquer jurista imparcial, porém tornam-se nebulosas aos olhos de um leigo. Essa justificativa, inclusive, explica o momento por que passa o povo brasileiro. O total desconhecimento do teor da Constituição Federal, somada à temerária propaganda do ministério público, deu ao povo a falsa sensação de que reivindicaram uma causa nobre e justa, ao pleitear a rejeição da PEC, quando, em verdade, apenas contribuíram para o sepultamento precoce de uma proposta que deveria ser debatida de maneira legítima e descortinada de interesses corporativos.

Nesse sentido, urge destacar - e aqui fica o esclarecimento - que nunca foi pretendida a veiculação da impunidade por meio da PEC 37. O que se visava, tão somente, era deixar ainda mais claro o que já está previsto na Constituição, terminando uma discussão que permeia o âmbito jurídico há décadas (antes mesmo do mensalão), em função da omissão do Plenário do Supremo Tribunal Federal em se posicionar sobre o tema.

A PEC 37 foi, em verdade, a solução encontrada pelo Congresso Nacional - no exercício da função de legislador positivo - para por fim ao mar de insegurança jurídica e ilegalidades aos quais são submetidos os investigados, diante de uma atuação sem previsão normativa do Ministério Público.

Nesse sentido, e diante de todos os argumentos expostos, é necessário destacar - e repita-se - que no atual modelo Constitucional, não é dado ao Ministério Público investigar.

Veja que, novamente, evidencia-se que é a atual Constituição que não permite uma interpretação no sentido de transferir a competência de investigação ao MP. No entanto - e aqui fica a ressalva - nada impede que, com uma alteração pontual da Constituição e com sua devida regulamentação infraconstitucional, essa atribuição seja estabelecida ao *Parquet*. Essa, em verdade, é a única solução possível para a questão.

Dentro de um Estado Democrático não se pode pretender pular etapas e ignorar a Constituição diante do apelo popular. Decerto os

anseios populares devem ser atendidos, principalmente, diante da incompetência que tem marcado a administração nas últimas décadas. Entretanto, não se pode querer violar o único documento que resguarda a manutenção do Estado Brasileiro como uma sociedade organizada e como um Ordenamento Jurídico Democrático e Social. Os meios para que se alcancem essas mudanças estão na própria Constituição. Ao ignorá-los e, conseqüentemente, realizar interpretações forçosas e contrárias ao que dispõe a Carta da República (o que por si só já é um contrassenso) permite-se que se dê azo a outras formas de violação, enfraquecendo a Ordem Jurídica e a Força Normativa da Constituição (HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição* – Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Sérgio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre, 1991).

Não se deve olvidar, também, como pressuposto básico de eventual proposta de emenda constitucional que atribua poderes investigatórios ao MP, a criação indispensável de um órgão que fiscalize referida atividade - assim como faz o próprio MP nas investigações realizadas pela Polícia (NICOLITT, 2012, p. 75).

Da mesma forma, em observância ao princípio do contraditório - na vertente da paridade de armas-, do promotor natural, da imparcialidade e do devido processo legal, imprescindível também é a previsão de impedimento do membro do ministério público que atue na investigação. Até por uma questão lógica, não seria razoável que o mesmo membro que investiga, ofereça ação penal, uma vez que sua *opinio delicti* restaria contaminada e influenciada pela investigação anteriormente realizada.

4. REFERÊNCIAS

Entrevista de Marcos Vasconcelos disponível em: <http://www.adepoldobrasil.com.br/2.0/17-mps-interceptam-ligacoes-sem-participacao-da-policia> .

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição* – Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Sérgio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre, 1991.

LIMA, Marcellus Polastri. *Manual de Processo Penal*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

NICOLITT, André. *Manual de Processo Penal*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

- NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. 3^a ed. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2007.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 10^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008.
- Parecer de Ives Gandra disponível em <http://s.conjur.com.br/dl/parecer-ives-gandra-pec-37-parecer.pdf>
- Parecer de José Afonso da Silva disponível em <http://s.conjur.com.br/dl/parecer-jose-afonso-silva-pec-37.pdf>: acessado em 12/06/2013.
- Parecer de Luís Roberto Barroso disponível em http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/parecer_investigacao_pelo_mp.pdf
- Parecer do MPF nº 580-PGR - RG na ADI 4271 disponível em <http://www.deborahduprat.com/wp-content/uploads/2013/03/ADI-4271-controle-externo-pelo-MP.pdf> acessado em 11/06/2013
- RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 8^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- TAVORA, Nestor, ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal. 6^a ed. Salvador: JusPodium, 2011.

A SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO QUESTIONADA NO CASO DA DEMOLIÇÃO DA IGREJA DE SÃO PEDRO DOS CLÉRIGOS DO RIO DE JANEIRO

Daniela Maria Cunha de Hollanda¹

INTRODUÇÃO

Igreja de São Pedro dos Clérigos. Pequena jóia barroca incrustada no Centro da cidade de São Sebastião do Rio de Janeiro. Igreja única! Todavia, apesar de sua beleza arquitetônica ímpar, sua riqueza, seu acervo, sua talha, sua importância histórica, por ter ilustres personagens nela enterrados e haver sido tombada pelo Patrimônio Histórico em 1937, foi demolida ainda durante o Estado Novo. Embora o fato tenha ocorrido durante regime de exceção, o caso em questão é emblemático por ilustrar o quão apartado pode estar o interesse público daquilo que muitos desejam no passado e futuro. Na verdade, até que ponto não é apenas desejo ou capricho do governante? E, então, recai-se no debate sobre público e privado já levantado por autorizadas vozes como Buarque de Holanda e Faoro.

Este trabalho não visa a esgotar o tema, mas apenas suscitar o debate sobre o interesse público, particularmente no Brasil e especialmente do

¹ Graduada em Pintura pela UFRJ e Direito pela UNIRIO. Pós-graduada em História da arte e da arquitetura no Brasil pela PUC-Rio, Teoria da arte: práticas e fundamentos pela UERJ e Administração pública pela FGV-Rio. É professora colaboradora do curso de Patrimônio Histórico da Cidade do Rio de Janeiro, oferecido pelo Instituto Superior de Estudos Pedagógicos - ISEP

Estado Novo para cá, com o estudo de caso da igreja mencionada, há que salientar a intrínseca dificuldade de definição metodológica. Contudo, se o interesse público é conceito indeterminado, só é passível de aferição na prática, quando de sua aplicação. Por isso, e para que o vocábulo “interesse” não seja exaustivamente repetido neste trabalho, por vezes, empregar-se-á sinônimos do conceito como “desejo” no caso específico do interesse particular etc.

Como princípio, pode ser interpretado, analogamente, à luz da teoria platônica do Mundo das Ideias e das Sombras, verificando-se também que há duas correntes para o entendimento deste preceito: uma teórica e tradicionalista (Di Pietro, Bandeira de Mello etc) e outra da aplicação e hodierna (Uerj: Barroso, Sarmiento e Binenbojm). A partir da análise das teorias de alguns modernos professores da Uerj que criticam a visão paradigmática tradicional do direito administrativo da supremacia do interesse público por não poder ser considerada princípio, frente aos atuais avanços da teoria do direito, pode perceber-se que este preceito pode resultar de concepção “autoritária” de Direito Administrativo. Afinal, princípio, por definição, é algo absoluto e imutável. Aplicar-se-ão suas recentes teses no antigo caso da São Pedro para desvelar que a afivelada máscara de interesse público pode descortinar desejos obscuros e escusos de vilipendiar, inclusive, o patrimônio histórico, artístico e cultural que denota a identidade de um povo. Analisar-se-á o discurso oficial de antanho, verificando-se que estava-se a propalar falácia com vistas a extirpar o monumento da paisagem. Ou seja, embora o fato de a igreja tombada ter sido destombada e demolida há algumas décadas, verifica-se que a argumentação das autoridades e o embasamento do interesse público não se modificou nas décadas após o incidente. Pior! Ele é cada vez mais atual, ao deparar-se com exemplos diários desta mesma confusão entre o capricho da Administração Pública e o que, realmente, é o desejo da coletividade. Assim, permanece atual a discussão sobre o assunto, o que responde ao *por quê?*

A contribuição teórica que a pesquisa pode trazer jaz no aperfeiçoamento da compreensão de como algo pode se tornar ou não de interesse público, pois como os autores brasileiros parecem padecer de certo obscurantismo sobre a matéria, foi necessário debruçar-se sobre alguns autores estrangeiros para que a clarificação da teoria sobre interesse público.

São exemplos disso Enterría e Fernández, da Espanha; *Schmidt-Abmann* e Uerpmann, da Alemanha; Spasiano e Torricelli, da Itália e Trudel do Canadá para a resolução de pontos obscuros. No que tange à igreja em tela, foi empregado o livro elaborado alhures pela autora.

Existe a consciência geral, por exemplo, que o gasto agora com estádios para a Copa do Mundo poderia ser muito melhor utilizado se aplicado na saúde e na educação. Contudo, para as autoridades, parece ser de interesse público que os estádios sejam remodelados, embora o Maracanã tenha sofrido reformas para o Panamericano de 2007... Ademais, do ponto de vista específico da preservação do patrimônio histórico, artístico e cultural, a demolição da igreja de São Pedro foi triste marco, haja vista que as gerações futuras não conhecerão monumento que tanto desvela sobre a memória e identidade nacional.

Quanto ao objeto, resta patente o esclarecimento efetivo do seria interesse público, como avaliar o que é ou não deste a partir da leitura dos estrangeiros, e como e por quê diferenciar as duas correntes brasileiras. Mister observar que o problema, no âmbito do caso concreto proposto, atinge a todos os nascidos neste país, mas se levar em conta que a cultura é desprezada no Brasil, deve-se, portanto, fomentar a reflexão nesta área, isso sem contar que, analogamente, pode servir a outras searas, como saúde etc.

A hipótese básica para do pressuposto que o governante distorce o conceito ideal e teórico de interesse público para, quando da aplicação, mostrar seu capricho pessoal em detrimento do que a sociedade anseia. Afinal, não se questiona o rico ou como este chegou a se tornar rico, o que é feito em países mais avançados. Portanto, a imoralidade, aqui, é parâmetro para ascensão sócio-econômica. Daí a prática do interesse público ser, totalmente, desvirtuada.

O método de abordagem foi o dedutivo, partindo das leis para o caso particular da igreja em tela. Como método de procedimento, foi adotado o estudo de caso, embora também possam ser apontados o histórico e o comparativo entre as teorias. Foram usadas técnicas de observação direta intensiva de fatos ligados à derrubada do monumento.

Como dito, o embasamento teórico partiu da dicotomia entre dois grupos de doutrinadores que percebem o interesse público de forma

totalmente diferente um do outro. Os tradicionalistas defendem a teoria linda e pura do interesse público, quase como as essências que estavam pairando no Mundo das Ideias concebido por Platão. Já os mais modernos, pretendem certo autoritarismo quando da aplicação, haja vista o conceito ser indeterminado e somente neste momento, passível de mensuração. Portanto, estes a enxergam de forma impura e contaminada tal como o Mundo das Sombras platônico. Como diz o ditado, de boas intenções o inferno está cheio...

SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

Muito tem se dito sobre o interesse público como princípio absoluto, que paira acima de tudo e de todos. Com efeito, os doutrinadores do passado costumavam sacralizá-lo, de tal sorte que muitos disparates foram cometidos em seu nome pelos governantes. Mas o que é o princípio do interesse público?

Conceito de interesse público

A ideia de interesse, do latim *interesse*, significa proveito e advém do substantivo importar². Hodiernamente, ao se ler as acepções deste vocábulo, verifica-se a imprecisão dada à multiplicidade de sentidos que pode adotar. De natureza arisca, a ontologia do princípio do interesse público escapa por entre os dedos das mãos como areia... Sarmento (2006, p. 36) reclama da "*absoluta indeterminação do conceito*"³ e Borges chega a afirmar que é o "*mais indeterminado dos conceitos*"⁴, embora seja concernente à intervenção do Estado na vida dos indivíduos. Até Bandeira de Mello (2011, p. 59), o maior defensor deste preceito, adverte que não se trata de definição de fácil apreensão por ser "*obscura*"⁵! Rita Tourinho, a respeito de conceitos jurídicos, assevera que

² CUNHA, Antônio Geraldo da, Dicionário etimológico Nova Fronteira da língua portuguesa, p. 441.

³ SARMENTO, Daniel, Livres e iguais: estudos de direito constitucional, p. 36.

⁴ BORGES, Alice Gonzalez. Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução? Revista Diálogo Jurídico. Salvador: n. 15, jan./mar. 2007. P. 2. Disponível em: http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/Supremacia%20do%20Interesse%20P%C3%ABlico%20-%20-%20Alice%20Gonzalez%20Borges.pdf. Acesso em: 13 ago. 2012.

⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, Curso de direito administrativo, p. 59.

*Outros, no entanto, possuem uma inequívocidade difícil de ser alcançada, ou seja, têm um campo amplo de significação necessitando de uma atividade interpretativa para se obter seu real sentido, tais como: a noção de interesse público, notável saber, urgência, bons costumes, falta de probidade, ordem pública, atividade perigosa, etc. Os limites desses conceitos não são traçados com exatidão pela lei, visto que não admitem uma quantificação ou determinação rigorosa. Porém, não obstante a indeterminação no conceito da realidade, esta será determinada no momento da aplicação.*⁶

Assim, os chamados “conceitos jurídicos indeterminados”, como ressaltam Enterría e Fernandez, não possuem limites que apareçam com precisão em seu enunciado⁷. A lei não delimita exatamente porque são conceitos que não aceitam quantificação ou rigorosa determinação, mas que admite ser precisado quando de sua aplicação⁸. A lei emprega conceitos de experiência, como incapacidade para o exercício de suas funções, pré-meditação, força irresistível ou de valor, como boa fé, padrão de conduta do homem médio, justo preço posto que estas realidades não admitam outro tipo de determinação mais precisa⁹. Para tais autores, há ou não há boa fé; o preço é justo ou não é. Alegam: “*tertium non datur*”¹⁰, ou seja, não há terceira opção. E destacam:

*esto es lo esencial del concepto jurídico indeterminado: la indeterminación del enunciado no se traduce en una indeterminación de las aplicaciones del mismo, las cuales sólo permiten una ‘unidad de solución justa’ en cada caso, a la que se llega mediante una actividad de cognición, objetivable por tanto, y no de volición.*¹¹

Bandeira de Mello tenta explicar interesse público, o qual, inicialmente,

⁶ TOURINHO, Rita. A discricionariade administrativa perante os conceitos jurídicos indeterminados. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, 2008. Disponível em: http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/RTourinho.pdf. Acesso em: 10 set. 2012.

⁷ ENTERRÍA, Eduardo García de, FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, Curso de derecho administrativo I, p. 457.

⁸ ENTERRÍA, Eduardo García de, FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, Curso de derecho administrativo I, p. 457.

⁹ ENTERRÍA, Eduardo García de, FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, Curso de derecho administrativo I, p. 457.

¹⁰ ENTERRÍA, Eduardo García de, FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, Curso de derecho administrativo I, p. 457.

¹¹ “Isso é o essencial do conceito jurídico indeterminado: a indeterminação do enunciado não se traduz na indeterminação das aplicações do mesmo, as quais só permitem ‘unidade de solução justa’ em cada caso, à qual se chega mediante atividade de cognição, objetiva por conseguinte, e não volitiva”. Tradução e grifo nossos. ENTERRÍA, Eduardo García de, FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, Curso de derecho administrativo I, p. 457. Tradução nossa.

parece ser algo abstrato que se contraponha ao interesse individual. Contudo, ele, rapidamente, esclarece que se constitui no “*interesse do todo, do próprio corpo social*”¹². Ele percebe o interesse público como o somatório de todos os particulares, embora alerte que aquele possui “*necessária prevalência*”¹³. E, como consequência de ser a soma das partes, avisa que o interesse de todos não pode discordar do de cada, posto que “*não pode existir interesse público que se choque com os interesses de cada um dos membros da sociedade*”¹⁴, sendo aquela a dimensão pública de destes¹⁵. Assim, o interesse público, em tese, visaria a alcançar o bem estar de todos, por meio da instituição de privilégios e poderes especiais ao Poder Público. A definição jurisprudencial indica que “*interesse público é o interesse geral da sociedade, concernentes a todos e não só ao Estado*”¹⁶. Contudo, insta salientar que interesse parece congrega a **força do deste no que tange a estrutura econômica e regime político**¹⁷. Del Vecchio declara que a noção de interesse advém de Ihering e que, em princípio, consagra a vontade individual que tende a determinado fim, chamado de bem¹⁸, embora seja necessária certa dose de otimismo para supor que seja destinado à vida social porque a realidade desminta justamente isso¹⁹. Neste sentido, desnecessário recordar a lição de Maquiavel: “*o desejo de conquistar o poder é coisa verdadeiramente natural e ordinária e os homens que podem fazê-lo serão sempre louvados e não censurados*”²⁰. Todavia, Del Vecchio acaba por comentar que o conceito de interesse “*é de tal modo vago que não lança luz alguma sobre o objecto [sic] que se pretende definir rigorosamente*”²¹. Destaque-se que, embora não se saiba exatamente o que é, “*o interesse público deve ser determinável normativa e objetivamente, mesmo no caso concreto, sob pena de ser insustentável uma supremacia intersubjetivamente controlável*”²². Todavia, é isso mesmo que ocorre e sempre se deu?

¹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de, Curso de direito administrativo, p. 59.

¹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, Curso de direito administrativo, p. 59.

¹⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, Curso de direito administrativo, p. 60.

¹⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, Curso de direito administrativo, p. 60.

¹⁶ Resp. 167.894-SP, rel. Min. Garcia Vieira, j. 04.06.98, v.u., DJU 24.08.98, p. 25.

¹⁷ Grifo nosso. BOBBIO, Norberto, Dicionário de política, p. 641, v. 1.

¹⁸ DEL VECCHIO, Giorgio, Lições de filosofia do direito, p. 438.

¹⁹ DEL VECCHIO, Giorgio, Lições de filosofia do direito, p. 439.

²⁰ Grifo meu. Nicolau MAQUIAVEL, *O Príncipe*, p. 14.

²¹ DEL VECCHIO, Giorgio, Lições de filosofia do direito, p. 439.

²² ÁVILA, Humberto. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 11, setembro/outubro/novembro, 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em: 14 out. 2012.

HISTÓRIA

Primórdios

Ao sabor das marés, o interesse público ora tanto pende para um lado, como em outro momento, para outro, desde a Hélade. Por isso, por análise histórica, recorda a lição do macedônio Aristóteles, para quem o homem é animal político²³, embora, na democracia ateniense, mulheres e escravos fossem alijados da vida política²⁴... No escólio de Carvalho Filho, na Antiguidade, as condições políticas e sociais ainda não permitiam defini-lo²⁵, embora houvesse, embrionariamente, certos axiomas correlatos, como a diferença entre público e privado de Ulpiano no Digesto: "*publicum ius est quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singularum utilitatem*"²⁶, que, em tradução livre, significa "*direito público é o que tange ao estado das coisas romanas, (ao passo que o) privado (pertine) à utilidade dos indivíduos*"²⁷.

Foi o Estado Liberal que limitou o poder estatal, concedendo algumas garantias ao particular, de tal sorte que chegou a priorizar este em detrimento do Estado. Ou seja, sob a égide do Estado Liberal, a preocupação era em "*afastar as arbitrariedades do Poder Público e controlar o poder político da Administração, de modo a garantir a liberdade e a igualdade formal entre os cidadãos*"²⁸. Pretendeu-se, pois, resguardar os indivíduos e seus interesses particulares, preservando-os das ingerências estatais e assegurando valores como a liberdade individual e a propriedade, juridicizados como direitos fundamentais²⁹.

²³ ARISTÓTELES, Política, p. 14.

²⁴ ARISTÓTELES, Política, p. 12.

²⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos, Supremacia do interesse público e estado de direito. Revista do Ministério Público. Rio de Janeiro: MPRJ, n. 41, jul./set. 2011. P. 88.

²⁶ ULPIANO, Digesto Justiniano apud CARVALHO FILHO, José dos Santos, Supremacia do interesse público e estado de direito. Revista do Ministério Público. Rio de Janeiro: MPRJ, n. 41, jul./set. 2011. P. 89.

²⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos, Supremacia do interesse público e estado de direito. Revista do Ministério Público. Rio de Janeiro: MPRJ, n. 41, jul./set. 2011. P. 89.

²⁸ HACHEM, Daniel Wunder. Princípio constitucional da supremacia do interesse público. 2011. 438 p. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado). – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba. P. 76. Disponível em: <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/26126/Dissertacao%20-%20Daniel%20Wunder%20Hachem%20-%20UFPR%20-%20Brasil.pdf?sequence=1>. Acesso em: 19 jul. 2012.

²⁹ HACHEM, Daniel Wunder. Princípio constitucional da supremacia do interesse público. 2011. 438 p. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado). – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba. P. 76. Disponível em: <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/26126/Dissertacao%20-%20Daniel%20Wunder%20Hachem%20-%20UFPR%20-%20Brasil.pdf?sequence=1>. Acesso em: 19 jul. 2012.

O direito administrativo, por seu turno, nasceu com a *Lei 28 Pluviose* do ano VIII, editada em 1800, nos primórdios da Revolução Francesa, organizando e limitando a Administração Pública externamente. O mencionado documento simbolizaria a superação do paradigma de poder do Antigo Regime, isto é, a vontade do rei (*quod regí placuit lex est*). Na verdade, conforme assevera Binenbojm³⁰, a noção geral de direito administrativo e de suas categorias jurídicas peculiares (supremacia do interesse público, prerrogativas da Administração, discricionariedade, insindicabilidade do mérito administrativo, dentre outras), desvela que teria, hipoteticamente, surgido como “garantístico”, como afiançam Gabardo e Hachem³¹... Eles avaliam apenas do ponto de vista teórico e utópico, enquanto Binenbojm da vida real, o que realmente ocorre na prática. Por isso, prossegue este mesmo autor, que isso

*representou antes uma forma de reprodução e sobrevivência das práticas administrativas do Antigo Regime que a sua superação. A juridicização embrionária da Administração Pública não logrou subordiná-la ao direito; ao revés, serviu-lhe apenas de revestimento e aparato retórico para sua perpetuação fora da esfera de controle dos cidadãos.*³²

Acrescenta Binenbojm que: “a criação de um direito especial da Administração Pública resultou não da vontade geral, expressa pelo Legislativo, mas de decisão autovinculativa do próprio Executivo”³³. Ele argutamente percebe que “o velho dogma absolutista da verticalidade das relações entre o soberano e seus súditos serviria para justificar, sob o manto da supremacia do interesse público sobre os interesses dos particulares, a quebra de isonomia”³⁴. Destarte, se houve algum “garantismo”, este se deu em benefício da Administração e não dos administrados.

³⁰ BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 28 abr. 2012.

³¹ GABARDO, Emerson. HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo. In: Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo, p. 13-18.

³² BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 28 abr. 2012.

³³ BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 28 abr. 2012.

³⁴ BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 28 abr. 2012.

Sempre, na história, que termina ciclo muito conservador, segue-se outro de cunho liberal. Como lecionou Aristóteles a seu filho, o homem deve tender ao bom senso do equilíbrio: *“em todas as coisas a observância do meio termo é louvável, e os extremos não são nem louváveis, nem corretos, mas reprováveis”*³⁵. Assim, logo em seguida aos rigores do regime absolutista, os homens ansiavam pela extrema liberdade. Os efeitos produzidos pelo liberalismo nas esferas econômica e social acirram-se com a Revolução Industrial e com o não intervencionismo corretivo estatal, ao impor condições de miséria e doença à significativa parcela das pessoas³⁶. Por conseguinte, no final do século XIX, iniciam-se as reações contra o Estado Liberal. Neste viés, opera-se mudança paradigmática no tipo de Estado...

O *Welfare State* traz novamente a força que intervém em diversas searas, relativizando a proteção às liberdades privadas. Como declarou Pietro, *“o Direito deixou de ser apenas instrumento de garantia dos direitos do indivíduo e passou a ser visto como meio para consecução da justiça social, do bem comum, do bem-estar coletivo”*³⁷. Ou seja, tentava-se a superação das desigualdades e a promoção dos direitos sociais com Estado, cobrindo o indivíduo com seu manto protetor. Para isso, a Administração Pública teve de ser ampliada com vistas a efetivar os ditos direitos e para implementar políticas com fito a esta prestação de serviços públicos, frisando que, para tanto, mister se faz constituição que defina o mínimo existencial adequado à dignidade da pessoa etc³⁸. Importante destacar, como obtemperou Hachem, que *“essa modificação da concepção de Administração Pública, com a institucionalização da sua função interventora, é acompanhada por uma concomitante transformação no conceito de interesse público, que se torna mais plural e heterogêneo”*³⁹. Contudo, esta tentativa justiça social

³⁵ ARISTÓTELES, Ética a Nicômacos, p. 44 (1108 a).

³⁶ HACHEM, Daniel Wunder. Princípio constitucional da supremacia do interesse público. 2011. 438 p. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado). – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba. P. 77. Disponível em: <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/26126/Dissertacao%20-%20Daniel%20Wunder%20Hachem%20-%20UFPR%20-%20Brasil.pdf?sequence=1>. Acesso em: 19 jul. 2012.

³⁷ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di, Direito administrativo, p. 69.

³⁸ HACHEM, Daniel Wunder. Princípio constitucional da supremacia do interesse público. 2011. 438 p. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado). – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba. P. 78-79. Disponível em: <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/26126/Dissertacao%20-%20Daniel%20Wunder%20Hachem%20-%20UFPR%20-%20Brasil.pdf?sequence=1>. Acesso em: 19 jul. 2012.

³⁹ Grifo nosso. HACHEM, Daniel Wunder. Princípio constitucional da supremacia do interesse público. 2011. 438 p. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado). – Faculdade de Direito, Universidade Federal do

restou inglória... Principalmente, com declínio dos regimes socialistas, crença na capacidade do Estado é posta em xeque. A partir da crise do Estado Social, este tornou-se mal visto por equiparar-se à ineficiência, à burocracia e ao desperdício como assevera Sarmiento⁴⁰.

Embora possua definição esquivada, considera-se globalização o processo integrador de economias e mercados nacionais. Para Sene, é “*a mais recente fase da expansão capitalista*”⁴¹. Já no entender do sociólogo polonês Bauman, trata-se de

*conceito atualmente na moda, o de globalização. O significado mais profundo transmitido pela idéia de globalização é o do caráter indeterminado, indisciplinado e auto-propulsão dos assuntos mundiais; a ausência de um centro, de um painel de controle, de uma comissão diretora, de um gabinete administrativo. A globalização é a ‘nova desordem mundial’ de Jowitt com um outro nome.*⁴²

A informática, aliada à telecomunicação, integrou o mundo em todas as searas, principalmente, na econômica, pois facilitou o investimento de empresários que pretendam aplicar capital em outros países e exemplo disso é o capital especulativo. Internet, a rede internacional, possibilitou aos usuários contatar computadores em qualquer lugar do planeta. Por outro lado, a globalização trouxe graves conseqüências...

Tal noção, contudo, seria “*expandir a mudança e a melhoria em escala global. [...] Declarava a intenção de tornar semelhantes as condições de vida de todos, em toda a parte, e, portanto, as oportunidades de vida para todo mundo; talvez mesmo torná-las iguais*”⁴³. Ocorre que, no entender de Sunkel, a esta idealização sucedeu outra bem pior... Segundo este autor, “*a democracia está, na verdade, ameaçada*”⁴⁴ porque

irrompe, violentos protestos sociais, e os comportamentos anti-sociais e anti-sistêmicos, individuais e coletivos (tráfico de drogas,

Paraná, Curitiba. P. 79-80. Disponível em: <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/26126/Dissertacao%20-%20Daniel%20Wunder%20Hachem%20-%20UFPR%20-%20Brasil.pdf?sequence=1>. Acesso em: 19 jul. 2012.

⁴⁰ SARMENTO, Daniel, Livres e iguais: estudos de direito constitucional, p. 45.

⁴¹ SENE, Eustáquio de, MOREIRA, João Carlos, Geografia geral e do Brasil: espaço geográfico e globalização, p. 64.

⁴² BAUMAN, Zygmunt, Globalização: as conseqüências humanas, p. 67.

⁴³ BAUMAN, Zygmunt, Globalização: as conseqüências humanas, p. 67.

⁴⁴ SUNKEL, Osvaldo, Globalização, neoliberalismo e reforma do estado In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; WILHEIM, Jorge; SOLA, Lourdes, Sociedade e estado em transformação, p. 174.

*violência, rebeliões, corrupção etc.) estão se alastrando, em especial entre os jovens, o que tem trazido sérios problemas com relação à governabilidade*⁴⁵.

Faz-se mister observar os malefícios produzidos pela globalização sob o prisma jurídico, pois, como pondera Reale, “ninguém pode ser bom pela violência”⁴⁶. Ora, como ensina este eminente jusfilósofo, o Direito é a “ordenação coercitiva da conduta humana”⁴⁷ e é, afinal, um dos mecanismos de controle social. Mas, como ressalta Stiglitz, prêmio Nobel de economia de 2001,

*sem dúvida nenhuma, um pouco de sofrimento era necessário, mas, na minha opinião, o nível de sofrimento sentido pelos países em desenvolvimento no processo da globalização e desenvolvimento, na maneira com tem sido conduzido pelo FMI e pelas organizações econômicas internacionais, é muito maior que o necessário. A reação violenta contra a globalização extrai sua força não só dos danos percebidos causados aos países em desenvolvimento por políticas impulsionadas por ideologias, mas também das injustiças do sistema comercial global.*⁴⁸

Em suma, “a globalização não trouxe os benefícios econômicos prometidos”⁴⁹. E, sobretudo, depois desta, a ideia de soberania é relativizada e há aparente esvaziamento do poder estatal, realizando-se a hipernomia ou, como lhe denominou Sarmento, “inflação legislativa”⁵⁰. Esta crise também enfraquece a proteção conferida às populações carentes pelos direitos sociais, os quais pressionam excessivamente a economia com o peso exagerado dos tributos, conduzindo à ineficiência do Estado e dos agentes econômicos. Destarte, a Administração Pública tenta induzir o administrado a certos comportamentos por meio de incentivos (behaviorismo): se pagar integralmente o Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU) ou o Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores (IPVA), receberá o contribuinte certo desconto. Ademais, o aumento da expectativa de vida e a redução da taxa de natalidade em todo o mundo

⁴⁵ SUNKEL, Osvaldo, Globalização, neoliberalismo e reforma do estado In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser, WILHEIM, Jorge, SOLA, Lourdes (Org.), Sociedade e estado em transformação, p. 174.

⁴⁶ REALE, Miguel, Lições preliminares de direito, p. 44.

⁴⁷ REALE, Miguel, Lições preliminares de direito, p. 47.

⁴⁸ STIGLITZ, Joseph E., A globalização e seus malefícios, p.17.

⁴⁹ STIGLITZ, Joseph E., A globalização e seus malefícios, p.31.

⁵⁰ SARMENTO, Daniel, Livres e iguais: estudos de direito constitucional, p. 46.

exacerbaram os déficits fiscais à medida em que reduziu-se a população economicamente ativa que financia as benesses do *Welfare State*.

Sarmiento ressalta que o desmonte do Estado Social é ainda mais perverso nos países em desenvolvimento, como o Brasil e declara que aqui nunca houve Estado Liberal nem Social⁵¹. Frisa que os limites entre o público e o privado estão cada vez mais tênues, pois o Direito Público se privatiza, enquanto há publicização do Direito Privado. E esta falta de delimitação entre ambos que define o patrimonialismo, desvelado por Faoro:

*A comunidade política conduz, comanda, supervisiona os negócios, como negócios privados seus, na origem, como negócios públicos depois, em linhas que se demarcam gradualmente. O súdito, a sociedade, se compreendem no âmbito de um aparelhamento a explorar, a manipular, a tosquiar nos casos extremos. Dessa realidade se projeta, em florescimento natural, a forma de poder, institucionalizada num tipo de domínio: o patrimonialismo, cuja legitimidade assenta no tradicionalismo — assim é porque sempre foi*⁵².

Ocorre, então, a expressão cunhada de “*revolução copernicana*”⁵³. Diante da dicotomia público/privado tão impressionista, suscita-se nova noção de espaço público, não mais ligada à atividade estatal necessariamente: surgem as ONGs, associações de moradores, entidades de classe etc. que atuam em favor da coletividade. O autor destaca que a abordagem público/privada não dá conta de explicar o fenômeno atual, devendo ser entendida pelo viés dos princípios relacionados aos direitos humanos e à democracia⁵⁴.

Luís Roberto Barroso alerta sobre a necessidade de se questionar a posição doutrinária tradicional que coroa, puramente, o princípio da supremacia do interesse público e adverte que, pelo fato de o Brasil não ter se libertado da herança patrimonialista, há a má definição entre público e privado⁵⁵. E acrescenta: “*pior: sob a atávica apropriação do Estado e do espaço público pelo interesse privado dos segmentos sociais dominantes*”⁵⁶. Embora a CRFB de 1988 tenha demarcado, especialmente,

⁵¹ SARMENTO, Daniel, Livres e iguais: estudos de direito constitucional, p. 47.

⁵² FAORO, Raymundo, Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro, p. 433.

⁵³ SARMENTO, Daniel, Livres e iguais: estudos de direito constitucional, p. 47.

⁵⁴ SARMENTO, Daniel, Livres e iguais: estudos de direito constitucional, p. 49.

⁵⁵ BARROSO, Luís Roberto, Curso de direito constitucional contemporâneo, p. 67.

⁵⁶ BARROSO, Luís Roberto, Curso de direito constitucional contemporâneo, p. 67.

os direitos fundamentais, seu maior empenho é no sentido de evitar a apropriação privada do espaço público, fazendo com que houvesse discussão sobre o princípio da supremacia do interesse público: sua legitimidade constitucional e a existência e natureza da norma que o prescreveria. Contudo, estado é formado pela sociedade e deve perseguir os valores por esta almejados. Afinal, **o interesse público se realiza quando o Estado cumpre bem sua função, mesmo que seja em relação a apenas um indivíduo.**

Visão tradicional

Para o maior defensor do preceito, Celso Antônio, é o *"interesse do todo, ou seja, do próprio conjunto social"*⁵⁷. Sucintamente, segundo Meirelles, o interesse público ou supremacia deste também conhecido por princípio da supremacia do interesse público ou ainda da finalidade pública é de obrigatória observância pela Administração Pública, conforme art. 2º, caput, da lei 9.784/1999: *"a Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência"*⁵⁸. Para tal autor, o preceito em tela está imbricado com o da finalidade por ter o Estado de buscar o interesse geral, fato corroborado por Carvalho Filho: a *"função basilar: a de gerir os interesses das coletividades, alvejando o bem-estar e a satisfação dos indivíduos"*⁵⁹. Por isso, há indisponibilidade do interesse público: à Administração Pública não é permitido dispor deste, haja vista que ela não é titular e sim o Estado. Acrescenta Meirelles ainda que é na supremacia do interesse público que reside a desigualdade entre Administração e administrados, posto que prevalece o interesse geral sobre o individual, de tal sorte que são conferidas prerrogativas ao Poder Público⁶⁰.

No escólio de Pietro, tal preceito vincula toda a atuação da Autoridade Administrativa apenas porque *"os interesses públicos têm supremacia sobre*

⁵⁷ Grifo do autor. MELLO, Celso Antônio Bandeira de, Curso de direito administrativo, p. 59.

⁵⁸ Grifo nosso. MEIRELLES, Hely Lopes, Direito administrativo brasileiro, p. 95.

⁵⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos, Supremacia do interesse público e estado de direito. Revista do Ministério Público. Rio de Janeiro: MPRJ, n. 41, jul./set. 2011. P. 88.

⁶⁰ MEIRELLES, Hely Lopes, Direito administrativo brasileiro, p. 95.

os *individuais*⁶¹. Para Carvalho Filho, de nada serve dispor expressamente na Constituição se não houver por parte dos administradores a efetiva intenção de melhorar a gestão da coisa pública e dos interesses da sociedade⁶². Efetivamente, a mentalidade dos governantes deve ser mudada visando ao interesse da coletividade, afastando-se do pessoal.

Carvalho Filho adverte que

*é compreensível que postulados clássicos e tradicionais sejam objeto de novas críticas e novas visões. O fato integra o fenômeno social. A história oferece diversos exemplos de pensamentos que suplantaram ou aperfeiçoaram idéias de períodos pretéritos. Mas, em outra vertente, não merece aplauso o mero intuito de mudar por mudar, malferindo **axiomas que se revelam verdadeiramente imutáveis**, ainda que sob o peso do passar dos tempos.*⁶³

Em suma, enquanto os antigos doutrinadores do direito administrativo viam no preceito algo de absoluto e *a priori*, enfim, categoria filosófica acima de qualquer questionamento e, portanto, que paira sobre as críticas, os novos publicistas percebem os direitos humanos como algo intangível devido à elevação ao *status* de cláusula pétrea na Constituição de 1988. Todavia, como sabiamente obtemperou Holanda, “*é compreensível se nos lembramos de que a história jamais nos deu o exemplo de movimento social que não contivesse os germes de sua negação*”⁶⁴. Ou seja, por analogia, dentro de período totalitário, já aparecem indícios de liberalismo e vice-versa. Consequentemente, o próprio organismo cria anticorpus contra aquilo que o ataca...

Iuri Mattos de Carvalho, preocupado com os avanços teóricos, assevera que alguns juristas que questionam o princípio da supremacia do interesse público e lamenta que,

Apesar do vigor dos argumentos apresentados, os autores das críticas, infelizmente, não considerarem que as recentes reformulações do princípio, efetuadas por uma significativa parcela da doutrina administrativista atual, representaram um notável avanço em direção a um maior controle social dos atos administrativos,

⁶¹ PIETRO, Maria Sylvania Zanella Di, Direito administrativo, p. 69.

⁶² CARVALHO FILHO, José dos Santos, Manual de direito administrativo, p. 24.

⁶³ Grifo nosso. CARVALHO FILHO, José dos Santos, Supremacia do interesse público e estado de direito. Revista do Ministério Público. Rio de Janeiro: MPRJ, n. 41, jul./set. 2011. 87, 18 p., p. 87.

⁶⁴ HOLANDA, Sergio Buarque de, Raízes do Brasil, p. 180.

*na medida em que afirmam a supremacia do interesse público perante os interesses privados e os interesses meramente estatais (os "interesses secundários do Estado", na já consagrada expressão de Celso Antônio Bandeira de Mello, que foi inspirada na doutrina de Renato Alessi). Longe de justificar posturas autoritárias da Administração, o princípio aponta uma exigência de legitimidade da atuação administrativa, e serve como **fundamento para o controle do exercício das competências discricionárias**.*⁶⁵

Para ele, o princípio em tela não justificaria os atos abusivos do Estado e implicaria em Administração Pública mais democrática⁶⁶. Nitidamente, ele parece adotar viés autoritário e desconhecer a história ao acreditar ainda que o "*avanço na direção de uma Administração Pública mais democrática poderia servir de justificação jurídica para a colonização do interesse público por interesses privados*"⁶⁷. Afinal, ao longo do tempo, exatamente isso que ocorreu...

Estado Democrático de Direito

A Carta Magna, em seu art. 1º, afirma constituir-se em Estado Democrático de Direito⁶⁸, o qual, para José Afonso da Silva, "*reúne os princípios do Estado Democrático e do Estado de Direito*"⁶⁹. Isso faz com que alie a noção liberal de Estado de Direito, cujas características são princípio da legalidade, divisão de poderes e direitos individuais, com o Estado Democrático, o qual se baseia na soberania popular. Assim, o Estado Democrático de Direito visa a garantir os direitos fundamentais democraticamente, com transformação da sociedade, de mudança do

⁶⁵ Grifo nosso. CARVALHO, Iuri Mattos de, O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado: parâmetros para uma reconstrução, Revista Diálogo Jurídico. Salvador: ?, n. 16, mai./jun./jul./ago. 2007. P.?. Disponível em: http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/supremacia_interesse_p%C3%BAblic_iuri_carvalho.pdf. Acesso em: 31 jul. 2012.

⁶⁶ CARVALHO, Iuri Mattos de, O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado: parâmetros para uma reconstrução, Revista Diálogo Jurídico. Salvador: ?, n. 16, mai./jun./jul./ago. 2007. P.?. Disponível em: http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/supremacia_interesse_p%C3%BAblic_iuri_carvalho.pdf. Acesso em: 31 jul. 2012.

⁶⁷ CARVALHO, Iuri Mattos de, O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado: parâmetros para uma reconstrução, Revista Diálogo Jurídico. Salvador: ?, n. 16, mai./jun./jul./ago. 2007. P.?. Disponível em: http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/supremacia_interesse_p%C3%BAblic_iuri_carvalho.pdf. Acesso em: 31 jul. 2012.

⁶⁸ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 3 jul. 2012.

⁶⁹ SILVA, José Afonso da, Curso de direito constitucional positivo, p. 112.

status quo e de promoção da justiça social⁷⁰. É neste cenário ideal que devem florescer os direitos humanos nos incisos do art. 5º⁷¹, garantidos pelo constituinte originário de forma peculiar a assegurar que mudança posterior pudesse mudar o núcleo da Constituição. Por isso, o constituinte erigiu as chamadas cláusulas pétreas que estão protegidas pelo dispositivo 60, § 4º, IV⁷². Como se tudo isso não bastasse, o constituinte ainda definiu como fundamento a dignidade⁷³, da pessoa (art. 1º, III, CRFB⁷⁴). Destarte, pode ser forma de proceder que atraia o respeito dos outros ou o simples fato de respeitar os pares. Neste registro, não há se falar em supremacia do interesse público de maneira arcaica e absoluta, imposta de cima para baixo, como queriam fazer ver os antigos publicistas. Em panorama mais democrático, como o descrito, o interesse público deve ser restrito à dimensão do bom senso. Aliás, como bem obtemperou Binbenojm,

Constitucionalização do conceito de interesse público, que fere de morte a idéia[sic] de supremacia como um princípio jurídico ou um postulado normativo que afirme peremptoriamente a preponderância do coletivo sobre o individual ou do público sobre o particular. Qualquer juízo de prevalência deve ser sempre reconduzido ao sistema constitucional, que passa a constituir o núcleo concreto e real da atividade administrativa⁷⁵.

Importa destacar o que argutamente percebeu Sarmento: “*mesmo que se fala em centralidade dos direitos fundamentais, o que está em questão são os deveres de abstenção ou de atuação promocional do Poder Público*”⁷⁶. Ou seja, ao cotejar o discurso de ambos os autores, percebe-se que remetem à Lei Fundamental porque esta condiciona a atuação estatal no sentido de **respeitar os direitos**.

⁷⁰ SILVA, José Afonso da, Curso de direito constitucional positivo, p. 120.

⁷¹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 3 jul. 2012.

⁷² BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 3 jul. 2012.

⁷³ Dignidade (latim dignitas, -ätis): trata-se da qualidade de quem é “merecedor, honrado, honesto, decoroso”. CUNHA, Antônio Geraldo da, Dicionário etimológico Nova Fronteira da língua portuguesa, p. 265. Na verdade, o “princípio da dignidade da pessoa humana” é fórmula do imperativo categórico kantiano que impõe que se trate a todas as pessoas com fim e não somente como meio. ABBAGNANO, Nicola, Dicionário de filosofia, p. 276.

⁷⁴ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 3 jul. 2012.

⁷⁵ BINENBOJM, Gustavo, Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização, p. 33.

⁷⁶ SARMENTO, Daniel, Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público, p. x.

Num tal contexto, Sarmiento expõe, de plano, que o princípio da supremacia do interesse público não é paradigma para nada⁷⁷. Ele explica que tal princípio define o regime jurídico-administrativo, o qual justificaria a obtenção de prerrogativas, tais como a imperatividade do ato administrativo, sua presunção de legitimidade, a autotutela administrativa etc, por parte da Administração Pública sobre o particular. Afinal, esta por defender, hipoteticamente, os interesses da coletividade, teria privilégios que desequilibrariam a relação. Destarte, critica a imposição desse preceito de forma absoluta, sem respeito ao exposto na Lei Maior. Embora, aparentemente, pareça uno, há dois tipos de interesses públicos: o primário e o secundário.

Interesses públicos primário e secundário

O interesse público primário é o motivo de existência do Estado, pois cumpre a finalidade de promover justiça, segurança e bem estar social, os quais configuram os interesses da sociedade. Nesta esfera que atua o Ministério Público. Já o interesse público secundário é o da pessoa jurídica de direito público (União, Estado e Município e suas autarquias) em arrecadar. Nesta órbita age a Advocacia Pública. Destaque-se ainda que esta clara separação foi implantada pela CRFB de 1988, e também justifica a existência da ação popular e da ação civil pública que tutelam os direitos da sociedade, inclusive contra os interesses secundários do ente estatal ou de governantes. Frise-se que **não se pode sacrificar o interesse público primário** com o intuito de satisfazer o secundário de arrecadar, pois este jamais gozará de supremacia *a priori* em face do cidadão. Em caso de conflito, caberá ao intérprete ponderar adequadamente. Aliás, o **interesse público primário possui supremacia porque não pode sofrer ponderação** (*Abwägung*), **pois é o paradigma desta**. Para Barroso, quando há embate entre os interesses públicos primários contido em meta coletiva e o garantido em direito individual, o intérprete deverá ponderar à luz da dignidade humana e a razão pública. Quando se fala em razão pública, esta deve estar afastada de influências ideológicas ou religiosas, isto é, daquelas que apenas pertencem a um determinado grupo. Segundo o autor, *“a razão pública consiste na busca de elementos constitucionais*

⁷⁷ SARMENTO, Daniel, Livres e iguais: estudos de direito constitucional, p. 34.

*essenciais e em princípios consensuais de justiça, dentro de um ambiente de pluralismo político*⁷⁸. Para que direito fundamental seja alvo de restrição em favor de realização de meta coletiva, mister se faz que corresponda esta a valores consagrados constitucionalmente. Ademais, além da razão pública, outro parâmetro é o da dignidade humana, que garante que o ser humano será tratado como fim em si mesmo. Esta máxima se contrapõe ao utilitarismo, que reduz o homem a mero meio para o alcance de metas.

Sarmiento identifica o que seria interesse primário para Alessi como o geral da coletividade, enquanto o secundário não se revestiria de prevalência sobre o particular⁷⁹. Para o primeiro, a proteção contida na Carta Cidadã de 1988 aos direitos fundamentais é ameaçada pelo teor dogmático do preceito, pois é, com efeito, fruto de equivocada interpretação sobre a finalidade do Estado em relação ao ser humano. Como bem resumido por Mergulhão e Oliveira Neto,

*Desse modo, à luz da dicotomização do interesse público, tem-se que este, na vertente primária, deve ser almejado sempre, porque constitui a perpétua busca pelo bem comum, objetivo inerente a qualquer Estado. Pelo prisma secundário do interesse público, este deve ser aferido em cada caso, cuja realização será perceptível a partir do postulado da proporcionalidade. Neste diapasão, o interesse público apenas será desvelado quando o exercício de direitos fundamentais de uns implicar, necessariamente, restrições ao desempenho do de outros. Afinal, o direito de um indivíduo encontra seus limites onde começa o de outrem.*⁸⁰

Quem serve a quem? A partir da absoluta indefinição do conceito de interesse público, as autoridades podem manuseá-lo a seu bel prazer ou de acordo com a ideologia vigente. Portanto, adverte que se faz mister prudência na subordinação de interesses particulares ao público, principalmente em país como o Brasil de matriz patrimonialista que confunde o público com o privado⁸¹. Alega ainda que os critérios de delimitação para estes campos podem ser refutados⁸².

⁷⁸ BARROSO, Luís Roberto, Curso de direito constitucional contemporâneo, p. 71.

⁷⁹ SARMENTO, Daniel, Livres e iguais: estudos de direito constitucional, p. 34.

⁸⁰ MERGULHÃO, Maria Fernanda Dias; OLIVEIRA NETO, Hélio Nascimento de. Retrocessão: uma abordagem crítica. Revista digital do IAB, Rio de Janeiro, n. 16, out/dez. 2012.

⁸¹ SARMENTO, Daniel, Livres e iguais: estudos de direito constitucional, p. 36.

⁸² SARMENTO, Daniel, Livres e iguais: estudos de direito constitucional, p. 37.

Organicismo e utilitarismo

O interesse público pode tomar diferentes conotações como no organicismo e utilitarismo: naquele seria algo superior e diverso do somatório de desejos individuais, enquanto, no utilitarismo, corresponderia à fórmula de maximização destes interesses. O autor defende a ponderação equilibrada dos interesses públicos e privados, tendo como norteador o princípio da proporcionalidade.

Assevera que o organicismo desconsidera que cada indivíduo possui valor em si, independentemente de sua função na sociedade. Para ele, nem a sociedade nem o Estado constituem organismos, sendo mera idealização. Portanto, por ameaçar a liberdade, deve ser combatido por ter sempre a coletividade prioridade sobre o indivíduo. Assim, desvela incompatibilidade com o princípio da dignidade da pessoa humana que estabelece que esta deve ser tratada como fim e não como meio. Como se não bastasse, isso se choca com a ideia de Estado Democrático de Direito, no qual se reconhece a autonomia pública e privada do cidadão como valor fundamental. No seu entender, a Constituição de 1988 é incompatível com o organicismo e com a noção de interesse público inconfundível e superior aos interesses das pessoas que integram a sociedade.

De outra parte, se o Direito se refere sempre a uma utilidade, não é qualquer utilização que constituirá a substância de um Direito⁸³. A partir desta premissa, o utilitarismo aponta que se deve promover em maior escala os interesses dos membros da sociedade, não partindo de pressuposto de existência de qualquer organismo coletivo superior aos indivíduos. Contudo, o utilitarismo constitui concepção ética consequencialista por visar apenas aos efeitos produzidos sobre os interesses dos membros da coletividade, não se importando com princípios morais *a priori*. A garantia dos direitos fundamentais, portanto, advém para o utilitarismo de sua potencial maximização do bem estar geral, e, por isso, o constituinte originário tentou proteger tais direitos de futuros ataques como cláusulas pétreas. Isso também vale para a justiça. Todavia, o utilitarismo justifica as perdas de direitos por parte de alguns em benefício da maioria, haja vista que não há a preocupação de distribuir esta benesse para todos. E, como no organicismo, as pessoas são tratadas como parte no todo e não

⁸³ DEL VECCHIO, Giorgio, *Lições de filosofia do direito*, p. 440.

como fins em si, já que a elas não se atribui relevância moral à autonomia delas. Tal noção não é compatível com o princípio da dignidade da pessoa humana, e, por conseguinte, não pode servir de fundamento à supremacia do interesse público sobre os individuais na ordem jurídica pátria.

Personalismo

Com o Estado liberal acirra-se o individualismo, o qual relega a papel secundário a solidariedade por ser o ambiente da competição e não da cooperação. É o darwinismo social. Sendo assim, o privado é superior ao público, devendo este ser o menor possível. Assim, os direitos fundamentais eram aqueles de defesa contra os governantes. A proposta, pois, era Estado mínimo em que a igualdade jurídica era apenas igualdade formal. Entretanto, a CRFB de 1988 insculpiu a solidariedade como um de seus objetivos, e a igualdade como meta a justificar políticas públicas de caráter redistributivo. Destarte, no personalismo, que afirma a prevalência da pessoa humana sobre o Estado, a autonomia individual é preservada e fomentada, pois as pessoas são responsáveis por suas escolhas. Neste registro, o Estado deve estar à serviço das pessoas e não o contrário, assumindo os direitos fundamentais prioridade em relação aos da coletividade. No personalismo, não há se falar em supremacia do interesse público sobre o particular, embora os direitos individuais não sejam absolutos. No entender de Sarmento, o interesse público é composto de interesses particulares e cita Gustavo Binbenbojm: *“muitas vezes, a promoção do interesse público – entendido como conjunto de metas gerais da coletividade – consiste, justamente, na preservação de um direito individual, na medida do possível”*⁸⁴. Os direitos fundamentais valem independentemente das benesses que possam acarretar à comunidade como um todo, não sendo, pois, meios para a promoção do interesse público. E isso é assumido pelo ordenamento jurídico brasileiro quando propõe direitos fundamentais de titularidade transindividual, como o ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225, CRFB). Para Sarmento, não pode haver relativismo quanto ao interesse público, seja adotando a concepção majoritária ou a dos governantes ou que mude a cada

⁸⁴ BINENBOJM, Gustavo apud SARMENTO, Daniel, Livres e iguais: estudos de direito constitucional, p. 72. Necessário destacar que Sarmento não colocou nota de rodapé nesta citação, revelando de onde a retirou.

instante⁸⁵. E acrescenta que os doutrinadores brasileiros parecem ignorar o sistema constitucional vigente que atribui capital importância aos direitos fundamentais. Adverte ainda que este discurso encerra perigo para tutela de tais direitos, se depender do juízo subjetivo dos governantes⁸⁶. E cita Barroso: *“mesmo o interesse público – quando inequivocamente existente – deve referênciã aos direitos individuais básicos (...) porque o arbítrio, em qualquer de suas expressões – da tortura física à voracidade fiscal – sempre se veste de interesse público”*⁸⁷. Exemplo dessa visão distorcida dos publicistas é a definição totalitária de poder de polícia que seria atividade administrativa voltada à submissão dos direitos individuais aos interesses da coletividade e que é irreconciliável com a ideia de Estado de Direito.

Essencialmente, os limites aos direitos fundamentais podem se apresentar de três maneiras: diretamente estabelecidos na Constituição, autorizados por esta ao prever a edição de lei restritiva e restrições não expressas no texto constitucional. Aliás, Sarmento se recusa a admitir a supremacia do interesse público como índice de limitação de direitos fundamentais⁸⁸, pois nem sempre aquele tem lastro constitucional. Ademais, o cerceamento destes direitos deve ser feito por norma restritiva que não seja vaga ou, do contrário, será inválida porque permitem exacerbada discricionariedade ao aplicador. Ou seja, a aceitação de cláusulas gerais de restrição de direitos fundamentais como a da supremacia do interesse público acarreta a violação aos princípios democráticos e da reserva de lei, vez que são transferidos para a Administração o estabelecimento dos limites ao exercício de cada direito fundamental. Além disso, pode também privar os juizes de paradigmas objetivos de controle. E acrescenta: *“seria difícil pensar numa limitação mais vaga e indeterminada aos direitos fundamentais do que a proteção do interesse público”*⁸⁹, até porque, como foi dito, é conceito bastante esquivo este. Como se não bastasse, o referido princípio é incompatível com o da proporcionalidade, o qual se desdobra em adequação, necessidade ou exigibilidade e proporcionalidade em sentido estrito no entender de Barroso. Segundo Sarmento, tal princípio visa a otimizar a proteção aos bens jurídicos em conflito, ponderando-

⁸⁵ SARMENTO, Daniel, **Livres e iguais**: estudos de direito constitucional, p. 74.

⁸⁶ SARMENTO, Daniel, **Livres e iguais**: estudos de direito constitucional, p. 76.

⁸⁷ BARROSO, Luis Roberto apud SARMENTO, Daniel, **Livres e iguais**: estudos de direito constitucional, p. 76.

⁸⁸ SARMENTO, Daniel, **Livres e iguais**: estudos de direito constitucional, p. 80.

⁸⁹ SARMENTO, Daniel, **Livres e iguais**: estudos de direito constitucional, p. 81.

os. Todavia, a supremacia do interesse público sobre o particular, por ser *a priori*, acaba com a possibilidade de sopesamento, de tal sorte que o indivíduo tenha seu direito aniquilado de plano. Não há equilíbrio, violando o princípio da hermenêutica constitucional da concordância prática, o qual obriga o intérprete a procurar, quando há conflito, solução que harmonize os bens jurídicos constitucionalmente protegidos, sem privilegiar um detrimento do outro. E acrescenta que, no lugar da primazia absoluta do interesse público sobre o particular, dever-se-ia só ter precedência *prima facie*. Assevera ainda que, neste processo ponderativo, há de existir enorme carga argumentativa para que direito fundamental seja violado, pois "*os direitos fundamentais não são dádivas do poder público, mas antes a proteção normativa de valores morais superiores ao próprio Estado*"⁹⁰. Consagrados no art. 5º, CRFB, como cláusulas pétreas, receberam os direitos fundamentais aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º, CRFB) e absoluto destaque. Assim, o interesse público encontra limitação na proteção aos direitos fundamentais, e o Estado deve profundo respeito aos indivíduos. A lei, em sentido amplo, é o limite dos atos estatais. Deve haver maior ativismo do Judiciário na fiscalização dos atos estatais porque a Administração não deve perseguir interesses privados dos governantes, e sim da sociedade. É a cultura de direitos humanos.

Teoria X prática

Borges⁹¹ assevera que o pilar do regime jurídico administrativo, a supremacia do interesse público, não deve ser confundido com os contínuos desvirtuamentos desta realizada pelos governantes e, por isso, defende não colocá-la abaixo, mas sim reerguê-la alicerçada nos juízos de ponderação e no princípio da proporcionalidade. Para a autora, louvável que jovens juristas se ergam em favor dos direitos fundamentais, porém discorda da desconstrução da supremacia do interesse público por ser julgado como autoritário⁹². Em seu entender, estar-se-ia a fazer algumas

⁹⁰ SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais**: estudos de direito constitucional, p. 84.

⁹¹ BORGES, Alice Gonzalez. Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução? Revista Diálogo Jurídico. Salvador: n. 15, jan./mar. 2007. P. 2. Disponível em: http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/Supremacia%20do%20Interesse%20P%C3%BAblico%20-%20Alice%20Gonzalez%20Borges.pdf. Acesso em: 13 ago. 2012.

⁹² BORGES, Alice Gonzalez. Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução? Revista Diálogo Jurídico. Salvador: n. 15, jan./mar. 2007. P. 2. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/>

“*confusões conceituais*”⁹³ e laborar em equívoco. Contudo, a partir de conceito que não define nada, aliás, muito pelo contrário, parece que quem está tomando como premissa absoluta algo indecifrável é ela e sabe disso, ao tentar delimitar exatamente⁹⁴ o que é. Alerta que o perigo constitui, pois, em misturar o teórico com a aplicação prática⁹⁵. Ela pretende ainda que o Judiciário defenda tal preceito. Ora, em consulta ao portal do STF⁹⁶, nenhuma vez foi definido em jurisprudência daquela corte. Então, como poderia o Pretório Excelso julgar algo que ele próprio se furtou a definir? De maneira platônica, isto é, por definições negativas (o que não é), tenta Borges se aproximar da ontologia do interesse público⁹⁷. Entretanto, destaque-se que, se a aplicação do interesse público no mais das vezes é distorcido, então este deve ser reinventado. Mas para se saber exatamente esta diferença entre a teoria e a prática, cabe investigar na doutrina alienígena...

Interesse público no direito comparado

Para Trudel, a noção de interesse público serve de fio condutor para o intérprete, de princípio explicativo, de soluções adotadas pelo legislador⁹⁸. Portanto, como pode algo cuja definição escapa poder ter papel tão

pdf_seguro/Supremacia%20do%20Interesse%20P%C3%BAblico%20%20-%20Alice%20Gonzalez%20Borges.pdf. Acesso em: 13 ago. 2012.

⁹³ BORGES, Alice Gonzalez. Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução? Revista Diálogo Jurídico. Salvador: n. 15, jan./mar. 2007. P. 3. Disponível em: http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/Supremacia%20do%20Interesse%20P%C3%BAblico%20%20-%20Alice%20Gonzalez%20Borges.pdf. Acesso em: 13 ago. 2012.

⁹⁴ BORGES, Alice Gonzalez. Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução? Revista Diálogo Jurídico. Salvador: n. 15, jan./mar. 2007. P. 3. Disponível em: http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/Supremacia%20do%20Interesse%20P%C3%BAblico%20%20-%20Alice%20Gonzalez%20Borges.pdf. Acesso em: 13 ago. 2012.

⁹⁵ BORGES, Alice Gonzalez. Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução? Revista Diálogo Jurídico. Salvador: n. 15, jan./mar. 2007. P. 3. Disponível em: http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/Supremacia%20do%20Interesse%20P%C3%BAblico%20%20-%20Alice%20Gonzalez%20Borges.pdf. Acesso em: 13 ago. 2012.

⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 13 ago. 2012.

⁹⁷ BORGES, Alice Gonzalez. Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução? Revista Diálogo Jurídico. Salvador: n. 15, jan./mar. 2007. P. 5. Disponível em: http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/Supremacia%20do%20Interesse%20P%C3%BAblico%20%20-%20Alice%20Gonzalez%20Borges.pdf. Acesso em: 13 ago. 2012.

⁹⁸ TRUDEL, Pierre. L'intérêt public. Disponível em: <http://www.chairelrwilson.ca/cours/drt6913/Interetpublicengeneral.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2012.

relevante em vários momentos (na extração do significado, na aplicação da lei, na elaboração de normas etc)? O mesmo autor explica que tal preceito possui conteúdo cujos conteúdo e significado continuam a ser determinados pelo intérprete e, geralmente, sobre as aplicações em concreto (o juiz) poderia conter a regra do Direito⁹⁹. Em decorrência disso, resta a questão: quem decide e por qual fator? E inquire se não é esta situação, a qual enseja a arbitrariedade¹⁰⁰. É mister, pois, reconhecer que o interesse público possui pluralidade de significados¹⁰¹. Por isso, parece que cada grupo social parece reivindicar certo sentido que se coadune a seus desejos¹⁰²: se há unanimidade, não há problema, mas este surge quando não há consenso¹⁰³. Necessário se faz o recurso à utilização de **paradigma** que oriente o arbitramento¹⁰⁴, posto que a noção de interesse público prescreva ao intérprete e ao juiz ponderar os desejos envolvidos, perguntando-se qual é aceitável naquele cenário¹⁰⁵. Assim, o que está em jogo é a **determinação do sentido específico do interesse público**¹⁰⁶.

Segundo Trudel,

Le droit ne peut donc fonctionner sans des principes et notions venant aider au départage, au fil des situations et des prétentions invoquées au soutien de l'un ou l'autre des droits fondamentaux. C'est principalement à ce titre qu'intervient la notion d'intérêt public. Elle fournit et cristallise les motifs qui rendent légitimes les limites qui doivent être posées aux droits fondamentaux afin de les concilier avec d'autres droits et valeurs. Le rôle joué par la notion d'intérêt public paraît double: elle se présente comme un principe de cohérence du droit et comme un standard juridique.

⁹⁹ TRUDEL, Pierre. L'intérêt public. Disponível em: <http://www.chairelrwilson.ca/cours/drt6913/Interetpublicengeneral.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2012.

¹⁰⁰ TRUDEL, Pierre. L'intérêt public. Disponível em: <http://www.chairelrwilson.ca/cours/drt6913/Interetpublicengeneral.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2012.

¹⁰¹ TRUDEL, Pierre. L'intérêt public. Disponível em: <http://www.chairelrwilson.ca/cours/drt6913/Interetpublicengeneral.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2012.

¹⁰² TRUDEL, Pierre. L'intérêt public. Disponível em: <http://www.chairelrwilson.ca/cours/drt6913/Interetpublicengeneral.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2012.

¹⁰³ TRUDEL, Pierre. L'intérêt public. Disponível em: <http://www.chairelrwilson.ca/cours/drt6913/Interetpublicengeneral.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2012.

¹⁰⁴ TRUDEL, Pierre. L'intérêt public. Disponível em: <http://www.chairelrwilson.ca/cours/drt6913/Interetpublicengeneral.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2012.

¹⁰⁵ TRUDEL, Pierre. L'intérêt public. Disponível em: <http://www.chairelrwilson.ca/cours/drt6913/Interetpublicengeneral.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2012.

¹⁰⁶ TRUDEL, Pierre. L'intérêt public. Disponível em: <http://www.chairelrwilson.ca/cours/drt6913/Interetpublicengeneral.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2012.

Mais dans l'un et l'autre de ces rôles, l'intérêt public demeure une notion qui, de différentes manières, renvoie à l'environnement au sein duquel la règle s'applique ou a vocation à s'appliquer. Elle commande nécessairement de s'éclairer de la situation concrète dans laquelle la mesure doit être appliquée ou de ce qui est reconnu dans la pratique d'une activité¹⁰⁷.

O interesse público opera no entender de Trudel, pois, como princípio de coerência e atrás de atrás de cada conjunto de regras, surgem princípios, valores e interesses subjacente a estas¹⁰⁸. A lei, como manifestação da maioria, por ser elaborada pelos representantes/legisladores eleitos para tal, aparecerá como principal veículo para estas regras e princípios subjacentes e que os justificam¹⁰⁹. Muitas vezes a lei é o resultado de conciliatória decisão entre diferentes interesses e valores ou reflete escolhas¹¹⁰. Em sua lição, a lei determina, assim, explicitamente, que caminha rumo ao interesse público¹¹¹. Esta só é possível quando o grau de consenso é alto: todos concordam com medidas para servir o interesse público, a lei não mais enfatiza a escolha¹¹². Portanto, aqui, falta delimitar exatamente o que é de interesse público e não mais deixar isso sob o crivo de autoridades.

Asseveram Enterría e Fernández que

las potestades administrativas pertenecen en su inmensa mayoría (quizá todas menos las puramente organizatorias) a la especie llamada potestad-función, esto es, aquellas potestades que deben

¹⁰⁷ “A lei não pode operar sem princípios e conceitos de ajuda ao desempate, ainda mais as situações e reivindicações feitas em apoio de um ou de outros direitos fundamentais. É, principalmente, para isso a noção de interesse público. Ela fornece e cristaliza as razões que tornam legítimas as limitações que devem ser feitas aos direitos fundamentais, a fim de reconciliá-los com outros direitos e valores. O papel desempenhado pela noção de interesse público parece dupla: ela se apresenta como um princípio de coerência da legislação e como padrão legal.

Mas, em ambas estas funções, o interesse público é um conceito que, de maneiras diferentes, refere-se ao ambiente em que a regra seja aplicada ou destina-se a aplicar. Ele esclarece, necessariamente, a situação concreta em que a medida deve ser aplicada ou que é reconhecida na prática de uma atividade”. TRUDEL, Pierre. L'intérêt public. Disponível em: <http://www.chairelrwilson.ca/cours/drt6913/Interetpublicengeneral.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2012. Tradução nossa.

¹⁰⁸ TRUDEL, Pierre. L'intérêt public. Disponível em: <http://www.chairelrwilson.ca/cours/drt6913/Interetpublicengeneral.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2012.

¹⁰⁹ TRUDEL, Pierre. L'intérêt public. Disponível em: <http://www.chairelrwilson.ca/cours/drt6913/Interetpublicengeneral.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2012.

¹¹⁰ TRUDEL, Pierre. L'intérêt public. Disponível em: <http://www.chairelrwilson.ca/cours/drt6913/Interetpublicengeneral.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2012.

¹¹¹ TRUDEL, Pierre. L'intérêt public. Disponível em: <http://www.chairelrwilson.ca/cours/drt6913/Interetpublicengeneral.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2012.

¹¹² TRUDEL, Pierre. L'intérêt public. Disponível em: <http://www.chairelrwilson.ca/cours/drt6913/Interetpublicengeneral.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2012.

*ser ejercitadas en interés ajeno al propio y egoísta del titular. Concretamente, las potestades administrativas deben ejercitarse en función del interés público, que no es el interés propio del aparato administrativo, sino el interés propio de la comunidad de la cual, como precisa el artículo 103.1 de la Constitución, “la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales...” Lo cual comporta dos consecuencias, que vienen a subrayar un nuevo apartamiento de la figura técnica de la potestad respecto del derecho subjetivo: negativamente, las potestades administrativas no pueden ejercitarse sino en servicio de ese interés comunitario, que es ajeno, y absolutamente superior, al interés propio de la Administración como organización; positivamente, la Administración está obligada al ejercicio de sus potestades cuando ese interés comunitario lo exija, obligación que marca incluso las potestades discrecionales más amplias. Todo lo cual no es una simple admonición moral, sino que es un mecanismo técnico preciso; esta “adherencia al fin” (público) condiciona la validez de los actos administrativos en que se expresa el ejercicio de las potestades (art. 53.2 LPC): “El contenido de los actos... será adecuado a los fines de aquéllos”, e *infra* sobre la desviación de poder, del mismo modo que la omisión del ejercicio de la potestad cuando el interés colectivo lo exige constituye una irregularidad en el funcionamiento de la Administración que puede tanto determinar tanto una condena a ese ejercicio (así, Sentencia de 9 de noviembre de 1965, por lo que hace a la obligación de dictar un Reglamento; la nueva LJ de 1998 ha montado al efecto una vía especial: arts. 29, 108 y 136), como eventualmente, una responsabilidad patrimonial de la Administración cuando de tal omisión se hayan derivado daños particulares (art. 139 LPC).¹¹³*

¹¹³ Grifo nosso. “Os poderes administrativos pertencem, em sua grande maioria (talvez todos, mas as organizatórias puramente) às espécies chamadas de função de força, ou seja, aquelas competências devem ser exercidas em interesse alheio ao próprio e egoísta do titular. Concretamente, os poderes administrativos devem ser exercidos em função do interesse público, frise-se, todavia, que não é o interesse próprio do aparato administrativo, mas o interesse da comunidade que, como prevê o artigo 103, I da Constituição, “a Administração Pública, objetivamente, serve os interesses gerais ... “ O que implica duas conseqüências, que vêm a enfatizar um novo distanciamento a partir da figura técnica de poder no que tange o direito subjetivo: negativamente, os poderes administrativos não podem ser exercidos, mas, sim, a serviço do interesse comunitário, que é alheio e absolutamente superior ao interesse próprio da Administração como organização, de forma positiva, a Administração está obrigada a exercer seus poderes quando o interesse comunitário o exija, obrigação que marca ainda poderes discricionários mais abrangentes. Tudo o que não é simples admoestação moral, mas preciso mecanismo técnico, esta “adesão ao fim” (público) condiciona a validade dos atos administrativos que expressam o exercício dos poderes (art. 53,2 LPC): “O conteúdo dos atos ... será adequado aos propósitos daqueles “e *infra* em desvio de poder, do mesmo modo que a omissão do exercício do poder, quando o interesse coletivo o exige, constitui irregularidade no funcionamento da Administração que tanto pode determinar esse exercício (como na Sentença de 9 de novembro de 1965, o que torna a obrigação de emitir um Regulamento, a nova LJ 1998 concedeu ao efeito caminho especial: arts 29, 108 e 136), e, eventualmente, responsabilidade patrimonial da Administração quando de tal omissão

Schmidt-Aßmann, teórico alemão, por sua vez, afiança que a administração está obrigada a ponderar de forma adequada os interesses públicos e particulares entre si e contra outros e que isso está indicado em leis recentes, como na cláusula § 1.6 do código urbanístico alemão (Bau GB)¹¹⁴. Assim, a norma faz eco ao complexo leque de interesses, remetendo à prática jurídica, conforme o caso concreto¹¹⁵. Tanto o legislador, quanto o funcionário e o juiz devem saber manobrar o conceito de bem comum, o qual consiste no interesse comum formado a partir da conjunção de muitos interesses especiais, públicos e privados¹¹⁶ e, na atuação cotidiana da Administração, aquele se torna o interesse público¹¹⁷.

Para tal autor, os interesses públicos se diferenciam dos privados por sua orientação, isto é, "*intereses públicos son que se encaminan directamente a procurar el interés general*"¹¹⁸. Admoesta que não são iguais ao interesse geral, mas que, à medida em que se preocupam com a comunidade, possuem tendência a se converter no interesse geral¹¹⁹. Adverte ainda que os interesses públicos soem mover-se paralelamente e à curta distância, por serem ambos estágios prévios para o geral¹²⁰. Portanto, é possível que, ao proceder à ponderação, depare-se alguém com interesses públicos e privados conectados entre si¹²¹. Afinal, não são os interesses públicos magnitudes *a priori* determinadas e estáticas, e sim se desenvolvem ao longo do procedimento administrativo¹²². Frise-se que, para Schmidt-Aßmann, "*tampoco existe una prevalencia automática de los intereses públicos*"¹²³. Ou seja, não é o interesse público algo imutável e *a priori*, que prevalece sempre sobre tudo e todos. Em seu sentir, é por meio da adequada ponderação que se deve aferir se determinado

resultaram de danos particulares (artigo 139 LPC). ENTERRÍA, Eduardo García de, FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de derecho administrativo I*, p. 445-446. Tradução nossa.

¹¹⁴ SCHMIDT-AßMANN, Eberhard, La teoría general del derecho administrativo como sistema, p. 165.

¹¹⁵ SCHMIDT-AßMANN, Eberhard, La teoría general del derecho administrativo como sistema, p. 165.

¹¹⁶ SCHMIDT-AßMANN, Eberhard, La teoría general del derecho administrativo como sistema, p. 166.

¹¹⁷ SCHMIDT-AßMANN, Eberhard, La teoría general del derecho administrativo como sistema, p. 167.

¹¹⁸ SCHMIDT-AßMANN, Eberhard, La teoría general del derecho administrativo como sistema, p. 165.

¹¹⁹ SCHMIDT-AßMANN, Eberhard, La teoría general del derecho administrativo como sistema, p. 165.

¹²⁰ SCHMIDT-AßMANN, Eberhard, La teoría general del derecho administrativo como sistema, p. 166.

¹²¹ SCHMIDT-AßMANN, Eberhard, La teoría general del derecho administrativo como sistema, p. 166.

¹²² SCHMIDT-AßMANN, Eberhard, La teoría general del derecho administrativo como sistema, p. 166.

¹²³ Grifo nosso. SCHMIDT-AßMANN, Eberhard, La teoría general del derecho administrativo como sistema, p. 166.

interesse público, considerado como especial, e até que ponto é legítima a intervenção estatal, tendo em vista sempre os interesses privados afetados por esta decisão¹²⁴. Por isso, assevera que a hierarquização de interesses deve ser fixada mediante normas de competência e regras de ponderação¹²⁵.

Consoante *Schmidt-Aßmann*, o bem estar geral depende do direito positivo, o qual deveria levar a regras de procedimento e critérios materiais¹²⁶. Ele fala ainda da cooperação necessária entre Administração, sociedade e indivíduos¹²⁷, pois possui a noção kantiana de *Regulative Idee*¹²⁸, espécie de consciência de que sempre que se exerce poder público, atuar-se-á em favor da comunidade. Afinal dizia Kant: “*age de tal forma que trates a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre também como um fim e nunca unicamente como um meio*”¹²⁹, isto é, ele não concebe o poder público como fim em si mesmo porque isso negaria o bem comum. O poder requer justificativa, a qual se encontra no bem do povo e, na verdade, aquela deriva, necessariamente, da dignidade da pessoa humana¹³⁰ e o do poder emanar do povo¹³¹, tendo, inclusive, legitimado o direito de resistência em caso de descumprimento por parte do Estado¹³². Portanto, a ideia regulativa, na Alemanha, possui fundamento normativo¹³³. Com efeito, naquele país, a noção de respeito

¹²⁴ SCHMIDT-AßMANN, Eberhard, La teoría general del derecho administrativo como sistema, p. 166.

¹²⁵ SCHMIDT-AßMANN, Eberhard, La teoría general del derecho administrativo como sistema, p. 166.

¹²⁶ SCHMIDT-AßMANN, Eberhard, La teoría general del derecho administrativo como sistema, p. 167.

¹²⁷ SCHMIDT-AßMANN, Eberhard, La teoría general del derecho administrativo como sistema, p. 167.

¹²⁸ Ideia regulativa.

¹²⁹ KANT, Emmanuel apud ABBAGNANO, Nicola, Dicionário de filosofia, p. 276.

¹³⁰ Art. 1º, da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, que reza “a dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público.” ALEMANHA. Lei Fundamental da República Federal da Alemanha. Disponível em: http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3160404/Daten/1330556/Gundgesetz_pt.pdf. Acesso em: 16 out. 2012.

¹³¹ Artigo 20

[Princípios constitucionais – Direito de resistência]

(1) A República Federal da Alemanha é um Estado federal, democrático e social.

(2) Todo o poder estatal emana do povo. É exercido pelo povo por meio de eleições e votações e através de órgãos especiais dos poderes legislativo, executivo e judiciário.

(3) O poder legislativo está submetido à ordem constitucional; os poderes executivo e judiciário obedecem à lei e ao direito.

(4) Contra qualquer um, que tente subverter esta ordem, todos os alemães têm o direito de resistência, quando não houver outra alternativa. ALEMANHA. Lei Fundamental da República Federal da Alemanha. Disponível em: http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3160404/Daten/1330556/Gundgesetz_pt.pdf. Acesso em: 16 out. 2012.

¹³² SCHMIDT-AßMANN, Eberhard, La teoría general del derecho administrativo como sistema, p. 167.

¹³³ SCHMIDT-AßMANN, Eberhard, La teoría general del derecho administrativo como sistema, p. 167.

pelo outro permeia todas as relações, de tal sorte que a história relatada por Panofsky não faz sentido — infelizmente! — no Brasil:

Nove dias antes de sua morte, Emmanuel Kant recebeu a visita de seu médico. Velho, doente e quase cego, levantou-se da cadeira e ficou em pé, tremendo de fraqueza e murmurando palavras ininteligíveis. Finalmente, seu fiel acompanhante compreendeu que ele não se sentaria antes que sua visita o fizesse. Este assim fez e, só depois de recobrar um pouco as forças, disse: ‘das Gefühl für Humanität, hat mich noch nicht verlassen’ — ‘o senso de humanidade ainda não me deixou’. Os dois homens comoveram-se até as lágrimas. Pois, embora a palavra Humanität apresentasse, no século XVIII, um significado quase igual a polidez ou civilidade, tinha, para Kant, uma significação muito mais profunda, que as circunstâncias do momento serviram para enfatizar: a trágica e orgulhosa consciência no homem de princípios por ele mesmo aprovados e auto-impostos, contrastando com sua total sujeição à doença, à decadência, e a tudo o que implica o termo ‘mortalidade’¹³⁴.

Bellah acrescenta àquilo que Panofsky narrou sobre Kant que foi no reconhecimento de seus semelhantes que o filósofo viu a mais profunda humanidade¹³⁵. Talvez estes seja o motivo de a Lei Fundamental alemã possuir em seu bojo não apenas direitos, mas também deveres que compelem o indivíduo a respeitar seus limites e não ultrapassá-los, de forma a evitar a transgressão a direitos.

Uerpmann esclarece que o interesse público deve ser critério de investigação¹³⁶, para quem nem todo o interesse público é abstrato, mas apenas um¹³⁷: o teórico, o ideal.

¹³⁴ PANOFSKY, Erwin, Significado nas artes visuais, p. 19.

¹³⁵ “Panofsky has written that it was in the recognition of our fellow creatures that Kant saw our deepest humanity”. BELLAH, Robert N. Courageous or indifferent individualism. Ethical-Perspectives. Leuven, Bélgica. Jun, 1998. Disponível em: <http://www.ethical-perspectives.be/viewpic.php?LAN=E&TABLE=EP&ID=380>. Acesso em: 05 nov. 2012.

¹³⁶ UERPMANN, Robert. Das öffentliche Interesse: seine Bedeutung als Tatbestandsmerkmal und als dogmatischer Begriff. Tübingen: Mohr Siebeck, 1999. (Jus publicum; Bd. 47). Disponível em: http://books.google.com.br/books?id=kxbscfJigzIC&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q=%C3%B6ffentliche%20Interesse%20ist&f=false. Acesso em: 15 out. 2012. P. 77.

¹³⁷ UERPMANN, Robert. Das öffentliche Interesse: seine Bedeutung als Tatbestandsmerkmal und als dogmatischer Begriff. Tübingen: Mohr Siebeck, 1999. (Jus publicum; Bd. 47). Disponível em: http://books.google.com.br/books?id=kxbscfJigzIC&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q=%C3%B6ffentliche%20Interesse%20ist&f=false. Acesso em: 15 out. 2012. P. 306.

Na Itália, Spaziano¹³⁸ assevera que o interesse público legitima as diferentes formas e métodos de intervenção do governo. No entanto, há substancial falta de profundidade de sua essência por se tratar de conceito indeterminado e, apenas incidentalmente, estudos têm enfatizado o aspecto teleológico. Na verdade, tal interesse sóe ser apresentado ao aluno em contraposição ao particular, no qual atua livremente o arbítrio. Para ele, o âmbito da administração pública alargou-se, mas permanece indefinida a imagem do interesse público. O que, antes, era conceito das competências dos órgãos do aparelho público, prevalentemente alicerçado no Estado e em suas leis, agora são variáveis complexas com muitas exigências diferentemente tratadas, a partir da organização multifacetada, que, sob seu vértice político e sua legislação do governo, não é mais unitária nem nacional.

Ademais, para tal autor¹³⁹, a completa falta de elaboração do conceito de interesse público, a ausência de esclarecimento de seu conteúdo legal e sua capacidade concreta, concomitantemente com o fenômeno de empatia subjetiva e, portanto, de se dissolver a mesma no sujeito da autoridade administrativa, têm sido objeto do duplo fenômeno de “mitificação” e “manipulação”. Estas duas vertentes, ao longo do tempo, com o escopo de legitimar ou não o uso de diversos módulos comportamentais administrativos, muitas vezes recorrendo a significados de utilidade pública de ordem metajurídica, não ignorando a carga ideológica que lhes é inerente. Aliás, o prejuízo moral do interesse público — poder autoritário tem ajudado a tomar a justiça, perfilhando a abordagem investigativa em plano geral e abstracto, sem verificação empírica e sem levar em conta que administrar é atividade concreta.

Toricelli¹⁴⁰, concordando com seu compatriota, discorre sobre não haver definição legislativa para interesse público e que seu significado não por ser reconstruído por via direta sobre base normativa. Tal conceito, acrescenta,

¹³⁸ SPASIANO, Mario R. L'interesse pubblico e l'attività della p.a. nelle sue diverse forme alla luce della novella della l. 241 del 1990. *Giustizia Amministrativa: rivista di diritto pubblico*. N. 5, 2005. Disponível em: http://www.giustamm.it/new_2005/ART_2152.htm. Acesso em: 21 fev. 2013.

¹³⁹ SPASIANO, Mario R. L'interesse pubblico e l'attività della p.a. nelle sue diverse forme alla luce della novella della l. 241 del 1990. *Giustizia Amministrativa: rivista di diritto pubblico*. N. 5, 2005. Disponível em: http://www.giustamm.it/new_2005/ART_2152.htm. Acesso em: 21 fev. 2013.

¹⁴⁰ TORRICELLI, Andrea. Il concetto di interesse pubblico nell'azione amministrativa: avvertenze e cautele per l'uso. *Amministrare è un'attività concreta*. Disponível em: http://www.hlplaw.it/public/files/2010-02-concetto-di-interesse-pub-at_28.pdf. Acesso em: 22 fev. 2013.

que além de ser abstrato e indeterminado (deve ser especificado no caso concreto), é meramente resumo de outros tantos interesses que podem ser chamados de coletivos, sociais, gerais. Aliás, na organização sócio-política atual e no seu ordenamento jurídico, numerosas e variáveis são as exigências que são feitas são atendidas por organizações ou de transportes públicos (em última análise, com a combinação de tributação, as atividades permanentes e, quando necessário, as autoridades imponham que chamamos de governo), por exemplo.

Para os italianos¹⁴¹ ¹⁴², há várias formas organizacionais e diferente entendimento de interesse público. Consequentemente, mister possuir a capacidade de identificar e escolher o que são os interesses da comunidade para prosseguir no sentido do público. Neste contexto, a definição do interesse público não é tão somente por meio da discricionariedade administrativa no exercício de poderes e atividades previstos por lei, mas também, concretamente, ao longo do processo, com a identificação dos interesses e a determinação dos modos de operação das atividades ou poderes de autoridade necessários ao resultado. E este processo é, em grande parte, o contato entre o interesse, tal como definido em geral pelas normas de organização das funções de organizações públicas e em indivíduos com esses interesses, isto é, o geral com o particular. Portanto, escolhas em que a razão destituída de desejos particulares deve permear. Tais decisões devem ser tomadas a partir de informações e estudos de viabilidade técnica e organizacional para se garantir a continuidade da ação: o Governo deve decidir se e como satisfazer: o aparelho político eletivo, por sua natureza e origem, o administrativo, porque tem como objetivo o reconhecimento das necessidades dos indivíduos, sua análise e racionalização e gestão dos interesses do aparelho político. Destarte, o interesse público não é fixo e imutável porque nasce da combinação de diversos interesses, sejam coletivos e/ou individuais, e tal operação de composição não é atribuição exclusiva de um só centro de atuação e não se realiza apenas quando da decisão final. Outrossim, Torricelli¹⁴³ assevera que o interesse público costuma ser

¹⁴¹ SPASIANO, Mario R. L'interesse pubblico e l'attività della p.a. nelle sue diverse forme alla luce della novella della l. 241 del 1990. *Giustizia Amministrativa: revista di diritto pubblico*. N. 5, 2005. Disponível em: http://www.giustamm.it/new_2005/ART_2152.htm. Acesso em: 21 fev. 2013.

¹⁴² TORRICELLI, Andrea. Il concetto di interesse pubblico nell'azione amministrativa: avvertenze e cautele per l'uso. *Amministrare è un'attività concreta*. Disponível em: http://www.hlrlaw.it/public/files/2010-02-concetto-di-interesse-pub-at_28.pdf. Acesso em: 22 fev. 2013.

¹⁴³ TORRICELLI, Andrea. Il concetto di interesse pubblico nell'azione amministrativa: avvertenze e cautele

associado a objetivos específicos, como ocorre na desapropriação. Para ele¹⁴⁴, a ideia de “expropriação no interesse público” desvela que este também se refere a interesses privados que competem com os públicos. Adverte tal autor¹⁴⁵ que o interesse público é mais **conceito invocado por aqueles que exercem os vários poderes do que referência específica à lei** e refere-se a várias tendências que a Administração pode seguir. Assim, ao sabor do vento, o que pode ficar em pé?

Interesse público e a igreja de São Pedro dos Clérigos do Rio de Janeiro

Igreja de São Pedro dos Clérigos era pequena jóia barroca incrustada no Centro da cidade de São Sebastião do Rio de Janeiro. Uma igreja única! Todavia, apesar de sua beleza arquitetônica ímpar, conquanto só ela e a Candelária, na cidade, possuíam cúpula; sua riqueza, seu acervo, pois contava com quadros de pintores de nomeada, como Pedro Américo; sua talha, atribuída ao importante Mestre Valentim; sua importância histórica, posto que fosse onde D. Pedro II assistia à cerimônia religiosa por ocasião de sua data natalícia em 02 de dezembro e onde se originou o Colégio Pedro II; por ter ilustres personagens nela enterrados, Como, por exemplo, os padres Luiz Gonçalves dos Santos, o Perereca, autor do famoso livro *Memórias para servir à História do Reino do Brasil*, José Maurício Nunes Garcia, o grande compositor sacro brasileiro do século XIX, o importante poeta árcade Silva Alvarenga; e haver sido tombada pelo Patrimônio Histórico em 1937, foi destombada e demolida por interesse público ainda durante o Estado Novo.

O senso comum acredita que bem imóvel tombado estará *sempre* protegido do arrasamento. E é aqui que se faz mister enfrentar o problema: a desconstrução do interesse público no caso concreto do destombamento e demolição da igreja de São Pedro dos Clérigos. Na ocasião, a capciosa argumentação empregada pela prefeitura do Rio de Janeiro era de que a construção não era sólida nem valiosa, nem estava relacionada a qualquer

per l'uso. Amministrare è un'attività concreta. Disponível em: http://www.hlrlaw.it/public/files/2010-02-concetto-di-interesse-pub-at_28.pdf. Acesso em: 22 fev. 2013.

¹⁴⁴ TORRICELLI, Andrea. Il concetto di interesse pubblico nell'azione amministrativa: avvertenze e cautele per l'uso. Amministrare è un'attività concreta. Disponível em: http://www.hlrlaw.it/public/files/2010-02-concetto-di-interesse-pub-at_28.pdf. Acesso em: 22 fev. 2013.

¹⁴⁵ TORRICELLI, Andrea. Il concetto di interesse pubblico nell'azione amministrativa: avvertenze e cautele per l'uso. Amministrare è un'attività concreta. Disponível em: http://www.hlrlaw.it/public/files/2010-02-concetto-di-interesse-pub-at_28.pdf. Acesso em: 22 fev. 2013.

acontecimento político ou social do Brasil — apesar de os fatos mostrarem, inequivocamente, o contrário. Mas por quê? Em nome de que ato tão relevante se poderia pôr abaixo tal preciosidade? Por causa do mal fadado interesse público: para a construção de uma avenida, a Presidente Vargas, cuja importância para a infra-estrutura e o tráfego da cidade do Rio de Janeiro, então crescente, não se questionará, mas que poderia muito bem ser aberta sem destruir-se nenhum bem de grande valor. Então, o que, na época e para algumas pessoas, era de interesse público arrasar monumento valiosíssimo para a identidade e memória brasileiras.

O incontestável valor artístico da igreja de São Pedro dos Clérigos

Na esquina da rua dos Ourives, atual Miguel Couto, com a de São Pedro — desaparecida — que até por volta de 1742 nenhuma importância tinha para a cidade, foi construída a impressionante igreja da Venerável Irmandade do Príncipe dos Apóstolos de São Pedro, apelidada “dos Clérigos” pela devoção popular do Rio de Janeiro. A referida via só obteve notoriedade em virtude desta magnífica pérola barroca que era rica e bela como poucas no país inteiro. Conta-se que, quando de sua inauguração, houve deslumbramento na cidade, pois entre nós ainda não eram conhecidas as dinâmicas linhas borromínicas, inspiradas na sinuosa arquitetura de Borromini. Talvez essa igreja fosse a primeira a ser construída, em toda a América, seguindo o preceito da planta curvilínea. Tal partido era totalmente invulgar na colônia, sendo apenas conhecidos os exemplos do Rosário de Ouro Preto e de São Pedro de Mariana. Efetivamente, a fachada revelava nova movimentação, com suas curvas côncavas e convexas, à qual o Rio de Janeiro não estava acostumado, pois os exteriores das igrejas cariocas jamais traduziam o interior barroco movimentado da talha com douramento.

Entrar nos templos brasileiros suscitava (e ainda suscita) exclamações de surpresa, por não se imaginar tão rico interior, em exterior tão simples. Aliás, dizia-se que o exterior do templo indica a forma do interior. Além disso, a pequena igreja trazia inovadora monumentalidade à cidade: a inserção de cúpula, cuja função primordial é fazer penetrar a luz na parte mais importante, conferindo caráter sagrado ao lugar. Isso proporciona efeito de iluminação que, no barroco, os artistas consideravam essenciais

para criar a atmosfera (com zimbório, que é a parte de cima externa de arremate da cúpula) na arquitetura, a qual demandou, certamente, virtuosismo do arquiteto. Isso a colocava em situação singular dentre as demais igrejas coloniais, denotando não só excepcional importância, quer sob aspecto artístico, quer sob o arquitetônico. Para Rodrigo Mello Franco de Andrade, primeiro diretor do SPHAN, que a igreja era verdadeiramente joia. Com sua originalidade, possuía seu interior totalmente decorado por bela talha, de refinados contornos, predominantemente rococó. Aliás, frise-se que a talha da igreja de São Pedro teve a autoria atribuída a Mestre Valentim, famoso toreuta carioca. Portanto, como se não bastasse destruir construção, cuja arquitetura apresentasse tal dimensão de requinte estilístico, quase toda a talha de seu interior foi descaracterizada e vendida, separadamente, em antiquários e colecionadores. Contudo, a igreja, era tida como sólida, muito elegante e bem proporcionada. Por conseguinte, a idéia de que era construção pouco firme, e, por isso, poderia, facilmente, vir abaixo, é contrariada. Note-se ainda que, pouquíssimos anos antes de ser demolido, o monumento sofreu restauração, sendo reaberto ao público em 19 de julho de 1929. Mal comparando, parece o Maracanã que sofreu reformas por ocasião dos jogos Panamericanos e, agora, por causa da Copa, pois o dinheiro advém de manancial inesgotável: os tributos pagos...

Enfim, para se ter vaga idéia, poucas são as igrejas brasileiras cujos exteriores revelam a movimentação curvilínea do rococó, a saber: Nossa Senhora do Outeiro, no Rio de Janeiro, iniciada em 1714, São Pedro de Mariana, em São Francisco de São João del Rei, no Rosário de Ouro Preto e a ignominiosamente demolida de São Pedro, do Rio de Janeiro. Portanto, esta última era uma das quatro fachadas, no Brasil, cujos perfis eram arqueados convexos. Mas o capital parece sempre ser o comando a ser obedecido, em detrimento da cultura e do ser humano...

Valorização do solo

Naquela ocasião, o solo urbano começou a ser visto como mercadoria, ou seja, tornou-se mais valorizado econômica e estrategicamente, sendo as áreas do Centro da cidade as mais disputadas, sobretudo, por instituições financeiras e pelo poder público. Inclusive, a implementação de novas

taxas de valorização e contribuições de melhoria foram possibilidades aventadas pelas autoridades, com a abertura da Avenida que seguia o Plano Agache, com o fito arrecadatório — como sempre! —. Aliás, como é sabido, a toda obra de urbanização corresponde valorização do terreno, de formas, às vezes, enormes.

Com efeito, o Centro da cidade galgou novo *status* ao receber as sedes de muitas empresas, bem como de instituições públicas. A regulação da produção e o uso do ambiente construído, devido à sua posição central e estratégica na estrutura intra-urbana, era — e é! — fundamental para as metrópoles. O que estava em jogo era a relação entre a preservação e o desenvolvimento urbano, fato que ainda dista do pleno equacionamento. Todavia, não se trata apenas disto, mas do *modus faciendi* das sociedades hodiernas, que se arrogam o poder de demolir os antigos ícones — religião, arquitetura etc — em prol dos novos, sobretudo do capital. Houve, apenas, substituição de ídolos: saiu o sacro e entrou em cena o capital, como acertada e argutamente observou Coaracy:

Nestes tempos de especulação imobiliária, os edifícios mercantis são mais proveitosos do que os templos. E não será um indício característico da época em que vivemos o fato de que velhas igrejas, tradicionalmente vinculadas à evolução da cidade, padrões da vida espiritual do povo, vão sendo demolidas para que o seu lugar seja ocupado por prédios consagrados a atividades comerciais? Foi o que sucedeu também com a Igreja de São Pedro¹⁴⁶.

Assim, à medida que os governantes erigem seus novos “templos” — capital —, para onde são relegadas as obras que tinham outra finalidade primeira? Hodiernamente, se tentassem realizar o mesmo procedimento em relação à igreja da Ordem Terceira da Penitência, por exemplo, o mesmo interesse público venceria, apesar de todo o valor deste monumento? A questão é: a qual interesse “público” se dará primazia? Ou a qual capricho das autoridades ter-se-á de obedecer amanhã? E com a sanha arrecadatória, certamente, pode-se ficar tranquilo que mais tributos serão aumentados ao apagar das luzes do ano. O dividir para governar neste país é apenas espalhar entre os governantes o dinheiro suado arrancado e arrecadado dos contribuintes...

¹⁴⁶ Vivaldo COARACY, *Memórias da cidade do Rio de Janeiro*, p. 303.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição da República Federativa do Brasil foi elaborada como resposta ao regime ditatorial instalado anteriormente no país. Por isso, garante mais direitos do que estabelece deveres. Ao contrário, a Lei Fundamental alemã pensa nessas duas vertentes, haja vista que não há como se governar sociedade sem ambas. Com efeito, este Diploma Legal, de 1949, pretende definir o papel de cada parcela da comunidade. Portanto, existe todo arcabouço lógico que estrutura e organiza o Estado alemão como lição de cidadania. Exemplo disso são os artigos 1º, sobre a dignidade; 18¹⁴⁷, o qual adverte sobre a perda de direitos, desde que se abuse de liberdades, tais como a de expressão, de imprensa etc contra a ordem primeva e democrática; e o 20º com o direito de resistência, ou seja, de se opor ao Estado caso este infrinja algum direito garantido na Lei Maior.

O mesmo não ocorre aqui, pois todos se acham acima do bem e do mal, apenas com direitos e sem qualquer dever, como no caso do Imposto de Renda devido cobrado aos senadores pelos décimo quarto e décimo quinto salários¹⁴⁸. Enfim, o que importa é todo o ordenamento jurídico ter seu fundamento na Constituição e, neste ponto, a brasileira é falha bem como as normas infraconstitucionais, as quais não atrelam a Administração, juízes e povo ao bem comum que norteia o interesse público. A consciência que o povo alemão demonstra em sua Carta Magna desvela o profundo sentido de dignidade para Kant. O Brasil ainda é terra dos “donos do poder”, ou seja, ainda é aquele país, onde o público se confunde com o privado (patrimonialismo) e os cidadãos trocam seu voto por dentadura... Com efeito, falta esta consciência de que o interesse público não é algo distanciado do interesse de cada um, nem o somatório

¹⁴⁷ Artigo 18 : [Perda dos direitos fundamentais]:

“Quem, para combater a ordem fundamental livre e democrática, abusar da liberdade de expressar a opinião, particularmente da liberdade de imprensa (artigo 5 §1), da liberdade de ensino (artigo 5 §3), da liberdade de reunião (artigo 8), da liberdade de associação (artigo 9), do sigilo da correspondência, das comunicações postais e das telecomunicações (artigo 10), do direito de propriedade (artigo 14) ou do direito de asilo (artigo 16 §2), perde estes direitos fundamentais. Cabe ao Tribunal Constitucional Federal pronunciar-se sobre a perda dos direitos e fixar a sua extensão”. ALEMANHA. Constituição (1949). **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**. Disponível em: http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3160404/Daten/1330556/Gundgesetz_pt.pdf. Acesso em: 16 out. 2012.

¹⁴⁸ JUNGSMANN, Mariana. Senado decide arcar com pagamento de IR devido por 14º e 15º salários de senadores. UOL notícias, São Paulo, 25 set. 2012. Disponível em: <http://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2012/09/25/senado-decide-arcar-com-pagamento-de-ir-devido-por-14-e-15-salarios-de-senadores.htm>

de todos, mas resume-se ao bem comum. Não é fim em si mesmo como parecem pensar a imensa maioria das autoridades, independentemente de ser regime democrático ou totalitário. O que a realidade desvela, efetivamente, tratar-se de sórdido jogo de poder, pois não é interesse público contratar Stevie Wonder para tocar no natal do Rio de Janeiro¹⁴⁹ nem é demolir a igreja de São Pedro dos Clérigos da mesma cidade. Este caso é emblemático, porém apenas se vislumbra a ponta do iceberg. É de interesse público discernir o que se preservará e transmitirá (ou não) às gerações futuras. Porém, a cultura é desprezada no país, tida ainda apenas como adorno para salões... De fato, em país que a saúde e a educação são relegadas, não é de se estranhar que a cultura não vingue... Mas e nas outras searas em que o interesse público também está ou deveria estar imbricado? Contudo, todos estão cientes de que é de extremo interesse para a população melhorar a saúde, educação e os transportes coletivos. No dia 17 de outubro, por exemplo, ao se buscar no Google pelas palavras “Supervia” e “problema”, resultou em 133.000 registros... E por que medidas para que isso não aconteça mais não são tomadas? Será que as autoridades não se utilizam deste meio de locomoção? Em caso de negativa a esta pergunta, então todo o sistema está eivado de vício, posto que, por não utilizarem aqueles serviços deficientes prestados, não ligam para o que o resto da população passa todo dia. Não é possível ler todas as semanas, nos periódicos, notícias como idosas ou crianças que recebem sopa¹⁵⁰, café com leite¹⁵¹ ou vaselina¹⁵² na veia ou ainda ácido no lugar de remédio¹⁵³... O problema não é só de saúde, nestes casos, mas também de fiscalização da educação.

¹⁴⁹ RITTO, Cecília. Stevie Wonder fará show de Natal na praia de Copacabana. *Veja*, Rio de Janeiro, 12 out. 2012. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/noticia/celebridades/stevie-wonder-fara-show-de-natal-na-praia-de-copacabana>. Acesso em: 17 out. 2012.

¹⁵⁰ IDOSA MORTA APÓS TER CAFÉ COM LEITE INJETADO NA VEIA É ENTERRADA HOJE. *O Dia*, Rio de Janeiro, 16 out. 2012. Disponível em: <http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/rj/2012-10-16/idosa-morta-apos-ter-cafe-com-leite-injetado-na-veia-e-enterrada-hoje.html>. Acesso em: 17 out. 2012.

¹⁵¹ IDOSA MORRE EM BARRA MANSA, RJ, APÓS TER SOPA INJETADA NA VEIA. *G1*, Rio de Janeiro, 10 out. 2012. Disponível em: <http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2012/10/idosa-morre-em-barra-mansa-rj-apos-ter-sopa-injetada-na-veia.html>. Acesso em: 17 out. 2012.

¹⁵² MENINA MORRE AO RECEBER VASELINA EM VEZ DE SORO. *Fantástico*, São Paulo, 5 dez. 2010. Disponível em: <http://fantastico.globo.com/Jornalismo/FANT/0,,MUL1634195-15605,00.html>. Acesso em: 17 out. 2012.

¹⁵³ BEBÊ QUE RECEBEU ÁCIDO COMEÇA A SE ALIMENTAR. *R7*, São Paulo, 13 abr. 2012. Disponível em: <http://noticias.r7.com/cidades/noticias/bebe-que-recebeu-acido-comeca-a-se-alimentar-20120413.html>. Acesso em: 19 out. 2012.

É possível perceber que há duas correntes no que tange ao interesse público: uma, representada, principalmente, por Di Pietro e Bandeira de Mello, é tradicionalista e percebe sua supremacia como absoluta e imutável, tal como as essências do Mundo das Ideias de Platão. Esta se filia, pois, a ideário totalmente teórico. A outra corrente, representada por doutrinadores ligados à Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), tais como Sarmiento e Binenbojm, percebem de forma pragmática sua aplicação, partindo do pressuposto que, como é conceito indeterminado, só durante esta poder-se-á confirmar a veracidade do interesse público. Portanto, ainda utilizando a analogia com o filósofo da Academia, eles concebem tal interesse no Mundo das Sombras, onde os fatos fenomênicos possuem concretude e defeitos por definição. Assim, embora na Antiguidade clássica a mimesis tivesse o mesmo vocábulo para conceituá-la, Platão desprezava-a por ser imitação rebaixada porquanto o homem pudesse imitar as cópias e não a essência do Mundo das Ideias, enquanto Aristóteles via nela a oportunidade de aprendizado. A ação de imitar era a mesma, todavia, seus efeitos poderiam ser benéficos para o Estagirita e negativos para o filósofo da Academia.

Existe, sim, diferenças na ideia de supremacia do interesse público para os doutrinadores da Uerj e os tradicionalistas. Na verdade, o que estes preconizam está no âmbito da teoria, mas os primeiros, argutamente, percebem o que se verifica na realidade. Se o conceito de interesse público é indeterminado e só se estabelece na hora da aplicação prática, então, assiste razão aos “uerjianos”, pois como se aferir no plano teórico o que é ou deixa de ser de interesse público? Ademais, à luz do dito por Buarque de Holanda e Faoro, sabe-se à saciedade que o Brasil não é país sério... Afinal, o que se pensar do paralelo entre o tsunami no Japão e a pronta resposta dos governantes de lá e a tragédia da região serrana em 2011 e a pouca ou nenhuma reação das autoridades?

Embora autores ligados à tradicional visão do preceito tentem defender que não representa ótica autoritária a supremacia do interesse público, afirmando que, depois de 1789, com a Revolução Francesa, tenha havido nova relação do Estado com o indivíduo¹⁵⁴. Contudo, é mister lembrar que

¹⁵⁴ GABARDO, Emerson. HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo: uma crítica da crítica In: PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Ribeiro, Carlos Vinícius Alves (Coord.). Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo, p. 22.

um dos períodos do mesmo movimento revolucionário culminou com o imperador se autocoroando... Portanto, a ideia de totalitarismo não tinha morrido de todo como pretendem fazer crer os autores durante o período revolucionário e seu argumento possui pés de barro... Ademais, na vida real, difícilimo ter o cidadão comum ou até mesmo o Ministério Público como impedir os desmandos das autoridades. Afinal, desnecessário lembrar da lição de Maquiavel de que sempre existirão governantes e governados simultaneamente. O problema é a educação como transmissão de valores, por meio da qual se inculca a probidade. Ora, se os donos do poder podem fazer o que desejarem sem qualquer cobrança por parte do povo, resta muito fácil burlar a tênue vigilância se é que há... Daí, nada separa a discricionariedade do puro arbítrio e deixar o governo ao alvedrio de pessoas mal formadas é sempre muito perigoso...

Então, é possível afirmar que representa este preceito o aumento de até 1.000% do IPTU em Guarulhos¹⁵⁵? *In casu*, não é preciso ser gênio para identificar e escolher o que são os interesses da comunidade para prosseguir no sentido do público. Obviamente, os contribuintes pagarão justo imposto para verificar melhorias na cidade, porém não o farão em caso abusivo. Falta, em verdade, informação adequada e oportuna para que todos entendam o que acontece. Exemplo disso foram as interdições nas estações do metrô da General Osório e Catagalo, que entre o aviso e o fechamento, foram menos de 48 horas¹⁵⁶. O interesse público constitui desculpa – esfarrapada, diga-se de passagem – para o governo fazer o que bem entende porque não é necessária a anuência do interessado¹⁵⁷. Exemplo de como o poder público pouco se importa com seus governados é o fato de todo ano, quando se inicia o prazo para o contribuinte prestar contas ao Imposto de Renda, para os servidores públicos, ainda não há sinal de seus comprovantes de declarações de rendimentos ou, se há, podem conter inconsistências¹⁵⁸...

¹⁵⁵ MORADOR DE GUARULHOS PODE RECORRER DE IPTU. *Diário de São Paulo*. Disponível em: <http://diariosp.com.br/noticia/detalhe/42429/Morador+de+Guarulhos+pode+recorrer+de+IPTU>. Acesso em: 23 jan. 2013.

¹⁵⁶ ROMERO, Viviane. Metrô: estações fechadas pegam usuários de surpresa. *O Globo*, Rio de Janeiro, 23 fev. 2013. Rio, on line. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/rio/metro-estacoes-fechadas-pegam-usuarios-de-surpresa-7657155>. Acesso em: 26 fev. 2013.

¹⁵⁷ IL CONCETTO DI INTERESSE PUBBLICO. Informativa online. Disponível em: <http://www.informativaonline.com/content/view/169/29/>. Acesso em: 27 fev. 2013.

¹⁵⁸ BRASIL. TRF2. Profissionais AJG – Comprovantes Imposto de Renda 2012. Disponível em: http://www.trf2.jus.br/paginas/links_externos.aspx?Content=85429ECB5E26DF42E668AFEC81B090D6. Acesso em: 27 fev. 2013.

Se o interesse público não está na prestação de serviços de saúde de qualidade para todos, onde está? Estará na absurda, intrincada e mal distribuída carga tributária e a indefesa população face à má prestação de serviços ao consumidor? Na verdade, os dois problemas decorrem da fraqueza das instituições brasileiras, o que põe em xeque a democracia. Como afirmou Zander Soares de Navarro, “*não se pode negar que grande parte das pessoas está insatisfeita com os legislativos. Se conseguirmos avançar na ordem democrática, poderemos melhorar estas instituições*”¹⁵⁹. Com efeito, “*se o país superasse esses dois pilares [infraestrutura deficiente e instituições fracas], pularia para o grupo das 40 nações mais competitivas do mundo*”, diz Nicola Calicchio, diretor da consultoria McKinsey¹⁶⁰. Como assim?

Os tributos servem para financiar o Estado, mas este cresceu como voraz monstro que a tudo devora, sem respeitar os indivíduos. Em sua sanha, espargiu toda espécie de tributos e em todas as esferas, de tal sorte que “*o Brasil tem a carga tributária mais pesada entre os países emergentes e mais alta até que Japão e Estados Unidos. Só fica atrás para o bem-estar social europeu, onde o imposto é alto, mas a contrapartida do governo, altíssima*”¹⁶¹. Para se ter noção, só até o dia 08 de março do corrente ano, os brasileiros já pagaram R\$ 300 bi em impostos!¹⁶² O maior problema talvez não seja a alta carga tributária se comparar a renda *per capita* brasileira com a de Austrália, Canadá, Japão, Nova Zelândia, Espanha, Suíça e Estados Unidos¹⁶³ e com a educação e saúde que aqui se tem com a dos países em questão. Neste ponto, percebe-se o intransponível abismo que onera tanto a todos os brasileiros, inclusive os exportadores. Quando se vislumbra o caos, fundamentalmente, na saúde pública e, menos visível, na educação, nota-se o quão taxado é o contribuinte.

¹⁵⁹ CÂMARA MUNICIPAL DE PORTO ALEGRE. Brasil é democrático, mas tem instituições fracas, diz professor. Disponível em: http://www2.camarapoa.rs.gov.br/default.php?reg=12931&p_secao=56&di=2010-09-13. Acesso em: 15 mar. 2013.

¹⁶⁰ CAMPOS, Elisa. Brasil sobe oito posições em ranking de competitividade. Época, Negócios, ? Disponível em: <http://epocanegocios.globo.com/Revista/Common/0,,ERT68662-16357,00.html>. Acesso em: 15 mar. 2013.

¹⁶¹ Desafios brasileiros: carga tributária. Veja. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/tema/desafios-brasileiros-carga-tributaria>. Acesso em: 13 mar. 2013.

¹⁶² Brasileiros já pagaram R\$ 300 bi em impostos em 2013. Veja, 8 mar. 2013. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/noticia/economia/brasileiros-ja-pagaram-mais-de-r-300-bi-em-impostos-em-2013>. Acesso em: 13 mar. 2013.

¹⁶³ BONFANTI, Cristiane. Carga tributária brasileira é 67% maior do que a média da América Latina e supera 16 países ricos. O Globo, Economia, 13 nov. 2012. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/economia/carga-tributaria-brasileira-67-maior-do-que-media-da-america-latina-supera-16-paises-ricos-6718045#ixzz2NR1rwxbi>. Acesso em: 13 mar. 2013.

Frise-se que nunca se usou de tantos instrumentos para mexer nos impostos de âmbito federal. A presidente Dilma tem recorrido a estes expedientes com vistas a melhorar a qualidade de vida do povo¹⁶⁴ e enfrentar a crise econômica mundial, como no recentíssimo caso de isentar de PIS/Pasep, Cofins e IPI dezesseis itens da cesta básica¹⁶⁵. Contudo, enquanto ela assim pensa e trabalha, o mesmo não se observa em algumas cidades do Estado de São Paulo e outros da Federação, onde o Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU), previsto na CRFB em seu art. 156, aumentou 1000%¹⁶⁶! Neste caso, a voracidade do Fisco é absurda! Questiona-se, pois, o bom senso necessário para compreender que o aumento de 1000% de qualquer coisa e, principalmente, de imposto não é sensato. Não há como o contribuinte prever tal despautério! Como pode um pedreiro passar a recolher de R\$ 87 (oitenta e sete reais) de IPTU e passar para R\$ 877 (oitocentos e setenta e sete reais)? O descalabro é patente se analisada a saúde ofertada pelo Estado ao povo: sopa¹⁶⁷, café com leite¹⁶⁸ ou vaselina¹⁶⁹ na veia ou ainda ácido no lugar de remédio¹⁷⁰... Contudo, isso só é possível com péssimo ensino ofertado em escolas e faculdades... Ou seja, a péssima instrução causa tais efeitos na saúde. Aliás, pode ser inferido do fato de que o exame do Cremesp reprova 54,5% dos formandos em medicina, porém tal resultado não é impeditivo

¹⁶⁴ Não se pretende, aqui, questionar se possui ou não viés eleitoreiro tal política.

¹⁶⁵ DILMA PEDE QUE EMPRESÁRIOS TENHAM 'CONSCIÊNCIA' PARA BARATEAR CESTA. G1, Economia, 15 mar. 2013. Disponível em: <http://g1.globo.com/economia/noticia/2013/03/dilma-pede-que-empresarios-tenham-consciencia-para-baratear-cesta.html>. Acesso em: 15 mar. 2013.

¹⁶⁶ Cotia, Guarulhos, Marília, SP e Dourados, MS. SPTV 1ª Edição - IPTU aumenta mais de 1000% na cidade de Cotia **Globo**. Disponível em: http://www.google.com.br/url?sa=t&rc=t&j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&ved=0CDAQFjAA&url=http%3A%2F%2Fglobo.com%2Fde-globo%2Fsptv-1a-edicao%2Fv%2Fiptu-aumenta-mais-de-1000-na-cidade-de-cotia%2F2357941%2F&ei=P5hAUZC5FYqk8ATnyoCwBg&usq=AFQjCNGiVA_vG5nBpQp6NM_LnCMiKYhhg&sig2=nJ8HVqieuUSmiGEOKEzNrQ&bv=m=43287494,d.eWU. Acesso em: 13 mar. 2013.

¹⁶⁷ IDOSA MORTA APÓS TER CAFÉ COM LEITE INJETADO NA VEIA É ENTERRADA HOJE. O Dia, Rio de Janeiro, 16 out. 2012. Disponível em: <http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/rj/2012-10-16/idosa-morta-apos-ter-caffe-com-leite-injetado-na-veia-e-enterrada-hoje.html>. Acesso em: 17 out. 2012.

¹⁶⁸ IDOSA MORRE EM BARRA MANSÁ, RJ, APÓS TER SOPA INJETADA NA VEIA. G1, Rio de Janeiro, 10 out. 2012. Disponível em: <http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2012/10/idosa-morre-em-barra-mansa-rj-apos-ter-sopa-injetada-na-veia.html>. Acesso em: 17 out. 2012.

¹⁶⁹ MENINA MORRE AO RECEBER VASELINA EM VEZ DE SORO. Fantástico, São Paulo, 5 dez. 2010. Disponível em: <http://fantastico.globo.com/Jornalismo/FANT/0,,MUL1634195-15605,00.html>. Acesso em: 17 out. 2012.

¹⁷⁰ BEBÊ QUE RECEBEU ÁCIDO COMEÇA A SE ALIMENTAR. R7, São Paulo, 13 abr. 2012. Disponível em: <http://noticias.r7.com/cidades/noticias/bebe-que-recebeu-acido-comeca-a-se-alimentar-20120413.html>. Acesso em: 19 out. 2012.

à obtenção do registro para atuar¹⁷¹. Portanto, apesar de incapacitados, diferentemente do que ocorre com os advogados que para poderem advogar, devem prestar concurso público para a Ordem (OAB). As manchetes dos jornais estão prenhes de histórias em que há sequência de erros médicos em vários hospitais, tal como o que se sucedeu com a adolescente que recebeu alta de três hospitais estatais do Rio em quatro dias¹⁷².

No que tange aos direitos do consumidor, o governo Dilma tem sido atento às demandas dos hipossuficientes, de tal sorte que acaba de anunciar novas medidas de proteção¹⁷³ ¹⁷⁴, fortalecendo os Procons e impondo regras mais rígidas à atuação das agências reguladoras de serviços. Os acordos feitos em todos os Procons serão considerados títulos executivos extrajudiciais e as decisões se tornarão jurisprudência, reduzindo a necessidade de buscar os próprios Procons.

Neste diapasão, até o mercado financeiro também será atingido, pois os consumidores terão direito a saber, por exemplo, quando tomarem empréstimo, a composição dos custos: o que são juros e encargo, dentro do valor que terão de pagar¹⁷⁵. Por outro lado, o *e-commerce* será alvo de medidas específicas, porquanto decreto garantirá que consumidor terá direito a informações claras e objetivas sobre a empresa e sobre o produto que ele pretende adquirir. Além disso, este mesmo decreto obrigará as lojas *online* a criar canais de atendimento ao consumidor e estabelecerá procedimentos para quando o cliente se arrepender de comprar.

Em suma, de um lado está a carga tributária escorchante e de outro, o indefeso consumidor perante Prefeituras sem bom senso, empresários

¹⁷¹ FAJARDO, Vanessa. Exame do Cremesp reprova 54,5% dos formandos em medicina. G1, Educação, 06 dez. 2012. Disponível em: <http://g1.globo.com/educacao/noticia/2012/12/exame-do-cremesp-reprova-545-dos-formandos-em-medicina.html>. Acesso em: 15 mar. 2013.

¹⁷² CARDOSO, Cristiane. Mello, João Bandeira de. Jovem morre após receber alta de 3 hospitais estatais do Rio em 4 dias. G1, Rio de Janeiro, 15 mar. 2013. Disponível em: <http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2013/03/jovem-morre-apos-receber-alta-de-3-hospitais-estatais-do-rio-em-4-dias.html>. Acesso em: 15 mar. 2013.

¹⁷³ GOVERNO ANUNCIA NOVAS MEDIDAS DE PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR. G1, capa, 15 mar. 2013. Disponível em: <http://g1.globo.com/videos/v/ao-vivo/606348/>. Acesso em: 15 mar. 2013.

¹⁷⁴ AMATO, Fábio. MENDES, Priscilla. Governo anuncia plano para fortalecer direitos dos consumidores. G1, Mercado, 15 mar. 2013. Disponível em: <http://g1.globo.com/economia/seu-dinheiro/noticia/2013/03/governo-anuncia-plano-para-fortalecer-direitos-dos-consumidores.html>. Acesso em: 15 mar. 2013.

¹⁷⁵ AMATO, Fábio. MENDES, Priscilla. Governo anuncia plano para fortalecer direitos dos consumidores. G1, Mercado, 15 mar. 2013. Disponível em: <http://g1.globo.com/economia/seu-dinheiro/noticia/2013/03/governo-anuncia-plano-para-fortalecer-direitos-dos-consumidores.html>. Acesso em: 15 mar. 2013.

oportunistas e instituições fracas. Nesta cadeia alimentar, quem padece é o pobre infeliz que vive neste país. Enquanto não forem melhoradas as leis, coibindo aumentos abusivos dos tributos, enfim, melhorar a educação para que o povo receba noções de cidadania, continuará sendo o Brasil nação periférica. O que se pretende, aqui, suscitar é o problema do que é interesse público naquele específico momento, de acordo com os governantes. Volta-se, pois, as vistas a Holanda e Faoro, que identificaram o interesse do governo como o particular do governante. Então, queda-se com a possibilidade lastimável de outra derrubada de algum monumento, do mesmo jeito que, hoje, a saúde não é prioridade. Ou seja, é muito tênue o liame que separa o verdadeiro Interesse público do espúrio que se confunde com os caprichos das autoridades. É isso que deve ser veementemente combatido. Deixar ao arbítrio do governante, no país onde cultura nada representa, é ser cúmplice de mais desmandos que podem deixar órfãos de identidade e memória muitos brasileiros. Por isso, impossível deixar ao alvitre de uma só pessoa a prerrogativa de destruir o patrimônio histórico, artístico e cultural do país. Foram as impiedosas portas do Hades que imperaram sobre a pequena e deliciosa Igreja dos Clérigos. Mas e quanto aos outros inúmeros monumentos existentes no Brasil que ainda correm o mesmo risco? É neste contexto que a tese dos tradicionalistas merece críticas: como defender o interesse público que tudo pode e que tantos males já provocou e outros tantos ainda pode acarretar? Não se pode deixar mais permitir que tragédias, sejam as demolições de magníficos bens tombados ou a retirada de moradores de áreas de risco prossigam. A questão é: se não há comprometimento com a vida, bem jurídico tutelado mais importante, por que, então, haveria com o patrimônio histórico e artístico deste país? Se não se investe na saúde público em benefício de planos de saúde nem educação, por que lembrar de preservar monumentos importantes para a memória e identidade do país? A tragédia, aqui, é anunciada a cada dia, a cada instante quando as autoridades se calam perante as ações que deveriam ser tomadas. Se o mais relevante é relegado para o ostracismo, o que se dirá do que, aparentemente, não o é? A imoralidade que corrói a sociedade é a mesma da qual padecemos, quando seus membros assumem as diretrizes da Administração Pública. Somos, infelizmente, povo inculto e isso perdurará porque somos o país do futuro incerto e não promissor... Aqui, devemos

compreender que sobre esta pedra edificar-se-á a igreja e as portas do inferno prevalecerão sobre esta, bem como sobre a saúde, a educação, a segurança... Infelizmente... Abandone-se a esperança ao entrar...

BIBLIOGRAFIA

- ABBAGNANO, Nicola. Dicionário de filosofia. 2. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- ALEMANHA. Constituição (1949). Lei Fundamental da República Federal da Alemanha. Disponível em: http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3160404/Daten/1330556/Gundgesetz_pt.pdf. Acesso em: 16 out. 2012.
- AMATO, Fábio. MENDES, Priscilla. Governo anuncia plano para fortalecer direitos dos consumidores. G1, Mercado, 15 mar. 2013. Disponível em: <http://g1.globo.com/economia/seu-dinheiro/noticia/2013/03/governo-anuncia-plano-para-fortalecer-direitos-dos-consumidores.html>. Acesso em: 15 mar. 2013.
- ARISTÓTELES. Ética a Nicômacos. 4. ed. Brasília: UnB, 2001.
- _____. Política. São Paulo: Martin Claret, 2002.
- ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. NBR 6023:2000. Elaboração de referências. Disponível em: http://www.coenge.ufcg.edu.br/arquivos/Arquivo_41.pdf Acesso em: 30 jun. 2012.
- _____. NBR 10520:2002. Apresentação de citações em documentos. Disponível em: http://www.coenge.ufcg.edu.br/arquivos/Arquivo_39.pdf Acesso em: 1 jul. 2012.
- ÁVILA, Humberto. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 11, set./nov. 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em: 14 out. 2012.
- BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BAUMAN, Zygmunt. Globalização: as conseqüências humanas. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.
- BEBÊ QUE RECEBEU ÁCIDO COMEÇA A SE ALIMENTAR. R7, São Paulo, 13 abr. 2012. Disponível em: <http://noticias.r7.com/cidades/noticias/bebe-que-recebeu-acido-comeca-a-se-alimentar-20120413.html>. Acesso em: 19 out. 2012.
- BELLAH, Robert N. Courageous or indifferent individualism. Ethical-Perspectives. Leuven, Bélgica. Jun, 1998. Disponível em: <http://www.ethical-perspectives.be/viewpic.php?LAN=E&TABLE=EP&ID=380>. Acesso em: 05 nov. 2012.

BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 28 abr. 2012.

_____. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BOBBIO, Norberto. Matteucci, Nicola. Pasquino, Gianfranco. Dicionário de política. 5. ed. Brasília: Unb, 2000.

BONFANTI, Cristiane. Carga tributária brasileira é 67% maior do que a média da América Latina e supera 16 países ricos. O Globo, Economia, 13 nov. 2012. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/economia/carga-tributaria-brasileira-67-maior-do-que-media-da-america-latina-supera-16-paises-ricos-6718045#ixzz2NR1rwxbi>. Acesso em: 13 mar. 2013.

BORGES, Alice Gonzalez. Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução? Revista Diálogo Jurídico. Salvador: n. 15, jan./mar. 2007. 87, 18 p. Disponível em: http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/Supremacia%20do%20Interesse%20P%C3%BAllico%20-%20Alice%20Gonzalez%20Borges.pdf. Acesso em: 13 ago. 2012.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 3 jul. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 13 ago. 2012.

BRASIL. TRF2. Profissionais AJG – comprovantes imposto de renda 2012. Disponível em: http://www.trf2.jus.br/paginas/links_externos.aspx?content=85429ecb5e26df42e668afec81b090d6. Acesso em: 27 fev. 2013.

BRASILEIROS JÁ PAGARAM R\$ 300 BI EM IMPOSTOS EM 2013. Veja, 8 mar. 2013. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/noticia/economia/brasileiros-ja-pagaram-mais-de-r-300-bi-em-impostos-em-2013>. Acesso em: 13 mar. 2013.

BRASIL, Gerson. História das ruas do Rio: e da sua liderança na história política do Brasil. 5 ed. Rio de Janeiro: Lacerda, 2000.

CÂMARA MUNICIPAL DE PORTO ALEGRE. Brasil é democrático, mas tem instituições fracas, diz professor. Disponível em: http://www2.camarapoa.rs.gov.br/default.php?reg=12931&p_secao=56&di=2010-09-13. Acesso em: 15 mar. 2013.

CAMPOS, Elisa. Brasil sobe oito posições em ranking de competitividade. Época, Negócios, ? Disponível em: <http://epocanegocios.globo.com/Revista/Common/0,,ERT68662-16357,00.html>. Acesso em: 15 mar. 2013.

CARDOSO, Cristiane. Mello, João Bandeira de. Jovem morre após receber alta de 3 hospitais estatais do Rio em 4 dias. G1, Rio de Janeiro, 15 mar. 2013. Disponível em: <http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2013/03/jovem-morre-apos-receber-alta-de-3-hospitais-estatais-do-rio-em-4-dias.html>. Acesso em: 15 mar. 2013.

A supremacia do interesse público questionada no caso da demolição da igreja de São Pedro dos Clérigos do Rio de Janeiro

- CARVALHO, Iuri Mattos de, O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado: parâmetros para uma reconstrução, *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador: ?, n. 16, mai./jun./jul./ago. 2007. Disponível em: http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/supremacia_interesse_p%C3%BAblic_iuri_carvalho.pdf. Acesso em: 31 jul. 2012.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- _____. *Supremacia do interesse público e estado de direito*. *Revista do Ministério Público*. Rio de Janeiro: MPRJ, n. 41, jul./set. 2011. 87, 18 p.
- COARACY, Vivaldo. *Memórias da cidade do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1965. V. III. (Coleção Rio 4 Séculos).
- COTIA, GUARULHOS, MARÍLIA, SP E DOURADOS, MS. SPTV 1ª Edição - IPTU aumenta mais de 1000% na cidade de Cotia
- Globo. Disponível em: http://www.google.com.br/url?sa=t&rt=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&ved=0CDAQFjAA&url=http%3A%2F%2Fglobo.com%2Fde-globo%2Fsptv-1a-edicao%2Fv%2Fiptu-aumenta-mais-de-1000-na-cidade-de-cotia%2F2357941%2F&ei=P5hAUZC5FYqk8ATnyoCwBg&usq=AFQjCNGiVA_vG5nBpQp6NM-_LnCMiKYhhg&sig2=nj8HVqieuUSmiGEOKEzNrQ&bvm=bv.43287494,d.eWU. Acesso em: 13 mar. 2013.
- CUNHA, Antônio Geraldo da. *Dicionário etimológico Nova Fronteira da língua portuguesa*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.
- DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de filosofia do direito*. 5. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1979. (Studium).
- DESAFIOS BRASILEIROS: CARGA TRIBUTÁRIA. Veja. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/tema/desafios-brasileiros-carga-tributaria>. Acesso em: 13 mar. 2013.
- DILMA PEDE QUE EMPRESÁRIOS TENHAM 'CONSCIÊNCIA' PARA BARATEAR CESTA. G1, Economia, 15 mar. 2013. Disponível em: <http://g1.globo.com/economia/noticia/2013/03/dilma-pede-que-empresarios-tenham-consciencia-para-baratear-cesta.html>. Acesso em: 15 mar. 2013.
- ECO, Umberto. *Como se faz uma tese*. São Paulo: Perspectiva, 2005. (Estudos)
- ENTERRÍA, Eduardo García de. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo* I. 10. ed. Madrid: Civitas, 2000.
- FAJARDO, Vanessa. Exame do Cremesp reprova 54,5% dos formandos em medicina. G1, Educação, 06 dez. 2012. Disponível em: <http://g1.globo.com/educacao/noticia/2012/12/exame-do-cremesp-reprova-545-dos-formandos-em-medicina.html>. Acesso em: 15 mar. 2013.
- FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Globo, 2001.

- GOVERNO ANUNCIA NOVAS MEDIDAS DE PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR. G1, capa, 15 mar. 2013. Disponível em: <http://g1.globo.com/videos/v/ao-vivo/606348/>. Acesso em: 15 mar. 2013.
- HACHEM, Daniel Wunder. Princípio constitucional da supremacia do interesse público. 2011. 438 p. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado). – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba. Disponível em: <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/26126/Dissertacao%20-%20Daniel%20Wunder%20Hachem%20-%20UFPR%20-%20Brasil.pdf?sequence=1>. Acesso em: 19 jul. 2012.
- HOLANDA, Sérgio Buarque de. Raízes do Brasil. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- HOLLANDA, Daniela Maria Cunha de. A barbárie legitimada: a demolição da igreja de São Pedro dos Clérigos. Rio de Janeiro: Eduerj, 2007.
- IDOSA MORRE EM BARRA MANSÁ, RJ, APÓS TER SOPA INJETADA NA VEIA. G1, Rio de Janeiro, 10 out. 2012. Disponível em: <http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2012/10/idosamorre-em-barra-mansa-rj-apos-ter-sopa-injetada-na-veia.html>. Acesso em: 17 out. 2012.
- IDOSA MORTA APÓS TER CAFÉ COM LEITE INJETADO NA VEIA É ENTERRADA HOJE. O Dia, Rio de Janeiro, 16 out. 2012. Disponível em: <http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/rj/2012-10-16/idosamorta-apos-ter-caffe-com-leite-injetado-na-veia-e-enterrada-hoje.html>. Acesso em: 17 out. 2012.
- IL CONCETTO DI INTERESSE PUBBLICO. Informativa online. Disponível em: <http://www.informativaonline.com/content/view/169/29/>. Acesso em: 27 fev. 2013.
- JUNGMANN, Mariana. Senado decide arcar com pagamento de IR devido por 14º e 15º salários de senadores. UOL notícias, São Paulo, 25 set. 2012. Disponível em: <http://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2012/09/25/senado-decide-arcar-com-pagamento-de-ir-devido-por-14-e-15-salarios-de-senadores.htm>
- LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. Metodologia do trabalho científico: procedimentos básicos, pesquisa bibliográfica, projeto e relatório, publicações e trabalhos científicos. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- MAQUIAVEL, Nicolau di Bernardo. O príncipe. 5. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991. (Os pensadores)
- MARTINS, Gilberto de Andrade; LINTZ, Alexandre. Guia para elaboração de monografias e trabalhos de conclusão de curso. São Paulo: Atlas, 2000.
- MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- MENINA MORRE AO RECEBER VASELINA EM VEZ DE SORO. Fantástico, São Paulo, 5 dez. 2010. disponível em: <http://fantastico.globo.com/Jornalismo/FANT/0,,MUL1634195-15605,00.html>. Acesso em: 17 out. 2012.

A supremacia do interesse público questionada no caso da demolição da igreja de São Pedro dos Clérigos do Rio de Janeiro

- MERGULHÃO, Maria Fernanda Dias; OLIVEIRA NETO, Hélio Nascimento de. Retrocessão: uma abordagem crítica. Revista digital do IAB, Rio de Janeiro, n. 16, out/dez. 2012.
- MORADOR DE GUARULHOS PODE RECORRER DE IPTU. Diário de São Paulo. Disponível em: <http://diariosp.com.br/noticia/detalhe/42429/Morador+de+Guarulhos+pode+recorrer+de+IPTU>. Acesso em: 23 jan. 2013.
- PANOFSKY, Erwin. Significado nas artes visuais. 3. ed. São Paulo: Perspectiva, 1991.
- PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; WILHEIM, Jorge; SOLA, Lourdes (Org.). Sociedade e estado em transformação. São Paulo: UNESP, 1999. (Prisma)
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Direito administrativo. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- _____. Ribeiro, Carlos Vinícius Alves (Coord.). Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo. São Paulo: Atlas, 2010.
- REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- RITTO, Cecília. Stevie Wonder fará show de Natal na praia de Copacabana. Veja, Rio de Janeiro, 12 out. 2012. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/noticia/celebridades/stevie-wonder-fara-show-de-natal-na-praia-de-copacabana>. Acesso em: 17 out. 2012.
- ROCHA, Rosan da. Atribuições e atuações dos membros do Ministério Público nas causas cíveis frente ao ordenamento jurídico e a necessidade social. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1530, 9 set. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/800>>. Acesso em: 14 out. 2012.
- ROMERO, Viviane. Metrô: estações fechadas pegam usuários de surpresa. O Globo, Rio de Janeiro, 23 fev. 2013. Rio, on line. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/rio/metro-estacoes-fechadas-pegam-usuarios-de-surpresa-7657155>. Acesso em: 26 fev. 2013.
- SARMENTO, Daniel. Livres e iguais: estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- _____. (Org.) Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- SCHMIDT-ABMANN, Eberhard. La teoría general del derecho administrativo como sistema. Madrid: Marcial Pons, 2003. Disponível em: http://books.google.com.br/books?id=myfIkbcQQIQC&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q=166&f=false. Acesso em: 15 out. 2012.
- SENE, Eustáquio de. MOREIRA, João Carlos. Geografia geral e do Brasil: espaço geográfico e globalização. São Paulo: Scipione, 1998.
- SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- SOARES, Inês Virgínia Prado. Direito ao (do) patrimônio cultural brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

- SPASIANO, Mario R. L'interesse pubblico e l'attività della p.a. nelle sue diverse forme alla luce della novella della l. 241 del 1990. *Giustizia Amministrativa: rivista di diritto pubblico*. N. 5, 2005. Disponível em: http://www.giustamm.it/new_2005/ART_2152.htm. Acesso em: 21 fev. 2013.
- STIGLITZ, Joseph E. *A globalização e seus malefícios*. São Paulo: Futura, 2002.
- TORRICELLI, Andrea. Il concetto di interesse pubblico nell'azione amministrativa: avvertenze e cautele per l'uso. *Amministrare è un'attività concreta*. Disponível em: http://www.htlaw.it/public/files/2010-02-concetto-di-interesse-pub-at_28.pdf Acesso em: 22 fev. 2013.
- TOURINHO, Rita. A discricionariedade administrativa perante os conceitos jurídicos indeterminados. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, 2008. Disponível em: http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/RTourinho.pdf. Acesso em: 10 set. 2012.
- TRUDEL, Pierre. L'intérêt public. Disponível em: <http://www.chairelrwilson.ca/cours/drt6913/Interetpublicengeneral.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2012.
- UERPMANN, Robert. *Das öffentliche Interesse: seine Bedeutung als Tatbestandsmerkmal und als dogmatischer Begriff*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1999. (Jus publicum; Bd. 47). Disponível em: http://books.google.com.br/books?id=kxbscfjigzIC&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gb_s_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q=%C3%B6ffentliche%20Interesse%20ist&f=false. Acesso em: 15 out. 2012.

DIREITO DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL: ONTEM E HOJE

Guilherme Calmon Nogueira da Gama - Desembargador do TRF da 2ª Região. Diretor Geral da EMARF. Conselheiro do Conselho Nacional de Justiça. Mestre e Doutor em Direito Civil pela UERJ

Resumo: O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência vem se alterando ao longo do tempo e atualmente está preparado para atuar eficazmente. O trabalho objetiva analisar as mudanças ocorridas no Brasil a ensejar o grau de maturidade alcançado na área

Palavras-chave: Direito Econômico. Constituição diretiva. Livre concorrência. Mercado concorrencial. Atividades econômicas

1. NOÇÕES GERAIS

A exemplo do que aconteceu em vários outros países, no Brasil há pelo menos cinco décadas debate-se mais intensamente a relação entre a função econômica e a atuação estatal, matéria que foi alçada ao patamar da Constituição Federal. Construiu-se um novo modo de ser das relações entre o dado econômico e o dado jurídico-político dentro da estrutura do Estado Moderno¹. A preocupação com o tema influenciou parcela da doutrina a considerar que o estatuto da Economia na estrutura jurídica constitucional do Estado permitiu a qualificação do Estado contemporâneo como “Estado Econômico”. Não há como prevalecer a visão de que o dado econômico é estranho das preocupações do Direito e, conseqüentemente, da Constituição Federal.

Algumas noções foram apresentadas, entre as quais a da Constituição

¹ MOREIRA, Vital. Economia e Constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 1974, p. 5.

Econômica que, “dentro, ao lado, ou subordinada à Constituição política, estabelece a ordem jurídica fundamental da economia, ou noutra perspectiva, estabelece e limita a intervenção do Estado no domínio econômico”². A Constituição é fruto da identificação da relação existente entre dois fatos ou conjunto de fatos sociais, entre fenômenos econômico-sociais e político-jurídicos, na sua autonomia recíproca, nas suas relações dialéticas, ou seja, naquilo que na realidade econômico-social é constitutivo da Constituição; e naquilo que na Constituição é constitutivo da realidade econômico-social.

O sistema social, como se sabe, é formado por um conjunto de sub-sistemas (Economia, Direito, Política, etc...), unitariamente articulados por uma determinada estrutura que consiste na determinação do todo pelo sub-sistema econômico. A expressão “Constituição Econômica” surge no período pós-1ª Guerra Mundial – símbolo do fim de uma época econômica e política do capitalismo e do começo de outro momento -, especialmente na Alemanha, e baseada em duas ideias fundamentais: a) a de democracia econômica; b) a de administração autônoma da economia³. Não se revelava suficiente atribuir à pessoa a condição de “cidadão político”, mas transformá-la em “cidadão econômico”.

Tal como a noção de que a Constituição continha a representação de uma nova sociedade e de um novo Estado – em contraponto ao “ancien régime” -, desta vez na ideia da Constituição Econômica passava a existir a negação da ordem econômica liberal em favor de uma nova ordem econômica. A Constituição Econômica é um conceito que não se refere à uma ordem econômica efetiva (ou pre-existente), mas sim se relaciona à uma tarefa, à uma ideia dirigida ao futuro⁴. As normas da Constituição Econômica visam estabelecer uma nova ordem econômica destinada a alterar a estrutura econômica existente. Dois dos objetivos fundamentais da República brasileira são erradicar a pobreza e a miséria, bem como reduzir as enormes desigualdades sociais e regionais.

O ponto de partida da teoria da Constituição Econômica é o de uma ordem jurídica justa da Economia, visando a defender e proteger a liberdade e a dignidade da pessoa humana também nos atuais estágios e condições de

² MOREIRA, Vital. Economia e Constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 1974, p. 7.

³ MOREIRA, Vital. Economia e Constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 1974, p. 16.

⁴ MOREIRA, Vital. Economia e Constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 1974, p. 20.

desenvolvimento das forças econômicas. Daí a necessidade de que se tenha atingido um certo grau de maturidade no desenvolvimento econômico, da ciência econômica e da consciência jurídica⁵, fatores que, conjugados e harmonizados, apontam para um espírito de solidariedade que se opõe à representação individualista e liberal do período áureo do capitalismo.

Um dos pontos centrais nesta visão é o de que a Economia é posta ao serviço da pessoa humana. Qualquer que seja sua posição no processo econômico-capitalista – empresário, trabalhador, consumidor -, a pessoa humana deve ser considerada em primeiro lugar em virtude da sua dignidade e da própria razão de ser das relações intersubjetivas. Reafirma-se que a teoria da Constituição Econômica parte do pressuposto do fim da representação liberal da “ordem natural da Economia” diante das demonstrações dos resultados injustos desse perfil. A intervenção do Estado rompe tal representação e faz com que ela seja substituída por outra em que o político faz exigências sobre o dado econômico, tema que passa a ser tratado no texto da Constituição Federal.

A Constituição Econômica é o conjunto de preceitos e instituições jurídicas que, ao garantir os elementos definidores de um determinado sistema econômico, instituem uma certa forma de organização e funcionamento da Economia e constituem, por isso mesmo, uma determinada ordem econômica. São as normas ou instituições jurídicas que, no âmbito de um certo sistema e forma econômicos, por elas garantidos e/ou instaurados, realizam uma determinada ordem econômica concreta⁶. Os teóricos da noção da Constituição Econômica rejeitam principalmente a ideia da auto-regulação do dado econômico, da sua estrutura “natural” e da sua neutralidade política. Desse modo, considera-se importante a observância do princípio de configuração política do dado econômico, da intervenção normalmente realizada pelo Estado que atinge diretamente os postulados da forma econômica liberal, como a livre iniciativa privada, a liberdade de concorrência e a não intervenção estatal. O Direito Privado passa a ter orientação social e ética suficientemente vigorosa para provocar a erosão nos seus princípios basilares, e determinar a reformulação de vários conceitos e instituições, além de dar novo tratamento a determinadas relações⁷.

⁵ MOREIRA, Vital. Economia e Constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 1974, p. 25.

⁶ MOREIRA, Vital. Economia e Constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 1974, p. 35.

⁷ GOMES, Orlando. Transformações do Direito das Obrigações. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 6.

O Direito Econômico surge nesse contexto como um conjunto de normas através das quais o Estado, com objetivos de defesa, direção ou fomento, intervém no processo econômico, no sentido de ordenar, conformar ou participar das atividades econômicas⁸. Trata-se do direito da vida econômica em geral, ou seja, o direito da atividade econômica. O Direito Econômico é também um novo método do pensamento jurídico, disciplinando as atividades desenvolvidas nos mercados de modo a organizá-los sob a inspiração maior do interesse coletivo e geral. Os institutos do consumo e da circulação de bens e serviços passaram a ser objeto de preocupação do Direito Econômico⁹.

Os direitos fundamentais – individuais – elencados nos primeiros textos de Constituição (séculos XVIII e XIX) eram expressões, no plano constitucional formal, de um determinado tipo de sistema capitalista. O princípio da liberdade de comércio e de indústria representou, à época, a eliminação de todos os obstáculos do monopolismo mercantilista e da organização do corporativismo feudal, afirmando a clara separação entre a Economia e o Estado. Assim, os direitos individuais não eram apenas instrumentos de defesa dos indivíduos contra o Estado, mas eram fundamentalmente expressão de uma determinada ordem econômica e social – a Economia capitalista¹⁰. O individualismo politicamente triunfante do período histórico se baseava na filosofia da autonomia da vontade que justificava toda e qualquer contratação¹¹. A posição estatal de abstenção quanto aos modos de tutela dos interesses privados não significava que o interesse público fosse ignorado, mas sim traduzia uma determinada concepção de interesse público como o somatório dos interesses privados¹².

Com os acontecimentos verificados, especialmente abalando os postulados do Estado liberal na sua feição dos séculos XVIII e XIX, foi necessária a reformulação do tratamento normativo sobre as interseções entre Constituição e Economia. A concepção da vida econômica como efeito automático da atividade dos sujeitos privados e a consequente ideia de que ao negócio jurídico bastava garantir a liberdade para que

⁸ MOREIRA, Vital. Economia e Constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 1974, p. 53.

⁹ SOUZA, Washington Peluso Albino de. Direito Econômico. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 513 e 605.

¹⁰ MOREIRA, Vital. Economia e Constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 1974, p. 90.

¹¹ BATTIFOL, Henri. La “crise du contrat” e sa portée. Archives de Philosophie du Droit. Paris: Sirey, 1968, p. 14.

¹² PRATA, Ana. A tutela constitucional da autonomia privada. Coimbra: Almedina, 1982, p. 20.

um equilíbrio ótimo de interesses fosse conseguido, não demonstraram que todos os interesses fossem satisfeitos, época em que se constata que o negócio atua como instrumento da realização de meros interesses privados, e não como afirmação da liberdade das pessoas¹³.

A característica mais marcante das Constituições Econômicas contemporâneas é a inclusão de um significativo número de normas destinadas a informarem a política econômica (uma ordem econômica programática) contendo diretrizes da atividade estatal¹⁴.

A Constituição Econômica diretiva não pretende substituir o estatuto das relações de produção e instituir um novo sistema econômico no país. Ao contrário, ela pressupõe tais relações produtivas e, obviamente, o sistema econômico existente. O que ela pretende é alterar o modo de atuação das relações econômicas, promover modificações na sua frequência e distribuição, alterar a sua direção e os seus resultados concretos¹⁵. Há conflitos e tensões dentro da própria Constituição Econômica diretiva. Por exemplo: normalmente são objetivos da política econômica proporcionar pleno emprego, fomentar o desenvolvimento econômico e estabilizar os preços – “trilema” ou “triângulo incômodo” da política econômica. Tais objetivos, no entanto, não têm como ser atingidos ao mesmo tempo, ou sem prejuízo dos outros. Por isso, há relações de exclusão total ou parcial entre eles.

Desse modo, as limitações à liberdade de contratar, por exemplo, resultam das novas formas de atividade econômica que impuseram novos usos e métodos quanto à realização e concretização de certos contratos. O exercício prático de atividades empresariais (e econômicas) por grandes corporações exige a uniformização das condições contratuais, tais como ocorre com os bancos, as transportadoras, as companhias de seguro, entre outras¹⁶. No período áureo do liberalismo econômico de John Keynes, houve um processo de concentração e internacionalização do capital que gerou o aumento das formas assimétricas do desenvolvimento do capitalismo¹⁷. Assim, um número cada vez menor de grandes corporações

¹³ PRATA, Ana. A tutela constitucional da autonomia privada. Coimbra: Almedina, 1982, p. 22.

¹⁴ MOREIRA, Vital. Economia e Constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 1974, p. 107.

¹⁵ MOREIRA, Vital. Economia e Constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 1974, p. 126.

¹⁶ GOMES, Orlando. Transformações do Direito das Obrigações. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 7.

¹⁷ CARVALHO, Vinicius Marques de; LIMA, Ticiania Nogueira da Cruz. A Nova Lei de Defesa da Concorrência brasileira. A Nova Lei do CADE – Publicações da Escola da AGU. Brasília: AGU, n. 19, jul. 2012, p. 12.

passou a ter controle de parte substancial de toda atividade industrial ainda no século XIX.

Diante da constatação das mudanças operadas nas relações entre Direito e Economia, bem como da necessidade de verificar de que modo a questão é enfrentada no Brasil em matéria de seguir o direcionamento da Constituição Econômica diretiva, será tratado o assunto mais específico referente à concorrência no Direito brasileiro. O pensamento econômico atual coloca no mesmo nível de importância os fatos da produção, circulação e consumo.

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL

No âmbito do Direito Econômico, e em razão da experiência vivenciada em outros países, houve o desenvolvimento de um segmento teórico conhecido como Direito da Concorrência (ou Direito Antitruste). A concorrência não é um fenômeno a-histórico e neutro¹⁸. As medidas antitrustes representam uma técnica adotada pelo Estado contemporâneo para implementar políticas públicas de modo a, simultaneamente, prevenir e reprimir o abuso do poder econômico e tutelar a livre e saudável concorrência entre os agentes econômicos.

O primeiro caso antitruste relatado na história mundial foi o verificado no inverno dos anos 388-387 a.C., no qual alguns agentes econômicos formaram uma espécie de associação para cessar a concorrência entre eles, adquirindo grande quantidade de grãos para estoque além do que lhes era permitido¹⁹. Na Roma antiga havia prática de monopólios estatais, tal como o monopólio do sal.

A função da legislação antitruste variará de acordo com a época e as condições históricas sob o prisma da Economia, da Sociologia e da Política. Assim como no período colonial, a Coroa portuguesa havia se orientado por uma política fiscalista – desinteressada do progresso econômico, social e econômico da Colônia -, não permitindo concorrência significativa

¹⁸ CARVALHO, Vinicius Marques de; LIMA, Ticiane Nogueira da Cruz. A Nova Lei de Defesa da Concorrência brasileira. A Nova Lei do CADE – Publicações da Escola da AGU. Brasília: AGU, n. 19, jul. 2012, p. 9.

¹⁹ FORGIONI, Paula. Os fundamentos do Antitruste. 2. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 36.

no território brasileiro, houve época em que se empregaram algumas medidas para fomentar o desenvolvimento industrial em certos segmentos econômicos no país. No Brasil-Colônia era vedado o comércio com outros países que não Portugal, o que gerou uma uniformização dos preços das matérias primas exportadas devido à presença de um monopólio bilateral – um único comprador de produtos de exportação e um único vendedor de bens provenientes da Europa para o território brasileiro. Todas as atividades se submetiam ao controle da Coroa portuguesa e, assim, a liberdade de comércio se desenvolvia envolta aos monopólios estatais ou concedidos pela Coroa; havia reclamações contra práticas de abuso de posição dominante e de abusos contra o consumidor²⁰.

Com a transferência de Dom João VI para o Brasil em 1808 deu-se início à implementação de uma política de desenvolvimento econômico do país, época em que foi parcialmente desativada a política fiscalista. Os portos foram abertos às nações amigas e, com isso, a nascente indústria brasileira foi submetida à concorrência estrangeira. A independência brasileira somente ocorreu com o estímulo ao livre comércio e à produção agrícola conforme estratégia desenvolvida pelas lojas maçônicas²¹. Naquele período, no entanto, não houve desenvolvimento da manufatura pois priorizou-se a atividade agrícola com influência no governo. A atuação estatal ocorria através das tarifas alfandegárias, sendo que o mercado brasileiro era abastecido por mercadorias importadas.

Na história mundial é possível a identificação de vários acontecimentos relacionados ao tema da proteção da concorrência “perfeita” para não causar desequilíbrio no mercado, normalmente realizados via legislação “antitruste”²². Não havia até o século XVIII a consciência da necessidade da regulamentação jurídica da concorrência²³. De modo exemplificativo, no século XIX nos Estados Unidos foram adotadas medidas para fortalecer a concorrência e, principalmente, proteger o consumidor através do *Sherman Antitrust Act* (de 1890), ato normativo editado sob o fundamento dos benefícios da livre concorrência e da liberdade econômica, mas também na encarnação de um princípio moral e de uma filosofia. O *Sherman Act* foi consequência

²⁰ FORGIONI, Paula. Os fundamentos do Antitruste. 2. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 98.

²¹ FORGIONI, Paula. Os fundamentos do Antitruste. 2. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 104.

²² FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Lei de Proteção da Concorrência. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.

²³ FORGIONI, Paula. Os fundamentos do Antitruste. 2. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 31.

dos debates sobre o emprego de meios para controlar a aceleração da concentração econômica, em especial nos setores de telecomunicações e ferrovias no final do século XIX²⁴. E, determinadas infrações não necessitavam da intenção das partes para sua configuração, sendo suficiente a presença dos elementos descritos na norma. No período de 1850 a 1880 desenvolveu-se o capitalismo de grupo (ou oligopolístico) com o maciço investimento na industrialização, mas simultaneamente com o fenômeno da concentração das empresas que, por sua vez, passaram a dominar os mercados e a ditar as normas. O *Sherman Act* vedou contratos e ajustes que pudessem restringir o comércio e tentar monopolizar setores econômicos.

No âmbito da Comunidade Européia, o Tratado de Roma de 1957 elencou algumas práticas reputadas nocivas, tais como os atos que se consideravam restritivos ou falseadores da concorrência no Mercado Comum europeu, além das práticas que, embora fossem formalmente restritivas, seriam permitidas em razão da finalidade com que se realizam (exemplos: melhoria da produção ou distribuição, e a promoção do progresso técnico ou econômico).

No Brasil, as Constituições Federais de 1934 (art. 115) e 1946 (art. 148) incluíram, respectivamente, referências à liberdade econômica e à proibição²⁵ de atos de abuso do poder econômico e, por isso, o Decreto-Lei n. 869/38 empregou sentido repressivo às condutas adotadas por alguns empresários, sendo considerado a primeira lei antitruste voltada à economia popular²⁶. O tema da proteção à concorrência não surgiu no Brasil como elo de ligação entre o liberalismo econômico e a (manutenção) da liberdade de concorrência, mas como repressão ao abuso do poder econômico tendo como interesse tutelado o do consumidor²⁷. E nisto o sistema brasileiro se distingue do sistema norte-americano pois neste a legislação antitruste foi editada para proteger e manter a concorrência (no âmbito do pensamento do liberalismo econômico), e não para proteger o consumidor. Houve a edição de normas proibitivas da fixação de preços mediante acordos entre empresários, da venda de produtos abaixo do preço

²⁴ CARVALHO, Vinicius Marques de; LIMA, Ticiano Nogueira da Cruz. A Nova Lei de Defesa da Concorrência brasileira. A Nova Lei do CADE – Publicações da Escola da AGU. Brasília: AGU, n. 19, jul. 2012, p. 13.

²⁵ SOUZA, Washington Peluso Albino de. Direito Econômico. São Paulo: Saraiva, 1980, p.522.

²⁶ FORGIONI, Paula. Os fundamentos do Antitruste. 2. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 114.

²⁷ FORGIONI, Paula. Os fundamentos do Antitruste. 2. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 114.

de custo, da estocagem abusiva de mercadorias, entre outras práticas. O antitruste surgiu no território brasileiro com uma “aura de nacionalismo”, ou seja, de proteção do interesse nacional contra o poderio estrangeiro²⁸.

Em 1945 sobreveio o Decreto-Lei n. 7.666 que disciplinou a matéria de modo sistemático, específico, dirigindo suas normas para o combate ao abuso do poder econômico, no plano administrativo (e não penal). Houve incentivo à implantação de uma política econômica de favorecimento à criação de um empresariado forte a nível nacional. Ao Estado foi atribuído o poder de averiguar práticas contrárias aos interesses da economia nacional, impor sanções e autorizar as práticas restritivas, através da Comissão Administrativa de Defesa Econômica (CADE)²⁹. Os atos reprovados pela CADE eram nulos e, portanto, não produziam efeitos. Havia necessidade de autorização prévia para formação, incorporação, transformação e agrupamento de determinadas empresas, além do registro de outros acordos e ajustes que pudessem interferir no processo de produção e circulação de bens e serviços.

Com o advento da Lei n. 4.137/62, houve emprego da orientação político-econômica em matéria concorrencial, abandonando o enfoque exclusivamente sancionador até então em vigor pela Lei n. 1.521/51. De início, a edição de uma lei de repressão ao abuso do poder econômico teve por finalidade eliminar os efeitos autodestrutíveis do próprio mercado, de maneira a preservá-lo, mas também houve referências à proteção do consumidor. Houve a criação do CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) com atribuição de apurar e reprimir os abusos do poder econômico. Contudo, a Lei n. 4.137/62 não produziu um efetivo controle do abuso do poder econômico no Brasil.

Em 1964, com o Golpe Militar foi admitida – e, em alguns casos até estimulada – a prática da concentração de mercado como modo de permitir o desenvolvimento de certos mercados nacionais, o que se verificou com a edição do Decreto-Lei n. 1.811/71 ao permitir a abertura de capitais de sociedades empresariais. A Constituição de 1967 (e a Emenda n. 01/69) estabeleceu a repressão ao abuso do poder econômico assim considerado via domínio dos mercados, eliminação da concorrência e

²⁸ FORGIONI, Paula. Os fundamentos do Antitruste. 2. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 117.

²⁹ FORGIONI, Paula. Os fundamentos do Antitruste. 2. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 121.

aumento arbitrário dos lucros. As Leis que instituíram os I e II Planos Nacionais de Desenvolvimento apresentaram diretrizes no sentido de a política econômica estimular a concentração de mercados através de fusão e incorporação de sociedades e de outros estímulos. A meta principal foi a da criação de uma economia moderna, competitiva e dinâmica dentro do país. Para tanto, empregou-se política de capitalização de empresas privadas e governamentais de maneira a permitir o desenvolvimento de um sistema financeiro e de mercado de capitais aptos a desempenhar papel mais destacado na formação do capital real das sociedades e na melhoria da sua estrutura financeira³⁰. Várias foram as decisões do CADE no sentido de não impedir o processo de concentração de empresas como decorrência de uma política econômica do governo federal da época³¹ com base na noção abstrata de atender aos “interesses da economia nacional”.

A Constituição Federal de 1988, ao elencar os princípios da ordem econômica, expressamente se referiu ao princípio da livre concorrência (art. 170), associando-o à realização da justiça social e em consonância com a proteção ao consumidor. A Carta Magna garante o livre desenvolvimento do sistema de mercado, consagrando os princípios e direitos referentes à propriedade privada, à livre concorrência e ao livre exercício da atividade econômica que, na sua aplicação, deverão ser sopesados com os princípios da soberania nacional, da função social da propriedade, da defesa do consumidor e da proteção ao meio ambiente, além de permitir a redução das desigualdades regionais e sociais³².

A Lei n. 8.158/91, editada no período de redemocratização do país, foi promulgada com a abertura do mercado brasileiro e a liberalização da economia, na perspectiva de que o mercado se autorregulasse. Contudo, houve também a preocupação de que fossem evitadas as disfunções ou crises que poderiam ocorrer devido ao comportamento dos agentes econômicos. Pretendeu-se dar mais rapidez ao procedimento administrativo de apuração das práticas violadoras da ordem econômica.

³⁰ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Lei de Proteção da Concorrência. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 10.

³¹ FORGIONI, Paula. Os fundamentos do Antitruste. 2. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 138.

³² ROQUE, Daniel Gustavo Santos. A Notificação Obrigatória dos Atos de Concentração no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. A Nova Lei de Defesa da Concorrência brasileira. A Nova Lei do CADE – Publicações da Escola da AGU. Brasília: AGU, n. 19, jul. 2012, p. 57.

Posteriormente foi editada a Lei n. 8.884/94 que sistematizou a matéria antitruste, transformou o CADE em autarquia federal com personalidade, dotação orçamentária e patrimônio autônomos. A lei de 1994 também implementou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), além de ter consolidado a definição das infrações à ordem econômica e valorizado a importância da atuação na análise dos atos de concentração econômica com órgãos e instituições dotados de instrumentos e ferramentas para sua concreta atuação.

O Direito da Concorrência é um dos mais importantes instrumentos utilizados pelo Estado para promover o estímulo ao desenvolvimento econômico e, por isso, é autorizada a intervenção estatal para assegurar a livre e saudável concorrência entre agentes econômicos³³.

3. NOÇÕES DO DIREITO ANTITRUSTE

O exercício da atividade econômica é o instrumento através do qual a pessoa, na sua vida em grupo, busca obter os meios de satisfazer suas próprias necessidades ao produzir bens de uso, além de satisfazer as necessidades do grupo social ao produzir bens de troca. Nesta última parte, os bens recebem valor de troca que é medido pelo preço – devido à quantidade de bens produzidos e à demanda por tais bens. O preço é o instrumento utilizado pelas sociedades empresárias e empresários para alterar as condições do mercado, para exercer sua influência sobre os demais e, por vezes, para dominar o mercado³⁴. Mercado é o ambiente em que ocorre a transação negocial e onde comparecem o vendedor (ou ofertante da mercadoria) e o comprador (ou procurante da mercadoria e detentor do dinheiro), sendo que seu livre funcionamento é justificado na Ciência Econômica pela “lei da oferta e da procura”³⁵. O mercado, enquanto instituição social, atualmente é submetido ao atingimento de objetivos estabelecidos em uma série de políticas públicas.

De maneira a permitir que as pessoas que desenvolvem atividade

³³ OLIVEIRA JÚNIOR, Fernando Antonio Alves de. A Nova Lei do CADE e a reestruturação administrativa do SBDC. A Nova Lei de Defesa da Concorrência brasileira. A Nova Lei do CADE – Publicações da Escola da AGU. Brasília: AGU, n. 19, jul. 2012, p. 137.

³⁴ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Lei de Proteção da Concorrência. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 1.

³⁵ SOUZA, Washington Peluso Albino de. Direito Econômico. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 516.

econômica possam atuar de maneira eficiente, é necessário garantir a todos uma adequada possibilidade de entrar no mercado, nele permanecer e sair dele a seu exclusivo critério. Na forma atomística, cada agente econômico tem estrutura e poder econômico igual a de qualquer outro. Na forma de concentração, a estrutura, a conduta e a performance de um agente econômico podem levar a uma série de medidas de poder econômico, tornando-os os agentes econômicos desiguais com a dominação dos mais fracos pelos mais fortes, com a perspectiva do monopólio.

De modo geral, a concorrência no mercado decorre de um conjunto de condições e circunstâncias que permitem a todos os agentes econômicos o exercício pleno de suas atividades – notadamente no processo econômico de compra e venda – de maneira a alcançar seus objetivos sem ferir as metas pretendidas pelos demais. A concorrência permite a formação dos preços pelo ajustamento espontâneo e recíproco da procura e da oferta, assegurando plena liberdade de agir aos compradores e vendedores com a formação do justo preço³⁶.

Na denominada “concorrência perfeita” existe absoluta igualdade de todos os integrantes do mercado, ou seja, cada agente equivale a um átomo. A atuação individual de cada agente na fixação do preço de seus produtos não repercute substancialmente na formação do preço dos bens. Há, assim, atomicidade, fluidez, informação correta, clara e transparente, lealdade, homogeneidade do produto e isenção de qualquer influência desagregadora³⁷. Ao contrário, na chamada “concorrência imperfeita” há manifesta desigualdade entre os agentes econômicos com finalidade de busca de lucro abusivo, em que os mais fortes e mais hábeis descobrem meios e mecanismos para seu fortalecimento no mercado com predominância sobre os demais. Existe molecularidade (com a constituição de grupos formadores de focos de força), heterogeneidade (com produtos substancialmente diferentes), viscosidade (sujeição e dependência) e eliminação da transparência.

Na prática econômica do liberalismo econômico em pouco tempo foram desenvolvidos mecanismos capazes de viciar a fluidez do mercado

³⁶ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Lei de Proteção da Concorrência. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 3.

³⁷ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Lei de Proteção da Concorrência. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 4.

na concorrência perfeita, com o surgimento do domínio do mercado por um grupo menor de empresários e de sociedades empresárias. Daí o surgimento das noções de concorrência quase-perfeita, de concorrência monopólicia, de monopólio (um único ofertante), de monopsônio (um único procurante), entre outras³⁸.

O Direito Comercial se revelou insuficiente para disciplinar as relações econômicas em razão da formação da concentração de empresas e o aparecimento da grande organização econômica, daí haver se concebido o surgimento do Direito Econômico de modo a estabelecer normas para ordenar a vida econômica e seu desenvolvimento planejado³⁹. Três foram os fatores que conduziram o processo de concentração empresarial: a intenção de aumentar os lucros; a necessidade de imprimir maior segurança ao empreendimento econômico e a inserção da empresa no contexto internacional.

O poder de mercado consiste na capacidade que uma sociedade empresária tem de aumentar seus lucros ainda que com a redução da produção e a cobrança de valor maior do que o preço produtivo pelo seu produto. As corporações passam a adquirir maior soma de poder do que os demais detentores de parcelas do mercado – grandes, médias e pequenas empresas, trabalhadores e consumidores -, concentrando nas suas mãos poder econômico privado. Tal poder é representado pela capacidade de influir nas condições e nos resultados econômicos do mercado de modo a retirar vantagens que as coloquem em posição de superioridade perante os demais e em posição de domínio sobre os trabalhadores e consumidores. Daí a necessidade da atuação do Estado para regular a livre e saudável concorrência e, simultaneamente, defender os interesses dos consumidores e trabalhadores⁴⁰.

O mercado representa uma instituição social e, ao mesmo tempo, jurídica que não pode se desenvolver a partir de suas próprias “leis”, sem qualquer regulação sob pena de legitimar que a busca incessante pelo maior lucro possível elimine um ambiente concorrencial saudável entre os agentes econômicos, em prejuízo ao consumidor, ao meio ambiente e, em última análise, a dignidade da pessoa humana⁴¹.

³⁸ SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Direito Econômico*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 517.

³⁹ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Lei de Proteção da Concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 7.

⁴⁰ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Lei de Proteção da Concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 13.

⁴¹ ROQUE, Daniel Gustavo Santos. *A Notificação Obrigatória dos Atos de Concentração no Sistema*

A denominada economia de mercado é objeto de preocupação do Direito Econômico, especialmente no que se refere às medidas políticas para seu bom e regular funcionamento tendo como base a garantia da livre concorrência⁴² e a repressão ao abuso do poder econômico. A ideologia liberal foi construída sobre a concepção teórica da livre concorrência dentro da noção de concorrência perfeita, em que haveria o livre funcionamento do mercado com a livre determinação dos preços. Com a derrocada de seus postulados, a ideologia neoliberal defende o condicionamento da propriedade e da atividade econômica à utilidade social, com a possibilidade da intervenção estatal com o emprego de várias medidas, tais como o controle dos preços das mercadorias, dos salários, dos juros, a autorização para atos de concentração de sociedades e grupos empresariais, o combate e a repressão ao domínio do mercado.

Atualmente, o Direito Antitruste é representado por um conjunto de normas destinadas a evitar ou neutralizar os efeitos autodestrutíveis das condutas empresariais criadas pelo próprio mercado, mas atua principalmente como um instrumento de implementação de políticas públicas voltadas à repressão do abuso do poder econômico e à tutela da livre concorrência⁴³. É certo que não existe um objetivo abstrato e geral a ser perseguido pela legislação antitruste em cada país, pois ela desempenhará em cada sistema jurídico uma função específica, modificável de acordo com o momento histórico, econômico e social que aquela sociedade se encontre.

É necessário que haja maior mobilidade e flexibilidade das normas antitruste, daí a importância das válvulas de escape, ou seja, técnicas jurídicas que permitem a adaptação das normas à realidade que disciplinam de modo a permitir a implementação de políticas públicas, tais como a “regra da razão”, as isenções, as autorizações de atos de concentração, o conceito de “mercado relevante” e o jogo do interesse protegido⁴⁴. No Brasil, atualmente tem sido empregados princípios jurídicos – inclusive de índole constitucional – para direcionamento das medidas e ações relacionadas ao Direito Antitruste. Além disso, é fundamental a difusão de uma cultura de concorrência leal e saudável no país.

Brasileiro de Defesa da Concorrência. A Nova Lei de Defesa da Concorrência brasileira. A Nova Lei do CADE – Publicações da Escola da AGU. Brasília: AGU, n. 19, jul. 2012, p. 60.

⁴² SOUZA, Washington Peluso Albino de. Direito Econômico. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 514.

⁴³ FORGIONI, Paula. Os fundamentos do Antitruste. 2. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 23.

⁴⁴ FORGIONI, Paula. Os fundamentos do Antitruste. 2. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 25.

Nada havia de contraditório na regulamentação da concorrência e o espírito do liberalismo econômico. A eliminação das distorções – decorrentes do mercado ou do modo de produção – visava à preservação e desenvolvimento do mesmo mercado no qual os agentes econômicos – empresários, produtores, fabricantes, intermediários, distribuidores – podem atuar e conquistar novos consumidores e, portanto, competir livremente. No liberalismo clássico, ao Estado competia assegurar o cumprimento das normas fundamentais referentes à propriedade e à liberdade de contratar e, simultaneamente, a proteção do mercado contra seus efeitos autodestrutíveis mediante o controle e efetividade das normas antitruste, de estabilização monetária, das regras de Direito do Trabalho, etc...

Na atualidade, o Direito Econômico representa o conjunto de normas e técnicas jurídicas empregadas pelo Estado na realização de sua política econômica, surgindo uma nova função de direção da Economia pelo Estado. O Estado direciona o comportamento dos agentes econômicos, não apenas para preservar mas para conduzir o mercado. São técnicas de direção sobre o mercado que o Estado emprega para cumprir sua função de implementar política pública. Tal função estatal se dá por vários meios: a) desempenho direto das funções econômicas que não despertam interesse do empresariado ou que precisam ser exercidas pelo governo em razão de “interesse nacional”; b) desempenho no domínio econômico por participação, quando exerce certa atividade típica dos agentes econômicos privados e com eles compete em igualdade de condições sem que haja entraves à entrada de novos competidores naquele setor da economia; c) desempenho sobre o domínio econômico para regular o processo de produção mediante a edição de leis com a imposição de regras de conduta para os agentes econômicos na sua atuação. Esta última atuação ocorre através do emprego de normas destinadas a tutelar a livre concorrência entre os agentes econômicos ou reprimir o abuso do poder econômico via norma antitruste⁴⁵.

4. MODELO ATUAL DO DIREITO ANTITRUSTE NO BRASIL

A proteção da concorrência deve ser vista como um instrumento de que as autoridades públicas devem lançar mão para implementar determinada política e obter o fim maior proposto na sua execução. A legislação

⁴⁵ FORGIONI, Paula. Os fundamentos do Antitruste. 2. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 86-87.

brasileira criou um microsistema legal e institucional voltado para a defesa da concorrência e, entre outras medidas, impôs aos agentes econômicos a obrigatoriedade de promoverem a notificação do CADE acerca dos atos de concentração econômica.

A doutrina considera que o desenvolvimento econômico brasileiro apresentou as seguintes características: a) elevada concentração econômica e produção voltada para o exterior; b) dependência estrutural da economia em relação ao poder econômico; c) industrialização fundada no incentivo à grande empresa brasileira de capital nacional ou estrangeiro; d) surgimento do mercado interno apenas com os fenômenos da urbanização e industrialização; e) preponderância de estratégias de atuação concertada entre Estado e setores empresariais⁴⁶. No processo histórico, a relação entre Estado e Economia se desenvolveu na vertente da complementariedade, eis que a concentração do poder econômico não representou violação às políticas macroeconômicas. Tal processo passa a se alterar no curso da década de 90 com a reestruturação patrimonial do Estado brasileiro através das políticas de privatizações e de início da atuação regulatória via agências⁴⁷.

A tarefa de garantir a livre concorrência se insere na noção de busca de meio para obtenção de resultados benéficos ao mercado e à toda sociedade, fundamentados em princípios constitucionais. Nessa perspectiva sobreveio a Lei n. 12.529/11 que representa o novo marco legal da defesa da concorrência e do combate ao abuso do poder econômico, alterando as estruturas do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, a análise de condutas, além de consolidar avanços quanto à implementação de política brasileira de defesa da concorrência de modo mais coordenado entre as esferas administrativa, civil e penal. Ao CADE é atribuída a análise dos processos de infração antitruste (controle de condutas) e os atos de concentração econômica (controle de estruturas do mercado).

Atualmente, as funções de investigação de casos de conduta, de instrução de atos de concentração e de decisão final sobre os casos são

⁴⁶ CARVALHO, Vinicius Marques de; LIMA, Ticiania Nogueira da Cruz. A Nova Lei de Defesa da Concorrência brasileira. A Nova Lei do CADE – Publicações da Escola da AGU. Brasília: AGU, n. 19, jul. 2012, p. 17-18.

⁴⁷ CARVALHO, Vinicius Marques de; LIMA, Ticiania Nogueira da Cruz. A Nova Lei de Defesa da Concorrência brasileira. A Nova Lei do CADE – Publicações da Escola da AGU. Brasília: AGU, n. 19, jul. 2012, p. 18.

unificadas e centralizadas no Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). O Conselho se consolida como a única agência estatal que tem atribuição de analisar as fusões e aquisições, de investigar os casos de repressão às infrações contra a ordem econômica e de proferir julgamentos sobre os casos. Não há que se cogitar de violação ao devido processo legal eis que o CADE se compõe de um tribunal administrativo, de uma Superintendência geral e de um Departamento de Estudos Econômicos, cada qual com atribuições próprias e em fases distintas da análise dos casos. O tribunal se responsabiliza pelos julgamentos dos atos de concentração e processos administrativos para apuração e possível punição de infração à ordem econômica. A Superintendência Geral tem atribuição de instruir os atos de concentração e os processos de apuração de condutas. E, finalmente, o Departamento de Estudos tem o dever de elaborar estudos e pareceres econômicos, baseados no rigor e na atualização técnica e científica das decisões do CADE⁴⁸.

Há uma tendência de expansão da evidência econômica para a solução dos casos antitruste nas principais jurisdições dos países mais avançados do mundo, incluindo a apresentação de fatos econômicos relacionados à demonstração e cálculo para fins de ressarcimento de danos, à identificação do mercado relevante e poder de mercado e à avaliação de efeitos competitivos de condutas e fusões, entre outros assuntos⁴⁹. Os estudos e análises de mercado representam excelente mecanismo de aproximação da política concorrencial e do consumidor.

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) atua, essencialmente, nas atividades de controle das estruturas de mercado, na repressão às práticas de atos anticompetitivos e na promoção da cultura da concorrência leal e transparente. Para a obtenção da autorização do ato de concentração (Lei n. 12.529/11, art. 88, § 5º), ou para a apuração da prática infracional à concorrência (Lei n. 12.529/11, art. 36 e s.), são necessárias a rapidez e a efetividade na atuação da autoridade administrativa antitruste⁵⁰.

⁴⁸ CARVALHO, Vinicius Marques de; LIMA, Ticiania Nogueira da Cruz. A Nova Lei de Defesa da Concorrência brasileira. A Nova Lei do CADE – Publicações da Escola da AGU. Brasília: AGU, n. 19, jul. 2012, p. 22.

⁴⁹ CARVALHO, Vinicius Marques de; LIMA, Ticiania Nogueira da Cruz. A Nova Lei de Defesa da Concorrência brasileira. A Nova Lei do CADE – Publicações da Escola da AGU. Brasília: AGU, n. 19, jul. 2012, p. 23.

⁵⁰ ARAÚJO, Gilvandro Vasconcelos Coelho. As Composições no CADE como instrumento de efetividade na defesa da concorrência. A Nova Lei de Defesa da Concorrência brasileira. A Nova Lei do CADE – Publicações da Escola da AGU. Brasília: AGU, n. 19, jul. 2012, p. 211.

Com a Lei n. 12.529/11, busca-se a modernização do sistema brasileiro de análise dos atos de concentração de sociedades empresárias e de empresários. A Lei n. 8.884/94 permitia que as sociedades solicitassem a aprovação dos atos de concentração econômica após a sua consumação, o que revelou medida ineficiente do ponto de vista econômico e medida ineficaz do ponto de vista de proteção e defesa do interesse coletivo e público. Os atos de concentração econômica consistem em toda e qualquer operação econômica que vise a qualquer forma de concentração entre agentes econômicos, seja através de fusão ou incorporação de sociedades, seja via a constituição de sociedade para exercer o controle de empresas, ou ainda qualquer outra forma de agrupamento societário⁵¹. Tais atos de concentração envolvem o controle das estruturas de mercado. A Lei n. 12.529/11, no seu art. 90, somente admite a concentração econômica após a aprovação pelo CADE, impondo multa àqueles que não cumprirem a regra. O CADE, através do Tribunal Administrativo, terá o prazo de 240 dias para analisar a operação de concentração indicada, com apenas uma prorrogação possível. Findo o prazo sem decisão final do CADE, a operação será considerada aprovada. Os efeitos materiais resultantes do negócio jurídico (atos de concentração) somente se produzirão após o pronunciamento da autoridade antitruste brasileira. Assim, as sociedades empresárias deverão manter as estruturas físicas e as condições competitivas inalteradas até a apreciação do ato de concentração pelo CADE, sendo proibidas quaisquer transferências de ativos, bem como qualquer tipo de influência de uma parte sobre a outra, e a troca de informações concorrencialmente sensíveis que não seja estritamente necessária para a celebração do instrumento formal da negociação entre elas⁵².

Também houve alteração no segmento referente à análise das condutas, com a inclusão de um procedimento preparatório, sendo possível a avocação do procedimento pelo Tribunal, além de inquéritos administrativos arquivados pela Superintendência Geral. Novas regras surgiram para cuidar do procedimento administrativo para imposição

⁵¹ ROQUE, Daniel Gustavo Santos. A Notificação Obrigatória dos Atos de Concentração no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. A Nova Lei de Defesa da Concorrência brasileira. A Nova Lei do CADE – Publicações da Escola da AGU. Brasília: AGU, n. 19, jul. 2012, p. 73-74.

⁵² ROQUE, Daniel Gustavo Santos. A Notificação Obrigatória dos Atos de Concentração no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. A Nova Lei de Defesa da Concorrência brasileira. A Nova Lei do CADE – Publicações da Escola da AGU. Brasília: AGU, n. 19, jul. 2012, p. 101.

de sanções por infração à ordem econômica de modo a permitir maior eficiência e celeridade no procedimento.

Quanto à parte substantiva, o novo Direito de Concorrência brasileiro apresenta alguns avanços com a vigência da Lei n. 12.529/11 nos temas da análise das estruturas e da análise das condutas. É importante o controle estrutural para assegurar mercados competitivos e eficientes, baseado em quatro motivos para análise preventiva das fusões e aquisições: a) análise do quanto de risco existe para a competição em razão de fusões de sociedades; b) a priorização de ações independentes das empresas às fusões; c) a análise empírica demonstra que as fusões têm uma baixa taxa de sucesso; d) aquisições pequenas e focadas são melhores para aperfeiçoar a produtividade do que as fusões entre empresas líderes⁵³.

De modo a ficar mais objetivos os critérios para notificação ao CADE, a Lei n. 12.529/11 determinou a obrigatoriedade da comunicação dos atos de concentração em que: a) uma das partes tenha obtido faturamento bruto de pelo menos 400 milhões de reais no país no último exercício fiscal; b) a outra tenha faturamento mínimo de 30 milhões de reais no mesmo período. Tais valores podem ser alterados mediante Portaria Interministerial do Ministro da Fazenda e do Ministro da Justiça, a partir de indicação do Plenário do CADE. Adotou-se o critério do faturamento relacionado ao grupo econômico, e não apenas à sociedade empresária dele integrante. Houve alteração também nas exigências para autorização dos atos de concentração. Haverá aprovação se os atos de concentração acarretarem “aumento de produtividade, a melhoria da qualidade de bens ou serviços, ou ainda o aumento da eficiência e do desenvolvimento econômico” desde que parcela dos benefícios seja repassada aos consumidores. Com a Lei n. 12.529/11, o único critério para a notificação obrigatória dos atos de concentração passou a ser o faturamento dos grupos econômicos envolvidos e, assim, foi suprimido o critério de participação no mercado anteriormente previsto na Lei n. 8.884/94.

No caso Sadia/Perdigão, o CADE e as sociedades empresárias alcançaram um acordo para aprovar a operação de concentração, após ter

⁵³ CARVALHO, Vinicius Marques de; LIMA, Ticiano Nogueira da Cruz. A Nova Lei de Defesa da Concorrência brasileira. A Nova Lei do CADE – Publicações da Escola da AGU. Brasília: AGU, n. 19, jul. 2012, p. 28-29.

sido identificado um conjunto de indústrias com elevada concentração do mercado e barreiras à entrada, limitada rivalidade efetiva decorrente, em parte, da presença de concorrentes com fragilidades em várias dimensões. O referido acordo envolveu a alienação de capacidade de processamento e suprimento próprio de carnes *in natura* para terceiro, além da alienação e retirada temporária de ativos tangíveis e intangíveis pertencentes à nova sociedade empresária fruto do ato de concentração⁵⁴.

No âmbito do controle repressivo, quanto às multas aplicáveis, a Lei n. 12.529/11 prevê até 20% do faturamento bruto registrado pela empresa, grupo ou aglomerado no ramo de atividade afetado pela conduta anticompetitiva no ano anterior ao início das investigações para as pessoas jurídicas, e de 10% a 50% da multa aplicável às empresas para as pessoas físicas. As sanções não pecuniárias incluem a proibição do exercício da atividade econômica em nome próprio ou como representante da pessoa jurídica pelo prazo de até 5 anos, a recomendação aos órgãos competentes para licença compulsória de propriedade intelectual quando a infração se relacionar a tal direito.

O Programa de Leniência (Lei n. 12.529/11, art. 86 e s.) se insere nas composições administrativas possíveis em matéria de práticas anticompetitivas. Nos Estados Unidos, aproximadamente trinta por cento dos casos de formação de cartéis – com repercussão criminal – termina com algum acordo processual – *plea agreements* ou *plea bargain*. Na atual legislação, houve ampliação das hipóteses de concessão de acordo de leniência com abrangência a outros crimes previstos em leis especiais, tais como a fraude em licitações e formação de quadrilhas. O instituto da leniência tem por objetivo fazer cessar a prática infracional à ordem econômica mediante o auxílio do coautor da infração que confesse o ilícito e apresente elementos à elucidação do caso⁵⁵. A possibilidade de celebração do Acordo de Leniência é reservada ao primeiro agente econômico que apresente elementos para elucidar a infração. Para tanto, são exigidos alguns requisitos: a) o acordo ser celebrado com a sociedade empresária que primeiro se apresentou; b) a cessação da

⁵⁴ ARAÚJO, Gilvandro Vasconcelos Coelho. As Composições no CADE como instrumento de efetividade na defesa da concorrência. A Nova Lei de Defesa da Concorrência brasileira. A Nova Lei do CADE – Publicações da Escola da AGU. Brasília: AGU, n. 19, jul. 2012, p. 229.

⁵⁵ ARAÚJO, Gilvandro Vasconcelos Coelho. As Composições no CADE como instrumento de efetividade na defesa da concorrência. A Nova Lei de Defesa da Concorrência brasileira. A Nova Lei do CADE – Publicações da Escola da AGU. Brasília: AGU, n. 19, jul. 2012, p. 215.

prática contra a ordem econômica; c) a Superintendência não ter provas suficientes para assegurar a condenação dos agentes envolvidos; d) a sociedade empresária e a pessoa física confessarem e cooperarem para a investigação e a solução do processo administrativo⁵⁶. Paralelamente, há um estímulo à cultura da reparação de danos causados por cartéis, por medidas e remédios processuais iniciados pelo Ministério Público, pelas entidades de defesa do consumidor ou pelos consumidores. De acordo com o atual funcionamento do CADE, o Acordo de Leniência é celebrado com a Superintendência Geral, e não passa pelo Tribunal Administrativo.

A Lei n. 12.529/11, no seu art. 85, prevê a negociação do Termo de Compromisso de Cessação (TCC) que cumpre três importantes funções: a) função repressiva da infração investigada ao impor obrigações ao representado; b) função preventiva devido à paralisação dos danos decorrentes da infração; c) função educativa (ou pedagógica) do mercado, já que os termos são publicados no sítio eletrônico do CADE e, assim, constituem precedentes para negociações futuras⁵⁷. Há duas premissas fundamentais: a) a legalidade da proposta; b) a conveniência e oportunidade da aceitação da proposta⁵⁸. A celebração do referido Termo de Compromisso permite a paralisação imediata da prática que infringe a livre concorrência e, assim, beneficia a toda a coletividade, poupando recursos e tempo da Administração Pública e do empresário. A política de defesa da concorrência procura estimular um ambiente concorrencial mais saudável e, por isso, é importante a sinalização das melhores práticas a serem adotadas pelo mercado. A apresentação de proposta de Termo de Compromisso de Cessação não suspende o andamento do processo administrativo no CADE, e é possível a intervenção de terceiros titulares de direitos ou interesses que possam ser afetados pelo Termo de Compromisso⁵⁹. No CADE o Conselheiro Relator pode nomear as Comissões Negociadoras, sendo identificado o

⁵⁶ ARAÚJO, Gilvandro Vasconcelos Coelho. As Composições no CADE como instrumento de efetividade na defesa da concorrência. A Nova Lei de Defesa da Concorrência brasileira. A Nova Lei do CADE – Publicações da Escola da AGU. Brasília: AGU, n. 19, jul. 2012, p. 217.

⁵⁷ ESTEVES, Cristina Campos. Negociações produtivas: análise no âmbito dos processos de compromisso de cessação da legislação antitruste sob o prisma da Lei n. 12.529, de 2011. A Nova Lei de Defesa da Concorrência brasileira. A Nova Lei do CADE – Publicações da Escola da AGU. Brasília: AGU, n. 19, jul. 2012, p. 37.

⁵⁸ ARAÚJO, Gilvandro Vasconcelos Coelho. As Composições no CADE como instrumento de efetividade na defesa da concorrência. A Nova Lei de Defesa da Concorrência brasileira. A Nova Lei do CADE – Publicações da Escola da AGU. Brasília: AGU, n. 19, jul. 2012, p. 222.

⁵⁹ ESTEVES, Cristina Campos. Negociações produtivas: análise no âmbito dos processos de compromisso de cessação da legislação antitruste sob o prisma da Lei n. 12.529, de 2011. A Nova Lei de Defesa da Concorrência brasileira. A Nova Lei do CADE – Publicações da Escola da AGU. Brasília: AGU, n. 19, jul. 2012, p. 41.

aumento do número de propostas de Termos de Compromisso de Cessação como instrumento de solução de controvérsias.

5. NOTA CONCLUSIVA

De toda a exposição feita, percebe-se claramente que o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência encontra-se devidamente estruturado e tecnicamente preparado para atuar eficazmente nas duas principais tarefas constitucionais, a saber, assegurar a livre, transparente e saudável concorrência entre os agentes econômicos, bem como prevenir e reprimir os atos violadores à ordem econômica especialmente representados pelo abuso do poder econômico.

A Lei n. 12.529/11, ao prever normas mais claras a respeito dos casos de infração antitruste (controles de conduta) e dos atos de concentração econômica (controle de estruturas de mercado), permitiu maior agilidade e qualidade na atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), autarquia federal com atribuições para regular e controlar os atos e atividades econômicas no mercado concorrencial.

A estrutura e o sistema edificados no Direito brasileiro em matéria dos controles públicos quanto às práticas anticoncorrenciais e de concentração de mercado demonstram o grau de maturidade que se alcançou no Brasil com base nos valores democráticos e humanistas que devem pautar as políticas públicas nessa área.

Abstract: The Brazilian System of Competition Defense has been changing throughout era and nowadays is prepared do act effectively in its tasks. The article aims to develop the analisis of the changes happened to get the degree of maturity reached in Brazil.

Key words:Economic Law. Directive Constitucion. Free competition. Competition market. Economic acts e activities.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Gilvandro Vasconcelos Coelho. As Composições no CADE como instrumento de efetividade na defesa da concorrência. A Nova Lei de Defesa da Concorrência brasileira. A Nova Lei do CADE – Publicações da Escola da AGU. Brasília: AGU, n. 19, jul. 2012.
- BATTIFOL, Henri. La “crise du contrat” e sa portée. Archives de Philosophie du Droit. Paris: Sirey, 1968.
- CARVALHO, Vinicius Marques de; LIMA, Ticiana Nogueira da Cruz. A Nova Lei de Defesa da Concorrência brasileira. A Nova Lei do CADE – Publicações da Escola da AGU. Brasília: AGU, n. 19, jul. 2012.
- ESTEVES, Cristina Campos. Negociações produtivas: análise no âmbito dos processos de compromisso de cessação da legislação antitruste sob o prisma da Lei n. 12.529, de 2011. A Nova Lei de Defesa da Concorrência brasileira. A Nova Lei do CADE – Publicações da Escola da AGU. Brasília: AGU, n. 19, jul. 2012.
- FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Lei de Proteção da Concorrência. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- FORGIONI, Paula. Os fundamentos do Antitruste. 2. ed. São Paulo: RT, 2005.
- GOMES, Orlando. Transformações do Direito das Obrigações. São Paulo: Saraiva, 1972.
- MOREIRA, Vital. Economia e Constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 1974.
- OLIVEIRA JÚNIOR, Fernando Antonio Alves de. A Nova Lei do CADE e a reestruturação administrativa do SBDC. A Nova Lei de Defesa da Concorrência brasileira. A Nova Lei do CADE – Publicações da Escola da AGU. Brasília: AGU, n. 19, jul. 2012.
- PRATA, Ana. A tutela constitucional da autonomia privada. Coimbra: Almedina, 1982.
- ROQUE, Daniel Gustavo Santos. A Notificação Obrigatória dos Atos de Concentração no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. A Nova Lei de Defesa da Concorrência brasileira. A Nova Lei do CADE – Publicações da Escola da AGU. Brasília: AGU, n. 19, jul. 2012.
- SOUZA, Washington Peluso Albino de. Direito Econômico. São Paulo: Saraiva, 1980.

DANO MORAL POR ROMPIMENTO DE NOIVADO E A EXPANSÃO DOS DANOS INDENIZÁVEIS

João Victor Rozatti Longhi e Marcella Rosière de Oliveira

Resumo: O presente trabalho visa analisar a possibilidade de reparação por dano moral decorrente da ruptura da promessa de casamento. O ordenamento jurídico brasileiro não tutela expressamente tal promessa, conhecida popularmente como noivado, nem tampouco os efeitos derivados de sua dissolução. Analisar-se-á o instituto do noivado sob a perspectiva da afetividade, bem como seu panorama histórico e natureza jurídica. Será discutida, também, a importância do direito civil-constitucional como meio de proteção à pessoa humana e a consequente tendência da expansão dos danos indenizáveis na contemporaneidade. Busca-se avaliar a possibilidade da reparação pecuniária proporcionada pelo dano moral resultante de um rompimento inesperado, imotivado, abusivo e humilhante do noivado. A conclusão alcançada é que o noivado caracteriza-se como um pré-contrato, integra o Direito das Obrigações e mantém íntima relação com a Responsabilidade Civil. Nos casos em que a ruptura não atende aos princípios obrigacionais, sobretudo, a boa-fé-objetiva, poderá ocorrer a causação de danos à dignidade da pessoa humana, princípio basilar inserto na Constituição Federal. Nestas hipóteses, restando comprovado que houve um substancial comprometimento da integridade psicológica do indivíduo, revela-se possível a reparação civil através do dano moral, sem que isso represente uma mercantilização das relações afetivas.

Palavras-chave: Noivado. Rompimento. Dano Moral. Responsabilidade Civil. Esponsais.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo analisar e discutir sobre a possibilidade de dano moral decorrente do rompimento de noivado. Este

assunto polêmico ganhou maior importância no cenário jurídico com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, pois houve a consagração do princípio da dignidade da pessoa humana e a constitucionalização dos danos morais, que vem incidindo grandemente no âmbito das relações afetivas.

Neste contexto, passa-se a examinar o direito civil-constitucional e o dano moral atuando na seara das relações de afeto. Especificamente, busca-se avaliar se é realmente possível que um noivo abandonado obtenha reparação civil, através do dano moral, em face do não cumprimento da promessa de casamento.

No primeiro capítulo, abordar-se-á o instituto do noivado e sua caracterização como uma importante relação de afeto. Além disso, será feita uma breve análise histórica de tal instituto, demonstrando-se que tem origem no Direito Romano e que, atualmente, não é regulamentado no nosso ordenamento jurídico. Averigua-se, ainda, que a doutrina majoritária considera o noivado como um contrato preliminar, devendo ser estudado com arrimo no Direito das Obrigações.

No segundo capítulo, far-se-á uma abordagem sobre a importância do direito civil-constitucional como meio de proteção à pessoa humana, demonstrando-se a relevância dos direitos subjetivos, os quais devem sempre ser resguardados. Além disso, serão analisadas as transições que a Responsabilidade Civil sofreu e continua sofrendo na contemporaneidade e, por consequência, a nova tendência da expansão dos danos indenizáveis. Por fim, faz-se uma reflexão do dano moral sob a perspectiva da dignidade da pessoa humana, demonstrando-se a importância de se obedecer aos direitos personalíssimos e princípios constitucionais.

Por fim, no terceiro capítulo, estudar-se-á a responsabilidade civil oriunda do rompimento de noivado, ressaltando-se que tal rompimento pode infringir os princípios obrigacionais. Ademais, serão analisados os danos que podem surgir dessa ruptura e a controvérsia existente em se admitir ou não a configuração de danos morais. O último tópico traz a noção de que é possível que um noivo abandonado, lesado moralmente, busque reparação por danos morais em consequência da dissolução de promessa de casamento. Demonstrar-se-á que o dano moral representa uma lesão aos elementos inerentes de cada indivíduo, sendo que muitos atos,

além de atentatórios à dignidade do ser humano, provocam uma grave lesão na estrutura psíquica do indivíduo. Assim, ainda que no Brasil não haja disposição regulando a promessa de casamento e seus efeitos, os danos dela decorrentes podem ser tutelados com base na regra geral de responsabilidade civil.

1. O INSTITUTO DO NOIVADO (ESPONSAIS)

1.1 Noivado: uma relação de afeto

Como o noivado é caracterizado pela afetividade e sentimentos, importante se torna a sua análise sob a ótica dos princípios e deveres obrigacionais dispensados aos demais relacionamentos também baseados no afeto. Desse modo, convém tecer breves comentários sobre o atual panorama das relações afetivas em nosso ordenamento jurídico, para melhor compreensão do tema.

Assim, tem-se que os comportamentos afetivos são estudados por diversas áreas da ciência, as quais pretendem, cada vez mais, explicar detidamente as suas transformações, com o passar dos tempos. Os reflexos desses estudos aliados aos novos valores tutelados pelo nosso ordenamento jurídico fizeram com que os laços afetivos conquistassem enorme importância, dentre outros, no cenário jurídico.

Houve uma valorização dos sentimentos e dos direitos personalíssimos e a constitucionalização dos danos morais, fazendo com que o novo prisma do direito seja garantir e preservar os valores jurídicos inerentes ao homem, o qual merece proteção. Nesse sentido, a dignidade da pessoa humana surge como um dos vértices do Estado Democrático de Direito brasileiro, através do qual o ser humano não deve ser considerado como possuidor de um patrimônio estritamente econômico, mas sim admitindo a existência de um patrimônio moral, que, sem dúvida, é tão ou mais importante que o patrimônio econômico.

Confirmando essa nova tendência, Paulo Lôbo ensina que “viola o princípio da dignidade da pessoa humana todo ato, conduta ou atitude que coisifique a pessoa, ou seja, que a equipare a uma coisa disponível ou a um objeto.”¹No mesmo viés, Luiz Edson Fachin aduz:

¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil: Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 5.

Eis o que sustentamos: opera-se, pois, em relação ao Direito dogmático tradicional, uma inversão do alvo de preocupações do ordenamento jurídico, fazendo com que o Direito tenha como fim último a proteção da pessoa humana, como instrumento para seu pleno desenvolvimento. Nossa tese, pois, é a de que a Constituição Federal de 1988 impôs ao Direito Civil o abandono da postura patrimonialista herdada do século XIX, em especial do Código Napoleônico, migrando para uma concepção em que se privilegiam a subjetividade, o desenvolvimento humano e a dignidade da pessoa concretamente considerada, em suas relações interpessoais.²

Feitas tais considerações, denomina-se de noivado a prática através da qual os noivos comprometem-se, perante suas famílias, a se casar num futuro próximo, sendo que, geralmente, passam a ostentar alianças em um dos dedos da mão direita. Tal compromisso era conhecido entre os romanos como *sponsalia*, ou seja, era a promessa recíproca de casamento entre homem e mulher, representado por um contrato verbal.³ De acordo com as lições de Sívio de Salvo Venosa:

Denominamos sponsais o compromisso matrimonial contraído por um homem e uma mulher, geralmente entendido como noivado. Trata-se, na realidade, de promessa de contratar. O termo provém de sponsalia, do Direito Romano, relativo à promessa que o sponsor (promitente, esposo) fazia à sponsa (esposa, prometida). No Direito Romano os sponsais eram um momento necessário para a formação do casamento. Trata-se, em síntese, da promessa de casamento, de um negócio preliminar.⁴

Nesse passo, antes da celebração do matrimônio se tornou um costume em nossa sociedade a prévia cerimônia da promessa de casamento entre os noivos. É nesse momento, que em vista do futuro casamento, os nubentes realizam despesas das mais variadas ordens com a preparação das bodas e da vida a dois, tais como aluguel ou compra de imóveis, aquisição de enxoval, contratação de bufês, salão de festas, convites, igreja, dentre outros, e também, passam a ter uma convivência mais contínua e íntima, a fim de aquilatar afinidades, gostos e personalidades.⁵

² FACHIN, Luiz Edson. Direito de Família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 17-18.

³ WALD, Arnoldo. Direito de família. 4. ed., São Paulo: RT, p. 38. Apud STOCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil. 6. ed., ataul. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 858.

⁴ VENOSA, Sívio de Salvo. Direito Civil: direito de família. 9. ed., São Paulo: Atlas, 2009, vol. 6, p. 32.

⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2010, vol. 4, p. 62.

Importante salientar, que mesmo que não haja a cerimônia de noivado na presença dos familiares e amigos, e nem a troca das “alianças de noivado”, é possível a configuração da promessa de casamento, pautada em outras razões e evidências que confirmem e demonstrem a pretensão de ambas as partes em contrair futura união. Portanto, conclui-se que o noivado configura o período de tempo, por meio do qual o casal se organiza para a vida conjugal e familiar, sendo que neste período, segundo Almir Ribeiro Guimarães, “já existe maior compromisso entre os namorados e já se esboça a decisão e a escolha definitivas de um pelo outro.”⁶

Logo, por se configurar como meio de constituição de laços afetivos, o noivado cria para os noivos a expectativa de realização do casamento, devendo ser pautado pelos princípios da dignidade da pessoa humana e da boa-fé objetiva, bem como pelos deveres de lealdade, solidariedade, e limitação de possíveis prejuízos. Isto pois, a preocupação central de nosso tempo, é de acordo com Gustavo Tepedino:

[...] a pessoa humana, o desenvolvimento de sua personalidade, o elemento finalístico da proteção estatal, para cuja realização devem convergir todas as normas de direito positivo, em particular aquelas que disciplinam o direito de família, regulando as relações mais íntimas e intensas do indivíduo no social.⁷

1.2 Breve Histórico

Não se sabe precisar exatamente o surgimento dos esponsais, mas sua maior expressão se deu na Roma, consistindo em um momento necessário para a formação do casamento e considerado de grande importância. Isto porque, precediam o matrimônio, através do qual decorre a formação da família, que é entidade fundamental para o Direito Romano.⁸

Desta maneira, sabe-se que a prática do noivado nos dias de hoje tem sua origem na figura desses antigos esponsais, os quais se traduziam na promessa de futuras núpcias, ou seja, representavam o compromisso solene de contrair futuro matrimônio (*sponsalia sunt mentio et repromissio*

⁶ GUIMARÃES, Almir Ribeiro. O tempo do noivado: preparação para o casamento e a vida familiar. São Paulo: Loyola, 1994, p. 7.

⁷ TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 4. ed., 2008, p. 326.

⁸ MACHADO, José Jefferson Cunha. Curso de Direito de família. Sergipe: UNIT, 2000, p.3.

nuptiarum futurarum).⁹ O instituto ora analisado era comumente convencionado pelos noivos ou pelo *pater-familias* e realizado com o consentimento dos pais e em cerimônia familiar que contava com a presença dos amigos mais próximos, sendo que o noivo presenteava a noiva com o anel esponsalício.

Assim, firmados os esponsais, não poderia um dos noivos desistir unilateralmente do compromisso para assumir outro, sob o risco de incorrer em infâmia (desonra), sendo que este compromisso de casamento era extremamente formal, além de gerar diversos efeitos. A título de exemplo, Roberto de Ruggiero, citado por Carlos Roberto Gonçalves, assim se manifesta: “Havia uma espécie de sinal ou arras esponsalícias, que o noivo perdia, ou até as pagava em triplo ou em quádruplo, se desmanchasse o noivado injustificadamente.”¹⁰ Além disso, importante destacar os ensinamentos de Washington Monteiro de Barros ao expor que “o contrato de promessa de casamento, chamado de sponsio, era verbal e a sua ruptura permitia a interposição da *actio de sponsu*, que se tratava da ação para postular perdas e danos em razão do fato ocorrido.”¹¹

No Direito Brasileiro, por sua vez, existiram alguns vestígios dos esponsais nas Ordenações Filipinas do Reino, tendo sido previstos pela Lei de 06 de Outubro de 1784 (Lei dos Esponsais) e pela Consolidação das Leis Civis, de 1858, elaboradas por Teixeira de Freitas. Nessa época os esponsais tinham natureza contratual e eram revestidos de grande seriedade, porém, os contraentes não eram obrigados a se casar, sendo que a ruptura da promessa de casamento por parte de um deles poderia gerar o direito de postular indenização por perdas e danos ao outro.¹²

No título denominado “Dos Contratos de Casamento” estava previsto além de esponsalícios, a permissão de se incluir outros objetos no contrato, como a instituição do regime de bens, doações entre os noivos de bens presentes ou futuros e quaisquer outros acordos não vedados em lei e não atentatórios aos costumes. Essa promessa de casamento consistia, então,

⁹ NADER, Paulo. Curso de Direito Civil: Direito de Família. Rio de Janeiro: Forense, 2006, vol. 5, p. 50-51.

¹⁰ RUGGIERO, Roberto de. Instituições de direito civil, trad. Ary dos Santos, 3. ed., São Paulo, p. 62, §48. Apud GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2010, vol. 4, p. 61-62.

¹¹ MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil: Direito de Família. 38. ed., São Paulo: Saraiva, 2007, vol. 2.

¹² ARRUDA, João. Do casamento. São Paulo: Typ. C. Manderbach & Comp., 1911, p. 13.

em um negócio jurídico, formalizado por meio de uma escritura pública, sendo que os pais de ambos os nubentes deveriam comparecer, ainda que os noivos já fossem maiores de vinte e um anos de idade.

Celebrados os esponsais, a escritura era encaminhada ao juiz, em segredo de justiça, podendo ele conceder ou denegar a licença. E, após o período de seis meses depois da sentença, os autos eram queimados, pois a prática era a de que apenas em situações de pactos matrimoniais firmados entre os pretendentes usavam-se as escrituras.¹³

Note-se, ainda, que neste período histórico, o nosso ordenamento jurídico previa a incidência de multa para a hipótese de injusto repúdio e, na falta de estipulação, caberia ao juiz apreciar as perdas. Por outro lado, compreendiam-se como rompimentos justos, e, por isso, não indenizáveis, os esponsais dissolvidos pela morte de um dos cônjuges, pelo mútuo dissenso, pela superveniência de impedimento matrimonial e pela vontade de uma das partes fundada em causa legítima (*repudium*).

Por fim, a Lei de Casamento Civil de 1890 e, em seguida, o Código Civil de 1916, não regulamentaram o instituto dos esponsais, e, nesse mesmo sentido, caminhou o vigente Código Civil de 2002, que também nada dispõe acerca da prática do noivado. Neste contexto, vale destacar o que Maria Helena Diniz aduz sobre o assunto:

Com a Lei de Casamento Civil de 1890, o Código Civil de 1916 e o novo diploma legal deixou tal promessa de ser regulamentada, surgindo então dúvidas sobre a sua validade, sobre os casos em que se admite sua ruptura, sobre a questão de saber se seu rompimento acarreta ou não reparação de danos, sobre o prazo de prescrição de sua cobrança etc.¹⁴

Em síntese, percebe-se que desde as épocas remotas da Roma Clássica até chegar ao direito pós-clássico, os esponsais sempre apresentaram alguma consequência em caso de seu descumprimento. Certo é que com as incessantes mudanças ocorridas no âmbito familiar, chegando atualmente num período em que se prioriza a liberdade, a solidariedade e o afeto de cada membro da família, tais consequências também mudaram de foco.

¹³ VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: direito de família. 9. ed., São Paulo: Atlas, 2009, vol. 6, p.35.

¹⁴ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: direito de família. 27. ed., São Paulo: Saraiva, 2012, vol. 5, p. 60.

Assim, Michelle Perrot ilustra bem esta mudança de paradigmas com relação às entidades familiares e afetivas, ao dizer que:

Não é a família em si que nossos contemporâneos recusam, mas o modelo excessivamente rígido e normativo que assumiu no século XIX. Eles rejeitam o nó, não o ninho. A casa é, cada vez mais, o centro da existência. O lar oferece, num mundo duro, um abrigo, uma proteção, um pouco de calor humano. O que eles desejam é conciliar as vantagens da solidariedade familiar e as da liberdade individual. Tateando, esboçam novos modelos de famílias, mais igualitárias nas relações de sexo e de idades, mais flexíveis em suas temporalidades e em seus componentes, menos sujeitas à regra e mais ai desejo. O que se gostaria de conservar da família, no terceiro milênio, são seus aspectos positivos: a solidariedade, a fraternidade, a ajuda mútua, os laços de afeto e o amor. Belo sonho.¹⁵

Diante disso, nota-se que há hoje uma preocupação com o bem-estar e integridade psicológica dos indivíduos, bem como com seus sentimentos e legítimas expectativas, inclusive no tocante ao noivado, que por ser fato corriqueiro e existente em nossa sociedade, merece, em alguns casos, tutela jurídica quando do seu rompimento.

1.3 Natureza Jurídica do Noivado

O noivado não tem a mesma sistemática jurídica que é dispensada ao casamento, e por isso, não são necessárias grandes formalidades para a sua concretização, como forma escrita e registro público. No entanto, como se trata de uma prática usual, é importante que os comportamentos advindos dela sejam permeados por liames éticos, morais e jurídicos.

Tal fato faz com que o Direito deva reconhecer o noivado como um costume gerador de direitos e obrigações para os noivos, e que, portanto, é merecedor de respaldo jurídico.

Mas, pelo fato do nosso atual Código Civil não ter introduzido qualquer amparo legal relativo ao instituto do noivado, surge grande controvérsia entre os doutrinadores a respeito de qual a sua verdadeira natureza jurídica, surgindo diversas correntes acerca do tema.

¹⁵ PERROT, Michelle. O nó e o ninho. Disponível em: <<http://xoomer.virgilio.it/leonildoc/ninho.htm>>. Acesso em 27. nov. 2013.

Assim sendo, existem os adeptos da teoria da relação de fato, para os quais o noivado não pode ser considerado um contrato que gera obrigatoriedade quanto ao casamento, nem deve haver indenização quando da sua ruptura. A natureza jurídica dos esponsais seria, então, mera relação de fato, de tal sorte que a concessão da reparação por danos e prejuízos ocasionados pela rescisão do compromisso se encontra fundamentada em algum fato ilícito.

Semelhantemente, há aqueles que afirmam que o noivado possui a natureza jurídica de um ato pessoal dos noivos, situado no âmbito subjetivo e afetivo, que são inerentes aos seres humanos. Dessa forma, não deve ser entendido como um contrato e, por isso, não caberia qualquer início de execução quando do seu descumprimento. Para essa corrente, o noivado deve ser considerado como uma categoria do ramo do Direito de Família e, nessa esteira, explica Sílvio de Salvo Venosa:

(...) a promessa de casamento não pertence ao campo obrigacional, não tem cunho patrimonial, e por isso, a possibilidade de esse inadimplemento gerar indenização por 'lucros' cessantes deve ser vista com restrições, pois qualquer conotação de ganho ou vantagem deve ser afastada da noção e compreensão de casamento, o qual assenta suas bases na afetividade.¹⁶

De maneira inversa, encontram-se os defensores da teoria contratualista, que consideram os esponsais um verdadeiro contrato, anterior ao casamento, de natureza privada, sendo regulamentado pelas leis civis aplicáveis aos contratos em geral. O consentimento de ambos os pretendentes se trata de um requisito indispensável para a conclusão deste contrato, no entanto, ainda que gerador de direitos e obrigações aos nubentes, não pode ser executado.¹⁷

Finalmente, há aqueles que partindo da ideia dominante de que o casamento se trata de um contrato especial do Direito de Família, entendem que o noivado, visto como um compromisso no sentido de firmar futuro casamento, por consequência, configura-se como um contrato preliminar. Todavia, importante alertar que para os defensores deste posicionamento, ainda que o noivado seja classificado como pré-contrato, isso não significa que acarretará, invariavelmente, na concretização do casamento. Isto pois, é

¹⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: direito de família. 9. ed., São Paulo: Atlas, 2009, vol. 6, p. 46.

¹⁷ SANTOS, Eduardo. **Direito de família**. Coimbra: Almedina, 1985, p. 164-5.

impossível o seu cumprimento coercitivo e, também, porque os nubentes comprometem-se apenas a uma expectativa de futuro matrimônio.

Nesse sentido, não seria coerente cogitar de uma obrigatoriedade decorrente da promessa de casamento, já que configuraria grande inobservância a um dos principais requisitos da união civil, qual seja a liberdade de manifestação de ambos os noivos, quanto a quererem ou não se casar. A esse respeito, preceitua Pablo Stolze Gagliano:

Não se conclua, no entanto, (...) que, por haveremos noivado, somos obrigados a se casar. Não é isso. Temos todo o direito de desistir, até porque, se assim não fosse, não teria a autoridade celebrante a obrigação de perguntar se aceitamos ou não o nosso consorte.¹⁸

Por conseguinte, para os adeptos desta última corrente, quando o noivado é avençado, ainda não fora concebido o organismo “família” em regra, mas tão somente, uma possibilidade de que isso venha a acontecer. Desse modo, não há que se falar que o noivado se encontra inserto no Direito de Família, já que esta apenas surge com o casamento e não com a mera promessa para tanto, exceto nos casos em que já existe união estável ou gravidez da noiva. Nesse contexto, a natureza jurídica de contrato preliminar é a que mais se adapta ao costume do noivado, fazendo com que ele seja alocado no âmbito do Direito das Obrigações, com uma intrínseca e profunda relação com o campo da Responsabilidade Civil.

Eduardo Cambi, corroborando com o entendimento expresso acima, ensina o que segue:

O noivado não merece a tutela jurídica do Direito de Família, uma vez que seu escopo final é, justamente, a formação, pelo casamento, de um novo ente familiar (...). Entretanto, não se pode perder de vista que o noivado pode gerar consequências jurídicas, sobretudo, no campo do Direito Obrigacional. Cabe ressaltar que o objetivo desta tutela não resulta na busca de meios, diretos ou indiretos, para que o casamento seja celebrado; ao contrário, restringe-se àquelas situações em que o rompimento do noivado pode ensejar danos materiais e/ou morais ao nubente prejudicado. Por conseguinte, sua inserção se dá na seara da responsabilidade civil.¹⁹

¹⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze. Responsabilidade Civil Decorrente do Noivado. In JUNIOR, Otavio Luiz Rodrigues; MAMEDE, Gladston; Rocha, Maria vital da (coord.). Responsabilidade Civil Contemporânea: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa. São Paulo: Atlas, 2011, p.519.

¹⁹ CAMBI, Eduardo. Noivado: natureza e efeitos jurídicos decorrentes do seu rompimento lesivo. In CAHALI,

Importante salientar ainda, que de acordo com Carlos Roberto Gonçalves, “o fato do nosso legislador não ter disciplinado os esponsais como instituto autônomo demonstra, conforme assinala a doutrina, que preferiu deixar a responsabilidade civil pelo rompimento da promessa sujeita à regra geral do ato ilícito.”²⁰

Tendo em vista todo o exposto, conclui-se que a última corrente (majoritária) possui argumentos mais consistentes, fazendo com que o noivado seja considerado como pré-contrato. Logo, por não existirem normas expressas que regem o assunto, torna-se cuidadoso estudar o noivado sob a égide do Direito Obrigacional e da Responsabilidade Civil, considerando o direito civil-constitucional e a expansão dos danos indenizáveis.

2. O PAPEL DO DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL NA PROTEÇÃO DA PESSOA HUMANA E A EXPANSÃO DOS DANOS INDENIZÁVEIS COMO TENDÊNCIA NA RESPONSABILIDADE CIVIL CONTEMPORÂNEA

Esboçadas as considerações iniciais, convém afirmar que, dado às atuais transformações sofridas pela ciência do Direito como um todo, é mais especificamente no Direito Civil que se fazem sentir, principalmente pela incorporação dos direitos fundamentais contidos na Constituição da República e sua aplicação às relações *inter privatos*.

Porém, nem sempre fora assim. Os direitos fundamentais ainda encontram barreira para que sejam aplicados às relações entre particulares. Dentre as inúmeras correntes, há tanto aqueles que a rechaçam de plano, passando-se pelos que entendem ser necessária a presença do manto estatal em suas ações²¹, chegando-se finalmente à que melhor se

Yussef Said; CAHALI, Francisco José. Doutrinas Essenciais – Família e Secessão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.415.

²⁰ GONÇALVES. Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2010, vol. 4, p.71.

²¹ A chamada doutrina da state action, de ampla aceitação no Estados Unidos da América, afirma que necessariamente há de haver um quê de público nos atos práticos pelos particulares para que se apliquem os direitos fundamentais às lides decorrentes de suas relações. No frustrado intento de negar sua aplicação, a doutrina traz à baila o leading case da suprema corte americana Shelley v. Kramer, ocorrido na cidade de St. Loius (NC), em que as regras de um loteamento local proibiam a alienação dos imóveis a cidadãos negros. Entretanto, com o advento da celebração de negócio vedado, outros moradores pleitearam sua nulidade via judicial. Procedente em todas as instâncias, a demanda chegou à Suprema Corte, que julgou ser inadmissível tal decisão. Isto porque os particulares têm a autonomia de assim disporem, não obstante, seja o Estado-juiz quem não pode tolerar tais afrontas à norma constitucional (Emenda XIV).

coaduna com os escopos do presente excerto, qual seja a que entende ser necessária a oposição dos direitos fundamentais àqueles particulares que pratiquem em sua afronta. Afirma Gustavo Tepedino:

[...] a tutela dos direitos humanos na atividade econômica e, mais genericamente, nas relações de direito privado, consolida-se na interpenetração dos espaços públicos e privado, fazendo-se cada vez mais urgente, na medida em que os avanços tecnológicos e a ampliação dos mercados tendem a “despersonalizar” o indivíduo, aniquilando conquistas sociais e fomentando o predomínio da perversa lógica econômica.²²

Nos últimos tempos, todo o ordenamento jurídico passa por uma reformulação. A autonomia privada, pedra angular de um Direito voluntarista, sofre profunda mutação, privilegiando as situações existenciais. Sobre o assunto, assevera-nos Antonio Junqueira de Azevedo que:

[...] a pessoa humana, na verdade, se caracteriza(sic) por participar do magnífico fluxo vital da natureza (é seu gênero mais amplo), distinguindo-se dos demais seres vivos pela sua capacidade de reconhecimento do próximo, de dialogar, e, principalmente, pela sua capacidade de amar e sua abertura potencial para o absoluto (é sua diferença específica) (concepção da pessoa humana fundada na vida e no amor).²³*

Assim, sob o prisma de sua dignidade, magistralmente esmiuçada por Maria Celina Bodin de Moraes em quatro postulados-chaves, quais sejam o direito à igualdade, a tutela da integridade psicofísica, o direito à liberdade e, finalmente, do direito-dever da solidariedade²⁴, é elevada à condição máxima quando inserida no centro do ordenamento jurídico, positivada como “fundamento da República” já no inciso III do artigo 1º de nossa Carta Magna. Patente é, portanto, a opção do constituinte nacional, a qual claramente demonstra a eleição de um “epicentro axiológico” do ordenamento jurídico nacional.

Logo, somente atos revestidos de caráter estatal se vinculariam à proteção dos direitos fundamentais. Cf. TUSHNET, Mark. The issue of state action/horizontal effect in comparative constitutional law, *International Journal of Constitutional Law*, 2003, v. 1, p. 79-98. p. 81.

²² TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 65.

²³ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. In *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. n. 97, 2002. p. 123.

²⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 81 e ss.

2.1 Os efeitos da transição na seara da Responsabilidade civil

Extraído o substrato das mudanças ocorridas no Direito Civil, passa-se a analisar o modo como as transformações se deram no campo da Responsabilidade Civil, como importante instrumento de tutela da pessoa humana, vista sob o manto do Direito Civil-Constitucional. Simara Juny de Abreu Chinelato aponta quatro tendências na responsabilidade civil atual: expansão dos danos indenizáveis; objetivação; coletivização e ampliação do rol de sujeitos lesantes e lesados.²⁵

O primeiro deles é o da expansão dos danos indenizáveis. O principal foco atual da responsabilidade civil tem sido o de estar centrada cada vez mais na ideia de reparar um dano do que na censura de seus responsáveis.²⁶ Completam Guido Alpa e Mario Bessone:

A erosão da escala de valores da sociedade burguesa do século passado, as mudanças sociais provocadas pela consolidação de uma sociedade de capitalismo avançado, o advento do progresso tecnológico modificaram profundamente os pressupostos de delimitação do dano ressarcível [...]. Doutrina e jurisprudência vêm consolidando o âmbito dos interesses dignos de tutela de figurarem entre os danos reparáveis [...] como a lesão a direitos subjetivos relativos [...] dos direitos reais sobre coisa alheia, expectativa de direito e os interesses respectivos. Porém, no intento de conferir maior relevo aos valores da pessoa é que se reconhece tutela ao direito à "saúde", à "estética", ao "resguardo", ao dano "moral" em sua acepção mais abrangente. E, agora, se são tutelados os interesses dos consumidores, seja na forma "individual seja na forma "coletiva", os interesses dos trabalhadores à "saúde" no ambiente de trabalho (salubridade), e, agora, interesses ligados aos fatores capazes de causar danos ao meio-ambiente.²⁷

Erige o chamado princípio da reparação integral. Uma verdadeira inversão de valores, não se preocupando com quem pagará pelos danos e sim quem não deve suportá-los. Logo, com um alargamento qualitativo das situações

²⁵ Cf. CHINELATO, Silmara Juny de Abreu. Tendências da responsabilidade civil no direito contemporâneo: reflexos no Código de 2002. In TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson (coord.). O direito e o tempo: (op. cit.). p. 939-968. passim

²⁶ Cf. FACHINNI NETO, Eugênio. Da responsabilidade civil no novo código. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). O novo código civil e a constituição. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003. p. 155.

²⁷ ALPA, Guido; BESSONE, Mario. La responsabilità civile. 3. ed. aos cuidados de Pietro Maria Putti. Milão: Giuffrè, 2001. p. 5-7.

jurídicas tuteladas pelo ordenamento civil-constitucional²⁸, a vítima passa a ser o centro da responsabilidade civil e não mais o ofensor, substituindo-se a ideia de sanção pelo ilícito pela de reparação de dano injusto.²⁹

Passar-se-á à segunda faceta dessa transformação, denominada de objetivação da Responsabilidade Civil. O que antes se centrava na conduta culposa do causador do dano como elemento essencial a se imputar a obrigação de repará-lo, passa cada vez mais a dela prescindir para se estabelecer o nexo de causalidade. Antes, a culpa era um pressuposto indispensável do dever de indenizar, sendo que Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka afirma que a ideia de culpa advém da moral católica, fortemente punitiva e sancionatória.³⁰

Entretanto, na atualidade, os imperativos de solidariedade social positivados e elevados à condição fundante em nosso ordenamento refletem o dito “o caso da culpa”, em feliz expressão consagrada pela melhor doutrina.³¹ Dessa forma, a responsabilidade subjetiva, baseada na culpa, dá lugar à um aumento crescente de casos em que tanto a legislação como a jurisprudência dispensa a análise da culpa para imputar a obrigação de indenizar.

Neste diapasão é que, nos últimos anos, vem-se considerando os novos supostos de responsabilidade objetiva. O processo histórico e econômico pós revolução industrial vem trazendo à tona um sem igual número de danos em que não há clara e inequívoca imputabilidade àquele que o causou. Por isso dizer-se dos “danos anônimos” ou “danos sem rosto”, com cujos prejuízos necessariamente haveria de arcar a vítima.

Observa-se, ainda, outro fenômeno: a coletivização da responsabilidade ou socialização das indenizações. Os valores coletivos, os direitos difusos, a tutela do meio ambiente e do consumidor, dentre outros bens adquirem relevância jurídica, fazendo-se constar até mesmo do texto constitucional. Afirma Carlos Eduardo Bianca Bittar: “É nesse processo de ampliação de seus horizontes

²⁸ Cf. TEPEDINO, Gustavo. op. cit. p. 317.; PERLINGIERI, Pietro. op. cit. Cap. IV.

²⁹ Cf. LOPEZ, Tereza Ancona. Principais linhas da responsabilidade civil no direito contemporâneo. inRevista da faculdade de direito da Universidade de São Paulo. v. 101. p. 111-152. 2006. p. 119.

³⁰ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade pressuposta. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2005. p.18.

³¹ SCHREIBER, Anderson. op. cit. p. 747.

que a responsabilidade civil encampa o dano moral coletivo, aumentando as perspectivas de criação e consolidação de uma ordem justa e eficaz.”³²

A Responsabilidade Civil, assim, adquire uma nova função, a chamada função preventiva. Brinda-nos com suas lições a professora Tereza Ancona Lopez:

*Aponta-se para a tendência de outro lado, há nítida tendência de acolhimento da doutrina da responsabilidade civil preventiva, já prestigiada da França, nos Estados Unidos da América, na Itália (que tira seu fundamento na Constituição) e aqui no Brasil, por meio das tutelas processuais ressarcitórias e antecipatórias, que têm como finalidade a proteção de interesses difusos, com destaque na área do consumidor e na área ambiental (...).*³³

Por derradeiro, aponta-se um maior abarcamento de sujeitos envolvidos, expandindo-se o rol de lesantes e lesados em relações jurídicas ocasionadas pelo advento de danos. *Verbi gratia*, é o caso da pessoa jurídica, onde se vê desde a possibilidade de ser vítima de dano moral, posição majoritária na jurisprudência do STJ³⁴ ou até mesmo um maior arcabouço técnico para que se efetive sua responsabilização, desconsiderando-se sua personalidade jurídica.³⁵ Isto sem contar na possibilidade de reparação por dano moral causado a nascituro.

³² BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Dano Moral Coletivo. Revista de Direito do Consumidor, v. 12. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 44-62, out.-dez. 1994. p. 60.

³³ LOPEZ, Tereza Ancona. Principais linhas (cit.). p. 149.

³⁴ Enunciado 227: “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral”.

³⁵ Ementa: RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. POLUIÇÃO AMBIENTAL. EMPRESAS MINERADORAS. CARVÃO MINERAL. ESTADO DE SANTA CATARINA. REPARAÇÃO. RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR OMISSÃO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. [...]5. A desconsideração da pessoa jurídica consiste na possibilidade de se ignorar a personalidade jurídica autônoma da entidade moral para chamar à responsabilidade seus sócios ou administradores, quando utilizam-na com objetivos fraudulentos ou diversos daqueles para os quais foi constituída. Portanto, (i) na falta do elemento “abuso de direito”; (ii) não se constituindo a personalização social obstáculo ao cumprimento da obrigação de reparação ambiental; e (iii) nem comprovando-se que os sócios ou administradores têm maior poder de solvência que as sociedades, a aplicação da disregard doctrine não tem lugar e pode constituir, na última hipótese, obstáculo ao cumprimento da obrigação.6. Segundo o que dispõe o art. 3º, IV, c/c o art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/81, os sócios/administradores respondem pelo cumprimento da obrigação de reparação ambiental na qualidade de responsáveis em nome próprio. A responsabilidade será solidária com os entes administrados, na modalidade subsidiária. 7. A ação de reparação/recuperação ambiental é imprescritível. 8. Recursos de Companhia Siderúrgica Nacional, Carbonífera Criciúma S/A, Carbonífera Metropolitana S/A, Carbonífera Barro Branco S/A, Carbonífera Palermo Ltda., Ibramil - Ibracoque Mineração Ltda.não-conhecidos. Recurso da União provido em parte. Recursos de Coque Catarinense Ltda., Companhia Brasileira Carbonífera de Ararangua (massa falida), Companhia Carbonífera Catarinense, Companhia Carbonífera Urussanga providos em parte. Recurso do Ministério Público provido em parte. (REsp 647.493/SC, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/05/2007, DJ 22/10/2007 p. 233)

Daí se conclui que, na dinâmica revolução dos institutos jurídicos clássicos, mister se faz sua releitura às luzes das mudanças advindas da pós-modernidade. Nessa auréola, parece-nos óbvio que no século XXI vemos surgir uma nova era. E no campo da Responsabilidade Civil que se afirma estarmos diante de um instituto tão transformado que já nem mesmo se sabe se conservará seu nome.³⁶

2.2 Proteção das situações subjetivas existenciais

Conforme supra afirmado, o direito civil todo passa por transformações basilares. Os chamados Direitos da Personalidade tampouco estão imunes a este movimento. Definidos, segundo a lição clássica de Adriano de Cupis, como aqueles direitos subjetivos capazes de dar conteúdo à personalidade, constituindo por essa razão o *minimum* necessário e imprescindível a seu conteúdo,³⁷ contam, inclusive, com festejado capítulo apartado em nosso Novo Código Civil³⁸. Contudo, precipitadamente.

Com efeito, a atual disciplina dos Direitos da Personalidade consubstancia forte argumento para aqueles que denominam legislador de 2002 um “engenheiro de obras feitas”.³⁹ Isso porque classicamente se consolidou serem direitos originários, por sua própria natureza; essenciais; preeminentes à existência de outros; absolutos, oponíveis contra todos inclusive o Estado; gerais; pessoais ou extrapatrimoniais; intransmissíveis; imprescritíveis, e; vitalícios. O que se traduziu na disciplina do Código Civil⁴⁰.

Duas objeções se lhe fazem. A primeira delas é a de que o legislador brasileiro, ao optar pela velha codificação, estruturalista e estratificante, não se atentou a toda a construção doutrinária e jurisprudencial feita desde a Magna Carta nacional preconizando por uma nova forma de irradiação dos preceitos constitucionais. Nesse viés, optou por jungir a personalidade à antiga ótica do direito subjetivo, que extrai da lei as faculdades, poderes e deveres a cada um

³⁶ Cf. SEGUI, Adela M. Aspectos relevantes de la responsabilidad civil moderna. Revista de direito do consumidor, v. 12, n. 52, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 267-318, out.-dez. 2004. p. 318.

³⁷ Cf. DE CUPIS, Adriano. Os direitos da personalidade. Tradutor: Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana, 2001. p. 27.

³⁸ Parte Geral, Livro I, Título I, Capítulo II – Dos Direitos da Personalidade – artigos. 11 a 21.

³⁹ TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 358.

⁴⁰ Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária. (grifo nosso)

deles inerentes. Assim, segmenta-se a personalidade humana em direitos à honra, à integridade, à intimidade, etc. Entretanto, melhor seria utilizar-se da figura da situação subjetiva, neste caso, uma situação subjetiva existencial.

Não se trata de mera questão terminológica. Explica-nos Pietro Perlingieri todo direito dito subjetivo, deve ser analisado às luzes da legalidade constitucional, verificando-se se merece ou não tutela por parte dele. Essa funcionalização às luzes dos valores do ordenamento constitucional é por ele denominada juízo de merecimento de tutela.⁴¹ Assim, em um ordenamento em que se privilegiam necessariamente valores existenciais em detrimento de patrimoniais como o brasileiro, há de sempre se tutelar categorias do *ser* em detrimento das do *ter*. Esmiuçando melhor a problemática, Gustavo Tepedino:

*Imaginando-se a personalidade humana do de vista estrutural (ora o elemento subjetivo da estrutura das relações jurídicas, identificada com o conceito de capacidade jurídica, ora o elemento objetivo, ponto de referencia 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.*⁴²

Por seu turno, a segunda crítica, na verdade, diz respeito à ideia de codificação como um todo. Já à época da propositura do projeto do novo Código, dizia ser incongruente a opção com a era atual da pós-modernidade, caracterizada pela crise da razão, pela hipercomplexidade ou multiplicidade de fontes de direito e pela interação, necessária abertura ao diálogo entre as muitas interpretações.⁴³ Perquirindo-se acerca da pertinência de um novo código, concluiu-se que melhor seria um modelo que optasse por legislações esparsas, microsistemas autônomos, uma espécie de “código dos direitos da personalidade”.⁴⁴

⁴¹ Cf. PERLINGIERI, Pietro. O Direito civil na legalidade Constitucional. Ed. brasileira organizada por Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar. 2008. “O que, na verdade, repropõe o problema deles [requisitos clássicos de abstração e generalidade dos atos normativos], ou melhor, sua justificação se não formal, certamente substancial, sobretudo sob o perfil de merecimento de tutela constitucional.” (grifo nosso). p. 88.

⁴² TEPEDINO, Gustavo. Temas (cit). p. 58.

⁴³ Cf. AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O Direito pós-moderno e a Codificação. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, v.94, p.3-12, 1999.

⁴⁴ Cf. Ibid. O Direito Civil tende a desaparecer? . Revista dos Tribunais. São Paulo. v. 92. n. 811. p.753-60. maio. 2003. p. 757.

Assim, o legislador não deveria primar pelo aspecto estrutural, proibindo rigidamente certas condutas e tipificando isoladamente cada direito (honra, intimidade, integridade física, etc.). Deveria, porém, partir da cláusula geral de tutela da pessoa, positivada em nosso ordenamento pelo art. 1º, III, da Constituição da República, para munir de critérios de ponderação o aplicador da norma, auferindo no caso concreto aquele que melhor deve permanecer. Malgrado, metodologia oposta foi eleita pelo Código Civil de 2002, que, em vez de indicar parâmetros de ponderação para hipóteses frequentes de colisão, preferiu, com raríssimas exceções, uma regulação típica, abstrata e isolada de cada um dos direitos da personalidade, estipulando soluções pré-moldadas e estáticas que procuram camuflar sob a curta roupagem normativa uma realidade vistosa demais para ser ocultada, e que acaba por se revelar, diariamente, mesmo para os espectadores mais desatentos.⁴⁵

2.3 O Dano Moral sob a Perspectiva da Dignidade da Pessoa Humana

Sabe-se que o afeto, antes considerado irrelevante, com o passar dos tempos, se tornou essencial para dar visibilidade jurídica às relações das famílias, principalmente por causa das consideráveis mudanças na estrutura organizacional familiar e seus costumes. Exemplo disso foi a redução no número de filhos, dando margem a um relacionamento mais próximo entre os seus membros e permitindo uma maior abertura para o afeto.

Nesse sentido, Silvana Maria Carbonera fala sobre o afeto como um novo elemento a ser considerado juridicamente, como segue:

*Ganhou dimensões significativas um elemento que anteriormente estava à sombra: o sentimento. E, com ele, a noção de afeto, tomada como um elemento propulsor da relação familiar, revelador do desejo de estar junto a outra pessoa ou pessoas, se fez presente [...] embora continuem existindo famílias nos moldes patriarcais, a recepção de outras formas abriu espaço para famílias fundadas no afeto e no desejo de estar junto, formando uma comunhão de vida e fazendo com que este seja seu elemento central.*⁴⁶

⁴⁵ SCHREIBER, Anderson. Os direitos da personalidade e o código civil de 2002. In: Diálogos sobre direito civil – vol II. TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 231-264. p. 237.

⁴⁶ CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. In FACHIN, Luiz Edson (coord.). Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 296.

Percebe-se, então, a importância do afeto nas relações jurídicas de família, fazendo com que o sistema normativo legal deva tutelar as consequências decorrentes da afetividade. Assim, diante dessa nova realidade social, a Constituição Federal de 1988 inovou nosso ordenamento, demonstrando a importância de se proteger além dos bens patrimoniais de cada indivíduo, principalmente, os bens extrapatrimoniais, como os direitos da personalidade, a integridade psicofísica, o bem-estar, a solidariedade, a igualdade, dentre outros.

Com isso, houve uma valorização dos sentimentos e, ainda, a consagração constitucional do princípio da dignidade da pessoa humana, ao qual foi atribuído o valor supremo de alicerce da ordem jurídica democrática. Como regra geral daí decorrente, pode-se dizer que, em todas as relações privadas nas quais venha a ocorrer um conflito entre uma situação jurídica subjetiva existencial e uma situação jurídica patrimonial, a primeira deverá prevalecer, obedecidos, assim, os princípios constitucionais.⁴⁷

É nesse contexto, que o dano moral passa a ter plena reparabilidade no direito brasileiro, em virtude de dispositivo constitucional expresso no artigo 5º, V e X, sendo analisado, sobretudo, sob o viés da dignidade da pessoa humana. Assim, defronte a essas novas perspectivas, diz-se que houve uma alteração de paradigma da atual responsabilidade civil, a qual passa a considerar relevante, agora, o imperativo de reparar um dano, e não mais a censura de seus responsáveis, gerando uma expansão dos danos indenizáveis.⁴⁸

À vista dessa nova tendência, percebe-se que houve uma passagem da ideia de sanção pelo “ato ilícito” para a ideia de reparação do “dano injusto”, significando que a reparação do dano sofrido ganhou magnitude sobre a ideia do dano causado, dando maior foco à vítima do dano moral. Ocorre, então, uma verdadeira inversão de valores, e a consagração do princípio da reparação integral, em que a atenção não se volta àquele que pagará pelos danos, mas sim a quem não deve suportá-los. Nas palavras de

⁴⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 120.

⁴⁸ LONGHI, João Victor Rozatti. A Proteção da Pessoa Humana na Sociedade da Informação: Responsabilidade civil na tutela das situações subjetivas existenciais. Disponível em: http://www.direitorp.usp.br/arquivos/noticias/segunda_sem_jur/papers/Jo%C3%A3o%20Victor%20Rozatti%20Longhi.pdf. Acesso em: 11. jan. 2014.

Maria Celina Bodin de Moraes: Ressarcíveis não são os danos *causados*, mas sim os danos *sofridos*, e o olhar do Direito volta-se totalmente para a proteção da vítima.”⁴⁹

No que concerne aos motivos do processo de expansão da responsabilidade civil Anderson Schreiber aduz que:

*Fenômenos do direito e de sua evolução contribuem para a expansão acentuada da responsabilidade civil. O primeiro destes fenômenos e, sem dúvida, o que assume maior relevância é a ampliação do conceito jurídico de dano. A noção jurídica de danodefinida sob a ótica exclusivamente patrimonial [...] foi superada pelo amplo reconhecimento, em todo o mundo, da necessidade de proteção a interesses de cunho existencial, sintetizados na cláusula geral de proteção à dignidade humana [...]*⁵⁰

Frise-se, ainda, que o conceito de dano não abrange apenas lesões a interesses existenciais ligados à pessoa humana, mas também, a interesses supraindividuais relacionados ao direito ambiental e ao direito do consumidor, configurando o denominado dano moral coletivo. Eis o que o que se convencionou chamar de coletivização da responsabilidade civil ou socialização das indenizações.⁵¹

Diante do exposto, conclui-se que a responsabilidade civil à luz da Constituição vigente, configura-se em importante mecanismo de proteção ao direito à dignidade. Logo, o princípio da dignidade humana institui a cláusula geral de tutela da personalidade humana, segundo a qual as situações jurídicas subjetivas não patrimoniais merecem proteção especial no ordenamento nacional, seja através de prevenção ou reparação dos danos a elas causados.

E a partir disso, decorre a ideia de que em sede de responsabilidade civil e de dano moral, o objetivo a ser perseguido é oferecer a máxima garantia à pessoa humana, com prioridade em toda situação da vida social, em que algum aspecto de sua personalidade esteja sob ameaça ou tenha sido lesado.

⁴⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 125.

⁵⁰ SCHREIBER, Anderson. O Futuro da Responsabilidade Civil: um ensaio sobre as tendências da responsabilidade civil contemporânea. In JUNIOR, Otavio Luiz Rodrigues; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da. (coord.). Responsabilidade Civil Contemporânea: em homenagem a Silvío de Salvo Venosa. São Paulo: Atlas, 2011, p. 719.

⁵¹ Op cit, p. 720.

Trata-se do emprego da responsabilidade civil para atender a fins que não se identificam mais com a justiça retributiva, mas sim à justiça distributiva.

3. RESPONSABILIDADE CIVIL ORIUNDA DO ROMPIMENTO DE NOIVADO

Como já ficou cediço, a nossa Carta Magna atribuiu uma ampla proteção aos cidadãos, elencando diversos princípios que se tornaram alicerces da nossa ordem jurídica, sendo que tal proteção gerou reflexos nas mais variadas áreas do direito, inclusive no tocante às relações afetivas e de família. Assim, por ser o âmbito familiar um ambiente propício para discussões e desentendimentos, cada vez mais, tais conflitos estão sendo enfrentados pelo Judiciário.

Dentre estas relações afetivas, encontra-se o noivado, cujo rompimento e a possibilidade de indenização compreendem o objeto central deste estudo. Nesse sentido, tem-se discutido, entre os estudiosos do direito, acerca da possibilidade de indenização por danos materiais e morais quando do rompimento injustificado do noivado por uma das partes, que gere prejuízos à outra.

No entanto, a jurisprudência brasileira não tem sido uníssona nas decisões quanto às indenizações por dano moral no caso de rompimento de noivado, sendo que existem aqueles que são contrários a essa reparação e os que entendem que a responsabilidade civil trata-se de um instituto extremamente dinâmico e que deve incidir também nas relações jurídicas de afeto, como no caso de cessação imotivada do noivado que cause prejuízos.

Portanto, passar-se-á a analisar, neste momento, se existe alguma possibilidade de que o dano moral advindo do rompimento de noivado seja reparado pelo seu causador.

3.1 O Rompimento de Noivado e a Inobservância dos Princípios Obrigacionais

Sabe-se que o noivado é considerado como um pré-contrato, está inserido no Direito das Obrigações e intimamente relacionado com a Responsabilidade Civil. Desse modo, ainda que os noivos não estejam

obrigados a se casar, é extremamente importante que eles procedam de boa-fé um para com o outro, observando os princípios obrigacionais.

Sendo assim, percebe-se que no caso de rompimento injustificado e repentino por uma das partes, que causa humilhação à outra, não há, evidentemente, cumprimento aos deveres de conduta sociais necessários, que devem permear as relações jurídicas. Ou seja, nessa hipótese há clara inobservância dos princípios obrigacionais, o que poderá ensejar a incidência de indenização.

Dentre tais princípios, a boa-fé objetiva apresenta-se como um dos mais importantes do Direito Privado, devendo ser considerada como um valor norteador de todo o ordenamento jurídico. Ela possui função hermenêutica, controladora e integrativa, isto é, estabelece dever de respeito às expectativas legitimamente criadas na outra parte e integra qualquer relação obrigacional por meio dos deveres anexos de conduta.⁵²

Além disso, importante ressaltar que as condutas inspiradas na boa-fé estão fundamentadas na diretiva constitucional da solidariedade social, que explicita a necessidade do ideal de uma colaboração recíproca entre os contraentes e em condições de igualdade, em prol da realização da pessoa humana e de seu absoluto desenvolvimento.⁵³

Acerca deste assunto, Nelson Rosenvald explicita que “a boa-fé se assemelha a uma janela que se abre para deveres de conduta, modelo de comportamento e uma gama de valores que radicam imediatamente no princípio da solidariedade e, mediatamente, no princípio da dignidade humana.”⁵⁴ De acordo com Teresa Negreiros:

*[...] o princípio da boa-fé impõe um padrão de conduta a ambos os contratantes no sentido da recíproca cooperação, com consideração dos interesses um do outro, em vista de se alcançar o efeito prático que justifica a existência jurídica do contrato celebrado.*⁵⁵

⁵²MELLO, Renata Rapold. O Princípio da Boa-fé Objetiva. Disponível em: http://www.juspodivm.com.br/i/a/%7BEDFB6304-BBB3-4B77-B7F5-4E7EB99DC4B4%7D_Artigo%20-%200%20Princ%20C3%ADpio%20da%20Boa-f%20C3%A9%20objetiva.doc, Acesso em: 27. dez. 2013.

⁵³PIGNATARO, Gisela, Buona fede oggettiva e rapporto precontrattuale: gli ordinamenti italiano e francese, Salerno, Edizioni Scientifiche Italiane, 1999, p. 48. Apud MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 219.

⁵⁴ROSENVALD, Nelson. Dignidade Humana e Boa-fé no Código Civil, p. 167.

⁵⁵NEGREIROS, Teresa. O Princípio da Boa-fé Contratual. In MORAES, Maria Celina Bodin de. (coord.). Princípios do Direito Civil Contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.227.

Da boa-fé objetiva decorrem todos os outros princípios, tal como o da socialidade, que visa romper com o caráter individualista e egoístico do Código Civil de 1916, fazendo com que todos os institutos de Direito Privado devam ser analisados dentro de uma concepção social indeclinável. Há, ainda, o princípio da eticidade, ou seja, a ética deixa o campo das ideias, da intenção, e ingressa no campo dos atos, das práticas de lealdade.

Portanto, com estes princípios percebe-se que houve uma constitucionalização do Direito Civil, ensejando profunda modificação na interpretação do Direito Privado, sendo esse novo sistema de normas e princípios reguladores da vida privada definido como Direito Civil Constitucional.⁵⁶Nesse diapasão, Paulo Luiz Netto Lôbo preleciona que:

[...] a constitucionalização do Direito Civil é o processo de elevação ao plano constitucional dos princípios fundamentais do direito civil, que passam a condicionar a observância pelos cidadãos, e a aplicação pelos tribunais, da legislação infraconstitucional.⁵⁷

No mesmo contexto, Gustavo Tepedino preconiza que:

[...] Socialização, despatrimonialização, repersonalização, constitucionalização do direito civil, em seus diversos matizes, tendem a significar que as relações patrimoniais deixam de ter justificativa e legitimidade em si mesmas, devendo ser funcionalizadas a interesses existenciais e sociais, previstos pela própria Constituição no ápice da hierarquia normativa, integrantes, portanto, da nova ordem pública, que tem na dignidade da pessoa humana o seu valor maior.⁵⁸

Diante do exposto, conclui-se que, atualmente, a orientação é no sentido de que todos os institutos civilistas sejam balizados pelos princípios obrigacionais e constitucionais, com a finalidade de estabelecer um equilíbrio jurídico entre as partes e de não frustrar a legítima confiança e expectativa de uma destas, sob pena de responsabilização.

⁵⁶FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direito Civil: teoria geral. 6. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 25.

⁵⁷LÔBO, Paulo Luiz Netto. A constitucionalização do Direito Civil. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coords.). **Direito civil: atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p.197-217.

⁵⁸TEPEDINO, Gustavo. A constitucionalização do Direito Civil: perspectivas interpretativas diante do novo código. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coords.). **Direito civil: atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p.119.

Consequentemente, a ruptura do noivado que se dê de forma unilateral, injustificada e inesperada viola o princípio da legítima confiança de um dos noivos, podendo gerar prejuízos de diversas ordens.

Logo, ainda que o ordenamento jurídico brasileiro não tenha regulamentado qualquer norma sobre o instituto do noivado e, também, ainda que a regra seja a autonomia da vontade de querer ou não a concretização do casamento, não se pode permitir e aceitar que essa liberdade, intrínseca a cada indivíduo, se dê de maneira egoística e prejudicial.

3.2 Os Danos Advindos do Rompimento de Noivado

Não é toda e qualquer ruptura de noivado que ensejará uma reparação, pois esta indenização necessita de requisitos, como existência de dano e nexos causal entre o prejuízo e o ato culposos do agente que o originou. Neste sentido, os possíveis danos decorrentes do rompimento dos esponsais podem ser tanto patrimoniais, como extrapatrimoniais e, no tocante ao primeiro, a indenização comporta todas as despesas razoavelmente feitas com o futuro casamento e os prejuízos decorrentes da ruptura do noivado.

Dessa maneira, para que o noivo inocente não seja duplamente prejudicado, ora pela não realização do casamento, ora pelos gastos que se originaram com a sua preparação, assiste-lhe o direito de pleitear judicialmente o ressarcimento dos prejuízos decorrentes das despesas feitas e das obrigações contraídas ao tempo do noivado. Há que se ressaltar, ainda, que a responsabilização pelos danos materiais deve restaurar a situação anterior ao ato lesivo e, não sendo possível, a restauração converte-se em uma indenização equivalente aos danos causados. Wladimir Valler, sobre esta matéria, elucida que:

[...] qualquer lesão ao patrimônio da vítima deve ser reparada integralmente e, sempre que possível através da restituição ao statu quo ante, ou seja, por meio de uma reconstituição natural. Quando isto não for possível, o dano patrimonial é avaliado em dinheiro, e a reparação é feita através de uma indenização pecuniária.⁵⁹

⁵⁹ VALLER, Wladimir. A reparação do dano moral no direito civil brasileiro. 5. ed., Campinas: E.V. Editora, 1995, p. 31.

Além dos danos patrimoniais, a ruptura da promessa de casamento pode provocar danos morais indenizáveis, já que com o advento da Constituição Federal de 1988, e do Código Civil de 2002, ficou constitucionalizada a possibilidade da reparação dos danos extrapatrimoniais. Destarte, o nubente frustrado com o abandono pelo outro “na porta da igreja”, ou aquele que recebe um “não” no momento da celebração do casamento, ou, ainda, aquele que noivou com uma pessoa que se casa (ou é casado) com outra, configuram situações apenas exemplificativas que ensejam a reparação de danos morais.

E o motivo do dever de indenizar nestes exemplos, é que tais comportamentos podem produzir uma humilhação tamanha que, por vezes, compromete o futuro do nubente inocente. Sobre a matéria, Humberto Theodoro Júnior, citando Carlos Alberto Bittar, assim leciona:

É ato ilícito, por conseguinte, todo o ato praticado por terceiro que venha refletir, danosamente, sobre o patrimônio da vítima ou sobre o aspecto peculiar do homem como ser moral. Materiais, em suma, são os prejuízos de natureza econômica, e, morais, os danos de natureza não-econômica e que 'se traduzem em turbações de ânimo, em reações desagradáveis, desconfortáveis, ou constrangedoras, ou outras deste nível, produzidas na esfera do lesado'. Assim, há dano moral quando a vítima suporta, por exemplo, a desonra e a dor provocadas por atitudes injuriosas de terceiro, configurando lesões nas esferas interna e valorativa do ser como entidade individualizada. De maneira mais ampla, pode-se afirmar que são danos morais os ocorridos na esfera da subjetividade, ou no plano valorativo da pessoa na sociedade, alcançando os aspectos mais íntimos da personalidade humana ('o da intimidade e da consideração pessoal'), ou o da própria valoração da pessoa no meio em que vive e atua ('o da reputação ou da consideração social').⁶⁰

Consequentemente, infere-se que o dano moral pode representar um trauma capaz de abalar sensivelmente os valores mais íntimos de determinada pessoa. Entretanto, a ideia de que o rompimento injusto do noivado possa abranger além dos danos patrimoniais também os danos extrapatrimoniais, é controvertida e polêmica. Com isso, observa-se um cenário de indeterminação quanto à plausibilidade de danos

⁶⁰ BITTAR, Carlos Alberto. Da Lesão no Direito Brasileiro Atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. Apud THEODORO JR., Humberto. **Dano moral**. 3. ed., São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000. p. 02-03.

morais decorrentes da ruptura do noivado, fazendo com que doutrina e jurisprudência tenham se manifestado em sentidos opostos. Assim, importante se torna a análise de cada um desses entendimentos, a fim de se concluir qual a melhor solução para este caso específico.

3.3 Argumentos pela Impossibilidade de Danos Morais Advindos do Rompimento de Noivado

Como já exposto, existem duas principais correntes a cerca da possibilidade de responsabilização civil decorrente de rompimento de noivado no contexto jurídico brasileiro. A primeira corrente, que entende não ser possível a indenização, tem como argumentos o fato de nosso ordenamento jurídico ser alheio ao noivado, não regulamentando qualquer regra a respeito deste instituto, e, ainda, a defesa do exercício de direito e da liberdade de escolha. Para os defensores deste posicionamento, a indenizabilidade seria uma forma indireta de compelir ao casamento. Com este entendimento, Sérgio Couto considera o que segue:

E o rompimento do noivado, à evidência- reiterando as vênias- não se inclui na hipótese de indenizabilidade. Não foi mesmo a ação de dano moral idealizada para desatar nós que os laços do destino aplicam em nossas vidas, exatamente porque a revitalização dos sentimentos pelo outro romance que surge naturalmente a cada tropeço amoroso, enriquece a alma com a felicidade que indenização alguma poderá proporcionar. Viver é melhor que sonhar com o quantum indenizatório.⁶¹

Desse modo, os adeptos dessa corrente entendem não ser possível obrigar a pessoa que prometeu casamento cumprir sua promessa, a qual pode ser rompida tanto bilateral quanto unilateralmente, em virtude da necessidade de livre manifestação e porque ninguém pode ver-se forçado a contrair casamento por receio de uma sanção jurídica. Além do mais, condenam a possibilidade de uma reparação pecuniária nestes casos, pois o que deve prevalecer é o sentimento.

De acordo com Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal “o amor e o afeto são os únicos motivos que justificam manter duas pessoas

⁶¹ COUTO, Sérgio. Dano moral - rompimento de noivado. Disponível em: <http://www.gontijo-familia.adv.br/>. Acesso em 16.dez.2013, p.01-02.

unidas.”⁶², sendo que o sofrimento pelo término de uma relação é comum e esperado e que, por si só, não gera direito à reparação. Sintetizando tal posicionamento, Elizabete Alves de Aguiar explana que:

*No que pertine ao cabimento da reparação de danos morais em decorrência de ruptura da promessa de casamento, controvertida é a doutrina. Há os que negam cabimento à reparação por danos morais em tal caso, sob o argumento de que um noivado ou namoros sólidos e duradouros que fossem rompidos abruptamente e sem motivos não faz nascer a responsabilidade civil por danos morais, pois tais ‘compromissos’ não induzem início de execução por não se traduzir em um contrato, importando o rompimento da ‘promessa de casamento’ tão só na possibilidade de ressarcimento por danos materiais, eis que o desfazimento de tal ‘compromisso amoroso’ fica na dependência de motivos de ordem subjetiva e afetiva, inerentes ao ser humano.*⁶³

Por oportuno, calha transcrever o seguinte julgado:

Dano moral. Rompimento unilateral de noivado pelo réu, casando-se com outra. Conduta que, embora reprovável, não traduz dano indenizável. Esponsais, ademais, não acolhidos pelo nosso Direito. – “não se cataloga como dano a deliberação do noivo que preferiu outra mulher, nada obstante longo namoro e a troca de intenções de estabelecimento de uma vida em comum.” (TJSP – 5ª C. de Férias “A” – Ap. 242.399-1- Rel. Jorge Tannus – j. 09.02.1996 – JTJ – LEX 180/113)

Por fim, ressalte-se a advertência de Luis Felipe Haddad, citado por Rui Stoco:

*O casamento é um ato jurídico que não comporta começo de execução por qualquer forma de ‘promessa’. O compromisso amoroso entre homem e mulher é, por natureza, evitado de risco, pois a ruptura se insere em fatores de extremo subjetivismo, próprios da complexidade existencial da pessoa humana.*⁶⁴

⁶²FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008, p. 107.

⁶³ AGUIAR, Elizabete Alves. O dano moral e sua reparabilidade no Direito de Família. Disponível em: <http://www.estacio.br/graduacao/direito/revista/revista4/artigo14.htm>, Acesso em 17.dez.2013. p. 08.

⁶⁴ HADDAD, Luis Felipe. **Reparação do dano moral no direito brasileiro**. Livro de Estudos Jurídicos, vol. 2, p. 128. Apud STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 6. ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 859.

3.4 Argumentos pela Reparabilidade dos Danos Morais no Rompimento de Noivado

Em outra vertente, há a segunda corrente que admite a indenização por danos morais decorrentes do rompimento de noivado, pois ainda que o nubente tenha o direito de não se casar, é certo que os prejuízos ocasionados pela ruptura imotivada e escandalosa devem ser devidamente ressarcidos. Dessa maneira, o livre arbítrio nas relações amorosas não induz à ideia de que um noivo possa abandonar o outro no altar, negar o consentimento quando da celebração do casamento ou mesmo ocasionar humilhação pública.

Nesse teor, a regra é a não indenização desde que obedecidos os limites da boa-fé objetiva. Logo, ainda que o direito não tutele o noivado e as consequências do seu rompimento, tal fato pode ser analisado sob a ótica da regra geral de responsabilidade civil extracontratual, presente nos artigos 186 e 927 do vigente Código Civil. Silvio Rodrigues, defendendo essa segunda corrente, disserta:

A meu ver, repito, desde que haja rompimento injusto do noivado- e esse é o requisito básico para que a demanda possa prosperar-, pode o prejudicado, a despeito do silêncio da lei, reclamar a indenização do prejuízo experimentado. Entendo ademais que, em face do rompimento injustificado do noivado, poderá o juiz, igualmente, fixar uma indenização moderada para a reparação do dano moral.⁶⁵

Assim, não se defende que com o noivado uma das partes não possa se arrepender de querer se casar, até mesmo por motivo de desamor; o que ela pretende é que a dissolução ocorra baseada nos princípios da boa-fé objetiva, respeito e consideração ao outro, de modo a evitar qualquer dano moral à um dos noivos. Desta feita, a indenização por dano moral não visa a tentar compelir alguém ao casamento, mas apenas a minorar os prejuízos de uma ruptura que cause danos. Maria Helena Diniz traz exemplo lembrado por Edgard de Moura Bittencourt, de um fato ocorrido em Leon, na Espanha, como segue:

[...] um rapaz, ao ser interrogado se era de sua livre e espontânea vontade receber a noiva como legítima esposa, disse: 'Bem, pra ser franco, não!'. Assim respondeu e retirou-se da igreja, deixando a moça desmaiada e atônita a alta sociedade que se comprimia

⁶⁵ RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. 19. ed., São Paulo: Saraiva, 2002, vol. 4, p. 39.

*no templo. Essa noiva veio a sofrer, além da perda do noivo, uma humilhação pública. O noivo seria punido pelo dano moral que causou. É direito seu reconsiderar a escolha da esposa, mas é obrigação fazê-lo de forma discreta, sem ofensa, nem injúria.*⁶⁶

Casos como este desafiam doutrina e jurisprudência acerca da possibilidade de respaldo do judiciário e, em decorrência, da indenizabilidade. Nesse sentido, colaciona-se os seguintes julgados:

CASAMENTO- Promessa- Noivado- Rompimento três dias antes do dia do matrimônio- Culpa- Indenização- Ação ajuizada pela noiva- Procedência. *A promessa de casamento é contrato preliminar e à responsabilidade dele decorrente subordina-se caráter abusivo do rompimento. Os princípios que impedem a executividade da promessa de casar não significam que sua ruptura culposa seja indiferente ao Direito. A configuração da culpa extracontratual pelo rompimento injustificado do compromisso importa reparação através de indenização abrangente das despesas feitas em contemplação do noivado e dos prejuízos resultantes da ruptura da promessa a título de danos emergentes, a serem apurados em execução de sentença. No aresto ainda se cogita da indenização do dano moral, pois estes, conjuntamente com os prejuízos materiais resultantes do ato ilícito, deverão ser apurados em execução. (Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, de 5 de maio de 1982 - RT, 567/174)*

Indenização. Rompimento de noivado. Danos morais e materiais. Casamento já agendado, com aquisição de móveis, utensílios, expedição de convites e outros preparativos. Ruptura sem motivo justificado. Dever de indenizar o noivo. - *“Cabe indenização por dano moral e material, pelo rompimento de noivado e desfazimento da cerimônia de casamento já programada, sem qualquer motivo justo.” (TJSP - 6ª C. Dir. Privado - Ap. 90.262-4 - Rel. Testa Marchi - j. 03.02.2000.)*

3.5 Reparação por Dano Moral Decorrente do Rompimento de Noivado

É certo que o sofrimento pelo término de uma relação é comum e por si só, não gera o dever de reparação. Além disso, não é possível que

⁶⁶ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil. 17. ed., aum. e atual., São Paulo: Saraiva, 2003, vol. 7, p. 151.

uma pessoa seja coibida a se casar somente para não ser juridicamente repreendida, já que o que deve prevalecer é a escolha e o desejo das partes. Entretanto, é inadmissível negar-se, a priori, que alguém que tenha se sentido lesado possa buscar, junto ao Poder Judiciário, uma forma de ser ressarcido.

Assim, o rompimento do noivado desmotivado, inesperado e lesivo ao noivo abandonado gera a possibilidade de reparação por danos morais, pois há evidente ofensa à boa-fé objetiva e à dignidade da pessoa humana, fazendo com que o Direito não deva tolerar a transformação do livre arbítrio em mecanismo de desprezo aos sentimentos alheios. Não se quer com isso estimular a “indústria do dano moral”, porquanto somente aqueles rompimentos em que há desrespeito aos direitos da personalidade e desobediência ao princípio da dignidade da pessoa humana serão indenizados.

De igual modo, não se quer almejar que o amor seja indenizado, mas sim que os danos causados à integridade moral do nubente ofendido sejam reparados. E, diante do exposto, filiar-se-á à ideia de que poderá haver reparação por dano moral decorrente do rompimento de noivado, quando tal dissolução causar prejuízos de ordem moral ao noivo abandonado. A regra é que tais prejuízos sejam devidamente comprovados e que estejam ligados ao comportamento do agente causador dos danos.

Dessa forma, a responsabilidade civil nestes casos é caracterizada por ser extracontratual e subjetiva, e está fundamentada no artigo 186 do Código Civil. Ademais, consoante preceitua o artigo 333 do Código de Processo Civil, o ônus da prova incumbe a quem alega, isto é, não basta a existência do dano decorrente da não realização do casamento; tal dano deve ser provado e, ainda, deve-se demonstrar o nexo causal entre o dano e a ruptura dos esponsais, caracterizando-se, portanto, por não ser um dano moral *in re ipsa*, em regra.

É essencial, pois, que se cuide de encontrar a melhor maneira de desistir do casamento, atuando segundo o princípio da eticidade, com probidade e correção, visando evitar ou minorar os efeitos danosos decorrentes da ruptura. Nessa linha de raciocínio, a liberdade de querer ou não se casar não pode ser suprema, mas deve estar em consonância com os princípios trazidos na Constituição Federal que protegem a solidariedade, a dignidade, a igualdade entre as partes, dentre outros princípios invioláveis.

Portanto, conclui-se que, preenchidos todos os pressupostos necessários para a configuração da responsabilidade civil, e havendo, comprovadamente, lesões de ordem moral ao noivo que fora abandonado de forma imotivada, inesperada, humilhante e atentatória à dignidade humana, deve sim haver o dever de indenizar por parte do causador de tais prejuízos.

CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou estudar a possibilidade de reparação por dano moral decorrente do rompimento de noivado, o qual possui origem no Direito Romano e se traduzna promessa de futuro casamento. Mas o fato de o casal optar por noivar não significa que estão obrigados a contrair matrimônio, pois até o momento da celebração deste existe apenas uma promessa de casamento que pode ser desfeita a qualquer tempo. Além disso, restou sedimentado que, para a corrente majoritária, a natureza jurídica do noivado é a de um contrato preliminar, tendo em vista que antecede o casamento, integrando o Direito das Obrigações.

Ademais, conclui-se que o rompimento do noivado que se dá de modo inesperado, injustificado e humilhante, poderá fazer incidir não só responsabilização pelos danos materiais causados, como também, pelos danos morais experimentados pelo nubente inocente. Dessa forma, fica claro que ainda que nossa legislação seja omissa, não significa que a promessa de casamento não mereça tutela jurídica e o dever de indenizar pode surgir em face da justa expectativa gerada em uma das partes com a dissolução.

Nessa esteira de raciocínio, ficou constatado que não se pode negar a possibilidade de incidência do dano moral em face da dissolução da promessa de casamento, pois a ruptura desmotivada pode gerar sérios efeitos nocivos ao noivo repudiado. Assim, é preciso analisar a forma e o contexto em que essa ruptura se deu, sendo que o objetivo da indenização é evitar que a liberdade e a autonomia da vontade de querer romper o noivado não resultem em uma ofensa grave à integridade psicofísica de outrem.

É evidente que a autonomia privada e os sentimentos que envolvem os casais devem prevalecer, já que não é justo manter alguém *ad eternum* à determinada relação que não mais deseja. Situação diversa, no entanto,

é aquela em que uma das partes age com desrespeito ao outro, com intenção de provocar uma expectativa desnecessária, de causar humilhação pública, de proceder em agressões físicas e psicológicas, de tentativa de enriquecimento ilícito ou qualquer atitude que fuja à normalidade das relações entre casais.

Diante de todos os argumentos expostos, conclui-se pela possibilidade da reparação por dano moral decorrente do rompimento de noivado, em determinadas hipóteses.

Abstract: The present work analyzes the possibility of compensation for moral damages resulting from breach of promise of marriage. Brazilian law does not expressly protection such promise, popularly known as engagement, nor the effects derived from its dissolution. The institution of engagement from the perspective of affection will be analyzed - as well as its historical background and legal nature. Will be also discussed the importance of civil and constitutional law as a means of protection to the human person and the consequent tendency of expansion of compensable damages in contemporary times. We seek to assess the possibility of financial compensation provided for moral damage resulting from an unexpected, unmotivated, abusive and humiliating breakup engagement. The conclusion reached is that the engagement is characterized as a pre-contract part of the Law of Obligations and maintain a close relationship with the Liability. Where the break does not meet the dividend principles, especially the good - faith objective, can the causation of damage to human dignity, inserted in the Federal Constitution fundamental principle occur. Under these assumptions, remaining proven that there was a substantial impairment of psychological integrity, proves possible civil remedies through moral damages without this represents a commodification of affective relationships.

Keywords: Engagement. Breakup. Moral damages. Liability. Esponsais.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Elizabete Alves. O dano moral e sua reparabilidade no Direito de Família.

Disponível em: <http://www.estacio.br/graduacao/direito/revista/revista4/artigo14.htm>,
Acesso em: 17.dez.2013

ALPA, Guido; BESSONE, Mario. La responsabilità civile. 3. ed. aos cuidados de Pietro Maria Putti. Milão: Giuffrè, 2001.

- ARRUDA, João. Do casamento. São Paulo: Typ. C. Manderbach & Comp., 1911.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. In Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. n. 97, 2002.
- BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Dano Moral Coletivo. Revista de Direito do Consumidor, v. 12. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 44-62, out.dez.1994.
- CAHALI, Francisco José. Doutrinas Essenciais – Família e Secções. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- CHINELATO, Silmara Juny de Abreu. Tendências da responsabilidade civil no direito contemporâneo: reflexos no Código de 2002. in TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson (coord.). O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira.
- COUTO, Sérgio. Dano moral - rompimento de noivado. Disponível em: <http://www.gontijo-familia.adv.br/>, Acesso em: 16. dez. 2013.
- DE CUPIS, Adriano. Os direitos da personalidade. Tradutor: Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana, 2001.
- DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil. 17. ed., aum. e atual., São Paulo: Saraiva, 2003, vol. 7.
- DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: direito de família. 27. ed., São Paulo: Saraiva, 2012, vol. 5.
- FACHIN, Luiz Edson (coord.). Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- FACHIN, Luiz Edson. Direito de Família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- FACHINI NETO, Eugênio. Da responsabilidade civil no novo código. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). O novo código civil e a constituição. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direito Civil: teoria geral. 6. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coords.). Direito civil: atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- GONÇALVES. Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2010, vol. 4.
- GUIMARÃES, Almir Ribeiro. O tempo do noivado: preparação para o casamento e a vida familiar. São Paulo: Loyola, 1994.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade pressuposta. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2005.

Dano moral por rompimento de noivado e a expansão dos danos indenizáveis

- JUNIOR, Otávio Luiz Rodrigues; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da. (coord.). Responsabilidade Civil Contemporânea: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa. São Paulo: Atlas, 2011.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito Civil: Famílias. São Paulo: Saraiva, 2008.
- LONGHI, João Victor Rozatti. A Proteção da Pessoa Humana na Sociedade da Informação: Responsabilidade civil na tutela das situações subjetivas existenciais. Disponível em: http://www.direitorp.usp.br/arquivos/noticias/segunda_sem_jur/papers/Jo%C3%A3o%20Victor%20Rozatti%20Longhi.pdf, Acesso em: 10. jan. 2014.
- LOPEZ, Tereza Ancona. Principais linhas da responsabilidade civil no direito contemporâneo. in Revista da faculdade de direito da Universidade de São Paulo. v. 101, 2006.
- MACHADO, José Jefferson Cunha. Curso de Direito de família. Sergipe: UNIT, 2000.
- MARTINS-COSTA, Judih; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2002.
- MELLO, Renata Rapold. O Princípio da Boa-fé Objetiva. Disponível em: http://www.juspodivm.com.br/i/a/%7BEDFB6304-BBB3-4B77-B7F5-4E7EB99DC4B4%7D_Artigo%20-%20O%20Princ%C3%ADpio%20da%20Boa-f%C3%A9%20objetiva.doc, Acesso em: 27. dez. 2013.
- MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil: Direito de Família. 38. ed., São Paulo: Saraiva, 2007, vol. 2.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. Princípios do Direito Civil Contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- NADER, Paulo. Curso de Direito Civil: Direito de Família. Rio de Janeiro: Forense, 2006, vol. 5.
- PERLINGIERI, Pietro. O Direito civil na legalidade Constitucional. Ed. brasileira organizada por Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- PERROT, Michelle. O nó e o ninho. Disponível em: <http://xoomer.virgilio.it/leonildoc/ninho.htm>. Acesso em 27. nov. 2013.
- RODRIGUES, Sílvio. Direito civil. 19. ed., São Paulo: Saraiva, 2002, vol. 4.
- ROSENVALD, Nelson. Dignidade Humana e Boa-fé no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2005.
- SANTOS, Eduardo. Direito de família. Coimbra: Almedina, 1985.
- SCHREIBER, Anderson. Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos. São Paulo: Atlas, 2007.
- SCHREIBER, Anderson. Os direitos da personalidade e o código civil de 2002. in Diálogos sobre direito civil – vol. II. TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SEGUI, Adela M. Aspectos relevantes de la responsabilidad civil moderna. Revista de direito do consumidor, v. 12, n. 52, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 267-318, out.dez. 2004.

STOCO, Rui. Tratado de responsabilidade civil. 6. ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

THEODORO JR., Humberto. Dano moral. 3. ed., São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

TUSHNET, Mark. The issue of state action/horizontal effect in comparative constitutional law, *International Journal of Constitutional Law*, 2003, v. 1.

VALLER, Wladimir. A reparação do dano moral no direito civil brasileiro. 5. ed., Campinas: E.V. Editora, 1995.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: direito de família. 9. ed., São Paulo: Atlas, 2009, vol. 6.

*A INFLUÊNCIA DO REALISMO NO PENSAMENTO JURÍDICO: UMA ABORDAGEM TEÓRICO-HISTÓRICO- FILOSÓFICA E A ESCOLA DE UPSSALA*¹

*Laura Magalhães de Andrade*²

Resumo: O presente artigo pretende estudar, pormenorizadamente, a formação da linha de pensamento denominada Realismo, através de sua contextualização histórico-filosófica e apresentação de suas bases teóricas para, ao final, evidenciar uma das principais escolas na qual o Realismo se desenvolveu: a Escola escandinava de Upsala.

A partir desse estudo, pretende-se demonstrar como se deu a evolução conceitual do Realismo, em virtude de sua observação inserida na evolução política e social ocorridas na Europa na segunda metade do século XIX e no início do século XX.

Revelar-se-á quão importante é a compreensão da evolução do Realismo para evidenciar de que forma este movimento influenciou na formação do pensamento jurídico moderno.

Palavras-chave: Teoria do Conhecimento, Realismo, Escola de Upsala, Realismo Jurídico.

1. ORIGEM E CONCEITUAÇÃO

O Realismo é um movimento filosófico-cultural que surgiu na Europa,

¹Artigo submetido à avaliação parcial da Disciplina Epistemologia e Metodologia da Pesquisa e Ensino Jurídico, ministrada pelos Professores André Fontes e Felipe Borba

²Mestranda em Direito e Políticas Públicas na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Especialista em Gestão Ambiental (UFRJ/PNUMA). Graduada em Direito na Universidade Federal Fluminense.

na segunda metade do século XIX, influenciado pelas transformações que ali ocorriam no âmbito econômico, político, social e científico. Vivia-se a segunda fase da Revolução Industrial, período marcado pelo clima de euforia e progresso material decorrente das inúmeras invenções. No entanto, os benefícios não eram refletidos nas camadas populares, que ao contrário passam a ter uma condição social cada vez pior.

Nesse contexto surge o Realismo, como atitude natural do espírito humano. Afirma, em linhas gerais, a existência dos objetos físicos do mundo exterior independente da mente humana, ou seja, que eles existem por si só.

O conceito de Miguel Reale Jr., em sua obra *Filosofia do Direito*, perpassa pela ideia de que o Realismo “é a orientação ou atitude espiritual que implica a preeminência do objeto, dada a sua afirmação fundamental, de que *nós conhecemos coisas*”³.

Para José Cretella Jr., que aborda o conceito de forma mais sucinta, o Realismo se enquadra em uma das Teorias Metafísicas da Essência do Conhecimento, na qual se integram, ainda, o Idealismo e o Fenomenalismo. Para o citado autor, o Realismo “é a posição que coloca, em primeiro lugar, o objeto, a coisa”⁴.

Entende-se que, para o Realismo, ser algo universal é ser uma entidade dotada de existência independente da racionalidade humana. É a ideia de que certas coisas sobre as quais falamos ou pensamos em determinadas áreas de discurso ou pensamento são tão reais quanto objetos ordinários presentes na vida cotidiana, como mesas e portas, sobre os quais o ato de duvidar acerca da existência é um fenômeno bem mais raro ao indivíduo comum, praticamente restrito a teóricos e filósofos.

Poucos conceitos filosóficos têm recebido caracterizações tão diversas quanto o de Realismo e por isso a dificuldade de abordá-lo em sua concretude. Neste trabalho, o Realismo será delimitado, basicamente, como uma oposição ao Idealismo e ao Fenomenalismo, no sentido de que responde à questão da natureza ou essência do conhecimento de forma objetiva e sustenta o princípio da transcendência do objeto em relação ao sujeito para afirmar, deste modo, a total e completa independência entre a realidade e a consciência.

³ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. Editora Saraiva, São Paulo, 1999, 19 ed, p. 147.

⁴ CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

Tradicionalmente, a posição realista em epistemologia opõe-se à posição idealista, que pode ser resumida como a doutrina de que os objetos físicos e os eventos do mundo exterior são de alguma forma construções do espírito humano, bem como à posição fenomenológica, que defende a impossibilidade de se captar a “coisa em si”, no sentido de que as coisas não existem em si mesmas, mas de *fatos e fenômenos* suscetíveis de serem percebidos.

O termo **Real**, Latim Medieval *realis*, de *res*= coisa, pode ser entendido como aquilo que existe efetivamente, sendo, portanto, o oposto de ilusório, fictício. Assim, o **Real**, nessa acepção, é um dos resultados na busca pela aquisição de Conhecimento. Tanto aquele conhecimento que se adquire por experiências empíricas e processamentos mentais, racionais; quanto aquele conhecimento que o Homem tem “de nascença”, que lhe é inato; pois, quanto maior for o saber de um indivíduo, mais apto ele estará para diferenciar a realidade das aparências.

Em termos de Metafísica, o “Real” é tudo aquilo que existe por si mesmo, que não dependeu de outro para existir; é aquilo que existe independentemente de representação, da interpretação da ideia que se possa formar do mesmo. Também no campo da Metafísica é possível diferenciar duas formas do “Real”, a saber: a **real existente**, aquilo que já é; e a **real possível**, ou seja, aquilo que existirá, ou que poderá existir no futuro.

O termo **Realidade**, do latim medieval *realitas*, pode ser entendido como tudo aquilo que é “Real”, que existe de fato, e o conjunto das coisas existentes, bem como a característica daquilo que existe, como, por exemplo, a “realidade do Mundo exterior”, nesta acepção como oposto de “aparência”.

Para melhor entender a definição do Realismo em si mesmo, em contraposição, cumpre destacar a ideia de Antirrealismo, afirmando justamente o contrário, que os objetos físicos dependem da mente humana para existirem. O realista diria, por exemplo, que a árvore faz barulho, ao cair na floresta, mesmo que ninguém esteja lá para ouvir o som, porque as coisas existem, ainda que ninguém tenha presenciado o fato. O antirrealista diria que não: a árvore não faz barulho, pois, se ela não está sendo experienciada, ela não mais existe. As críticas ao Realismo, notadamente os antirrealistas, serão abordados em tópico próprio.

Didática e historicamente, o Realismo divide-se em: Realismo Ingênuo, Realismo Natural ou Tradicional e Realismo Crítico. Tais divisões evidenciam a evolução desta linha de pensamento ao longo do tempo.

1.1 O Realismo Ingênuo

Quando o indivíduo aceita sua identidade e sua percepção sobre as coisas é obtida sem formular qualquer pergunta a respeito, temos o Realismo Ingênuo, que para Miguel Reale Jr. é considerado “pré-filosófico”, ou seja, “anterior a qualquer pergunta, a qualquer problema”⁵.

O Realismo Ingênuo é a atitude sem exame, de quem considera as coisas como algo em si e de todo independente de quem as conhece, tais como delas se têm a representação. O homem não pretende encarar a realidade sob a ótica do sujeito que conhece, pois não se preocupa com a noção do que vem a ser real e a realidade em si mesma.

Para aquele renomado jurista, no realismo ingênuo há uma aceitação espontânea do que se oferece ao homem como suscetível de suas sensações e de sua representação. Esta atitude não possui em si qualquer significado filosófico, porquanto não envolve nenhuma indagação sobre a certeza e a validade universal do conhecimento.

José Cretella Jr. entende ser o Realismo Ingênuo como “a espécie mais antiga desta colocação”, pois é apregoado em todo o pensamento grego e “considera as coisas de modo absoluto, sem sequer indagar a possibilidade de correlação coisa-sujeito”⁶. Assim, o objeto é relacionado ao conteúdo de sua percepção, confundindo-os, independente do sujeito cognoscente.

1.2 O Realismo Natural ou Tradicional

Para Miguel Reale Jr., “Quando o realismo indaga de seus fundamentos e procura demonstrar que suas teses são verdadeiras, é que surge propriamente a atitude filosófica, que não deixa, porém, de ser ‘atitude

⁵ *Ibid.*, p. 116.

⁶ *Ibid.*, p. 34.

natural', como tendência comum do espírito humano" ⁷. Pode ser denominado igualmente de Realismo Tradicional, pois remonta à tradição clássica de Aristóteles.

Denomina-se Realismo Tradicional, portanto, a corrente que sustenta que a origem do conhecimento está em identificar a essência da realidade. Isto significa que, por meio da Metafísica, cujo expoente foi Aristóteles, é possível conhecer o ser enquanto ser.

Aristóteles teve sua visão caracterizada em perceber a realidade de modo unitário e, ao mesmo tempo, pela tentativa de restituir as causas últimas de tudo aquilo que é mutável e contingente a um princípio único e transcendente. Por meio da análise da matéria e da forma, Aristóteles busca explicar a estrutura intrínseca das realidades corpóreas. Segundo suas ideias, a verdade de qualquer objeto pode ser conhecida somente por dois caminhos: através do intelecto e da ciência experimental.

Para Aristóteles, os cinco sentidos são suficientes para conhecer completamente o mundo, por consequência o objeto e sua essência. Segundo este filósofo, são as próprias coisas que contêm um núcleo fundamental sempre idêntico a si mesmo, a essência, e por essa razão o conhecimento sensível está apenas na análise do objeto. Assim, a essência não está fora das coisas, mas nas coisas.

Portanto, mediante a interpretação de rastros deixados pelo objeto, o sujeito racionaliza as informações captadas pelos sentidos e as internaliza, de forma a conhecer a essência do próprio ser, ultrapassando a camada apresentada pela realidade. A partir desse modo de entender essa maneira de ver algo, surge o Realismo Crítico, apresentado a seguir.

1.3 O Realismo Crítico

No entender de Miguel Reale Jr., "Quando o realismo acentua a verificação de seus pressupostos e conclui pela funcionalidade sujeito-objeto, distinguindo as camadas cognoscíveis do real assim como a participação, não apenas ativa, mas criadora do espírito no processo gnoseológico, temos o realismo crítico" ⁸.

⁷ *Ibid.*

⁸ *Ibid.*, p. 117.

José Cretella Jr. simplifica esta definição, ao mencionar que “os conteúdos da percepção não se identificam com os objetos. Cor, sabor, perfume, som, dureza também devem atribuir-se ao sujeito”⁹.

Assim, o Realismo Crítico é a atitude mental que se propõe a inquirir no objeto o que é efetivamente real e o que é subjetivo. A respeito, por exemplo, de um dia claro, poderá dizer que a claridade é um efeito subjetivo, e que de real acontecem as ondas eletromagnéticas.

Reale menciona que conhecer é sempre conhecer algo posto fora de nós, mas que, se há conhecimento de algo, não nos é possível verificar se o objeto, que nossa subjetividade compreende, corresponde ou não ao objeto tal como é em si mesmo.

Também não se pode asseverar, de antemão, que tal objeto não possa ser enriquecido ou retificado em virtude de novas captações de aspectos diversos do real. Concebe, pois, o conhecimento como um processo no qual o sujeito cognoscente contribui criadoramente, convertendo “algo” em “objeto”.

O Realismo apresenta muitos argumentos para mostrar a verdade de sua tese, no sentido de que os objetos correspondem, parcial ou totalmente, aos conteúdos da percepção, ou, no sentido de que as coisas preexistem com as mesmas qualidades, antes do homem as conhecer, de maneira que o conhecimento sempre se refere a algo que se não inclui no puro ato de conhecer.

Dizem os realistas críticos que a espécie humana varia de indivíduo para indivíduo, e que cada homem não é mais hoje o que foi ontem. Não existe uma igualdade entre os indivíduos, pois todos são diferentes quanto às suas qualidades físicas ou às aptidões psíquicas. Portanto, se todos os indivíduos são diferentes entre si e mesmo assim chegam à mesma conclusão a respeito de um objeto percebido, é porque existem neste objeto elementos estáveis que lhes são inerentes e, portanto, não subordinados às variações de opinião e percepção.

É por isso que o sujeito não é fator determinante daquilo que se percebe, já que, com interpretações distintas de cada indivíduo sobre tudo não seria possível haver ciência, tampouco a comunicação de ciência.

⁹ *Ibid.*, p. 35.

Se existe inter-relação da percepção dos objetos e uma ciência comum entre os homens, ciência esta que é passada para as gerações futuras, é porque existe um elemento “real” que as percepções reproduzem, parcial ou totalmente, sendo dotado de qualidades que não se subordinam ao arbítrio de indivíduos tratados isoladamente ou da “subjetividade em geral”.

Desse modo, os realistas críticos distanciam-se das duas concepções anteriores para invocar a independência entre sujeito-objeto, a fim de se conceber a possibilidade de obter a real noção de certo e errado, bem como de possibilitar a observação do objeto em tempos diversos e com múltiplas variações, sem que eles deixem de ser um objeto “real”, irredutível às percepções individuais.

A teoria realista crítica pode ser compreendida ainda como uma interseção entre a teoria racionalista, cujo foco é o sujeito, e a teoria empirista, a qual evidencia o objeto. Logo, o Realismo pode ser considerado uma teoria mista, que contempla a importância do sujeito e do objeto simultaneamente.

De acordo com a teoria empirista, o ato do conhecimento é extremamente complexo, pois germina de impressões que a realidade produz no sujeito. O ato de conhecer passa por duas fases: na primeira, o homem, por meio dos sentidos, capta sensações, que são levadas à inteligência; na segunda, o sujeito trabalha os dados experimentados, sendo capaz de chegar a uma informação aprofundada do objeto.

O conhecimento é uma tarefa complexa da inteligência humana, que penetra no metafísico, pois os sinais do objeto captados pelos sentidos são enviados ao sujeito, que decodifica e adentra abaixo da camada sensorial do objeto, ou seja, a realidade profunda do ser. Essa realidade profunda do ser é a essência que ultrapassa o físico, daí ser o metafísico, criado por Aristóteles.

Conforme o Realismo, portanto, os cinco sentidos do ser humano captam os sinais da realidade que serão processados pela inteligência humana. Nessa teoria pressupõe-se a inteligência humana, que ao processar os dados coletados da experiência sensorial torna-se capaz de fazer uma representação mental da realidade, a que se chama de ideia.

Os expoentes do Realismo crítico alemão foram Osvald Külpe (1862-1915), chefe da escola de Würzburg; August Messer (1867-1937); Ernst Dürr (1878-1913) e Erich Becher (1882-1929).

2. O REALISMO CIENTÍFICO

O Realismo convive em sua base com duas concepções: o Empirismo e o Racionalismo. O empirismo inglês, mormente representado por Locke, Hume e Berkeley, perpassa pela ideia acima apresentada na qual, em suma, tudo o que o indivíduo pode conhecer, só o faz segundo seus próprios sentidos, e todo o saber provém deles.

Não sendo objeto principal do presente estudo, mas não podendo deixar o tema passar despercebido, convém apenas traçar, em linhas gerais, as características do Realismo Científico. Resumidamente, o realista científico é aquele que crê que pelo menos algumas das entidades não observáveis postuladas pela ciência (elétrons, vírus, campos magnéticos) realmente existem.

Descartes é considerado o primeiro filósofo da era moderna a abordar a importância do problema do Realismo Científico. Por um lado, buscava o ideal de fundamentação rigorosa do conhecimento; por outro, foi o criador da primeira teoria abrangente e detalhada da estrutura da matéria. Defende a tese de que “é certo que os corpos sensíveis são compostos de partes insensíveis”. Para tanto, baseia-se em dois argumentos: o argumento do crescimento e decrescimento contínuo e insensível de determinadas coisas, como as plantas; e o argumento da divisibilidade ao infinito.

Dos empiristas citados, cabe destacar George Berkeley [1685 - 1753], filósofo irlandês do século XVII, pois defendeu uma posição de algum modo intermediária ao Realismo Crítico. Trata-se do seu imaterialismo realista. É uma posição intermediária, e não simplesmente antirrealista, porque Berkeley, embora afirme que a matéria física não existe independente da mente, afirma, também, que o mundo não é constituído simplesmente pelas percepções de um sujeito, mas também por outras mentes e ideias além das dele próprio.

Então, retomando o exemplo da árvore caída, mencionado no início deste trabalho, Berkeley de fato responderia, em uma postura antirrealista, que a árvore deixa de existir quando outro não a percebe, e destaca-se o fato de que se os objetos físicos só existem quando são percebidos, então, claramente, se ninguém os percebe, eles deixam de existir.

Apesar disso, argumenta Berkeley, há alguém que está sempre percebendo esses objetos, ou seja, tendo em mente essas ideias: Deus.

Esse é um modo bastante peculiar de dar significado à asserção usual do teísmo de que Deus, de alguma forma, é quem criou o universo e quem o mantém existindo. As ideias que emanam da mente de Deus são impressas em nossas mentes, e, daí, vem nossa percepção do “mundo exterior”.

O filósofo irlandês diria *est percipi*, “ser é ser percebido”, melhor compreendido por meio da transcrição a seguir:

Quando nego que os sensíveis existem sem ser na mente, não entendo em particular a minha mente, senão toda e qualquer mente. As coisas têm – é bem manifesto – existência exterior à minha mente, pois acho pela experiência que não dependem dela. Há portanto outra mente na qual existem nos intervalos das percepções que tenho delas – assim como existiam antes de ser eu nascido e hão de continuar a existir, ainda, depois do meu suposto aniquilamento. E como a proposição também é verdadeira naquilo que diz respeito a todos os outros espíritos criados e finitos, segue-se necessariamente que há uma Mente onipresente e eterna, que conhece e compreende todas as coisas, e no-las apresenta à vista de uma certa maneira, e de acordo com certas regras – regras essas por Ela própria instituídas, às quais nós outros damos o nome de leis da natureza.

(Os pensadores, Ed. Abril, 1973, Vol. XXII, pg. 103-104)

Para Kant [1724 – 1804], o Realismo é “a doutrina que se relaciona com o Idealismo Transcendental”¹⁰. Tal relacionamento acontece na medida em que o Racionalismo prega a real existência dos objetos no espaço e no tempo; e desse modo confirma a correção e a existência do próprio “Idealismo Transcendental”, na medida em que comprova sua tese de que o homem sabe intuitivamente que os objetos ocupam certo espaço e ocorrem e/ou existem em certo tempo.

Para o Realismo Empírico Sensível o conhecimento é espontâneo, ou seja, o conhecimento se forma sobre aquilo que foi captado pelos Sentidos sem necessidade de racionalização para existir.

No Campo da Psicanálise, Freud [1856 – 1939] estabeleceu que a noção da realidade interfere diretamente na noção do prazer, pois o prazer só é aceito se estiver de acordo com as regras que governam a realidade social

¹⁰ KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*, Trad. de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, 6 ed.

em que as pessoas vivem. Há uma limitação para a busca e o exercício do prazer, pois se assim não fosse, a sociedade sucumbiria vítima do conflito de interesses individuais.

3. O REALISMO ESTÉTICO

O Realismo surge em meio ao fracasso da Revolução Francesa e de seus ideais de Liberdade, Igualdade e Fraternidade. O grande fator político que alimentou a mudança cultural do romantismo para o Realismo foi a Primavera dos Povos, em 1848, movimento revolucionário originalmente apoiado pelo Romantismo. A sociedade se dividia entre a classe operária e a burguesia. Logo mais tarde, em 1848, os comunistas Marx e Engels publicam o Manifesto que faz apologias à classe operária.

Enquanto as consequências da Primavera dos Povos se desenrolavam, as filosofias antirromânticas ganharam adeptos. Em primeiro lugar, o positivismo de Augusto Comte incitou a valorização da lógica e da ciência e dos fatos observáveis. Seguiu então uma atitude objetiva que foi adotada por vários grupos, inclusive as forças armadas brasileiras. A literatura realista surge na França com a publicação de *Madame Bovary* de Gustave Flaubert, e no Brasil com *Memórias póstumas de Brás Cubas* de Machado de Assis, em 1881.

Dessa forma, a produção literária no Realismo surge com temas que norteiam os princípios do Positivismo. São características desse período: a reprodução da realidade observada; a objetividade no compromisso com a verdade (o autor é imparcial), personagens baseadas em indivíduos comuns (não há idealização da figura humana); as condições sociais e culturais das personagens são expostas; lei da causalidade (toda ação tem uma reação); linguagem de fácil entendimento; contemporaneidade (exposição do presente) e a preocupação em mostrar personagens nos aspectos reais, até mesmo de miséria (não há idealização da realidade).

Do ponto de vista artístico, portanto, o realismo será uma forma de expressão que procura reproduzir exatamente a realidade. O termo tem origem no século XIX e foi utilizado para descrever a obra de Gustave Courbet e de um grupo de autores que rejeitavam a idealização, centrando-se, em vez disso, na vida cotidiana.

Enquanto corrente artística, em suma, o Realismo constitui uma reação ao Romantismo, afastando-se claramente da tendência romântica para a imaginação, para o devaneio, para a fuga da realidade. O autor realista procura a verdade objetiva.

4. O REALISMO E O DIREITO

Miguel Reale Jr. afirma que “o Direito, como toda ciência positiva, implica uma atitude realista, enquanto analisa *factos* do comportamento humano e até mesmo quando estuda normas, que são apreciadas pela Dogmática jurídica como um ‘já dado’, algo posto senão imposto à interpretação e à sistematização do jurista como tal”¹¹.

Filosoficamente, no entanto, há um problema que reside no fato de qual seria o “dado” que o jurista iria utilizar-se para aplicar o direito, ou seja, se este “dado” poderia ser tido como verdadeiro ou falso, se está pautado em uma opinião particular ou se sofre influências de outros campos científicos, como a política, a história etc.

Assim, as questões envolvendo o “dado” a ser utilizado também serão submetidas a análises filosóficas das Teorias Metafísicas da Essência do Conhecimento, quais sejam, o Idealismo, o Realismo e o Fenomenalismo.

Quanto ao Realismo, o “dado” objeto de análise do jurista não se reduz ao sujeito cognoscente, sendo possível conhecer o objeto tal como ele é, total ou parcialmente, em uma visão Tradicional do Realismo, “prevalente entre os juristas racionalistas clássicos”, como afirma Reale, em obra já citada.

Já para uma visão realista crítica, há elementos reais e valores a serem considerados pelos juristas na análise de um “dado”, que não podem ser compreendidos sem a percepção de seu “espírito”. Não podem, no entanto, ser reduzido a ele, no que Reale chama de “funcionalidade sujeito-objeto”.

Trazendo o conceito de Realismo para a ótica jurídica, Jürgen Habermas vem discorrer em seu livro *Direito e Democracia, entre Facticidade e Validade, Volume I*¹² que não há uma base convincente para a validade das decisões jurídicas em uma sociedade pluralista, permeada por

¹¹ Ibid., p. 128.

¹² HABERMAS. 1929, pp. 248-250 (tradução do autor).

interpretações, pois “o que para um vale para como *topos* comprovado historicamente é, para outro, pura ideologia ou preconceito”.

Este iminente jurista entende que para os realistas há uma “pré-compreensão” que determina o processo de interpretação da norma e a tomada de decisão e, nesse sentido, preconiza que há “determinantes extrajurídicos”, que podem ser obtidos por meio da experiência histórica, psicológica e sociológica. No entanto, Habermas vem discorrer sobre as consequências céticas dessa assertiva, nas quais, sob aquela ótica, “não é possível fazer uma distinção clara entre direito e política, lançando mão de características estruturais”.

Assim, o citado autor preconiza a fragilidade da ótica realista do direito ao constatar que “os realistas não conseguem explicar como é possível combinar a consciência dos especialistas participantes, a qual é radicalmente cética em termos de direito”.

Corroborando a visão de Habermas sobre o Realismo Jurídico, temos que a perspectiva realista pressupõe, a partir da questão da validade das normas por meio de pressupostos intrínsecos, que para todos os casos com os quais se depara o direito, o enunciado em questão é permeado pela funcionalidade sujeito-objeto. E para esclarecer esse tipo de ideia, podemos considerar um exemplo como o utilizado por Simon Blackburn ¹³:

Um juiz pode ter a necessidade prática de decidir a validade de um contrato em um determinado caso, e isso implica em decidir que uma de duas sentenças é verdadeira (sendo a outra falsa). No entanto, isso não determina uma crença na completude do sistema jurídico relevante, ou seja, na possibilidade desse sistema oferecer a decisão correta para todos os casos possíveis a serem julgados. O juiz não precisa comprometer-se com nenhuma posição acerca da realidade legal no sentido de acreditar que existe um fundamento para suas decisões em supostos fatos jurídicos que não dependem de seus próprios julgamentos.

Em linhas gerais, pelo exposto, a contribuição do Realismo para o Direito se deu por meio da ideia de que o Direito não pode oferecer uma norma que seja correta em todos os casos aos quais é submetido e, diante do entendimento de que há fatos que não dependem de seu julgamento,

¹³ BLACKBURN, Simon. *Essays on Quasi-realism*. New York: Oxford University Press, 199, p. 25.

por existirem em si, em sua natureza, o operador do direito deve se valer da realidade fática e de suas experiências para a tomada de decisões.

4.1 O Realismo Escandinavo – A Escola de Uppsala e sua contribuição para o Direito

O início do Realismo Jurídico Escandinavo pode ser considerado a partir dos trabalhos de Axel Hagerstrom [1868 – 1939], considerado o fundador do movimento, ao lançar a “Tese da Realidade”, na qual se aprofundam os estudos da dicotomia entre sujeito-objeto, em que cada juízo é a apreensão de certo estado de coisas como sendo reais. A partir da inspiração filosófica do Realismo, já apresentada neste trabalho, construir-se-ão as bases para a formação da Escola de Uppsala.

A Escola de Uppsala retrata a posição dominante na Escandinávia, com influências inclusive do ponto de vista do Positivismo Filosófico, colocando um contraponto à doutrina de decisão valorativa e dos conceitos metafísicos determinantes da moral, do direito subjetivo, das questões de sobre a legalidade e a culpa.

De acordo com essa escola, todos os conceitos enumerados acima caem por terra, pois tanto na vida humana quanto na esfera jurídica o que existem são fatos psicológicos e sociais, assim como certas formas de comportamento. A crítica reside no fato de que a ciência jurídica é pautada em dogmas, presa a conceitos, em vez de preocupar-se com fatos, buscando as verdadeiras ocorrências sociais.

Na Escandinávia, portanto, o Realismo propiciou pensar o Direito de forma mais condizente com a realidade social, preocupando-se não com o formalismo dos institutos jurídicos, mas com algo que fosse útil para a população, para o momento em que viviam.

Para Hagerstrom, o juízo de valor não pode ser atribuído a um mérito tido somente como verdadeiro ou falso, pois não se refere a uma realidade objetiva, na medida em que o objeto passível do juízo de valor depende das suas características internas. Influenciado por Kant, foi um crítico, portanto, do subjetivismo e explorou o conceito de realidade, pautado no conceito de Direito Natural.

Nesse sentido, o mencionado teórico afirma que o dever jurídico é um “herdeiro direto do jusnaturalismo”, e mesmo quando a norma que impõe, codifica o dever e o positiva. Isso decorre do fato de que a objetividade do dever pressupõe uma base jusnaturalista, ao passo que vários fatores sociais imponderáveis são identificados como sendo inerentes ao indivíduo, tal qual o “instinto social, a ética da legalidade e o medo da coação externa”.

Karl Olivecrona, outro expoente da mencionada Escola, sustenta que as normas são imperativos independentes que servem para expressar proposições que possuem função diretiva, ou seja, as normas não dependem da vontade do emitente, mas possuem uma posição preexistente a respeito de determinadas realidades que, remontando ao Realismo Tradicional, o objeto existe por si e, portanto, é anterior à sua observação.

CONCLUSÃO

O presente artigo apresentou uma das Teorias do Conhecimento, denominada Realismo e revelou como esta corrente filosófica e cultural foi relevante para a evolução do pensamento moderno, à luz da necessidade de se apreender a essência das coisas para assim conhecê-las na realidade como se apresentam, sem juízos valorativos e subjetivos.

O Realismo, pelo exposto, pode ser pensado como um dos pilares para a formação do Positivismo Jurídico, ao passo que começa a transpor os obstáculos criados pela valoração do pensamento a conceitos como a moral, na medida em que preconiza a apreensão das coisas tais como são, o que vai repercutir na codificação de leis e sujeição aos seus preceitos objetivos.

The influence of Realism in legal thinking: a theoretical and historical-philosophical approach and the School of Uppsala

Abstract: This article aims to study in detail the formation of the line of thought called Realism, through its historical and philosophical context and presentation of its theoretical bases for, at the end it shows one of the leading schools in which Realism developed: the Scandinavian School of Uppsala.

From this study, It intends to demonstrate how was the conceptual evolution of

Realism, by virtue of his remark inserted in political and social developments occurring in Europe in the second half of the nineteenth century and early twentieth century.

It will prove how important is understanding the evolution of realism to show how this movement influenced the formation of modern legal thought.

Keywords: Theory of Knowledge, Realism, School of Uppsala, Legal Realism.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BLACKBURN, Simon. *Essays on Quasi-realism*. New York: Oxford University Press, 1993.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- DUMMETT, Michael. *Truth and other enigmas*. London, Gerald Duckworth & Co., 1978.
- FABBRIS, A.T. *Modelo Jurídico – realismo escandinavo*. In: *Prisma Jurídico*, São Paulo, 2006, v. 5, p. 79 – 86.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade, volume I. 2. Ed.* Revista pela Nova Gramática da Língua Portuguesa / Jürgen Habermas; tradução: Flávio Beno Siebeneichler. – Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.
- KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*, Trad. de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, 6 ed.
- OKASHA, Samir. *Philosophy of Science: A Very Short Introduction*. Oxford: Oxford University Press, 2002, Cap. 4, pp. 58-76.
- REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. Editora Saraiva, São Paulo, 1999, 19 ed.
- SCHREIBER, Ana Paula Galinatti. *O problema gnoseológico na visão realista de Aristóteles*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 2002, XV, n. 100.

DA NATUREZA VIESTES E À NATUREZA RETORNARÁS: COMO O DIREITO NASCEU DA NATUREZA E A ELA RETORNA PARA SALVÁ-LA¹

Laone Lago²

Resumo: A sociedade contemporânea (ou pós-moderna) sofre os influxos de um período conturbado, dotado de incertezas, instante em que salvaguardas dotadas de força normativa entram na pauta do dia. Sob tal perspectiva, o trabalho refletiu e demonstrou como e quando ocorreu a passagem da concepção jusnaturalista à positivista (ou juspositivista), constatando que tal transição não suplantou uma corrente em detrimento da outra. Pelo contrário, restou confirmada uma interdependência recíproca e persistente. Nesta perspectiva, o direito ao mesmo tempo em que se aproxima de uma origem estatal, galga novos espaços em uma sociedade emergente, especialmente em relação à política (desloca-a), ao mercado (absorve-o) e à moralidade (fundi-se com ela). Referida ascensão do fenômeno normativo reflete o processo de evolução legislativa em matéria de direito ambiental no Brasil, restando sinalizado claramente que o direito retorna à natureza para protegê-la e para salvá-la, salvando-se a si mesmo. Enfim, confirmando uma inversão benéfica tanto à natureza quanto ao direito e, por óbvio, à sociedade.

Palavras-chave: sociedade contemporânea, jusnaturalismo, positivismo, direito ambiental, interdependência.

¹ Artigo apresentado ao professor André Fontes na disciplina Epistemologia e metodologia de ensino e pesquisa jurídicos do Mestrado em Direito e Políticas Públicas da UNIRIO no primeiro semestre de 2014.

² Mestrando em Direito na UNIRIO (Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro); membro do IDAERJ (Instituto de Direito Administrativo do Estado do Rio de Janeiro); coautor da obra Direito Administrativo e Democracia Econômica; homenageado com o prêmio de melhor monografia pelo TJRJ (Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro), com a láurea acadêmica pelo prêmio Ministro Francisco Rezek e pela UNESCO (Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura), com o trabalho Solidarietà. Advogado. E-mail: laone@uol.com.br.

Perspicaz. Dentre os muitos adjetivos que poderiam ser utilizados para expressar qualidades e características envolvendo o professor Miguel Reale, este talvez seja o que mais se encaixe. Sua história restou marcada pela facilidade com que percebeu, entendeu, identificou e definiu os mais diversos e variados movimentos, estivessem essas alterações ocorrendo em campos da filosofia, do direito, da teoria do estado, da literatura, enfim, olhou e pensou sobre questões que poucos sequer conseguiram imaginar, quicá desvendar. Sem dúvida, uma de suas maiores percepções consistiu em identificar a inversão entre direito e natureza, isto é, enquanto a natureza deixou de ser a base estável do direito, este passou a ser a sua tábua de salvação.

Na visão do professor Miguel Reale, operou-se uma verdadeira guinada estrutural, tendo em vista o poder indiscriminado do homem em abafar, ou até mesmo destruir, os valores da natureza. Na visão do referido autor, “a civilização tem isso de terrível” com a natureza, “se antes recorriamos a esta para dar uma base estável ao Direito (e, no fundo, essa é a razão do Direito natural), assistimos, hoje, a uma trágica inversão, sendo o homem obrigado a recorrer ao Direito para salvar a natureza que morre”.³

O direito, “filho” da natureza, retorna para salvá-la, concretizando uma espécie de premonição bíblica – “do pó viestes e ao pó retornarás”⁴ – ao ensejar que o direito nascido da natureza à natureza retorna para protegê-la, salvando-a, o que significa, em certa medida, proteger-se e salvar-se a si mesmo e ao próprio homem. A percepção aguçada do professor Miguel Reale fraciona-se tanto em direção da **natureza como base estável do direito** (direito natural) quanto no **retorno do direito à natureza em uma inversão trágica**.

Entender os passos desses dois desdobramentos consiste na trilha a ser percorrida no desenrolar deste estudo, especialmente se o atual retorno do direito à natureza representa, de fato, uma inversão trágica. Em outras palavras, analisar-se-á a relação inicial entre direito e natureza, o seu distanciamento e, principalmente, o que levou o direito a retornar no sentido da natureza, promovendo uma verdadeira **viragem epistemológica**, consiste em outra etapa deste escrito. Enfim, objetivar-se-á verificar como

³ REALE, Miguel. *Memórias*. v. 1. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 297.

⁴ “Todos vão para um lugar; todos foram feitos do pó, e todos voltarão ao pó”. (Eclesiastes, capítulo 3, versículo 20); “No suor do teu rosto comerás o teu pão, até que te tornes à terra; porque dela foste tomado; porquanto és pó e em pó te tornarás”. (Gênesis, capítulo 3, versículo 19).

ocorreu a ascensão do direito natural (ou jusnaturalismo) rumo ao direito positivo (ou juspositivismo), além dos meios de como ascendeu o direito ambiental brasileiro estruturado e definido pela positivação de suas normas como instrumento de proteção de suas próprias bases.

1 DIREITO NATURAL E POSITIVO: UMA DICOTOMIA DELINEADA

Uma zona cinzenta e nebulosa sempre impediu que barreiras claras e visíveis fossem erguidas para nitidamente identificar os limites do direito natural e as margens do direito positivo. Para melhor perceber essa viragem epistemológica atualmente em curso no campo do direito, o foco deste tópico consistirá, primeiramente, em estabelecer as bases de como e quando ocorreu a passagem da concepção jusnaturalista à positivista na ciência do direito.

Entendidos os alicerces que propiciaram a ascensão do positivismo jurídico, as linhas seguintes deste ponto adentrarão em um segundo estágio, o qual consistirá em verificar se a transição constatada suplantou uma teoria (o jusnaturalismo) em detrimento da outra (o positivismo jurídico). Dita reflexão poderá resultar afirmativa ou, ao final, ensejará conclusões em prol de uma interdependência recíproca e persistente, ainda que se perceba que com a formação do Estado moderno tenha ocorrido um processo de monopolização na produção jurídica, o que propiciou as linhas mestras necessárias ao direito positivo atual.⁵

1.1 Origens históricas

Um breve retorno à história revela que até o final do século XVIII o direito resultou da definição e da individualização tanto do direito natural, de um lado, quanto do direito positivo, de outro, expressões contrapostas que, desde as suas origens, marcaram a distinção entre aquilo que é por natureza (*physis*) e aquilo que é por convenção ou posto pelos homens (*thésis*).

Percebe-se que tal contraposição – direito natural *versus* direito positivo – remonta do período clássico, sofre influxos do pensamento medieval e

⁵ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos Rodrigues. São Paulo: ícone, 1995, p. 26.

emerge remodelado no período moderno. Em outras palavras, enquanto na época clássica o direito positivo era considerado como um direito particular ou específico (particular sobre o geral), o que o fez prevalecer sobre o direito natural (ou direito comum), na Idade Média ocorreu uma nítida inversão nos papéis. Neste momento, o direito natural galgou degraus rumo à superioridade, pois suas normas passaram a estar apoiadas na vontade de Deus.⁶

Nesta linha, ao lançar olhares rumo ao período clássico, especialmente sobre os ensinamentos de Aristóteles, percebe-se que na justiça civil uma parte é natural enquanto que a outra é legal, isto é, “natural aquela que tem a mesma força onde quer que seja e não existe em razão de pensarem os homens deste ou daquela modo; legal, a que de início é diferente, mas deixa de sê-lo depois que foi estabelecida”.⁷

Referido entendimento leva a conclusão de que enquanto o direito natural possui suas bases imutáveis no tempo, o direito positivo, por sua vez, alterava-se tanto temporalmente quanto espacialmente, o que significa dizer que uma norma poderia ser anulada ou alterada seja pelo costume seja pelo efeito de outra norma. Enfim, o diálogo entre o direito positivo e o direito natural desenvolve-se no período medieval, porém as suas bases são invertidas, sendo o primeiro posto pelos homens enquanto o segundo advém de algo (ou alguém) que está além do ser humano, podendo ser a própria natureza ou, até mesmo, Deus.

1.2 O pensamento dos jusnaturalistas nos séculos XVII e XVIII

O jusnaturalismo representou uma verdadeira mudança de centro. Percebe-se uma verdadeira revolução copernicana no mundo do direito ao indicar um novo caminho a ser percorrido pela ciência jurídica, pois **deixou de estar ligado às concepções míticas norteadas pela religião e passou a lançar âncora tendo como base a razão.**

Enquanto a filosofia escolástica buscava um molde para forjar a lei humana em uma natureza transcendente, em algo sobre-humano (uma suposta e presumida lei divina), o que em última análise significaria apoiar-

⁶ BOBBIO. *O positivismo jurídico. Op. Cit.*, p. 25.

⁷ Aristóteles. *Os Pensadores*. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim, vol. 4, São Paulo: Abril S/A Cultura e Indústria, 1973, p. 331.

se em Deus, ou algo assim, a tarefa de incorporar a lei divina ao âmbito da lei humana é o que deve ser realizada pelo direito.⁸

Diante da laicização da cultura moderna, eis que surge como foco emergente o direito natural marcado pelo pensamento dos séculos XVII e XVIII, oportunidade em que a verdade nas ciências estava na razão matemática e geométrica, isto é, em um jusnaturalismo moderno norteado pela razão, pois esta seria a guia das ações humanas.

Percebe-se então um direito natural dividido em duas fases. A primeira centrada na Cidade-estado Grega, estrutura pautada pela natureza como fonte da lei dotada da mesma força em toda parte e independentemente da diversidade das opiniões. A segunda, por sua vez, não estará mais nem em Deus nem exclusivamente na natureza, e sim na razão. É, em verdade, uma reação racionalista à situação teocêntrica que marcou e dominou o direito durante a Idade Média, o que consiste em uma passagem do pensamento teocêntrico ao antropocêntrico.

Uma verdadeira guinada nos paradigmas da época, pois, diferentemente do que se imaginava, a natureza não conferiria aos homens o conhecimento, devendo ele mesmo, com base em seus métodos guiados pela razão, capturá-lo e colocá-lo em prática na sociedade. O homem moderno “matou Deus”, retirando-o da fonte irradiadora das normas, ou, em última análise, destitui-o da salvaguarda remanescente da estrutura de validade, de justificação, deslocando a natureza para ocupar o seu lugar.

Sob este aspecto, ensina-nos Norberto Bobbio que outro critério distintivo, agora não mais ligado à fonte, surge, isto é, enquanto o direito natural “é aquele de que obtemos conhecimento através da razão de vez que esta deriva da natureza das coisas”, o direito positivo “é aquele que vimos a conhecer através de uma declaração de vontade do legislador”.⁹

Ainda sob os ensinamentos de Norberto Bobbio, “pode-se, então, assinalar com toda evidência o limite entre direito natural e direito positivo dizendo: a esfera do direito natural limita-se àquilo que se demonstra *a priori*; aquela do direito positivo começa, ao contrário, onde a decisão sobre se uma coisa constitui, ou não, direito depende da vontade de um legislador”, isto é, *a posteriori*.¹⁰

⁸ BITTAR, Eduardo Carlos Boanca. *Curso de Filosofia do Direito*. 10ª ed. São Paulo, Atlas, 2012, p. 282.

⁹ BOBBIO. *O positivismo jurídico*. *Op. cit.*, p. 22.

¹⁰ BOBBIO. *O positivismo jurídico*. *Op. cit.*, p. 22.

1.3 Alguns pressupostos

A passagem da sociedade medieval para a sociedade moderna marcou o processo de monopolização da produção jurídica por parte do Estado emergente. Tal guinada consistiu em deixar o campo marcado por uma sociedade pluralista, de concepção dualista do Direito (direito natural e direito positivo), para uma estrutura social monista, apenas o direito positivo emanado pelo Estado (concentra em si todos os poderes) deve ser observado como válido.

O ponto nodal que marcou o início e o fim desse contraste encontra-se exposto pelas codificações, momento em que o direito comum foi totalmente absorvido pelo direito estatal, instante em que com a codificação começa a história do positivismo jurídico verdadeira e propriamente dito.

Nesta ênfase, impossível deixar de lado Thomas Hobbes. Ascendeu o autor inglês como um dos mais importantes defensores da tese de que para que o homem saia do estado de natureza seria preciso criar um Estado civil, momento em que toda a força seria atribuída a uma só instituição, o soberano. Em outras palavras, em um ambiente fortemente beligerante configurado pelo Estado de natureza, instante em que todos os homens são iguais, o que possibilitaria a cada um utiliza-se de sua própria força para defender-se, e a seus próprios interesses.¹¹

O homem natural de Thomas Hobbes não é um selvagem, pelo contrário é o mesmo homem que vive em sociedade, ou seja, a natureza do homem não muda conforme o tempo, a história ou a vida social. Esse é o problema: os homens são tão iguais que o mais razoável é um atacar o outro, seja para evitar um ataque possível seja para obter uma diferença: essa possibilidade/necessidade de ataque ou defesa para conseguir algo, para ser diferente, faz surgir um estado de natureza selvagem, um estado de guerra. Nasce a discórdia, instante em que (i) a competição leva os homens a atacar uns aos outros tendo em vista o lucro, (ii) a desconfiança leva os homens a necessidade de segurança, e (iii) a glória leva os homens a necessidade de reputação.

O “homem lobo do homem”, em guerra contra todos, não é um anormal, muito pelo contrário, suas ações e cálculos são os únicos racionais

¹¹ *Leviatã*, Capítulo XIII, p. 74-76.

no estado de natureza. Nas palavras do próprio Thomas Hobbes, “se dois homens desejam a mesma coisa, ao mesmo tempo que é impossível ela ser gozada por ambos, eles tornam-se inimigos. (...) Com isso se torna manifesto que, durante o tempo em que os homens vivem sem um poder comum capaz de manter a todos em respeito, eles se encontram naquela condição a que se chama guerra”.¹²

Logo, o estado de natureza é uma condição de guerra, porque cada um se imagina (com razão ou sem) poderoso, perseguido, traído, etc. Em palavras textuais, no estado de natureza todo homem tem direito a tudo, ou seja, “o direito de natureza, (...) *jus naturale*, é a liberdade que cada homem possui de usar seu próprio poder, da maneira que quiser, para a preservação de sua própria natureza, ou seja, de sua vida; e conseqüentemente de fazer tudo aquilo que seu próprio julgamento e razão lhe indiquem como meios adequados a esse fim”.¹³

Esfera esta de alterações paradigmáticas que envolvem também a monopolização do direito por parte do legislador, exemplo e influência que pode ser observada em Montesquieu, mais especificamente em sua concepção liberal calcada na onipotência do legislador, isto é, na teoria da monopolização da produção jurídica por parte do legislador, o que, de fato, eliminaria os poderes intermediários e atribuiria um poder pleno, exclusivo e (i)limitado, conforme se aludiu através da separação dos poderes.¹⁴

Nesta ótica, enquanto para Montesquieu a decisão judicial deve ser uma reprodução fiel da lei (o poder de legislar não está no Judiciário), pois ao juiz não deve ser deixada qualquer liberdade de exercer atividades legislativas, o que para Beccaria predomina o princípio da estrita legalidade (especialmente em âmbito penal). A subordinação à lei faz emergir a segurança no direito, de modo que o cidadão saiba com certeza se o próprio comportamento é ou não contrário à lei.

Este movimento de revolução copernicana que afetou diretamente o direito não significou a eliminação do direito natural, pelo contrário, o direito positivo, especialmente nas concepções jusfilosóficas do racionalismo do século XVIII, resultou não em sua destruição, mas sim em ser ele recoberto,

¹² *Leviatã, Op. Cit.*, p. 74-76.

¹³ *Leviatã*, Capítulo XIV, p. 78.

¹⁴ BOBBIO. *O positivismo jurídico. Op. Cit.*, p. 38.

ou simplesmente submergido. E não é só, a concepção do direito natural como instrumento para suprimir as lacunas do direito positivo sobrevive até o momento das codificações e persiste para além delas.

2 OS PONTOS FUNDAMENTAIS DA DOUTRINA JUSPOSITIVISTA

O positivismo jurídico insere-se na concepção de Estado de direito, pois, ao partir da premissa de que o direito é fruto das casas legislativas (não só, porém com certa primazia), centra sua ideia em um direito calcado na lei, o que resultaria por limitar a atividade dos juristas à descrição da lei e à busca da vontade do legislador. Fato é que o positivismo jurídico concebido para manter o Estado liberal, resultou, em grande medida, por transformar-se, ele próprio, em ideologia, o que para muitos significa dizer que hasteou a bandeira dos defensores do *status quo* ou dos interessados em manter a situação consolidada pela lei, o que em grande medida conseguiu.¹⁵

2.1 A influência do positivismo jurídico na ciência moderna do direito

A dificuldade para definir positivismo também se encontra presente na tentativa de se conceituar o positivismo jurídico. Dificuldade esta que pode estar, ao menos inicialmente, na própria complicação em se contextualizar seu pensamento. Fato é que o fenômeno jurídico ocidental desenvolveu-se sob duas grandes correntes, sendo a (i) primeira calcada no sistema romano-germânico ou *civil law* (radicado na Europa continental, estruturou seus alicerces em normas legisladas e ganhou impulso através da técnica da codificação), e a (ii) segunda pautada no sistema da *common law* (técnica de conhecimento e aplicação do Direito especialmente baseado nas decisões judiciais, na prática e no entendimentos dos tribunais).

Nesta linha – dificuldade em se conceituar nitidamente esse entendimento –, enquanto o positivismo consiste na doutrina que afirma **o real** em detrimento do transcendente absoluto, o positivismo jurídico nada mais é do que a doutrina do direito que afirma **a realidade jurídica** em detrimento, por óbvio, também do transcendente absoluto. Ainda que

¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 3ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 32.

polêmico este entendimento entre os próprios positivistas, uma das poucas unanimidades entre os seus estudiosos, encontra-se em seu objeto de estudo: **o fenômeno jurídico**.

Pensamento este que pouca unanimidade possui em suas linhas de estudo e desenvolvimento, em que pese possuir um núcleo, um eixo, que permeia todas as suas derivações. É o que ocorre em vertentes como (i) o **historicismo**, corrente que ensejou uma crítica radical ao direito natural; (ii) o **legalismo**, fenômeno que encontra na lei manifestada sob o rótulo de código jurídico, o Código Civil francês, posteriormente rebatizado como Código Civil Napoleônico, por exemplo, seu principal expoente; (iii) o **sociologismo**, eixo do direito que corresponde às práticas sociais que se formam espontaneamente, cabendo à lei refletir tais práticas, realidades, etc.; por fim, e (iv) o **normativismo**, corrente muitas das vezes confundida diretamente com o positivismo jurídico, o que consiste em um reducionismo extremo, pois sua linha mestra, sua forma básica do direito, consiste na norma, isto é, no ato de vontade da autoridade estatal competente.

Todas estas correntes se sustentam sobre os dois princípios básicos do positivismo jurídico, quais sejam (i) a força, e (ii) a forma, isto é, o positivismo jurídico visto sob a sua ótica mais pura de manifestação, de fenômeno jurídico, que corresponde a uma ameaça ou, em outras palavras, a uma **imposição real de uma força que se apresenta sob determinada forma**.

2.2 Características fundamentais do positivo jurídico

Segundo Norberto Bobbio, sete são as características (ou problemas) essenciais que marcam historicamente o positivismo jurídico, as quais consistem (i) em uma abordagem avaliativa do direito, (ii) em uma definição do direito em função da coação, (iii) na lei como única fonte do direito, (iv) na teoria imperativa da norma, (v) em um ordenamento jurídico coerente e completo, (vi) em método da ciência jurídica que consiste no problema da interpretação, e, por fim, (vii) no positivismo jurídico como ideologia do direito, características estas que podem ser melhor detalhadas nas linhas que se seguem.¹⁶

¹⁶ BOBBIO. *O positivismo jurídico*. Op. Cit., p. 129-232.

a) O positivismo jurídico como abordagem avalorativa do direito: a resposta conferida pelo positivismo jurídico para solver o seu modo de abordar, de encarar o direito, consiste em considerá-lo como um fato e não como um valor, o que significa dizer que o jurista deve estudar o direito do mesmo modo como o cientista estuda a realidade natural, isto é, abstendo-se de formular juízos de valor.

b) A definição do direito em função da coação: a definição do direito para o positivismo jurídico pauta-se em função do elemento da coação, de onde deriva a teoria da coatividade do direito, isto é, ao considerar o direito como fato, inevitavelmente olhar-se-á para o direito em uma dada sociedade com suas normas que são feitas para valer e para serem cumpridas por meio da força.

Pode-se dizer que para a teoria clássica, a “coerção é o meio mediante o qual se fazem valer as normas jurídicas, ou, em outras palavras, o direito é um conjunto de normas que se fazem valer coativamente”, enquanto que para a teoria moderna “a coerção é o objeto das normas jurídicas ou, em outros termos, o direito é um conjunto de normas que regulam o uso da força coativa”.¹⁷

c) A lei como única fonte de qualificação: este ponto – fontes do direito – está diretamente ligado à teoria da legislação como fonte preeminente do direito positivo, o que significa dizer que “são fontes do direito aqueles fatos ou aqueles atos aos quais um determinado ordenamento jurídico atribui a competência ou a capacidade de produzir normas jurídicas”¹⁸, o que significa dizer que podem existir fontes reconhecidas e fontes delegadas, além dos costumes, da equidade (decisão do juiz) e da natureza das coisas (interessa apenas o conteúdo das normas, não o modo de sua produção).

d) A norma jurídica é imperativa: o positivismo jurídico ao responder aos problemas advindos da teoria da norma jurídica considerou-a como comando, o que resultou por formular a teoria imperativa do direito, o que pode ser positivo ou negativo, autônomo ou heterônomo, técnico ou ético.

e) Teoria do ordenamento jurídico: esta ótica não considera mais a norma isoladamente tomada, mas o conjunto de normas jurídicas vigentes

¹⁷ BOBBIO. *O positivismo jurídico. Op. Cit.*, p. 155.

¹⁸ BOBBIO. *O positivismo jurídico. Op. Cit.*, p. 161.

em uma sociedade, o que, para o positivismo jurídico, consistirá na teoria da coerência e da completude do ordenamento. Linha esta de entendimento que encontrará seu principal expoente em Hans Kelsen.

f) A função interpretativa: esta função consiste no método da ciência jurídica, isto é, no problema da interpretação (fenômeno compreendido neste ponto como toda atividade científica do jurista), o que faria prevalecer um elemento declarativo sobre o produtivo ou criativo do direito.

Em outras palavras, “o positivismo jurídico concebe a atividade da jurisprudência como sendo voltada não para produzir, mas para reproduzir o direito, isto é, para explicar com meios puramente lógico-rationais o conteúdo de normas jurídicas já dadas”.¹⁹

g) O positivismo jurídico como ideologia do direito: este ponto diz respeito à teoria da obediência, o que significa dizer que um conjunto de posições no âmbito do positivismo jurídico resulta na teoria da obediência absoluta da lei enquanto tal, o que, em um aforismo, pode ser traduzido como “lei é lei”. Entendimento que consiste em afirmar o dever absoluto ou incondicional de obedecer à lei enquanto tal, o que, evidentemente, desloca o entendimento do “plano teórico para o plano ideológico”.²⁰

3 DIREITO POSITIVO E NATURAL: UMA DICOTOMIA ENFRAQUECIDA

A Contemporaneidade²¹ emerge como a era das incertezas. O desenvolvimento tecnológico apresenta a instantaneidade como regra. Os avanços científicos possibilitam recriar a vida, ou ao menos permitem que ela se prolongue cada vez mais, enquanto que a velocidade,²² o global²³ e a fluidez²⁴ marcam as relações e as interações humanas, apontando para uma estrutura em transformação.

Percebe-se cada vez mais a passagem de uma estrutura social pautada pela dependência unilateral, onde a sujeição ou submissão de um participante a outro era a regra, para uma estrutura de interdependência, onde estas são

¹⁹ BOBBIO. *O positivismo jurídico. Op. Cit.*, p. 212.

²⁰ BOBBIO. *O positivismo jurídico. Op. Cit.*, p. 225.

²¹ A expressão Contemporaneidade está aqui sendo utilizada como sinônimo de pós-Modernidade.

²² VIRILIO, Paul. *Velocidade e Política*. Tradução de Celso Mauro Paciornik. São Paulo: Estado Liberdade, 1996.

²³ NEGRI, Antonio; HARDT, Michael. *Império*. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2001.

²⁴ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

recíprocas. Em outras palavras, as ações de cada um (indivíduo em sentido amplo), inevitavelmente, produzirão resultados sobre todos, não sendo mais possível pensar o mundo como setores estanques e sim, como algo global (um todo de ações e reações além das fronteiras territoriais e individuais).

Neste aspecto, percebe-se uma verdadeira evolução na interdependência em três fases, sendo a primeira a nuclear, isto é, fruto da natureza humana. O próprio homem reflete a necessidade da relação para sua sobrevivência, sendo ele historicamente caracterizado como “um animal político”.²⁵ Em um segundo estágio, constata-se uma interdependência relativa, onde a modernidade e suas relações mediatas produzem as chamadas “externalidades negativas”.²⁶ ²⁷ Nesse sentido, o ônus das relações acabam por afetar terceiros, fazendo necessária a regulação das relações entre sujeitos livres e na defesa dos interesses próprios, o que criaria uma contenção aos reflexos indesejados. Uma terceira e atual fase pode ser verificada como interdependência absoluta, estágio em que predomina a sociedade da interdependência,²⁸ estando presente a plena disseminação dos interesses (direitos) difusos.

Vive-se uma crise de paradigmas. Essa guinada indica um sentido, ainda que em muitas das vezes não se tenha certeza de qual é a sua verdadeira direção. Viragem esta que afeta em cheio a sociedade e, por óbvio, atinge frontalmente o direito. Passa-se por um “processo de sucateamento” das formas sintéticas e estéticas de se pensar os direitos, tendo em vista um “conjunto de fatores que produzirá o colapso dos paradigmas modernos, dos arquétipos universais, e trará as consequências mais evidentes sobre a vida cotidiana das pessoas”.²⁹

²⁵ “(...) é evidente que o Estado é uma criação da natureza e que o homem é, por natureza, um animal político. (...) É evidente que o homem é o animal mais político ... Um instituto social é implantado pela natureza humana em todos os homens ...” In: Política. Série Os Pensadores: Aristóteles. Tradução de Therezinha M. Deutsch e Baby Abrão. São Paulo: Nova Cultura, 1999, p. 146.

²⁶ VIANNA LOPES, Júlio Aurélio. A invasão do Direito: a expansão jurídica sobre o Estado, o Mercado e a Política. Rio de Janeiro: FGV, 2005.

²⁷ A externalidade ocorre no momento em que a ação de um indivíduo ou empresa afeta direta ou indiretamente outros agentes do sistema (econômico). Podendo ela ser fragmentada em externalidade positiva (as ações implicam em benefícios) ou negativas (as ações implicam em prejuízos). MORENO, José Luis Serano. Ecología e Derecho: principios de Derecho Ambiental e ecología jurídica. Granada-Espanha: Ecomares, 1992. In: BIANCHI, Patrícia Nunes Lima. Meio Ambiente: certificações ambientais e comércio internacional. Curitiba: Juruá, 2002, p. 94.

²⁸ Na sociedade Contemporânea ocorre uma crescente complexidade das configurações sociais (mais indivíduos, interdependência e externalidade), impulsionando uma “consciência” sobre essa interdependência humana. In: DE SWAAN, Abraam. In Care of the State. London: Polity Press, 1990, p. 11.

²⁹ BITTAR. Curso de Filosofia do Direito. Op. Cit., p. 691-692.

Nos dizeres de Ulrich Beck, já nos idos dos anos oitenta do século passado, percebe-se, por um lado, “um passado *ainda vigente*” insiste em caminhar ao lado de um “*futuro que já se anuncia* no presente”, e, por outro, verifica-se “o *fim dos ‘outros’*, o fim de todas as nossas bem cultivadas possibilidades de distanciamento”.³⁰ Contraste este que atinge a velha dicotomia direito positivo e natural, enfraquecendo, ou até mesmo dissolvendo, os seus bem definidos limites.

Segundo o professor Tercio Sampaio Ferraz Junior, “uma das razões do enfraquecimento operacional da dicotomia [direito positivo *versus* direito natural] pode ser localizada na promulgação constitucional dos direitos fundamentais”, instante em que o direito natural passa a ser constitucionalizado, o que significa dizer, de algum modo positivado.³¹ Nessa esteira, a inversão ocorrida desloca a precedência do direito natural, algo imanente à natureza e compulsório ao homem, para cada vez mais um direito posto, isto é, um direito estabelecido por autoridade do Estado ou pela própria sociedade civil.³²

4 O FENÔMENO NORMATIVO E O DIREITO AMBIENTAL NO BRASIL

Descrente com a política, desconfiada com a economia e incrédula com a moralidade humana a sociedade atual assiste com certo grau espanto, porém com uma relativa dose de esperança, a ascensão do direito ao centro dos debates. Tudo (ou praticamente tudo) passa a ser observado, pensado e concretizado segundo parâmetros estabelecidos pelas normas e/ou pelos princípios jurídicos, tenham eles sido legalmente instituídos ou estejam eles constitucionalmente previstos. Fato é que cada vez mais os debates e os embates antes alheios ao mundo do direito passam, atualmente, a ser deslocados ou absorvidos por esse atual e inovador fenômeno emergente em sociedade.

O fortalecimento sem igual da normatividade atual ocorre primordialmente através das instâncias públicas de regulação social, o que

³⁰ BECK, Ulrich. Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010, p. 7.

³¹ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 140.

³² FERRAZ JUNIOR. Introdução ao estudo do direito. Op. Cit., p. 141.

pode ser percebido tanto na profusão das agências reguladoras (esferas técnicas de decisão), quanto na ampliação, fortalecimento e aparelhamento do *ombudsman* (um verdadeiro agente social de mudança), além da ascensão rápida e constante dos tribunais constitucionais (o filtro constitucional expande-se ininterruptamente).

Os acontecimentos históricos, filosóficos e teóricos das últimas décadas sinalizam que ascendemos à constitucionalização do direito,³³ porém não paramos neste estágio, avançamos rapidamente rumo ao fenômeno da judicialização da política e das relações sociais,³⁴ fazendo do Poder Judiciário, especialmente da figura do juiz, uma espécie de guardião das promessas.³⁵ Percebe-se uma nítida ascensão do direito sobre campos até então a ele não reservados (mais uma dentre as inúmeras características que marcam os dias de hoje). As mudanças sociais em curso são intensas, profundas e diversificadas.³⁶

4.1 O poder regulador do direito

As questões complexas da sociedade contemporânea emergem de forma intensa e ininterrupta. Os debates sobre as consequências do fenômeno da globalização,³⁷ meio-ambiente,³⁸ atividades dos *ombudsman*,³⁹ ética pública, etc., necessitam de respostas. No entanto, diante da dificuldade de encontrá-las nas cearas tradicionais da política, da economia e da moralidade, ganha espaço o direito como questão de ordem e como parâmetro das (às) relações humanas.

³³ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 351/394.

³⁴ VIANNA, Luiz Werneck [et. all.]. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

³⁵ GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. 2ª ed. Tradução Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

³⁶ Movimento este que, ao menos no entender deste autor, sinaliza não para um fenômeno jurídico e sim para uma mudança nos paradigmas sociais. Em outras palavras, o momento atual, marcado pelo prefixo “pós” (“pós-tudo”), encontra-se permeado pela descrença e desconfiança social o que potencializa a busca por novas estabilidades, agora jurídicas, resultando em um fenômeno normativo capitaneado pelo Poder Judiciário.

³⁷ GIDDENS, Anthony. *Mundo em descontrol: o que a globalização está fazendo de nós*. Tradução de Maria Luiza X. de Borges. 3ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2003.

³⁸ LOPES, Júlio Aurélio Vianna. *Meio ambiente e políticas públicas: tradição regulatória e aspectos redistributivos emergentes*. Série Estudos, nº 90, IUPERJ, agosto de 1994.

³⁹ LOPES, Júlio Aurélio Vianna. *Democracia e Cidadania: o novo Ministério Público Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

O que se constata é uma ampla correspondência entre o dever jurídico, espelhado no cumprimento de obrigações, e o direito subjetivo que lhe é permitido exercer diante de uma não observância do primeiro. Esse movimento sinaliza que (em certa medida) o fenômeno jurídico desloca a política e absorve o mercado, passando a se impor a eles e, por outro lado, acarretando por incorporar a moral, construindo uma “moralidade armada” que desencadeará uma “era de regulação social”.

A política é uma atividade historicamente conhecida com instituidora de condutas, isto é, um comportamento que cria outros comportamentos. Fazer política significa fazer com que os outros passem a fazer, continuamente e com magnitude social, o que não faziam espontaneamente.⁴⁰

Na atualidade, porém, e sob a ampliação dos interesses difusos, o que se observa é um ir além dos indivíduos (direitos individuais), em suas relações particulares, e da coletividade (direitos coletivos), alcançando toda a sociedade (além de todas as fronteiras individuais ou coletivas).

Tendo essa orientação como regra, a soberania nacional perde espaço para o que pode ser entendido como “direito global”. Um bom exemplo desse movimento pode ser o caso do general Augusto Pinochet que, mesmo em missão oficial como senador vitalício, fora julgado e teve autorizada a sua extradição pela Câmara dos Lordes (Reino Unido). No Brasil, por exemplo, o fichamento de turistas americanos, sob a alegação do Princípio da Reciprocidade pela Justiça Federal, matéria eminentemente diplomática, segue a mesma linha de deslocamento da política pelo direito.

O que se constata é que a política, de instituidora de relações, passa a ser instituída pelo direito. Isso ocorre no momento em que o controle jurídico do fenômeno político passa a orientar condutas que eram até então apenas questões de (da) política.

O fenômeno não é diferente com a economia. Onde tudo é mercadoria, o direito visa regulamentar as relações de troca em sociedade, sendo, na verdade, um contramovimento de restrições jurídicas. Para isso, os fluxos financeiros sofrem a influência do “direito global”, as decisões empresariais passam a observar questões de responsabilidade social (e ambiental), além da cidadania passar à pauta das questões corporativas.

⁴⁰ LOPES, Júlio Aurélio Vianna. *A invasão do Direito: a expansão jurídica sobre o Estado, o Mercado e a Moral*. Rio de Janeiro: FGV, 2005.

Por fim, a vida emerge dotada de valor central. É nesse sentido que a valorização dos interesses difusos sofrerá demandas que somente possuíam indivíduos ou grupos como regra, conseqüentemente, a proteção atual se refere à sociedade como um todo. Isso não significa dizer que os direitos individuais e coletivos não existam mais e sim, que o global galga espaços diariamente.

O que ganha ênfase na atualidade é uma moralidade dotada de novas características, ou seja, diferente dos “parceiros” e “estranhos” (os envolvidos e os alheios às relações sociais), percebe-se uma espécie de dever do indivíduo para com todos. Desde as relações individuais ou coletivas até as difusas, não existem mais interesses que não tenham que observar o todo. O que se constata é o emergir de uma “moralidade armada”.⁴¹

Portanto, nesse sentido, o que se constata são demandas de dignidade. É uma verdadeira imposição das diferenças, onde a vida deve ser posta em local de destaque, não para ser deixada de lado e sim, para ser constatada por todos e em todas as ocasiões. Ela é o marco da ética (permeada pelo direito) da interdependência social absoluta que ganha forças na atualidade. Fenômeno normativo este que deve ascender pautado pela legitimidade social, sob os riscos de assim não o fazendo descambar para condutas arbitrárias.

Nesta perspectiva – ascensão do fenômeno normativo –, **o processo de evolução legislativa no Brasil em matéria de direito ambiental reflete essa guinada epistemológica em direção à natureza, passando o direito a ser o ponto de equilíbrio tanto da normalidade quanto de uma realidade normatizada.** Enfim, o direito retorna às suas bases para proteger e salvar as suas origens, protegendo e salvando a si mesmo e ao próprio ser humano.

4.2 O processo de evolução legislativa do direito ambiental no Brasil

Pode-se nitidamente perceber que o processo histórico de formação da legislação ambiental brasileira desenvolveu-se ao longo de quatro estágios, ou dimensões, enfim, linhas de expansão estas que ascenderam e incorporaram etapa por etapa os seus estágios anteriores. Operou-se, por assim dizer, uma paulatina, rotineira e crescente valorização social em matéria de proteção e preservação do ambiente.

⁴¹ LOPES. *A invasão do Direito. Op. Cit.*

Inicialmente, pode-se perceber que o foco dos normativos em matéria de ambiente estava no “processo de ocupação pelo homem”,⁴² instante em que a legislação preocupou-se com o direito de utilização do recém-descoberto e ainda por desbravar território brasileiro. Neste sentido a política de ocupação territorial traduzida pelo regime das sesmarias consiste em seu melhor exemplo. Não pode ser esquecida, nesta esteira, a Lei de Terras, Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850, normativo essencial para assegurar o direito de propriedade daqueles que detinham a posse em decorrência de concessões governamentais.

Um segundo momento ficou marcado pelo “desenvolvimento econômico”,⁴³ isto é, para cada condição de ameaça ou interesse em proteger e preservar o ambiente foram criados determinados e específicos instrumentos legais. Objetivou-se a proteção de bens ambientais na qualidade de matérias-primas, período em que se observa, por exemplo, o Código Florestal (Decreto nº 23.793, de 23 de janeiro de 1934), o Código das Águas (Decreto nº 24.643, de 10 de julho de 1934), o Estatuto da Terra (Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964), o “novo” Código Florestal (Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965), dentre outros.

O seu terceiro estágio voltou-se para o “controle técnico e territorial da população”,⁴⁴ o que significa dizer que passou a consistir na busca por tecnologias e zoneamentos para o controle industrial, além da sistematização dos recursos através de políticas públicas. É o momento dos planos de desenvolvimento ao controle setorial da poluição, o que pode ser observado através do Plano Nacional de Desenvolvimento (PND), aprovado pela Lei nº 5.272, de 4 de novembro de 1971, além da Lei nº 6.803, de 2 de julho de 1980, estabelecendo diretrizes básicas para o zoneamento industrial em áreas críticas, bem como criando zonas para fins de uso industrial.

Por fim, verifica-se que o último e derradeiro, porém atual, estágio ascende marcado pela “constitucionalização da questão ambiental”.⁴⁵ Neste instante, passam a ser incorporados instrumentos de gestão ao lado da crescente influência do princípio do desenvolvimento sustentável em

⁴² FREIRIA, Rafael Costa. Direito, gestão e políticas públicas ambientais. São Paulo: Editora Senac São Paulo, 2011, p. 26.

⁴³ FREIRIA. *Direito, gestão e políticas públicas ambientais. Op. Cit.*, p. 33.

⁴⁴ FREIRIA. *Direito, gestão e políticas públicas ambientais. Op. Cit.*, p. 86.

⁴⁵ FREIRIA. *Direito, gestão e políticas públicas ambientais. Op. Cit.*, p. 50.

matéria de políticas ambientais. Em sintonia, observa-se a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente, a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, que passou a disciplinar e a proteger o ambiente, além, é claro, do **artigo 225 da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), elevando o ambiente ao seu mais alto patamar**. Tornou-o filtro tanto para criação quanto para a interpretação e aplicação em matéria de direito ambiental.

5 CONCLUSÃO

A sociedade contemporânea (ou pós-moderna⁴⁶) passou, e continua a passar, por um período conturbado de transformações. A turbulência sacudiu, e ainda continua a sacudir, as relações sociais e institucionais em seus mais amplos e variados aspectos, fazendo necessária a emergência de salvaguardas dotadas de força normativa suficiente para serem exigidas tanto pelos partícipes diretos quanto pela sociedade em seu sentido mais amplo (difuso).

Sob tal perspectiva, este trabalho teve como finalidade estudar, entender e refletir acerca do positivismo jurídico, verificando em suas bases como e quando ocorreu a passagem da concepção jusnaturalista à positivista (ou juspositivista) que dominou, e ainda continua a dominar, em maior ou menor grau, os últimos séculos da sociedade Ocidental.

Entendidas as raízes que propiciaram a ascensão do positivismo jurídico, constatou-se que a transição não suplantou a teoria do jusnaturalismo (ao menos por completo) em detrimento da concepção doutrinária do positivismo jurídico emergente e recentemente consolidado sob as seus mais amplos matizes. Dita reflexão confirmou que há, ainda nos dias de hoje, **uma interdependência recíproca persistente**, ainda que com a formação do Estado moderno o processo de monopolização da produção jurídica tenha enfatizado o direito positivo moderno emergente sobre as demais concepções.

Fato é que esta (nova) forma de compreender o direito, e, especialmente de entender as suas fontes, refletiu, e ainda continua a refletir, um novo momento, um novo instante em que o Estado atual passa por uma profunda reconfiguração. Nesta perspectiva, o direito ao mesmo tempo em que se

⁴⁶ Segundo Ulrich Beck, “o discreto prefixo ‘pós’. Ele é a palavra-chave de nossa época. Tudo é ‘pós’. (...) ‘Pós’ é a senha...”, in: *Sociedade de risco. Op. Cit.*, p. 11.

aproxima de uma origem estatal geradora única e exclusiva do fenômeno normativo, galga novos espaços em uma sociedade emergente que busca encaixar suas bases que se esfacelam.

Percebe-se que cada vez mais o grau de importância das novas vertentes do direito, dos novos entendimentos e das novas concepções em uma sociedade atual profundamente em mutação, especialmente em face da nova e inquietante realidade que afeta tanto o direito quanto à sociedade em seus mais amplos aspectos (e espectros). Enfim, **o direito deve ser entendido como relação de interdependência, sendo um fenômeno jurídico destacado como reciprocidade.**

Constata-se, sob a orientação de uma interdependência completa, onde toda a sociedade está envolvida, o instante em que os interesses difusos emergem com bases em um novo direito. Este, em certa medida, acaba por deslocar a política (dentre os muitos exemplos, pode-se destacar o direito global, a jurisdição universal, o fortalecimento de instituições responsáveis tanto pela constitucionalidade quanto pela legalidade) e absorver o mercado (as decisões empresariais são cada vez mais pautadas pela responsabilidade social, por exemplo). Além desse movimento, o direito aproxima-se cada vez mais da moralidade, fortalecendo um direito ético, envolto em uma verdadeira invasão do fenômeno normativo sem precedentes históricos.

Portanto, a ascensão do fenômeno normativo reflete o processo de evolução legislativa em matéria de direito ambiental no Brasil, restando sinalizado claramente que o direito retorna à natureza para protegê-la e para salvá-la, salvando-se a si mesmo. Tal movimento reflete uma verdadeira guinada epistemológica, passando o direito a ser o ponto de equilíbrio tanto da normalidade quanto da realidade normatizada. Enfim, o direito ambiental, impulsionado pela ascensão e expansão normativa, passa a disciplinar e a proteger o ambiente agora alçado ao grau constitucional, confirmando ser a inversão benéfica tanto à natureza quanto ao direito e, por óbvio, à sociedade.

NATURE AND NATURE HAVE COME RETURN INTO: as the law of nature was born and she returns to save her

Abstract: The modern (or postmodern) society suffers inflows of a troubled period, endowed with uncertainties, instant safeguards endowed with normative force come on the agenda. From this perspective, the work reflected and demonstrated how and when the transition to the positivist conception of natural law (or juspositivista) occurred, noting that such a transition has not supplanted a chain over another. On the contrary, remained persistent and confirmed a reciprocal interdependence. In this perspective, the right while approaching a state of origin, climbs new spaces in an emerging society, especially in relation to politics (the scrolls), the market (it absorbs) and morality (blow up with it). Said the rise of the regulatory phenomenon reflects the process of legislative developments in environmental law in Brazil, leaving clearly signaled that the right returns to nature to protect it and to save it, saving himself. Anyway, confirming a beneficial shift in the nature both as to law and, obviously, to society.

Key-words: contemporary society, natural law, positivism, environmental law, interdependence.

BIBLIOGRAFIA

- Aristóteles. Os Pensadores. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim, vol. 4, São Paulo: Abril S/A Cultura e Indústria, 1973.
- BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BAUMAN, Zygmunt. Modernidade líquida. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.
- BECK, Ulrich. Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010.
- BIANCHI, Patrícia Numes Lima. Meio Ambiente: certificações ambientais e comércio internacional. Curitiba: Juruá, 2002.
- BITTAR, Eduardo Carlos Boanca. Curso de Filosofia do Direito. 10ª ed. São Paulo, Atlas, 2012.
- BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos Rodrigues. São Paulo: ícone, 1995.
- DE SWAAN, Abraam. In Care of the State. London: Polity Press, 1990.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

- FREIRIA, Rafael Costa. Direito, gestão e políticas públicas ambientais. São Paulo: Editora Senac São Paulo, 2011.
- FREUNS, Julien. Sociologia de Max Weber. Tradução de Luis Cláudio de Castro e Costa. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 1987.
- HIRSCHMAN, Albert O. As paixões e os interesses: argumentos políticos para o capitalismo antes do seu triunfo. Tradução de Lucia Campello. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.
- GARAPON, Antoine. O juiz e a democracia: o guardião das promessas. 2ª ed. Tradução Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 2001.
- GIDDENS, Anthony. Mundo em descontrolo: o que a globalização está fazendo de nós. Tradução de Maria Luiza X. de Borges. 3ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2003.
- LOPES, Júlio Aurélio Vianna. A invasão do Direito: a expansão jurídica sobre o Estado, o Mercado e a Moral. Rio de Janeiro: FGV, 2005.
- _____. Democracia e Cidadania: o novo Ministério Público Brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- _____. Meio ambiente e políticas públicas: tradição regulatória e aspectos redistributivos emergentes. Série Estudos, nº 90, IUPERJ, agosto de 1994.
- LUHMANN, Niklas. Sociologia do Direito I. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria geral do processo. 3ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- MILARÉ, Édís. Direito do ambiente. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- NEGRI, Antonio. Cinco lições sobre o Império. Tradução de Alba Olmi. Rio de Janeiro: DP&A, 2003.
- NEGRI, Antonio; HARDT, Michael. Império. Rio de Janeiro: Record, 2001.
- REALE, Miguel. Memórias. v. 1. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1987.
- VIANNA, Luiz Werneck [et. all.]. A jurisdição da política e das relações sociais no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 1999.
- VIRILIO, Paul. Velocidade e Política. Tradução de Celso Mauro Paciornik. São Paulo: Estado Liberdade, 1996.

DO PENSAMENTO ANTIFORMALISTA DE LÉON DUGUIT À FUNÇÃO SOCIOAMBIENTAL DA PROPRIEDADE NO DIREITO BRASILEIRO

Lucas Perez da Motta

Resumo: O presente artigo visa demonstrar como o movimento conhecido como Antiformalismo jurídico, através dos pensamentos de Léon Duguit, influenciou o Direito contemporâneo, mais precisamente, o direito brasileiro. Para tal feito, parte-se dos conceitos de “solidariedade social” e “função social da propriedade”, elaborados pelo referido jurista francês, para demonstrar, ainda que brevemente, a evolução do pensamento jurídico sobre a propriedade e seu amplíssimo conceito, chegando-se à contemporânea aceção da função socioambiental da propriedade.

Palavras-chave: Duguit, Propriedade, Meio Ambiente.

1 INTRODUÇÃO

O objeto do presente trabalho é apresentar as características basilares do Antiformalismo Jurídico e as contribuições de Léon Duguit para o pensamento jurídico contemporâneo, mais precisamente, os fundamentos e o conceito de *função social da propriedade* e sua evolução até o atual conceito de *função socioambiental da propriedade*.

Apresenta-se a relação do pensador francês com o “método sociológico” do direito, bem como sua premissa de ínsita solidariedade humana, a qual constitui a base axiológica da *função social da propriedade*.

A metodologia aplicada foi a revisão de literatura, dadas as marcantes características teóricas e abstratas do tema a ser desenvolvido. Outrossim, apresentam-se as características gerais do Antiformalismo jurídico, de forma geral, para, em seguida, adentrar-se à obra de Duguit. Em sequência, foram utilizadas algumas disposições constitucionais e legais pátrias, bem como doutrina nacional sobre o tema, com destaques para os professores José Afonso da Silva e Sílvio de Salvo Venosa.

Por oportuno, saliente-se que as teorias antiformalistas datam do final do Século XIX e início do século XX, tendo como principais expoentes os franceses: François Géný, Maurice Hauriou e Léon Duguit.

Para entender o meio imanente dos escritos de Duguit cumpre apontar que o mesmo foi Decano da Faculdade de Bordeaux e que, a partir de 1901, aderiu explicitamente aos pensamentos de Émile Durkheim e ao *positivismo sociológico* de Auguste Comte.

2 DO ANTIFORMALISMO

BILLIER¹ (2005, p. 194) aponta como “Formalistas” as teorias de Hans Kelsen e de Carré de Malberg. Por seu turno, aponta como “Antiformalistas” as teorias de Carl Schmitt (*Decisionismo*), dos Realistas (americanos e escandinavos), da “Escola do Direito Livre”, da Sociologia do Direito (Max Weber), do Pluralismo Jurídico (Duguit, Gurvitch, Hauriou e Romano) e dos Marxistas.

O Formalismo prioriza os modos de produção do Direito, isto é, a forma como a norma é construída, sem indagar sobre o seu conteúdo². Não se faz qualquer juízo de valor acerca dos valores contidos na norma jurídica. Por outro lado, o Antiformalismo introduziu uma preocupação com o conteúdo destas normas, perquirindo as matérias a serem reguladas. Parte-se do entendimento de que a estrutura jurídica não pode estar desvinculada dos fins ideológicos a serem atingidos em determinada sociedade (sem descuidar dos aspectos formais).

¹ BILLIER, Jean-Cassien. História da Filosofia do Direito. – Barueri, São Paulo: Manole, 2005.

² DRI, Clarissa Franzoi. Antiformalismo versus jusnaturalismo: uma releitura crítica. In: Revista da AJURIS, nº 116. Porto Alegre: AJURIS. V. 36, 2009.p. 113-127.

O desenvolvimento do capitalismo, o conflito de interesse das massas populares e o progresso científico, gerados após a Revolução Industrial estimularam o surgimento de interpretações questionadoras do rigor conceitualista e o afastamento entre a teoria jurídica e a dinâmica social.

Em um primeiro momento, como afirma DRI (2009, p.112), as reações observadas foram as de: Jhering (*Jurisprudência Teleológica*), Bülow (*Direito Livre*) e Marx (crítica jurídica materialista). Já em um segundo momento, perto do movimento do *Direito Livre*, na França se destacaram: Gény, Duguit e Hauriou. Sendo estes últimos grandes influenciadores do *Antiformalismo* no Direito Internacional (Scelle e Romano).

Logo, teoricamente falando, percebe-se que o termo *Antiformalismo* não tem um sentido unívoco, vez que é formado por uma miríade de teorias distintas, cada qual com sua especificidade.

Ainda assim, críticas eram feitas aos antiformalistas (DRI, 2009), tais como: expandir as fronteiras do direito para além do mundo jurídico; entender o direito vivo como resultado de exigências da produção e do consumo; e de querer um retorno à metafísica jusnaturalista.

Apesar das diferenças entre as teorias antiformalistas, o ponto em comum era o fato de afirmarem a existência de valores da vida social fundados na natureza das coisas e da humanidade, que deveriam ser traduzidos pelo direito positivo.

De fato, se o “mundo jurídico” não coincidir, ainda que minimamente, às relações sociais, não passará de um conjunto de regulamentos sem qualquer debate ou nuance popular ou democrático. Tais debates devem estar presentes no processo legislativo.

Deve-se ter em mente que o Direito também é uma ciência social, a qual não pode ser afastada das imbrincadas relações sociais, de onde se extrai sua razão de existir e seu substrato.

Pela observação das assertivas, não se pode dizer que o Antiformalismo pregue uma ausência de normas. Em verdade, solicita uma ordem normativa fundada nas relações sociais e não em uma espécie de *parnasianismo jurídico*, um sistema de “a norma pela norma”.

Parte-se do pressuposto que, como os homens tem habilidades e interesses distintos, faz-se necessária uma regulamentação para evitar certos conflitos que possam advir destas diferenças. Ao direito potestativo positivista é contraposto o direito ordenador solidário.

Assim sendo, o Direito não poderia estar alheio aos interesses sociais e individuais, pois existe exatamente para assegurar a vida coletiva.

3 LÉON DUGUIT E O MÉTODO SOCIOLÓGICO

Notícia MAZOTTI³ que o surgimento da Sociologia levou ao debate jurídico novos elementos de pesquisa da estrutura normativa, tais como observação, experimentação e comparação de dados.

Neste âmbito, Duguit, como dito, foi influenciado pelos ideais de Durkheim e Weber, afirmando que o direito é mais que a simples obra do legislador, sendo produto constante e espontâneo dos fatos.

Para ele, as leis positivadas, os códigos, poderiam subsistir intactos (com os textos rígidos), contudo, paralelamente, devido à dinâmica das relações sociais e sua dimensão prática, o próprio direito se encarregaria de criar novas instituições jurídicas. Logo, as normas positivadas, encasteladas em seus textos, perderiam sua vida.

Para Duguit, é a realidade social que fornece os dados necessários para a formulação das normas, independentemente das intenções legislativas ou do texto da lei. O discurso jurídico é produzido na realidade social.

Contrapondo-se à livre investigação da escola francesa (MAZOTTI, 2010, p. 78), o método sociológico, proposto e seguido por Duguit, não transcende as dimensões metafísicas para encontrar respostas interpretativas à lei. Tais normas são extraídas do plano social, referenciáveis através de constatações empíricas.

Nesta linha de pensamento, o Direito se identificaria com o fato social, caracterizado como unidade completa de dados, os quais permitiriam

³ MAZOTTI, Marcelo. As escolas hermenêuticas e os métodos de interpretação da lei. – Barueri, São Paulo: Minha Editora. 2010. p. 77.

uma dedução da lei. O “sociólogo-jurista” busca o ideal de Justiça como um dado real.

4 INFLUÊNCIAS DO PENSAMENTO DE DUGUIT

O renomado pensador francês teve grande influência na teoria do Direito Público, estabelecendo a noção de “serviço público” em detrimento da “soberania” e da “função social da propriedade” em detrimento do “direito subjetivo”. Para Duguit⁴, o “serviço público” é o fundamento do Estado e também o seu limite.

Acerca do ser humano, pensava que este era dotado de um senso universal de solidariedade e interdependência. Logo, dava importância ao reconhecimento inato de respeito a certas regras de conduta essenciais para uma vida em sociedade.

Desta forma, as regras jurídicas são constituídas por normas que se impõem naturalmente e igualmente a todos, inclusive aos próprios governantes⁵. O senso de solidariedade que permeia a sociedade e o Estado é tão forte que este tem o dever de se abster em qualquer ato incompatível com a “solidariedade social”.

Em que pese parecer estranho, Duguit afirmava que o Estado não é soberano, mas uma instituição que advém da necessidade de organização social do Homem. Isto pode ser demonstrado em sua obra *Fundamentos do Direito* (2009. p. 77):

“Nenhuma entidade possui o direito de mandar nos outros sem que suas determinações se conformem com as normas do direito, seja esta entidade um rei, um parlamento, um imperador ou uma assembleia popular. Portanto, a discussão acerca do fim a que se destina o Estado, ou poder político, pode ser esclarecida considerando-se que o poder político tem por fim realizar o direito, a realizar tudo que estiver ao seu alcance para assegurar o reino do direito”.

Assim sendo, para Duguit (2009, p. 81), os homens que detêm o poder

⁴ DUGUIT, Léon. *Fundamentos do Direito*. 3ª ed. – São Paulo: Martin Claret, 2009. p. 83.

⁵ Idem. p. 90.

são submetidos ao direito e a ele ligados. O Estado não só se constitui em “sujeito de direito”, mas também está submetido ao direito, apresenta-se, assim, a concepção da “personalidade jurídica do Estado”. Impossível não enxergar, nestas palavras, o chamado “Estado de Direito”.

Outro ponto que chama atenção em sua obra é o fato de apresentar duas concepções bem distintas do Direito: o direito objetivo e o direito subjetivo. Contudo, afirma que ambas se interpenetram intimamente (2009, p. 11).

Para ele, o direito objetivo (ou também a “regra de direito”) designa os valores éticos que se exigem dos indivíduos que vivem em sociedade. O respeito a tal ética implica, em âmbito social, a garantia da preservação do interesse comum e, em contrapartida, a sua violação desencadeia uma reação da coletividade no intuito de responsabilizar o autor da mesma.

Por outro lado, o direito subjetivo constitui um poder do indivíduo que integra determinada sociedade. Tal poder o capacita a obter reconhecimento social na esfera do objeto pretendido, desde que seu ato volitivo seja considerado legítimo pelo direito objetivo.

Pelas duas exposições feitas de direito objetivo e direito subjetivo, é de se notar uma preponderância do primeiro, vez que confere legitimidade para as ações perpetradas com fundamento no segundo.

5 DA SOLIDARIEDADE SOCIAL

Em sua obra já citada, *Fundamentos do Direito*, Duguit desenvolve a temática da *solidariedade social*. Começa sua explanação da seguinte forma (2009, p. 35):

“Partimos do fato incontestável de que o homem vive em sociedade, sempre viveu e só pode viver em sociedade com seu semelhante. Admitimos que a existência da sociedade é um fato primitivo e humano, e não, portanto, produto da vontade humana. Conclui-se daí que todo homem, desde o seu nascimento, integra um agrupamento humano. A par com isso, o ser humano desenvolveu uma consciência clara de sua própria individualidade; ele concebe-se como criatura individual, com necessidades, tendências e aspirações próprias. Compreende também que esses anseios não podem ser

satisfeitos se não pela vida em comunidade com outros homens. Enfim, dimensionada conforme o momento da história humana, a consciência de uma 'sociabilidade' sempre esteve presente, enquanto dependência do homem em relação à comunidade; e também a consciência da sua 'individualidade'.

Eis as premissas de base do pensamento de Duguit. É de se notar a clara marca sociológica de suas ideias. Sobre estas premissas, reafirma que não se tratam de uma afirmação *a priori*, mas de verificação positiva (DUGUIT, 2009, p. 35).

Ao considerar que grupos sociais sempre existiram e que os homens os integram sem perder a consciência de individualidade, bem como de laços de interdependência, o próprio autor se pergunta quais são tais laços e, ao mesmo tempo, responde que são o que ele próprio chama de “solidariedade social”.

Esta solidariedade vincula-se a dois elementos essenciais. O primeiro elemento dita que os homens de um mesmo grupo social são solidários entre si pois têm necessidades comuns, cuja satisfação é realizada pela vida em comum. Já o segundo elemento dita que a solidariedade advém dos anseios e aptidões diferentes, cuja satisfação se dá através de troca de serviços recíprocos (DUGUIT, 2009, p. 37).

Tendo em vista tais conceitos apresentados, Duguit denomina de “solidariedade por semelhança” e “solidariedade por divisão de trabalho”. Seja qual tipo de solidariedade prevaleça, é certo que ao se observar uma sociedade, identifica-se tal solidariedade como uma força de coesão, seja por similitude, seja por divisão de tarefas.

Conclui Duguit (2009, p. 37) que a sociedade se apresenta tanto mais forte quanto mais estreitos forem os laços de solidariedade entre seus integrantes.

6 DO DIREITO FUNDADO NA SOLIDARIEDADE SOCIAL

Talvez este seja o capítulo mais importante da obra estudada de Duguit. O próprio (2009, p. 41), partindo das premissas acima apresentadas, verifica a facilidade em fundamentar a natureza do direito na “solidariedade social”.

Para o mesmo, a sociedade só se pode manter apenas pela solidariedade firmada entre os homens que a compõe. Para que esta unidade subsista, é imperioso que os indivíduos envolvidos se submetam a regras de condutas e, tal regra, pode ser formulada como (2009, p. 41):

“Não praticar nada que possa atentar contra a solidariedade social sob qualquer das suas formas e, a par com isso, realizar toda atividade propícia a desenvolvê-la organicamente. O direito objetivo resume-se nesta fórmula, e a lei positiva, para ser legítima, deve ser a expressão e o desenvolvimento deste princípio”.

Duguit encara a regra de direito socialmente posta pelo seu fundamento, pois a mesma só tem razão de existir porque os homens vivem, necessariamente, em sociedade. Neste ponto, rejeita qualquer hipótese de existência de consciência coletiva, reputando a referida regra de consciência (ínsita) individual.

Falando em regras de direito, o ilustre pensador francês (2009, p. 42) afirma que elas mostram-se ao mesmo tempo permanentes e mutáveis. Supõe que as sociedades (todas) impliquem em solidariedade, que toda regra de conduta do homem social o leva à cooperação, e que todas as relações sociais são relações de similitude ou de divisão de tarefas.

Pelas razões acima, o próprio Duguit depreende a perenidade da regra de direito e o seu conteúdo geral, contudo, ao mesmo tempo, as formas de manifestação da “solidariedade social” podem variar e continuarão variando, como em um processo evolutivo, o que reforça sua ideia de direito extraído diretamente das relações sociais concretas.

Por certo que Duguit, ao reconhecer a dinamicidade dos fatos sociais e a estreita relação destes com o direito, não poderia deixar de ter a regra jurídica como variável e mutável, amoldando-se, desta forma, ao seu substrato: as relações sociais.

Com este pensamento de mutações, afirma (2009, p. 42) que o juriconsulto deve determinar qual a regra se conforma mais perfeitamente à estrutura de certa sociedade.

7 LIBERDADE, PROPRIEDADE E SUA RELAÇÃO – A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

Após discorrer sobre a “solidariedade social”, Duguittece alguns comentários acerca da liberdade e da propriedade (2009, pp. 43 e 44). Para ele, o próprio direito de propriedade somente deve ser atribuído a certos indivíduos que se encontrem em uma dada situação econômica. Identifica tal situação como o poder de desempenhar livremente a missão social que lhes cabe, considerando sua situação especial.

Ao relacionar o direito à liberdade e o de propriedade, aduz (2009, p. 44):

“Com a concepção da propriedade-direito-natural, surge um impasse da impossibilidade de justificar as propriedades que existam de fato, e da impossibilidade de limitar o exercício do direito de liberdade. A propriedade deve ser compreendida como uma contingência, resultante da evolução social; e o direito do proprietário, como justo e concomitantemente limitado pela missão social que se lhe incumbem em virtude da situação particular em que se encontra”.

Eis, portanto, o conceito do próprio Duguit sobre a função social da propriedade, segundo a qual ninguém pode dispor ilimitadamente de sua propriedade, devendo, portanto, atender aos anseios sociais de solidariedade.

Não sendo objeto do presente trabalho um estudo perfunctório das teorias sobre a propriedade, nem a comparação de tal instituto com outros ordenamentos jurídicos e, já estabelecidas as premissas teóricas sobre tal direito, passa-se a pontuar os aspectos mais importantes no direito pátrio.

8 DA PROPRIEDADE E SUA FUNÇÃO SOCIAL NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

De fato, ao se falar no instituto da propriedade no direito brasileiro, a maioria dos operadores do direito remete-se à sua disciplina privatística do Código Civil. Por certo, tal comportamento é fruto da formação dos mesmos nas cadeiras universitárias.

Entretanto, apesar dos fatos, não se deve olvidar dos fundamentos constitucionais da propriedade, isto é, das normas mais básicas e importantes que regulam direito tão controvertido hodiernamente.

José Afonso da Silva⁶, após apontar diversos artigos constitucionais que tratam de propriedade, afirma que esta não pode mais ser considerada como um direito individual nem como instituição do Direito Privado. Para ele, deveria ser vista como instituto do Direito Econômico.

Em suas próprias palavras (200, p. 273):

“É verdade que o art. 170 inscreve a propriedade privada e a sua função social como princípios da ordem econômica (incs. II e III). Isso tem importância, porque, então, embora prevista entre os direitos individuais, ela não mais poderá ser considerada puro direito individual, relativizando-se seu conceito e significado, especialmente porque os princípios da ordem econômica são preordenados à vista da realização de seu fim: assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”.

Certo que antes de tratar da ordem econômica, a atual Constituição Republicana trata dos direitos e garantias fundamentais e, no seio de tal regulamentação, mais precisamente no art. 5º, incisos XXII e XXIII, garante o direito de propriedade e seu atendimento à função social.

É de se notar que a propriedade é regulamentada tanto por normas de direito público, quanto por normas de direito privado. Dentro desta perspectiva, Silva (2000, p. 276) afirma que a Constituição assegura o direito de propriedade, mas não apenas isso, pois estabelece também seu regime fundamental. Fica o Direito Civil responsável apenas pelas relações privadas referentes à propriedade, devendo estar em conformidade com a disciplina que a Constituição lhe impõe.

Não se pode deixar de ressaltar importante entendimento desenvolvido, principalmente, na doutrina italiana. Silva (2000, p. 277) pontua que, segundo este entendimento, a propriedade não constitui uma instituição única, mas várias instituições diferentes, em correlação com os diversos tipos de bens e de titulares.

Demonstra e exemplifica tal entendimento ao se referir à propriedade urbana, à propriedade rural, à propriedade autoral, marcas, inventos, etc.

⁶ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 18ª ed. – São Paulo: Editora Malheiros, 2000. p. 273.

Contudo, além de exemplificar, afirma Silva (2000, p. 277) que para cada regime de propriedade, incide um conjunto de normas reguladoras. Vai além, afirmando que o princípio da função social da propriedade atua diversamente, tendo em vista a destinação do bem objeto da propriedade.

As assertivas do emérito professor devem ser entendidas desde que se tenha em mente que o regime jurídico da propriedade não é apenas uma função do Direito Civil, mas de um verdadeiro complexo normativo, o qual abarca regras administrativas, urbanísticas, ambientais, empresariais e civis (todas tendo, como fundamento último, as normas constitucionais).

Tratando especificamente da função social da propriedade, Silva (2000, p. 284) adverte que o princípio não se confunde com qualquer sistema limitador da propriedade, pois estes versam sobre o exercício do direito de propriedade, enquanto a função social está relacionada à estrutura do referido direito.

Da leitura da obra supra referenciada, pode-se inferir que, atualmente, há o entendimento de que a função social integra o próprio conceito de propriedade, fazendo parte de sua estrutura e sendo impossível dissociá-los.

Partindo da premissa de que a função social estaria contida no conceito e estrutura do direito de propriedade, Silva (2000, p. 285) tece comentários acerca da aplicabilidade das normas relativas à função social da propriedade, asseverando que tais normas têm aplicabilidade imediata e que possuem plena eficácia.

O professor José A. da Silva, como relatado, é defensor de uma abordagem constitucional da função social da propriedade, argumentando que toda e qualquer regulamentação de tais normas devem ser compatíveis com a Constituição Republicana de 1988.

De fato, tem razão o referido professor, contudo, dada a histórica importância da propriedade, ligada à evolução de seu próprio conceito, não se poderia deixar de analisar como a regulamentação civil tratou do direito de propriedade e sua função social.

9 DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

Ainda que não seja objeto principal do presente trabalho analisar a regulamentação privada da *função social da propriedade* no Direito brasileiro, é de se notar a importância histórica do direito de propriedade neste âmbito.

Segundo o professor Venosa⁷ a propriedade é um fato preexistente ao ordenamento jurídico. É um fato do mundo natural e que se submete à vontade de um sujeito, recebendo proteção jurídica.

O mesmo professor aponta que em certo período a propriedade fora entendida como direito absoluto, nos moldes do Código Civil de Napoleão. Porém, como demonstrado, Duguit, posteriormente (e também em França), desenvolve o pensamento de que a propriedade deve obedecer a uma *função social*, baseada no sentimento ínsito do ser humano de *solidariedade*.

Logo, é de se afirmar que Duguit influencia o direito de propriedade de uma forma tão contundente que fora capaz de mudar um forte paradigma teórico do referido direito, o qual encontrava fortes bases teóricas no Código de Napoleão Bonaparte.

Mesmo tratando da vertente privada, deve-se conciliar a posição de José A. da Silva e de Venosa (2011, p. 1232), afirmando este:

“As vigas mestras para a utilização da propriedade estão na Lei Maior. Cabe ao legislador ordinário equacionar o justo equilíbrio entre o individual e o social. Cabe ao julgador, como vimos, traduzir esse equilíbrio e apurar os excessos no caso concreto sempre que necessário. Equilíbrio não é conflito, mas harmonização”.

Assim, falando da natureza jurídica da propriedade, seu entendimento deve avançar juntamente com a História, tendo-se sensibilidade para perceber a mudança das relações sociais em cada tempo e lugar, configurando, isto, grande desafio ao jurista (VENOSA, 2011, p. 1233).

Tendo-se visto a modificação teórica acerca da propriedade em linha

⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. Código Civil interpretado. 2ª ed. – São Paulo: Atlas, 2011. p. 1231.

resumidíssima da História, podem-se entender os dispositivos constantes do atual Código Civil brasileiro, pertinentes à propriedade e sua função social⁸:

“Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

§ 1.º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas”.

Ainda dentro do tratamento civil da matéria, e finalizando o ponto, Cassetari⁹ ressalta que a importância atual da função social da propriedade é tão grande que o próprio Código Civil elevou-a à categoria de preceito de ordem pública no parágrafo único do artigo nº 2.035.¹⁰

10 A FUNÇÃO SOCIOAMBIENTAL DA PROPRIEDADE

Em leitura do §1º do art. 1.228 do Código Civil (transcrito acima), percebe-se uma nítida preocupação com as questões ecológicas ou ambientais da propriedade, isto é, o legislador fez clara sua intenção de harmonizar o uso da propriedade com o respeito ao meio ambiente.

Em verdade, analisando sistematicamente todos os artigos constitucionais que versam sobre a função social da propriedade, não se pode chegar a outra conclusão. São eles: art. 5º, incisos XXII e XXIII; art. 170, incisos II e III; art. 173, §1º, inciso I; art. 182, *caput* e § 2º; art. 184, *caput*; art. 185, parágrafo único; e art. 186, inciso II.

Com preocupações nitidamente ambientais e de maneira mais destacada, o professor Paulo Affonso Leme Machado afirma que reconhecer a função social da propriedade não é tratá-la como ente isolado

⁸ BRASIL. Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF, 2002. Artigo 1.228 e § 1º.

⁹ CASSETARI, Christiano. Elementos de Direito Civil. – São Paulo: Saraiva, 2011. p.310.

¹⁰ Idem. Art. 2.035, Parágrafo único. “Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”.

da sociedade, mas sim uma assertiva de que a fruição da propriedade não pode legitimar a emissão de poluentes que irão invadir a esfera de direitos de outros indivíduos¹¹.

Para ele (2013, p. 180), o conteúdo do direito de propriedade não reside em um único elemento individual, mas em uma junção: fator social e o componente ambiental.

É de se reforçar este entendimento com as proposições de Humbert¹², para o qual:

“Os termos ‘função’, ‘social’, ‘meio ambiente’ e ‘propriedade’, são, isoladamente, exaustivamente referidos nos nossos diplomas legais. Mas não encontramos, é verdade, menção explícita à função socioambiental da propriedade no Direito Positivo brasileiro. Isto não significa, por si só, que não se trate de norma jurídica, pois os conceitos jurídicos ‘existirão sempre que se possa localizar no sistema normativo um complexo de normas possíveis de constituir uma unidade, isto é, sempre que caracterize algo para efeitos de direito’.”

Assim sendo, ainda que não prevista expressamente no direito positivo atual, a função socioambiental da propriedade pode ser considerada norma jurídica, e não uma mera elucubração ou criação extrajurídica (HUMBERT, 2009, p. 118).

Diante de tais entendimentos e tendo em vista os panoramas teórico, constitucional e legal traçados, diz-se que, na atualidade, a função da propriedade não é apenas social, mas socioambiental.

11 CONCLUSÃO

Através do desenvolvimento das ideias constantes no presente trabalho, foi verificado o intento do movimento Antiformalista (ainda que não unívoco) como uma tentativa de buscar, no seio social, os valores a serem refletidos pelas normas jurídicas. Em outras palavras, a dinâmica social deve permear a elaboração e aplicação de tais normas.

¹¹ MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. – São Paulo: Editora Malheiros, 2013. p. 179.

¹² HUMBERT, Georges Louis Hage. Direito Urbanístico e função socioambiental da propriedade imóvel urbana – Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 118.

Através desta aproximação entre direito e sociedade, Léon Duguit formula uma visão sociológica do direito, negando que o mesmo seja equivalente ao Estado. Em verdade, não só os diferencia, mas também coloca este subsumido ao Direito.

Ainda dentro do campo dos estudos da sociedade, compreende que o ser humano tem um sentimento inato de solidariedade, logo, as normas jurídicas devem refletir este sentimento, colocando as normas postas pela sociedade (direito objetivo) como fundamento do agir individual (direito subjetivo).

Justamente através deste sentimento inato de solidariedade social, Duguit desenvolve o conceito de *função social da propriedade*, o qual, como verificado, encontra-se presente na atual Constituição Republicana e no atual Código Civil brasileiro.

Conclui-se que, muito embora o ordenamento jurídico brasileiro não fale expressamente em *função socioambiental da propriedade*, este conceito pode ser construído a partir de uma interpretação sistemática do ordenamento e que a sua existência está implícita neste.

Abstract: This article aims to demonstrate how the movement known as legal Antiformalism, through the thoughts of Léon Duguit, influenced the contemporary Law, more precisely, the Brazilian Law. To do this, it starts from the concepts of "social solidarity" and "social function of property", generated by the said French jurist, to demonstrate, albeit briefly, the evolution of legal thought about the property and its very broad concept, and reach the contemporary meaning of the environmental function of property.

Keywords: Duguit, Property, Environment.

BIBLIOGRAFIA

- BILLIER, Jean-Cassien. História da Filosofia do Direito. – Barueri, São Paulo: Manole, 2005.
- BRASIL. Código Civil. Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF, 2002.
- CASSETARI, Christiano. Elementos de Direito Civil. – São Paulo: Saraiva, 2011.
- DRI, Clarissa Franzoi. Antiformalismo versus jusnaturalismo: uma releitura crítica. In: Revista da AJURIS, n° 116. Porto Alegre: AJURIS. V. 36, 2009.

DUGUIT, Léon. Fundamentos do Direito. 3ª ed. – São Paulo: Martin Claret, 2009.

HUMBERT, Georges Louis Hage. Direito Urbanístico e função socioambiental da propriedade imóvel urbana – Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. – São Paulo: Editora Malheiros, 2013.

MAZOTTI, Marcelo. As escolas hermenêuticas e os métodos de interpretação da lei. – Barueri, São Paulo: Minha Editora. 2010.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 18ª ed. – São Paulo: Editora Malheiros, 2000.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Código Civil interpretado. 2ª ed. – São Paulo: Atlas, 2011.

O RENASCIMENTO DA IDEIA DE COMUNIDADE INTERNACIONAL E AS NOVAS CATEGORIAS DE NORMAS DO DIREITO INTERNACIONAL

*Luis Eduardo Bianchi Cerqueira - Juiz Federal. Mestre e
Doutorando – Direito Internacional – UERJ – Rio de Janeiro/RJ*

“Nadie puede valorar sin desvalorizar, valorizar o poner em valor. Quien pone valores ya confronta con los no-valores. La ilimitada tolerância y neutralidad de posiciones y puntos de vista arbitrariamente intercambiables se convierte al punto en su contrario, en enemistad, tan pronto como las cosas se ponen seriamente concretas con el imponer y el hacer valer. El impulso hacia la validez del valor es irresistible y la contenda de quienes valoran, desvalorizan, valorizan y ponen em valor, inevitable.” (SCHMITT, 2010.p. 138).

Resumo: O presente trabalho pretende averiguar as relações existentes entre o conceito de comunidade internacional e as novas categorias de normas no Direito Internacional. Para tanto, observa inicialmente mudança no direito positivo, que passa a utilizar o termo '*comunidade internacional*', pura e simplesmente, em lugar de "*comunidade internacional dos Estados, no seu conjunto*", em importante tratado internacional.

Tal mudança traduz a ideia de um ser diverso da mera soma dos Estados nacionais, sendo que esse conceito gestáltico de comunidade internacional não é novo, mas algo que vem evoluindo, desde a Idade Média. Porém, após a Paz de Westphalia, em especial, com o fortalecimento dos Estados nacionais e do conceito de soberania nacional, transmutou-se em "*sociedade internacional*", que não possui esse caráter holístico.

Após o fim da Segunda Guerra Mundial, com o ressurgimento dos direitos humanos e dos valores no Direito, há uma retomada desse modo de ver a comunidade internacional, ente que pode sobrepor-se aos Estados e à soberania nacional, com base em ideais abstratos de moral e justiça. Nesse bojo, surgem as novas categorias de normas no Direito Internacional, com especial destaque para o *jus cogens*.

O trabalho aponta para uma imbricação profunda entre o conceito de comunidade internacional e essas novas categorizações, com a mediação dos valores.

Palavras-chave: Comunidade internacional, sociedade internacional, *jus cogens*, obrigações internacionais *erga omnes*, crime internacional, valores, Estado nacional, soberania nacional, ranqueamento de valores, direitos humanos.

1. INTRODUÇÃO

Muito se tem discutido sobre a existência e o alcance de novas categorias de normas no Direito Internacional, em especial, o *jus cogens*, as obrigações internacionais *erga omnes* e os crimes internacionais.

Porém, a ascensão de tais categorias, no panorama normativo internacional, ocorre em um momento, no qual a visão de uma sociedade internacional, composta apenas por Estados-nação soberanos, cujo princípio mais importante era o da soberania nacional, parece dar lugar a um conceito diferente, que é o da comunidade internacional.

De igual modo, a aparente neutralidade do Positivismo vai cedendo lugar ao retorno dos valores, no campo ideológico.

Seriam movimentos sincrônicos, mas não necessariamente relacionados? Em que medida poderiam relacionar-se?

2. COMUNIDADE INTERNACIONAL

Como assinala PELLET (2006.p. 419), o artigo 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, refere-se à "*comunidade internacional dos Estados, no seu conjunto*", enquanto o projeto de 2001, sobre responsabilidade civil internacional por ato ilícito, da Comissão de Direito Internacional, refere-se apenas à "*comunidade internacional*". Segundo

o ponderado doutrinador, há nessa mudança, mais do que mera nuance, porque impacta diretamente sobre as novas categorizações, tais como o *jus cogens* internacional. De igual modo, traz conseqüências para a própria noção de soberania nacional.

Com efeito, a mudança já percebida no direito positivo, apenas reflete a transformação ocorrida no campo ideológico na doutrina internacional e em alguns setores de sua jurisprudência.

Tal mudança não se limita à óbvia constatação de que os Estados-nação e o conceito de soberania nacional deixaram de apresentar a mesma força e importância, da época em que eram o centro indiscutível do sistema westphaliano. Essa é a impressão mais intuitiva que deriva da mera leitura dos dispositivos anteriormente mencionados.

Mas, há uma transformação mais sutil, que dela também decorre. O conjunto dos participantes da comunidade internacional - não mais composta exclusivamente por Estados soberanos, nessa nova forma de ver os sujeitos de direitos e deveres, na esfera internacional -, como um todo, é mais importante que a mera soma desses participantes e de suas relações interpessoais. A visão contemporânea da comunidade internacional, em oposição à velha sociedade internacional, é holística, gestáltica, distinta de suas partes.

Só em uma sociedade internacional, vista como um todo, distinto de suas partes componentes, é possível imaginar a imposição de determinadas obrigações a Estados soberanos, independentemente de qualquer assentimento prévio. Somente em tal bojo faz sentido aceitar-se o argumento de que alguns direitos são mais importantes do que outros, levando-se em conta a incrível diversidade de culturas e sistemas jurídicos, existentes no planeta. Também só faz sentido falar em condutas criminosas internacionais, que levem a um processo e julgamento em jurisdição internacional ou nacional, sem qualquer ponto de contato com a nacionalidade, local de prática da conduta ou residência do acusado. Portanto, tais transformações não são ínfimas, muito pelo contrário.

Ocorre, que esse ambiente, condição essencial para que elas se desenvolvam, que é a idéia de uma comunidade internacional, não apenas inter-estatal, com vida própria, com um ser distinto da mera soma de suas partes, não é algo novo.

3. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DO CONCEITO DE COMUNIDADE INTERNACIONAL

Esse ilustre antepassado da contemporânea comunidade internacional é o império universal cristão (MACEDO,?,p. 5), da Idade Média, a *Respublica Christiana*. E tal sociedade formaria uma comunidade política assemelhada a um Estado.

O conceito teria sido aperfeiçoado por Vitória, porque o todo orgânico de todos os povos, por ele imaginado, o *totus orbis*, seria também um princípio limitador da soberania dos príncipes, em benefício do bem comum (DELOS, 1950.p. 187/228), segundo uma parte da doutrina. Tal concepção do pensamento de Vitória, dita "*institucionalista*" (MACEDO. op. cit. p. 5), não é pacífica, mas demonstra, ao menos, no nível do discurso, uma afinidade surpreendente com o ponto de vista atual sobre o que seja a comunidade internacional.

Por influência de Aristóteles e de São Tomás, Vitória parte da existência de uma solidariedade natural entre as repúblicas (VIEJO-XIMÉNES,2004.p.359/391) do mesmo modo que ocorria no interior das repúblicas, entre os homens. Na sua visão, o mundo inteiro pode ser visto como uma só república – comunidade política organicamente estruturada, um corpo natural, do qual formam parte os senhores bárbaros e seus súditos, assim como os príncipes e as nações cristãs (Ibidem. p. 359/361).

Segundo esse ponto de vista, há uma autoridade de todo o mundo e um direito das gentes, que ordena as relações entre as repúblicas, cujo conteúdo é inderrogável e vinculante, para todas as repúblicas. Esses atributos decorreriam de uma exigência do direito natural, bem como, do fato de haver sido promulgado pela autoridade de todo o mundo, podendo apenas ser modificado por acordo entre as repúblicas (Ibidem. p. 359/361).

Interessante notar que, segundo essa linha de raciocínio, de fundo jusnaturalista, o pacto não serve para constituir uma norma de Direito Internacional, mas para desconstituir uma já existente, independente de qualquer consenso prévio.

O mundo inteiro seria uma ordem autônoma, que descansaria sobre princípios naturais, de modo que essa visão da *orbe* superaria a noção

anterior de *Respublica Christiana*. Percebe-se, na contribuição de Vitória, o caráter universal do direito comum (Ibidem p. 359/361).

É uma visão ousada, mesmo levando em conta o aparato ideológico já existente, porque, no ponto de vista tomista, existe uma gradação entre as leis naturais. A mais elevada inclui apenas as normas axiomáticas mais genéricas, sendo essa lei natural mais elevada a que é válida, para todos e para sempre, assim mesmo, em princípio. O direito natural, nessa construção tomista, só surge quando essas normas naturais mais gerais são situadas no tempo e no espaço, porque a natureza do homem é mutável, sendo esse o posteriormente alcunhado “*direito natural secundário*”. Um terceiro grau é o direito positivo, norma abstrata e genérica, fixada por uma autoridade, havendo um outro grau, formado pelas decisões judiciais em casos concretos, que é a aplicação do Direito (KAUFMANN, 2002.p.78/79).

Diz-se “*ousada*”, porque não é automática a dedução de que uma norma que regule a relação entre os diversos Estados deva ser universal, inderrogável e vinculante para todos eles, independentemente de qualquer acerto prévio, porque também não é tão evidente que normas de Direito Internacional estejam tão próximas das leis naturais assim. O doutrinador (MACEDO, 2010.p.16) assim explica o trabalho de elaboração mental, que leva à conclusão que o *jus gentium* é direito natural, segundo a doutrina tomista, *verbis*:

“O direito das gentes não é imediatamente natural, mas provem de preceitos naturais... Já o direito das gentes decorre da terceira inclinação da lei natural, ele procede não de forma absoluta, mas de modo comparativo e consecutivo. Ele não brota da essência da coisa; exige a intervenção da razão humana. Por isso, ele é considerado humano: as suas conclusões são condicionais e hipotéticas, pois dependem do arbítrio dos homens,... A concepção tomista revela-se confusa e complexa, mas nunca ambígua. O direito das gentes é sempre direito natural. Trata-se apenas de um direito natural ‘menos evidente’ do que o propriamente dito.”

É uma escolha feita, que propiciou a abertura de novas possibilidades para o Direito Internacional, ainda que, não necessariamente, tão cedo.

Mais do que isso, a concepção medieval de Direito Internacional, cujo ápice foi Vitória, pressupõe, por força de suas raízes tomistas, “*uma*

concepção jurídica escalonada, de uma 'Stufenbau', que vai da lei eterna à lei humana, passando pela mediação da lei natural (REALE, 1996.p. 640), como já mencionado, o que leva a uma impossibilidade de distinção entre Direito e Moral, subordinando-se o primeiro à última, diversamente do que ocorria na Antiguidade Clássica (Ibidem.p. 640). Já no período medieval, portanto, encontram-se as sementes do ranqueamento dos valores e de sua inseparabilidade do fenômeno jurídico, bem como, da concepção de união orgânica dos povos, mediada por esse direito natural.

É bom fazer uma ressalva, para desfazer a impressão de que a História das Idéias caminha em fluxo contínuo, porque, em pleno apogeu da Idade Moderna, Kant já antecipava esse conceito de comunidade internacional, como entendido nos dias atuais.

Sem embargo, ao referir-se à comunidade ética, elabora um raciocínio bastante similar ao que funda os direitos humanos, as novas categorizações do Direito Internacional e o retorno dos valores ao Direito Internacional. Ele começa com a distinção entre indivíduos em uma pluralidade e humanidade, porque esta última é uma totalidade. Um fim de pessoas em pluralidade é primeiro um fim que cada pessoa tem, sendo apenas, consequencialmente, um fim da humanidade. Quando se trata da totalidade, um fim de pessoas nessa condição é, primeiro, um fim da humanidade e, apenas consequencialmente, um fim de cada membro dessa humanidade. Como sou membro dessa humanidade, tendo a humanidade em minha pessoa, o fim em questão é um dever diante da humanidade. A união dos seres humanos sob leis da virtude públicas é uma comunidade ética, uma sociedade ético-civil. O reino dos fins é um modelo de mundo a ser realizado como bem comum, por indivíduos sistematicamente unidos em uma totalidade (NOUR, 2004.p. 58/60).

De qualquer modo, o fim do período feudal e o surgimento do ideário do mundo moderno, antropocêntrico e racional, concede uma primazia ao individualismo, em especial, o individualismo empreendedor burguês, amparado por um Estado nacional soberano (BEAUD, 2004.p.55/59), circunstâncias que se opõem à idéia de comunidade de todos os homens.

4. DA COMUNIDADE INTERNACIONAL PARA A SOCIEDADE INTERNACIONAL

A visão solidarista do Medievo, que tem o seu auge no *totus orbis* de Vitória, vai sendo corroída, gradualmente, pela Reforma Protestante, pela progressiva interação com povos não-cristãos e pelo fortalecimento do poder temporal local, em detrimento do Papa e, posteriormente, do Imperador. De lá até aqui, são aproximadamente quatrocentos anos.

Nesse meio tempo, o sistema instituído pela Paz de Westphalia, em 1648, transitou relativamente incólume à passagem do tempo, até as atribulações das Guerras Mundiais do século XX. Ideologicamente, o sistema westphaliano era corroborado pela concepção bodiniana e hobbesiana de soberania e de seus sucessores, pela primazia da verdade científica sobre os demais conhecimentos e pelo paradigma positivista de Ciência.

Era um sistema essencialmente eurocêntrico, no qual, as soberanias continentais delinearam as extensões e traçados de suas cercas, inicialmente nas paragens européias, posteriormente, sobre o resto do mundo, estabelecendo espaços praticamente auto-suficientes, orientados em um eixo metrópole-colônias. O fim de Direito Internacional era, meramente, de assegurar tal *status quo* entre Estados soberanos, motivo pelo qual, por muito tempo, limitou-se a regular paz e guerra entre tais organismos, em tratados bilaterais.

Além disso, o fundamento consensual para explicar a existência de um governo, na esfera nacional, é considerado também válido para a sociedade internacional, no que toca à relação entre as soberanias, como decorrência do Liberalismo, ideologia que se relaciona ao poder burguês nascente (Ibidem.p.48).

Mesmo com o surgimento de um bom número de tratados multilaterais, em matérias de interesse comum das grandes potências européias (a União Postal Internacional é um exemplo desse interesse comum), ao final do século XIX e início do século XX – como resposta ao incremento comercial, decorrente da Segunda Revolução Industrial, geradora de maiores excedentes que o capitalismo industrial primitivo -, ainda assim, as premissas do sistema westphaliano não haviam, ainda, sido desafiadas.

Isso só ocorreu, quando ficou bastante evidente a falência do sistema internacional, já no século XX. Tal desafio somente surge, quando é abandonada a visão preponderante, por tantos séculos, de que uma sociedade formada por Estados independentes entre si, com equilíbrio de poder (MORGENTHAU, 1986.p.259/266), seria algo suficiente para proporcionar estabilidade (HABERMAS, 2004.p. 150) e criar condições para a resolução dos problemas existentes na esfera internacional.

Uma das explicações para o fracasso para a solução dessas questões seria a própria fraqueza do Direito Internacional, tendo sido, na década de trinta, que faltaria ao Direito Internacional os três fundamentos de um sistema judicial eficiente: compulsoriedade da jurisdição, hierarquia entre as decisões judiciais e a aplicação de precedentes, ao menos, do tribunal de mais alto nível hierárquico (MORGENTHAU.op. cit. p. 333).

Tanto o fracasso na manutenção da ordem, quanto o surgimento de novas questões a serem solucionadas (HABERMAS. op. cit. p. 129; TOMUSCHAT, ?, p. 212), provocaram uma transformação. Transformação que ainda está em andamento e que só pôde ocorrer, mediante o surgimento de determinadas condições ideais, em meados do século XX.

5. REFERENCIAIS TEÓRICOS NECESSÁRIOS PARA O RECONHECIMENTO DA EXISTÊNCIA DE UMA COMUNIDADE INTERNACIONAL E DAS NOVAS CATEGORIZAÇÕES

Com efeito, há uma premissa básica, para imaginar-se o referido todo orgânico de todos os povos. É algo que soou natural para a Antiguidade Clássica e para os pais da Igreja, mas encontra resistências no pensamento ocidental, mormente, após a vitória do Racionalismo, da Revolução Científica e do Positivismo. Essa premissa é uma visão de mundo monista, de um *concretum*, que abrange natureza e sociedade, como um cosmos (ELLSCHIED, 2002.p.259). Leis naturais e leis culturais, segundo tal ponto de vista, fazem parte de um mesmo bojo e não são criadas – porque já o foram -, são reveladas pelo intérprete, revela-se a ordem do Ser. Para tanto, basta investigar a natureza das coisas e chega-se a um direito preestabelecido, que amolda-se à complexidade da vida (Ibidem. p.259).

Modernos doutrinadores jusnaturalistas afirmam que essa natureza das coisas é algo, sim, objetivamente determinável, uma “*estrutura lógico-objetiva da realidade, cujo caráter ordenador, conforme ao Ser, constitui decisivamente o Direito*”. O autor (Ibidem. p. 259) faz referência ao pensamento de BALLWEG, em seu “*Zu Einer Lehre von der Natur der Sache*”, de 1960.

Somente partindo de uma visão de mundo monista, é possível sobrepor valores ao interesse de cada Estado soberano, é possível conceber que um direito de todos os povos seja algo maior do que aquilo acordado em tratados internacionais, assim por diante. Logo, aceitar-se a existência de um direito natural é o primeiro passo para a superação da velha ordem westphaliana. E só nesse caldo de cultura, surgem institutos como o *jus cogens*, as obrigações internacionais *erga omnes* e os crimes internacionais. Mas, isso só vai eclodir muito tempo depois.

Como assinala GOYARD-FABRE (2007.p. 1/3), o debate sobre os fundamentos da ordem jurídica – o que, logicamente, também vale para o Direito Internacional – passa, necessariamente, por um choque entre dois dogmatismos. Trata-se de uma escolha entre a explicação com base na natureza e a outra, com fulcro na convenção. O debate inicia-se com a oposição de Sócrates ao pensamento de índole convencional dos sofistas e, de lá para cá, são observados ciclos, nos quais, ora prevalece a primeira, ora a segunda (Ibidem. p. 1/3).

Sugestivamente, a oposição entre direito positivo, *nomos*, soberania – em quaisquer de suas encarnações: do monarca, do Estado, do povo – e criação legislativa, de um lado e direito natural, *physis*, espontaneidade e revelação do Direito, do outro, que existe desde tempos imemoriais, reflete bastante bem a disputa ideológica verificada nos dias de hoje. Já dizia Strauss que “*a natureza é essencialmente ocultada por decisões soberanas*” (STRAUSS, 1986.p.83).

O irônico é que as novas categorias de direitos, no Direito Internacional, somente passaram a ganhar reconhecimento e realmente fazer parte da prática jurisprudencial internacional, depois de terem sido positivadas na Carta da Organização das Nações Unidas e, posteriormente, na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (TOMUSCHAT.op. cit. p. 306/307),

ou seja, pela via convencional e pela ação das diversas soberanias. Nesse caso, as decisões soberanas revelam a natureza das coisas.

Com efeito, salienta Tomuschat que, desde que o artigo 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados foi aprovado na Conferência de 1969, o *jus cogens* tornou-se um elemento do Direito Internacional quase que universalmente reconhecido. Mais que isso, uma maioria significativa de Estados é capaz de produzir e dar efetividade a uma nova regra *jus cogens*, mesmo contra terceiros Estados soberanos recalcitrantes (Ibidem. p. 307).

Isso é particularmente importante, quando se observa que essa regra *jus cogens* pode vir a ser assim declarada – não constituída -, ainda que não haja prova de sua prática prévia (Ibidem. p. 307), como se dá no costume. O internacionalista diferencia o costume dos princípios gerais do Direito, afirmando que o primeiro é um processo “*bottom-up*” e o segundo, “*top-down*”. A relevância desse fenômeno é que ele prova a existência de uma comunidade internacional, fundada em premissas axiológicas, muito mais que na soberania (Ibidem. p. 307).

Outra dualidade envolvida na discussão sobre os fundamentos do Direito e do próprio Direito Internacional é a que diz respeito ao normativo e ao positivo. Se, por um lado, a lei é uma regra ou um princípio de ordem, por outro, ela também é a expressão prática de um hábito, uma maneira de fazer, que é estabelecida pelo uso e pela repetição. Isso repercute em um conflito entre “*dever ser*” e “*ser*”, por um lado, e entre valores e fatos, de outro (GOYARD-FABRE. op. cit. p. 9). Todas essas oposições vão desembocar em um interminável conflito, ao longo da história do Direito Internacional, como o que se dá entre normativistas e realistas das mais variadas matizes.

Tal dualidade também se reflete na questão das fontes do Direito Internacional, em sua relação com as novas categorizações, em especial, no reconhecimento de princípios gerais de Direito e costume internacional, porque há uma forte tentação de se reconhecer princípios gerais como uma “*panacéia para preencher qualquer lacuna na arquitetura do Direito Internacional, de acordo com a discricão arbitrária do advogado internacional que maneja*” (TOMUSCHAT. op. cit. p. 322), sem falar no “*costume instantâneo*”.

De igual modo, existe a discussão sobre a forma de reconhecimento do *jus cogens*, porque, tradicionalmente, as regras *jus cogens* eram tidas como de origem costumeira (TOMUSCHAT, 2006.p. 427), mas a via convencional vem sendo posta em destaque, especialmente, porque o artigo 64 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados prevê, expressamente, que é possível o surgimento de uma nova norma imperativa de Direito Internacional Geral (TAVERNIER, 2006.p. 15), o que evidencia a sua variabilidade no tempo, afastando o *jus cogens* do direito natural – tais norma mais importantes podem não ter sido assim consideradas antes - e da fonte costumeira, que exige uma decantação da tradição, por determinado período.

Existe, porém, um aspecto muito relevante, do ponto de vista teórico, que enseja debates ainda mais acirrados, que se relaciona com a questão da comunidade internacional e das novas categorizações, que diz respeito aos valores e sua relação com o Direito e, em especial, com o Direito Internacional.

6. O RETORNO DOS VALORES

Foram os horrores (BECK, 2005.p.98) e a destruição trazida pelas Guerras Mundiais do século XX, que reintroduziram um elemento essencial ao renascimento do conceito de uma unidade orgânica internacional: os valores, a reboque dos direitos humanos. O autor afirma que o auge do cosmopolitismo realista e politicamente eficaz, com o surgimento de instituições-chave, como a ONU, a CIJ, o Banco Mundial, a OTAN, a OCDE e outras, seria uma "*involuntária seqüela de Hitle*", que teria originado o "*nunca mais Auschwitz !*", máxima moral da nova Europa e impulso essencial da luta pela irrenunciabilidade dos direitos humanos.

De fato, no período pós-guerra, o crescimento da teorização sobre os direitos humanos trouxe novo vigor ao próprio jusnaturalismo (SCHMITT. op. cit. p. 107), depois de longo primado positivista (GOYARD-FABRE. op.cit.p.1/3). Em um continente intelectual regido pela Razão e pela verdade científica, pela objetividade e pelo primado do fato observável, não havia espaço para falar-se em valores.

Sem embargo, a moral no discurso da modernidade não encontrou

lugar, porque sempre foi ligada à religião e a sociedade moderna, secularizada, quando muito, só lhe permite influir na esfera privada; porque depende da Metafísica, já que denomina algo não condicionado; porque a sua pretensão de validade universal é contraditada pelo fato da sociedade – inclusive a sociedade internacional – ser composta de sociedades parciais autônomas, cada qual com a sua vinculação; dentre outros argumentos (HÖFFE, 2008.p.105/106).

E somente a sua existência, ou melhor ainda, o reconhecimento de sua importância no ordenamento jurídico, podem permitir o surgimento de conceitos como o *jus cogens*, porque ele diferencia-se dos demais direitos, apenas pelo fato de ser considerado o mais importante, em termos comparativos. Só é mais imperativo – daí o “*cogens*” – do que os demais, em razão de sua relevância (NASSER, ?,p. 21). Mas, para se chegar à conclusão de que um determinado direito é mais importante do que tantos outros existentes à sua volta, é porque estabeleceu-se uma comparação e uma escala, um ranqueamento (SCHMITT. op. cit. p. 104) entre esses Direitos, o que só foi possível, porque o intérprete também possui um ranqueamento de valores do que seja mais importante, no seu íntimo. O problema que daí deriva recai sobre quem faz esse ranqueamento e de como é possível fazer com que essa visão hierárquica dos valores mais importantes seja uma visão compartilhada pelo outro. É assim, porque *jus cogens* pressupõe hierarquia normativa (NASSER, ?, p. 163).

Tal ranqueamento de direitos e valores é realizado pelo intérprete do Direito. Ou seja, por qualquer um, por qualquer membro da sociedade. Mas, quando esse intérprete é também o aplicador do Direito, isso afeta a sociedade como um todo, porque torna-se um padrão de ranqueamento. Se isso já é bastante complicado em uma sociedade nacional, que compartilha de um mesmo direito nacional e de alguma afinidade cultural e histórica, o que dizer desse ranqueamento e da formação desse padrão na esfera internacional?

O que pode ser considerado mais importante, em termos de valores, considerando intérpretes e aplicadores ocidentais, islamitas (HÖFFE, op. cit. p.128/129 - Afirma o autor que os Estados islâmicos somente ratificaram em parte a Declaração de Direitos Humanos, de 1948, bem como, que a substitutiva Declaração dos Direitos Humanos no Islam não prevê, nem

uma garantia de direitos suscetível de ser questionada judicialmente, nem instrumentos para implantá-los. Da mesma forma, os seus autores não contam com qualquer autoridade política ou jurídica, sendo feita por um grupo de pensadores islâmicos, tendo sido aprovada, somente, pelo Conselho Islâmico da Europa), animistas e tudo o mais que compõe a diversidade étnica e cultural do planeta? Como extrair uma constante entre os diversos ordenamentos jurídicos, que diga respeito somente às regras que dirigem a relação entre os Estados e outros sujeitos de Direito Internacional?

Pergunta bastante similar é feita por Rawls, quando procura relacionar a sociedade internacional – ainda calcado em um conceito de base consensual westphaliana – e o pluralismo “razoável” (sic). O que Rawls questiona é qual poderia ser a base para uma sociedade dos povos, que leve em conta as razoáveis diferenças entre eles, com suas diferentes instituições, linguagens, culturas, histórias, localizações e experiências? O que propõe o doutrinador é o abandono de doutrinas gerais de verdade ou justiça, com sua substituição por uma razão pública, com um sentido diferente da razão pública dirigida a cidadãos iguais em uma sociedade doméstica.

Trata-se da razão pública dos povos “liberais” (sic) livres e iguais, que debatem suas relações mútuas como povos (RAWLS, 2001.p. 67). Assim, o debate de Rawls, apesar de paralelo ao travado no presente trabalho, dele se distancia por suas próprias premissas, porque ainda raciocina com uma ordem jurídica internacional ao estilo westphaliano (sociedade internacional); porque, ao mesmo tempo em que tenta resolver o aparente conflito entre o fundamento consensual e o pluralismo na sociedade internacional, é excludente, porque só concebe a busca dessa constante entre sociedades “liberais”, o que equivale a reduzir o debate às democracias liberais do Ocidente; e é procedimental, desistindo de adotar valores comuns como fundamento, mas uma razão.

Mas, assim mesmo, Rawls afirma que oito princípios de justiça do Direito Internacional são superiores aos demais (Ibidem. p. 53): liberdade e independência dos povos (soberania); cumprimento dos tratados (*pacta sunt servanda*); igualdade dos povos; não-intervenção; direito de auto-defesa; respeito aos direitos humanos; princípios limitadores da condução da guerra e dever de assistência a povos desfavorecidos (Ibidem. p. 50). Ao

elaborar a referida lista de princípios de Direito Internacional, o doutrinador faz referência a Brierly e a Nardin, que oferecem listas similares (Ibidem. p. 50), deixando claro que são os princípios familiares e tradicionais entre povos livres e democráticos, excluindo mais da metade da humanidade e a maior parte dos Estados, portanto. Existirá, segundo tais coordenadas, uma comunidade internacional, em seu sentido próprio?

O mesmo autor, não hierarquiza apenas princípios de direito, mas as próprias sociedades que compõem a sociedade internacional, em cinco tipos: existem os povos liberais; os povos decentes – que, mesmo não sendo liberais, são dignos de pertencer à sociedade internacional -; os Estados criminosos; as sociedades afetadas por condições desfavoráveis e os absolutismos benévolos (Ibidem. p. 77)!

A grande virtude de Rawls é que escreve o que muitos apenas pensam e não têm a coragem de dizer. Mas, é inegável que o seu pensamento ainda está na época da Sociedade das Nações, nas potências de primeira ordem, de segunda ordem, nos “*povos civilizados*” e tudo o mais de excludente que havia.

A existência de princípios jurídicos, que sejam gerais a todos os povos é de tal ordem complexa, que, apenas restringindo o tema ao que é proibido, tradicionalmente, só se observa de comum, dentre as variadas culturas, a vedação ao incesto e ao parricídio. Por isso, não é raro que se parta para a procedimentalização, ao invés da busca por elementos mínimos comuns, em termos morais.

Pelas mesmas razões, a prática internacional dos últimos anos tem mostrado a dificuldade em definir-se o conteúdo desse *jus cogens*. Não é difícil imaginar o porquê. Assevera a doutrina que uma das razões para que o *jus cogens*, apenas para exemplificar, não tenha o seu conteúdo melhor explicitado, na prática internacional, seja o fato da Corte Internacional de Justiça ser extremamente prudente na utilização do termo, em suas decisões, mesmo quando estaria diante de situações que o descrevem.

Sem embargo, a corte em questão é a responsável por decidir questões que envolvam a aplicação ou a interpretação dos artigos 53 ou 64 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, trocando em miúdos,

sobre *jus cogens*. Porém, apesar desse papel central que lhe é dado, ela não aplica o conceito (TAVERNIER. op. cit. p. 6). Não é que não tenha tido oportunidades, como ocorreu no Caso Barcelona Traction, onde um *obiter dictum* chegou a diferenciar as obrigações dos Estados, em relação à comunidade internacional, em seu conjunto, das obrigações surgidas em face de outro Estado (Ibidem. p. 6).

A resistência da Corte Internacional de Justiça em nomear um *jus cogens* – ao invés disso, não é incomum que utilize expressões substitutivas (“*princípios intransgressíveis do direito internacional costumeiro*” - Ibidem. p. 6 - é uma delas) – é compreensível, no sentido em que, para sua própria credibilidade, enquanto aplicadora de um direito bastante diverso do direito internacional, precisa basear-se em consenso.

Se não há um nível suficiente de consenso, diz-se “*suficiente*”, ao ponto de permitir que a decisão seja cumprida e não reste dúvidas sobre a efetividade das decisões da dita corte – o tema do cumprimento das decisões judiciais é, atualmente, um carro-chefe da doutrina realista (MORGENTHAU. op. cit. p. 330/333), em especial, norte-americana -, ela não irá, certamente, imolar-se no altar do sacrifício, em nome de um posicionamento ideológico.

Na prática da Corte Internacional de Justiça, em função de sua composição e natureza, a fruta só cai do pé, quando está realmente madura. O mesmo não se dá, quando o órgão julgador é uma corte especializada em direitos humanos, em especial, a Corte Européia de Direitos do Homem e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, as quais, não hesitam em qualificar-se como competentes para identificar regras *jus cogens*, em seu mister (TAVERNIER. op. cit. p. 7).

O fato é também bastante compreensível, porque a especialização em um tema fortemente dominado pelos valores, faz com que esse reconhecimento seja, mais do que natural, por assim dizer, um instrumento de trabalho. Não por acaso, até cortes *ad hoc*, como o Tribunal Penal para a Ex-Iugoslávia, listaram, por força de sua prática de aplicação do Direito Internacional, aqueles direitos considerados mais importantes que outros, como ocorreu com a vedação ao genocídio, a proibição da tortura ou a proteção aos civis, no curso de conflitos armados (Ibidem. p. 8). Não se pode afirmar seja uma usurpação à competência da Corte Internacional de Justiça.

Outro fato que se observa é que, a efetiva aplicação das novas categorizações, na prática do Direito Internacional, se dá *pari passu*, com o retorno dos valores para o mundo do Direito – como se, em algum momento, Direito, Sociedade e Moral estivessem realmente separados, como escaninhos da biblioteca de algum neurótico... -, por força da atuação corajosa de entes, muito mais técnicos, do que políticos, a ponto de se falar em uma judicialização da vida social internacional (Ibidem. p. 11).

Mais ainda, tal atuação somente é possível na esfera internacional, que é de *per sí*, caracteristicamente, fragmentada, porque se entende que o conjunto dos sujeitos de direitos e deveres é algo diverso do que a soma de todos os sujeitos de direitos e deveres. Caso contrário, tais cortes sequer poderiam existir, porque se trata de uma impossibilidade lógica, considerando um sistema internacional puramente calcado em consenso prévio.

De tal constatação, extrai-se uma lei: quanto mais político o órgão que vai aplicar o Direito Internacional, maior a necessidade de consenso e menor a probabilidade de serem identificadas ou determinadas normas fundamentais. Em sentido contrário, quanto mais técnico e especializado esse ente, menor a necessidade de consenso prévio, maior a possibilidade de se identificar ou determinar tais normas fundamentais.

Por outro lado, a convivência de entes aplicadores do Direito Internacional de cunho mais técnico e de natureza mais política explicita a existência de um momento de transição de uma ordem internacional baseada nos acordos interpessoais de Estados para uma ordem que transcende o interpessoal e que impõe-se, não porque ficou assim estabelecido em um tratado internacional, mas porque é justa.

Seria esse um final bonito para um artigo, mas, infelizmente, o assunto não para por aí. O campo dos valores é bastante verde, mas também é minado. É extremamente perigoso, quando se trata de um mero argumento subjetivo, em mãos erradas, sendo que as mãos erradas sempre serão as certas para alguém. É ainda mais perigoso, quando os valores morais ou ideológicos não convivem, em sua aplicação, com ideais de pluralismo e democracia. Sobre esse risco, famoso jusfilósofo já advertia, citando Hartmann (SCHMITT, op. cit. p. 140) , verbis:

"...todo valor tiene la tendencia – una vez que há ganado poder sobre una persona – de erigir-se em único tirano del éthos humano em su totalidad y, de hecho, a costa de otros valores, incluso aquellos que no se le oponen diametralmente. Por cierto, la tendencia no es inherente a los valores como tales em su esfera ideal de ser, sino más bien como poderes determinantes (o selectivos) de la sensibilidad humana al valor. Tal tiranía de los valores ya es claramente visible em los tipos unilaterales de la moral vigente y em consabida impaciência frente a uma moral extraña (incluso cuando ésta es deferente);es aun más visible cuando una persona individual está poseída por um único valor. Así se da um fanatismo de la justicia (fiat justitia, pereat mundus), que no se limita a terciar la cara al amor, para no hablar del amor al prójimo, sino también a los valores más elevados em cuanto tales."

Há inúmeras discussões sobre esse tema, como ocorre na imposição de valores a povos que deles não compartilham, por achá-los superiores (HÖFFE, op. cit. p. 129/130) - os direitos humanos "*prêt-a-porter*" (CERQUEIRA, 2006. P. 336), baseados na "*superioridade moral do Ocidente*" -, sem contudo, incluir direitos prestacionais básicos – que se relacionam com o direito à vida, por exemplo – nesse rol.

O próprio fracasso do projeto da modernidade também está relacionado com a incompetência do pensamento liberal em admitir a relativização de sua própria cultura e manter um respeito socialmente estabilizado ao outro, ao diferente (HÖFFE. op. cit. p. 154).

A discussão também existe quando as cortes de direitos humanos, em nome desse "*fanatismo de justiça*", pretendem interferir em assuntos internos de povos "*liberais e democráticos*", inclusive, em decisões de supremas cortes sobre anistia política, como ocorreu no Caso "*Gomes Lund*" ou "*Araguaia*", julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Interessante notar que o "*fanatismo de justiça*" não se manifesta com a mesma intensidade, quando os direitos humanos são violados, pelo trancafiamento *sine die* de político opositor em embaixada estrangeira, sem permitir atendimento médico, visitação, sem concessão de salvo-conduto, até o fim dos tempos.

Também não se dá, quando seres humanos são sequestrados e internados em prisão situada em paraíso tropical, sem direito ao regime das Convenções

de Genebra, porque não seriam combatentes regulares, sem formação de culpa, sem processo judicial, sem transparência, submetidos a tortura, mas, observados de perto por agentes armados de grande democracia ocidental. Tudo isso, sem qualquer reação internacional de monta.

Como salienta BECK (op. cit. p. 69), o regime dos direitos humanos reescreve a gramática do social e do político, suprimindo a diferenciação entre o nacional e o internacional, fazendo avançar a cosmopolitização interna das sociedades nacionais. Como opera? Através da obrigação auto-imposta de respeitar os direitos humanos e a democracia, sob pena de serem implantados por poderes externos, inclusive *manu militare*.

De igual modo, a interiorização local dos direitos humanos desestabiliza os regimes despóticos, tanto de dentro, como de fora. A universalização dos direitos humanos produz um vazio de legitimidade nacional e de governo, ao mesmo tempo em que os Estados são privados do atributo simbólico da plenitude de poder e da autodeterminação ilimitada. Os ditadores podem ser processados e condenados por instâncias internacionais e estrangeiras, sendo as elites dominantes locais despojadas de sua inviolabilidade e dos seus privilégios de poder, como se viu nas recentes primaveras árabes. Assim, ainda que não exista ainda um governo mundial, são os direitos humanos, corporificados pelas instâncias que os aplicam, que dizem quando estão ou não estão sendo observados, concedendo ou retirando legitimidade, abandonando Estados soberanos à legítima intervenção violenta de outros Estados, em seu nome (Ibidem. p. 69/70).

7. CONCLUSÃO

Por todo o exposto, verifica-se que a relação entre o conceito de comunidade internacional e as novas categorizações do Direito Internacional, com destaque para o *jus cogens*, não decorre de mera coincidência, mas de forte imbricação, mediada pelos valores morais, que passam por uma fase de restauração.

The Rebirth of a International Community Idea and the New Categories of Norms in the International Law

Abstract: This paper intends to demonstrate an eventual relationship between the concept of international community and the new categories of norms in International Law. Doing so, initially, observes a changing in the positive international law, who uses now the term “international community”, instead of “international community of States, in its all”, inside a very relevant international treaty.

This change gives the idea of a being distinct from the mere addition of all national States, but this gestaltic idea of international community isn't something new. It has been an evolving idea, since Middle Ages. But, specially after Westphalia treaties, when national States and sovereignty became stronger, this being has been transformed into a “international society”, who has not this holistic character.

After Second World War, when human rights and moral values inside Law had a rebirth, this point of view about international community, a being that can be able to impose itself over States and national sovereignty, based on abstract ideals of moral and justice, came back. Inside all this transformation, are growing the new categories of norms in International Law, with special remark to jus cogens.

This work points towards a deep liaison between the concept of international community and all this new categories of norms in International Law, with moral values acting as mediators.

Key Words: International community, international society, jus cogens, erga omnes obligations, international crimes, moral values, National State, national sovereignty, ranking of moral values, human rights.

BIBLIOGRAFIA

BEAUD, Michel. História do Capitalismo de 1500 aos Nossos Dias. São Paulo: Brasiliense, 2004.

BECK, Ulrich. La Mirada Cosmopolita o La Guerra es La Paz. Barcelona: Paidós, 2005.

CERQUEIRA, Luis Eduardo Bianchi. A Pretendida Universalização dos Direitos Humanos versus Realidade Cultural – O Caso Indiano. JUNIOR, Lier Pires Ferreira; MACEDO, Paulo Emilio Vauthier Borges de. (Orgs.) Direitos Humanos e Direito Internacional. Curitiba: Juruá, 2006.

DELOS, J. La Société Internationale e Les Principes de Droit Public. 2 ed. Paris: Pedone, 1950. Apud. MACEDO, Paulo Emilio Vauthier Borges de. O Mito de Francisco de Vitoria: Defensor dos Direitos dos Índios ou Patriota Espanhol? Rio de Janeiro: mimeo.

ELLSCHIED, Günther. O Problema do Direito Natural. Uma Orientação Sistemática. KAUFMANN, Artur; HASSEMER, Winfried (Org.). Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

-
- GOYARD-FABRE, Simone. Os Fundamentos da Ordem Jurídica. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- HABERMAS, Jürgen. A Inclusão do Outro. Estudos de Teoria Política. 2 ed. São Paulo: Loyola, 2004.
- HÖFFE, Otfried. El Proyecto Político de la Modernidad. Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2008.
- KAUFMANN, Arthur. A Problemática da Filosofia do Direito ao Longo da História. KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.
- MACEDO, Paulo Emilio Vauthier Borges de. A Genealogia da Noção de Direito Internacional. Rio de Janeiro: RFD, v. 1, n. 18, 2010.
- _____. O Mito de Francisco de Vitoria: Defensor dos Direitos dos Índios ou Patriota Espanhol ? Rio de Janeiro: mimeo.
- MORGENTHAU, Hans J. Política entre las Naciones. La Lucha por el Poder y la Paz. Buenos Aires: Grupo Editor Latinoamericano, 1986.
- NASSER, Salem Hikmat. Jus Cogens Ainda Esse Desconhecido. São Paulo: Revista Direito GV. Vol. 1.n.21.
- NOUR, Soraya. À Paz Perpétua de Kant. Filosofia do Direito Internacional e das Relações Internacionais. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- PELLET, Alain. Conclusions. TOMUSCHAT, Christian; THOUVENIN, Jean-Marc (Org.). The Fundamental Rules of the International Legal Order. Jus Cogens and Obligations Erga Omnes. Leiden: Martinus Nijhoff, 2006.
- RAWLS, John. El Derecho de Gentes y una Revisión de la Idea de Razón Pública. Barcelona: Paidós, 2001.
- REALE, Miguel. Filosofia do Direito. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- SCHMITT, Carl. L Tiranía de Los Valores. Buenos Aires: Hydra, 2010.
- STRAUSS, Leo. Droit Naturel et Histoire. Paris: Flammarion, 1986. Apud GOYARD-FABRE, Simone. op. cit.
- TAVERNIER, Paul. L'Identification des Règles Fondamentales, um Problème Résolu ? TOMUSCHAT, Christian; THOUVENIN, Jean-Marc (Orgs.). The Fundamental Rules of the International Legal Order. Jus Cogens and Obligations Erga Omnes. Leiden: Martinus Nijhoff, 2006.
- TOMUSCHAT, Christian. Obligations Arising for States Without or Against their Will. Haia: Recueil des Cours, (?).
- TOMUSCHAT, Christian. Concluding Remarks. TOMUSCHAT, Christian; THOUVENIN, Jean-Marc. (Orgs.). The Fundamental Rules of the International Legal Order. Jus Cogens and Obligations Erga Omnes. Leiden: Martinus Nijhoff, 2006.
- VIEJO-XIMÉNEZ, José Miguel. "Totus Orbis, qui Aliquo Modo est una Republica". Francisco de Vitoria, el Derecho de Gentes y la Expansión Atlántica Castellana. Valparaíso: Revista de Estudios Histórico-Jurídicos.n.26, 2004.

ELEIÇÕES DIRETAS NA IDADE MÉDIA: O “COUTO MIXTO”

Luiz Paulo Viveiros de Castro - Advogado com larga atuação no Direito Eleitoral, sendo professor da matéria na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro e autor do livro O Caminho e os Descaminhos de Santiago de Compostela.

Quando se fala em república democrática e eleições diretas na história moderna, logo vem à mente a independência americana e a constituição de um país que - num período em que praticamente todo o mundo conhecido era formado por reinos e impérios onde as eleições, quando haviam, eram limitadas às casas legislativas - a população elegia diretamente seus governantes, através de eleições diretas e com mandatos temporais perfeitamente definidos. Ou seja, a independência americana, na segunda metade do século XVIII, é o marco histórico do início da era republicana que viria a se expandir no Ocidente nos séculos seguintes e que atualmente é o modelo padrão de forma de governo no mundo ocidental.

No entanto, pouco se fala de uma república democrática, com os governantes eleitos diretamente pelo povo, que existiu durante cerca de sete séculos, do XII ao XIX, em plena Península Ibérica, região pouco afeita à democracia nesse período e que mesmo no século XX passou por breves hiatos de liberdade em sua triste história de sangrento totalitarismo, só conhecendo a democracia em passado muito recente. Essa república, que o historiador galego Luiz Manuel García Mañá chama de “Unha República Esquecida”, é o “Couto Mixto”, um Estado independente de Portugal e Espanha situado no vale do Rio Salas, na região fronteiriça entre a Galícia,

nos Concelhos de Calvos de Randin e Baltar, na Província de Ourense, e as terras portuguesas de Barroso, no Concelho de Montalegre, na região de Trás-os-Montes.

O “*Couto Mixto*” foi um estado independente formado por três aldeias, Santiago, Rubiás e Meaus, que teve seus direitos e privilégios reconhecidos por Foral outorgado por Sancho I (1154 – 1211) possivelmente em 1187, ainda no século XII, quando Portugal lutava para ser reconhecido como nação independente do reino de Castela e Leão. Muito embora não se tenha certeza da origem dos privilégios concedidos à população do “*Couto Mixto*”, imagina-se que tenha relação com a proximidade do Castelo da Piconha, uma fortaleza construída sobre um velho castro luso-romano de fundamental importância na defesa da fronteira entre Portugal e a Galícia quando este último reino era dependente de Castela e Leão. O Foral foi renovado por Afonso II (1185 – 1233) e Afonso III (1210 – 1279), sendo que este último condicionou os privilégios à obrigação dos habitantes do Couto de ajudarem na defesa da Piconha em caso de ataque inimigo.

A relação entre a obrigação da defesa do Castelo da Piconha e os inusitados privilégios dos habitantes do Couto é reforçada pela confirmação do antigo Foral por D. Denis (1261 – 1325), que o faz quando da restauração da fortaleza, e por D. João I, de Avis (1357 – 1433), que manda reconstruí-lo após sua completa destruição pelos castelhanos em 1388. Assim também fez D. Manuel (1495 – 1521), que concedeu novo Foral em 1515, quando mais uma vez a fortificação foi ampliada. Mas, se os privilégios dos habitantes do “*Couto Mixto*” se originaram na defesa do Castelo da Piconha, continuaram existindo durante o período da União Ibérica (1580 – 1640) quando não havia mais sentido a defesa das fronteiras dos dois reinos unificados sob a Dinastia Filipina dos Habsburgos, e mesmo depois da completa destruição da fortaleza em 1650, nas guerras que se seguiram à Restauração.

Assim, os habitantes do Couto continuaram elegendo seus governantes que tinham poderes administrativos e judiciais, tanto na esfera cível como penal, ao mesmo tempo em que legislavam sobre todos os temas de interesse da população, independentemente das leis espanholas e portuguesas. A autoridade máxima local era denominada “Juiz”, escolhido em eleição direta pela população das três aldeias para um mandato de três anos, período após o qual ele próprio deveria convocar novas eleições. O

Juiz era auxiliado por seis ajudantes, também eleitos, dois por cada uma das aldeias, chamados "*homes de acordo*", que tinham competência para resolver os litígios mais simples e aplicar penas leves. Caso houvesse recalcitrância na submissão às penalidades sentenciadas pelos "*homes de acordo*", estes requisitavam a atuação do "*vigairo de mes*", pessoa escolhida para executar as decisões e que tinha o poder de nomear *ad hoc* dois homens do povo para ajudá-lo na tarefa. Além dos "*homes de acordo*" e do "*vigairo de mes*", o Juiz era auxiliado pelos "*homes bos*" escolhidos pelos Conselhos de cada aldeia ("*Concellos dos Pobos*").

Muito embora a capital administrativa do "*Couto Mixto*" fosse a aldeia de Santiago de Rubiás, a eleição do Juiz a cada três anos era realizada em campo aberto, no vale do rio Salas, em local equidistante das três aldeias, onde os candidatos apresentavam suas propostas e planos de governo ao eleitorado antes da votação. Confirmando o "*Nihil novi sub sole*" do Eclesiastes, as regras eleitorais seculares do "*Couto Mixto*" já previam o instituto do *recall* ao determinarem que o Juiz eleito poderia ter seu mandato cassado pelos eleitores, caso não fizesse uma boa administração, o que era feito através de um plebiscito.

A legislação do Couto, com base no direito consuetudinário, era guardada numa arca de madeira com três fechaduras, a "Arca das Três Chaves", depositada na igreja de Santiago de Rubiás, sendo que só podia ser aberta com o uso simultâneo das três chaves, cada uma guardada por um representante de cada aldeia, o que significa que todas as decisões eram tomadas por unanimidade, já que o Juiz eleito, que ficava com a chave de sua aldeia, não podia abrir a arca sem a concordância dos demais. Além disso, a arca só podia ser aberta na presença, além dos detentores das chaves, de quatro homens de cada uma das aldeias, e com a presença dos "*homes de acordo*" eleitos nas mesmas. Infelizmente, muitos dos documentos seculares mantidos na Arca foram destruídos pelos soldados franceses do Marechal Soult, em 1809, quando fugiam das tropas portuguesas e inglesas comandadas por Lord Wellington. Mas, segundo *Luís Manuel García Mañá*, em seu magistral "*Couto Mixto. Unha República Esquecida*", nem tudo se perdeu, uma vez que "mais algúns dos documentos deberon de ser agochados e protexidos, xa que anos despois se atopaban de novo na arca".

Dentre os documentos guardados na Arca estavam os Forais que desde o século XII garantiam aos habitantes do Couto diversos privilégios que iam muito além da inusitada possibilidade de autogoverno em plena idade média: o direito de livre comércio com Espanha e Portugal sem pagamento de impostos, podendo vender seus produtos nas feiras e mercados dos dois países; o direito de possuir armas sem licença das autoridades; o direito de não contribuir com homens aos exércitos em caso de guerras; o direito de conceder asilo tanto a portugueses quanto a espanhóis fugitivos da justiça de seus países; o direito à liberdade de cultivo e comércio, mesmo de produtos submetidos ao monopólio (*"estanco"*) das coroas vizinhas, como o tabaco (à época chamado *"herba santa"*); e o mais que inusitado direito ao *"Camiño Privilexiado"*, uma espécie de servidão internacional que saía de Rubiás, passava por Santiago e adentrava território português até a cidade de Tourém, num percurso de aproximadamente seis quilômetros por dentro de Portugal, onde os habitantes do *"Couto Mixto"* não podiam ser incomodados pelas autoridades portuguesas por qualquer motivo, só podendo ser detidas por flagrante de homicídio.

A junção do direito de asilo a qualquer fugitivo dos dois países vizinhos com o direito ao Caminho Privilegiado por dentro de Portugal, como era de se esperar, transformou o antigo *"Couto Mixto"* num verdadeiro "valhacouto" de perseguidos da justiça, o que levou os dois reinos a se preocuparem com as conseqüências da manutenção dos privilégios feudais do Couto, principalmente depois da legislação que decretou o fim dos privilégios constitucionais dos coutos em Portugal (1834) e da *"desamortización de Mendizábal"* (1836), em Espanha, que estatizou todos os bens oriundos das obrigações feudais da igreja e dos mansos comuns.

Ademais, o *"Couto Mixto"* estava geograficamente situado na região dos *"pobos promiscuos"*, aldeias galegas situadas na raia seca entre Portugal e Espanha, onde a fronteira cortava pelo meio três vilarejos - Soutelinho da Raia, Cambedo e Lamadarcos -, fazendo com que algumas casas tivessem alguns cômodos em um país e alguns em outro, já que a linha fronteira não obedecia a acidentes naturais e passava por dentro de ruas e prédios residenciais. Em 1864, Espanha e Portugal assinaram o Tratado de Lisboa estabelecendo novos limites na fronteira entre os dois países, ignorando o direito histórico-jurídico dos habitantes do Couto e

anexando suas aldeias ao território espanhol. Portugal, por sua vez, ficou com as três “aldeias promíscuas”, também ignorando a milenar tradição galega de seus habitantes.

A história dessa interessante experiência democrática ficou esquecida por mais de um século, já que não interessava aos governos ditatoriais dos países ibéricos sua lembrança, só começando a ser resgatada após a democratização de Portugal e Espanha, já na quadra final do século XX.

OS PRINCÍPIOS DA BUSCA PELA VERDADE REAL E DO IN DUBIO PRO MISERO APLICADOS AO PROCESSO PREVIDENCIÁRIO

Marcelo Leonardo Tavares¹

Sendo a prova o meio objetivo pelo qual o espírito humano se apodera da verdade, sua eficácia será tanto maior, quanto mais clara, mais plena e mais seguramente ela induzir no espírito a crença de estarmos de posse da verdade.

A verdade, em geral, é a conformidade da noção ideológica com a realidade; a crença na percepção desta conformidade é a certeza. Ela é, portanto, um estado subjetivo da alma, podendo não corresponder à verdade objetiva.

A certeza que deve servir de base ao juízo do magistrado só pode ser aquela de que ele se acha na posse: a certeza como seu estado da alma.²

1. INTRODUÇÃO

Em que pese o desenvolvimento hoje alcançado pelo Direito Previdenciário material nos aspectos normativo, didático e científico, não

¹ Professor Adjunto de Direito Previdenciário da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Doutor em Direito Público pela UERJ/Université Panthéon-Assas. Mestre em Direito pela UERJ. Juiz Federal.

² MALATESTA, Nicola Framarino Dei. A lógica das provas em matéria criminal. Trad. Waleska Giroto Silverberg. São Paulo: Conan Editora Ltda, 1995, p. 19, 21 e 59.

vem sendo objeto de grande preocupação, por boa parte dos juristas, a construção teórica a respeito de questões processuais envolvendo esse ramo do Direito.³

Tradicionalmente, o Direito Previdenciário sempre utilizou da processualística civil para regular os procedimentos relativos às lides do seguro.

A primeira discussão que pode ser realizada em relação ao tema refere-se à necessidade ou não de uma codificação própria para atender a esse tipo de demanda, como ocorre no Direito do Trabalho.

O Direito Processual Civil é utilizado como arcabouço das disposições de procedimento em relação a diversos ramos de Direito material, como o Civil, o Administrativo, o Tributário, o Empresarial, entre outros. Da mesma forma que o Direito Previdenciário, eles também possuem determinadas peculiaridades.

A questão tratada no presente ensaio é a verificação de existência de características próprias do Direito Previdenciário que justifiquem a existência de um ramo específico de Direito Processual para solucionar essas demandas, bem como a exploração de duas questões processuais afetas às ações previdenciárias.

2. DIREITO PROCESSUAL PREVIDENCIÁRIO?

O ponto de partida do raciocínio é a constatação de que existem diferenças estruturais na demanda criminal e na trabalhista que justificam o apoio em disposições normativas específicas de solução de conflitos. Com base nesse raciocínio, somente uma diferença peculiar de grande intensidade justificaria se apartar o processo previdenciário do processo civil.

O Direito Penal é baseado na necessidade de se proporcionar ao réu, na lide, um tratamento diverso da processualística civil em virtude do especial garantismo conferido por suas normas ao indivíduo, que evidencia a proteção apoiada em determinadas disposições procedimentais que procuram resolver algumas questões, dentre as quais, destacam-se: 1) a presunção de não culpabilidade do réu, que coloca o indivíduo sempre

³ A afirmação é feita com louváveis exceções, como a da reconhecida dedicação de SAVARIS, Jose Antonio, na obra *Direito Processual Previdenciário*. Curitiba: Juruá, 2008.

no polo passivo da relação processual, sendo ônus do Estado a prova da existência do crime e da autoria; a necessidade de convencimento do cometimento da infração para a condenação, que não deve ser proferida em caso de dúvida; o direito do réu de permanecer calado e de não produzir prova contra si, de não participar de produção de prova contra seu interesse, sem que isso implique prejuízo em seu julgamento; 2) a existência de mecanismo que evite o erro judiciário ou sua perpetuação, independentemente de prazo, como é o caso da possibilidade de revisão criminal a qualquer tempo, e 3) a existência de mecanismos próprios de proteção cautelar que se refiram à privação da liberdade.

No Direito do Trabalho ocorre o mesmo, tendo em vista sua constituição histórica de organização colegiada em primeiro grau (com a participação de representante dos trabalhadores e dos empregadores, o que acabou sendo extinto); a tradicional importância de mecanismos de solução negociada das questões, mediante acordo; a necessidade de um processo executivo mais célere, em virtude da natureza alimentar das prestações; a informalidade na apresentação da lide; a oralidade; a concentração do procedimento em audiência e o procedimento dos dissídios coletivos.⁴

Existem também peculiaridades nas lides previdenciárias do Regime Geral, como a ocupação do polo passivo sempre pela autarquia previdenciária, a condição genérica de hipossuficiência econômica e informativa do autor, a natureza alimentar das verbas derivadas de um direito fundamental social, a análise de atos administrativos que são dotados de presunção de veracidade e de validade. Contudo, essas características próprias parecem não justificar, no estágio atual de desenvolvimento processual civil em todas as suas vertentes, de sistema comum e de juizado especial, que se pugne pela existência de uma codificação própria. Apesar de o Direito Previdenciário envolver lides peculiares, a intensidade da diferença em relação a outros ramos do Direito não é muito grande, como ocorre no Direito do Trabalho e no Direito Penal.

Isso não torna desnecessário, contudo, o desenvolvimento de uma

⁴ Com a extinção do julgamento colegiado em primeiro grau na Justiça do Trabalho e a modernização da processualística civil ocorrida a partir da década de noventa do século passado, com uma simplificação de ritos, a evolução da proteção de urgência, a racionalização do procedimento executivo e a criação dos procedimentos de juizados especiais, talvez não se justificasse mais a existência de uma codificação processual do Direito do Trabalho, pelo menos no que concerne aos dissídios individuais.

teoria do processo previdenciário, para que sejam evitadas injustiças materiais através de um processo não adaptado à realidade do seguro ou mal utilizado a partir da desconsideração de suas particularidades.

Pode-se concluir que, pelo menos no atual estágio, o processo previdenciário dispensaria uma normatividade codificada própria, mas não prescinde da construção de alguns parâmetros científicos específicos adequados na utilização da processualística civil.

3. DUAS QUESTÕES PROCESSUAIS PREVIDENCIÁRIAS

O devido processo legal previdenciário deve ser compreendido como a garantia, no procedimento judicial previdenciário, da mais ampla possibilidade de manifestação e de produção de prova pelas partes, de modo a se compor uma lide justa e a se decidir, com o mais alto grau de segurança e no menor espaço de tempo possíveis, a respeito da entrega ou não do bem da vida de natureza fundamental que é o benefício previdenciário, de acordo com o sistema de seguro público instituído.

No presente trabalho, serão explorados duas questões processuais importantes na lide previdenciária: 1) o princípio da busca de verdade real, e 2) a colisão entre o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular versus o princípio in dubio pro misero.

3.1. O princípio da busca da verdade real

Nas lides previdenciárias, o juiz deve buscar a verdade real, não devendo se contentar com a vontade formal.

Considerando que são os fatos controvertidos aqueles objeto de prova, isto é, os decorrentes de afirmação de uma parte e de negação de outra, o princípio dispositivo decorre do princípio da inércia judicial aplicado ao curso do processo e faz com que o magistrado, em relação aos fatos, adote uma postura passiva. Em vez de procurar se adaptar à realidade, acaba por se acomodar com as afirmações e atos de produção de prova pelas partes. Ele obedece a um raciocínio (hoje combatido mesmo em relação a alguns setores do Direito Privado, como o Direito do Consumidor) que se atém

exclusivamente à natureza privada do interesse tutelado e à conseqüente indiferença sobre os fatos tais como se apresentaram no mundo das coisas.

Essa orientação, por vezes oportuna no Direito Civil, deve ceder no Direito Previdenciário a uma postura ativa do juiz em relação à produção de prova, em virtude do interesse social em jogo (o misto de interesse público com o interesse individual de acesso a um direito fundamental); o que retira das partes uma disposição sobre os bens da vida tão ampla a ponto de infligir ao juiz a passividade.

Do lado do interesse do réu, deve-se observar que, quando o juiz se contenta com a verdade formal no processo previdenciário, ele julga a partir do que é insuficiente, pois, ao invés de buscar a verdade tal como ela realmente se deu, satisfaz-se com seu simulacro, com uma denominada verdade jurídica ou convencional, desconsiderando que, se existe uma só verdade, acabará por basear seu convencimento naquilo que é outra coisa que não a verdade.

A verdade formal da qual deriva a concessão de um benefício ou vantagem indevida é inadequada ao interesse coletivo do grupo de participantes do plano de seguro, pois pode onerá-lo indevidamente no pagamento de uma prestação ilegítima, da mesma forma que agride o interesse público da sociedade chamada a dispor de parte de seu patrimônio para sustentar o regime, em caso de necessidade de cobertura financeira.

A verdade formal é ainda mais daninha quando nega ao beneficiário uma prestação que lhe seria devida e, nesse caso, viola um direito fundamental a uma prestação de natureza alimentar necessária à manutenção da existência digna da pessoa. Sua gravidade é tamanha que, ao conduzir aquele que deixa de ter meios de subsistência ao estado de miserabilidade, viola a dignidade da pessoa humana, retira-lhe a liberdade real e causa situação de desigualdade de chances, o que é incompatível com o Estado Social Democrático de Direito.

A busca de verdade real também deriva da influência do Direito do Trabalho no Direito Previdenciário a partir da aplicação do princípio da primazia da realidade, que exige que as relações jurídicas (aqui a relação material de Direito Previdenciário) estabeleçam-se em função do que realmente tenha ocorrido e não da formalização documental.⁵

⁵ Para SÜSSEKIND, Arnaldo, MARANHÃO, Délio, VIANA, Segadas. Instituições de Direito do Trabalho. 12. edição. São Paulo: LTr Editora, 1991, p. 129, “o princípio da primazia da realidade define a verdadeira

Nesse sentido, por exemplo, caso alguém tenha sua Carteira de Trabalho e Previdência Social – CTPS – anotada como prestação de serviço de empregado doméstico, mas, de fato, trabalhe como empregado, pelo fato de exercer atividade geradora de lucro para o empregador, passa a fazer jus a um benefício acidentário, que lhe seria negado se o juiz se contentasse com a apresentação do documento e não exercesse uma postura ativa na produção da prova determinante na caracterização da filiação.

A aplicação do princípio à teoria das provas também sugere, desde logo, que se deve estar sempre atento a uma tentativa indevida de constranger o princípio constitucional da livre apreciação das provas pelo juiz. Não que a lei não o possa fazê-lo, mas somente deve utilizar a restrição, de forma contida, para garantir a incidência de outro valor merecedor de igual proteção.⁶

A busca de verdade real no devido processo legal previdenciário não deve impor vínculos desnecessários à convicção do juiz, pois cada prova tem a eficácia determinada por suas forças naturais, demonstrando mais ou menos de acordo com o conteúdo.

Mas, por outro lado, exige-se a postura judicial de demonstrar, perante as partes e a sociedade (o que, ao final, legitima o próprio funcionamento do Judiciário), as razões do convencimento, baseadas na motivação racional e na publicidade.⁷ O magistrado deve consignar os elementos que

relação jurídica estipulada pelos contratantes.” Para BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 4ª. Edição. São Paulo: LTr Editora, 2008, p. 185: “O princípio da primazia da realidade significa que as relações jurídico-trabalhistas se definem pela situação de fato, isto é, pela forma como se realizou a prestação de serviço, pouco importando o nome que lhes foi atribuído pelas partes. Despreza-se a ficção jurídica.”

⁶ Em relação à força probante dos testemunhos em audiência, o Superior Tribunal de Justiça sumulou, no enunciado no. 149: “Prova exclusivamente testemunhal não basta a comprovação da atividade rurícola, para efeito da obtenção de benefício previdenciário.” O enunciado ratifica a limitação legal contida no art. 55, § 3º, da Lei no. 8.213/91. No entanto, existem decisões que procuram não exacerbar a aplicação da súmula, como a que impede o uso da construção jurisprudencial no exame das provas em matéria de união estável, em relação à qual não há previsão legal (REsp no. 783697/GO, rel. Min. Nilson Naves, 6ª. Turma, DJ do dia 09/10/2006, p. 132), mas somente em regulamento; e outras interpretações, como a que possibilita o uso do início de prova material relativa a parte do período de tempo de contribuição que se pretenda provar, desde que exista ratificação por depoimento testemunhal referente à totalidade do tempo (AgRg no REsp no. 967.344/DF, 6ª. Turma, Min. Hamilton Carvalhido, 11/09/2007).

⁷ MALATESTA, Nicola Framarino Dei. A lógica das provas em matéria criminal. Trad. Waleska Giroto Silverberg. São Paulo: Conan Editora Ltda, 1995, p. 107 e 111, afirma: “...a convicção não deve ser a expressão de uma condição subjetiva do juiz; há de ser tal que os fatos e provas submetidas a seu julgamento, se se submetessem ao juízo desinteressado de qualquer outro homem de razão, deveriam produzir também neste aquela mesma certeza produzida no juiz....a prova, produzida para servir de apoio à convicção, deve ser a melhor que possa haver em concreto. Resulta daí a consequência de que é necessário não nos contentarmos com as provas não originais, quando podemos obter as originais, não se deve recorrer às testemunhas de

conduziram à conclusão, expressamente, seja para possibilitar a interposição mais adequada de eventual recurso, seja para garantir, a eventual julgador de segundo grau (que, em geral não conhecerá pessoalmente a parte), o conhecimento a respeito dos reais elementos usados na sentença: o juiz deve se lembrar que não produz prova apenas para si.

Para tanto, deve procurar, em audiência e no atendimento ao princípio da oralidade, uma base sólida e segura para a decisão, pondo fim à lide no menor tempo possível.

A audiência no processo previdenciário muitas vezes é essencial, não somente para se ter contato com o segurado ou dependente, fixando o convencimento também por regra de experiência e de comportamento, quanto para se verificar o estado de espírito das testemunhas.

A rápida solução da lide, por outro lado, não é sinônimo de extinção do processo com resolução do mérito de qualquer forma, mas sim de maneira a que se alcance a pacificação social. O menor tempo possível para a prolação da sentença previdenciária não é aquele que conduz ao término do feito apoiado em uma instrução insuficiente para que se atenda a determinados padrões de produtividade exigidos, sem se importar com a relevância dos valores em jogo.

Assim é que, se há necessidade de realização de audiência, que se a faça: seja para verificar se aquele que pleiteia um benefício rural possui essas características e conhece e vida no campo, seja para verificar se uma alegada companheira assume traços de afetividade com o falecido instituidor, seja para apurar determinadas condições sociais que podem ser determinantes na concessão de um benefício por invalidez cuja incapacidade, mediante mero exame clínico, restou controvertida.

A audiência no processo previdenciário, portanto, muitas vezes é esclarecedora e não deve deixar de ser realizada, se for essencial. Essa questão é um tanto complexa no sistema dos juizados especiais, em que se nota, algumas vezes, a tendência de, sob argumento da aplicação do princípio da celeridade, não se permitir a produção da prova mais adequada ao processo.

ouvir dizer, quando se pode obter a declaração original das testemunhas de ciência própria; é necessário exigir as provas subjetivamente melhores.”.

No que se refere à perícia, que é entendida como testemunho de natureza especial ou técnica,⁸ o devido processo legal previdenciário exige que o juiz escolha, dentre os profissionais de sua confiança, aquele que é mais apto a examinar especificamente uma determinada patologia, impondo-lhe que consiga esclarecer, em linguagem mais clara possível, a questão da incapacidade e suas características. É fundamental que se dê vista às partes da conclusão pericial antes da prolação da sentença, para que eventuais respostas aos quesitos possam ser impugnadas se não tiverem restado devidamente esclarecidas, com a complementação do laudo e, até mesmo, para a realização de outra perícia.

3.2. O princípio da supremacia do interesse público sobre o particular⁹ versus o princípio *in dubio pro misero*

A aplicação absoluta do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado em sede do processo previdenciário faria com que se criasse sempre um critério de presunção em favor dos argumentos da administração. O posicionamento pode ser encontrado, infelizmente, em algumas decisões que mantêm atos de cancelamento de benefícios previdenciários que, apesar de terem um procedimento que observa as prescrições formais impostas atualmente pela Lei no. 10.666/2003, é vazio na fundamentação das razões do ato de declaração de nulidade da concessão anterior do benefício. Assim, desde que a Administração Pública observasse o rito previsto em lei, não teria o ônus de demonstrar no que consistem seus elementos de convencimento para o cancelamento, bastando que notificasse o segurado, muitas vezes após décadas da concessão da aposentadoria, para trazer os documentos que deram ensejo à concessão e este não apresentasse os elementos iniciais de prova de suas relações de trabalho.

⁸ CARNELUTTI, Francesco. A prova civil. Trad. Lisa Pari Scarpa. São Paulo: Bookseller, 2005, p. 179: “a testemunha técnica (que representa um fato percebido ou deduzido à mercê de aptidões ou preparação técnicas) é do mesmo modo uma testemunha. Em outras palavras, a distinção entre perito e testemunha técnica não se fundamenta na qualidade do fato representado e, portanto na experiência técnica da pessoa que o representa, senão na existência ou não de uma incumbência para a percepção ou a dedução.”

⁹ O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado encontra uma definição clássica na obra do professor Celso Antonio Bandeira de Mello: “Trata-se de um verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o particular, como condição até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último. É pressuposto de uma ordem social estável, em que todos e cada um possam sentir-se garantidos e resguardados.”Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 60.

No entanto, parte-se do pressuposto de que o referido princípio não encontra fundamento constitucional (pelo menos no que se refere ao interesse secundário estatal), tendo em vista que a organização democrática e plural do Estado de Direito brasileiro de 1988 está apoiada na proteção dos direitos fundamentais.¹⁰ Logo, faz-se necessária a presença de uma argumentação intersubjetivamente justificada para dar-lhe respaldo.¹¹ Atualmente tem-se entendido que a contraposição do interesse individual ao público deve ser objeto de ponderação, tanto por parte do legislador, que deve atentar para a ótima realização dos valores constitucionais na lei, quanto pelo Judiciário, no caso concreto.¹² Não se nega propriamente a existência do interesse público ou a possibilidade de o Estado restringir os direitos fundamentais, apenas se sustenta que tal ação não possa ser realizada sem a devida justificativa racionalmente compreensível, para a proteção de outros valores merecedores de atenção moralmente defensável.¹³

¹⁰ SARMENTO, Daniel. Interesses Públicos vs. Interesses Privados na perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional. In (Org.): Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 58: “É visivelmente organicista a idéia de que existiria um interesse público inconfundível com os interesses pessoais dos integrantes de uma sociedade política e superior a eles. Só que, no Estado Democrático de Direito, ela não de sustenta.”

¹¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. A Supremacia do Interesse Público no Advento do Estado de Direito e na Hermenêutica do Direito Público Contemporâneo. In: SARMENTO, Daniel (Org.) Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 16: “É ainda comum a invocação do ‘interesse público’ como meio de justificar qualquer medida restritiva das liberdades públicas, como uma tentativa de fazer prevalecer um argumento não-institucional sobre um feixe harmônico de argumentos institucionais, calcados diretamente em regra jurídica positiva e objetiva, que já pondera, de maneira previamente determinada pelo Constituinte ou pelo Legislador, o valor ‘interesse público’ como o da ‘liberdade’.”

¹² ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. Revista Trimestral de Direito Público (24): 159-180. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 168: “Se eles - o interesse público e o privado - são conceitualmente inseparáveis, a prevalência de um sobre o outro fica prejudicada, bem como a contradição entre ambos. A verificação de que a administração deve orientar-se sob o influxo de interesses públicos não significa, nem poderia significar, que se estabeleça uma relação de prevalência entre os interesses públicos e privados. Interesse público como finalidade fundamental da atividade estatal e supremacia do interesse público sobre o particular não denotam o mesmo significado.”

Para BARROSO, Luís Roberto, o interesse público secundário (o da pessoa jurídica de direito público que seja parte em determinada relação jurídica) “jamais desfrutará de supremacia a priori e abstrata em face do interesse particular”. No entanto, o interesse público primário (sintetizado nos fins que cabe a ele promover: justiça, segurança e bem-estar social) “desfruta de supremacia porque não é passível de ponderação: ele é o parâmetro de ponderação.” Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 70-71.

¹³ SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a Supremacia do Interesse Público sobre o Privado e o Regime Jurídico dos Direitos Fundamentais. In SARMENTO, Daniel (Org.). Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 236: “Logo, repise-se, não existe portanto, em vista do regime jurídico de aplicação, colisão e, mormente, restrição dos direitos fundamentais, um critério universal, válido para todas as situações de colisão, de

Nesse sentido é que se afirma que o interesse do Estado, na voz do INSS, não pode prevalecer *a priori* sobre o interesse do segurado, a menos que ele represente um valor político fundamental para o sistema constitucional.

Mesmo que se sustente a aplicação do princípio no Direito Administrativo, a oposição do interesse público ao direito fundamental à prestação previdenciária de natureza alimentar altera sua força de aplicação no Direito Previdenciário.

Como exemplo, podemos verificar que, se aplicado com a mesma força concebida para o uso no Direito Administrativo, dificilmente poder-se-ia sustentar que o juiz concedesse antecipação dos efeitos da tutela, em ação previdenciária, determinando o restabelecimento de benefício por invalidez cessado pelo INSS, a partir da análise de atestados assinados por médicos privados trazidos pelo beneficiário. Haveria de prevalecer, pela aplicação da supremacia do interesse público, sempre, o laudo do médico perito do INSS, com o conseqüente indeferimento da medida de urgência.

Por outro lado, é possível aplicar o princípio para dar credibilidade a informações constantes em procedimento administrativo, partindo-se do pressuposto de que a Administração não agiria de forma deliberada para prejudicar um segurado.

De qualquer forma, a presunção da supremacia do interesse público sobre o particular, no processo previdenciário, acaba encontrando um forte fator de temperamento: o princípio *in dubio pro misero*.

O *in dubio pro misero* deriva do princípio similar utilizado no Direito do Trabalho, *in dubio pro operário*, cuja aplicação é defendida por alguns e repudiada por outros.¹⁴ Dentre os autores de obras de Direito do Trabalho que lhe são favoráveis, resta ainda discussão a respeito do âmbito de sua plena aplicação, se restrita ao Direito material ou se também ao Direito processual.¹⁵

precedência ou supremacia do interesse público sobre o privado.”.

BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit., p. 72, afirma: “Para que um direito fundamental seja restringido em favor da realização de uma meta coletiva, esta deve corresponder aos valores políticos fundamentais que a Constituição consagra, e não apenas ao ideário que ocasionalmente agrega um número maior de adeptos.”

¹⁴ Cuidando do Direito do Trabalho, CARRION, Valentin. Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho. 31ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006, afirma: “O princípio *in dubio pro misero* não existe; o que há é proteção ao hipossuficiente pela própria norma legal, que para isso é posta. Menos ainda em direito processual. Busca-se o ônus da prova; quem o tinha, e não provou, será vencido na sentença.”

¹⁵ “Outro desdobramento do princípio da proteção consiste na aplicação *in dubio pro operário*. Já sustentamos

No Direito Previdenciário, apesar de ser objeto de referência, não é comum encontrar-se obra que se proponha a definir os contornos de aplicação.¹⁶

O *in dubio pro misero* tem uso no Direito Processual Previdenciário, mas, da mesma forma que ocorre com a presunção oposta, da prevalência do interesse público sobre o particular, sofre influxos modificativos dos paradigmas desse ramo do Direito. Com isso, afirma-se que há uma aplicação diferenciada, no Direito Previdenciário, do uso dos princípios da supremacia do interesse público e do *in dubio pro misero*, respectivamente, em relação ao que ocorre no Direito Administrativo e no Direito do Trabalho, em virtude das peculiaridades da Previdência Social como um Direito que pretende garantir o interesse social a uma pretensão de direito fundamental.

Para que possamos compreender o alcance da presunção *in dubio pro misero*, é importante buscarmos o sentido dos termos presunção, dúvida e misero.

A presunção é um raciocínio que deduz o fato desconhecido do conhecido, partindo da identidade entre eles, fornecendo um bom grau de convencimento que mereça ser considerado na decisão. Se o fato

que só se deve decidir em favor do empregado quando houver fundada dúvida a respeito do alcance da lei e nunca para suprir deficiências da prova, cujo ônus lhe compete, tampouco quando implicar sacrifício do interesse público em função do interesse particular.” BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 4ª. Edição. São Paulo: LTr Editora, 2008, p. 185. No mesmo sentido, SÜSSEKIND, Arnaldo, MARANHÃO, Délio, VIANA, Segadas. Instituições de Direito do Trabalho. 12. edição. São Paulo: LTr Editora, 1991, p. 109. A favor da aplicação processual do princípio, ADAMOVICH, Eduardo Henrique Raymundo Von. Direito do Trabalho. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 9: “A regra *in dubio pro misero* comporta várias significações. Pode ser entendida como simples síntese de tudo que foi dito acima quanto às regras da norma e condição mais benéficas, como também pode-se procurar para ela sentido próprio, que justifique a sua existência isolada. Fazendo assim, o seu sentido mais próprio parece ser o de regra dirigida ao juiz do trabalho no momento de apreciar a prova no processo. Encontrando o juiz, objetivamente, dúvida quanto à formação ou não do contrato de emprego, ou ainda quanto à formação de qualquer cláusula dele ou a existência ou não de qualquer outro fato ou direito, deve escolher sempre, para julgar, a interpretação da prova mais favorável ao trabalhador, obedecendo aí não apenas aqueles limites da razoabilidade e da sustentabilidade econômico-financeira do benefício, mas também os princípios próprios do processo na Constituição e no Direito Processual do Trabalho, que limitam sua atividade jurisdicional.”

¹⁶ Como exemplo de comentário sobre o tema, MARTINEZ, Wladimir Novaes. Noções de Direito Previdenciário. Tomo I. São Paulo: LTr, 1997, p. 109: “Ocorrendo dúvida realmente, e se ela refere-se à proteção, afirma-se, como conclusão, deve ser resolvida a favor do beneficiário. Assim, pender-se-á pela filiação, presença de incapacidade, realização da necessidade, direito à prestação. Alegando-se, a tempo, certa doença ou enfermidade, e esta vem a ser a causa mortis, sem ser periciado em vida o segurado, além da pensão por morte cabe o auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez. A efetivação dessa regra interpretativa exige precauções do aplicador. Precisa estar seguro de se tratar de dúvida e inexistirem outros meios normais de dirimir a pendência. São raros os casos onde ela se instala, devendo-se orientar pelo senso comum e não usar o especial, conforme esperado de todos; e nem o inusitado, mas de acordo com o mais lógico e evidente.”

conhecido possibilita uma conclusão ordinária do outro, desconhecido, tem-se a presunção. De outra forma, o desconhecido não poderia ser presumido e dependeria da produção de prova que, uma vez ausente, faria com que o fato não contribuísse para o julgamento.

A dúvida é o grau mais baixo do estado de convencimento a respeito dos fatos, a partir, em escala descendente, da certeza e da probabilidade. Quando, na percepção de dois grupos de prova, um é desconsiderado, o convencimento fornecido pelo outro é de certeza; quando, havendo o primeiro grupo de provas em favor do beneficiário e o segundo em favor do INSS, todos julgados dignos de apreciação, pende-se a favor de um deles, há probabilidade. Quando a consideração de ambos não fornece preferência no convencimento, está-se em estado de dúvida.¹⁷

O *misero* no processo previdenciário é a parte hipossuficiente econômica e de informação. Não é o miserável na acepção do termo, mas aquele que tem considerável dificuldade, em relação ao outro (INSS), de dar conta do processo.

O *in dubio pro misero*, assim, vai exigir que o juiz esteja em estado de dúvida, antes de mais nada. Como se propõe que o magistrado assuma, no processo previdenciário, uma postura ativa na busca pela prova que levará ao conhecimento do justo, o estado de dúvida não deve surgir da aceitação passiva da dificuldade do processamento ou da busca por uma celeridade indevida. Somente quando o juiz envia todos os esforços para que haja a correta instrução do processo e, após reflexão a respeito da credibilidade dos grupos de prova, encontra-se em verdadeiro equilíbrio de convencimento, é que seria possível o uso da presunção da ocorrência dos fatos em favor do hipossuficiente. O denominado *misero* também deve ter sua condição aferida no caso concreto e não presumida (pois haveria presunção da presunção, o que não seria possível, como se todos os litigantes previdenciários fossem mais fracos economicamente e quanto à informação, em tese). A verificação, no processo, das condições objetivas de aplicação da presunção, deve ser demonstrada pelo juiz, a fim de que seja controlável mediante recurso.

Como exemplo da utilização do *in dubio pro misero* no devido processo legal previdenciário, no que se refere à produção de prova oral em

¹⁷ Como afirma MALATESTA, Nicola Framarino Dei. Op. cit., p. 87.

audiência, há a repetição de casos conhecidos de trabalhadores ruralistas cuja documentação que servia de início de prova material estava em nome do cônjuge. A presunção indica que se possa utilizá-la como início de prova em relação ao outro e que, complementada por prova oral, passa a fornecer um conjunto probatório suficiente para o convencimento.¹⁸

Quanto à perícia, a presunção *in dubio pro misero* pode convencer o juiz, por exemplo, da continuidade de uma incapacidade, em caso em que o INSS tenha concedido benefício por algumas vezes, pelo mesmo motivo, de maneira intercalada, se o perito judicial, ao responder aos quesitos formulados, afirmar não poder informar, clinicamente, que tenha ocorrido a recuperação do segurado nos períodos de alta.

O que deve ser evitado, sob pena de se utilizar a presunção indevidamente, é fazer alusão a ela como uma fórmula fácil para não se adotar postura judicial compromissada com a solução justa da lide previdenciária a partir do exame detalhado das provas e da busca pela verdade real.

O Direito Processual Previdenciário deve proporcionar, com os dois princípios analisados, subsídios para a prolação de uma decisão que pacifique a questão relativa à fruição de um direito social fundamental e que tenha compromisso com o seguro, a fim de proteger adequadamente os beneficiários, sem onerar o grupo e a sociedade de forma indevida.

CONCLUSÃO

As conclusões do presente estudo são:

O devido processo legal previdenciário deve garantir, no procedimento

¹⁸ Ver REsp no. 718759/CE, 5a. Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), rel. Min. Laurita Vaz, DJ do dia 11/04/2005, p. 381. Disponível em (<http://www.stj.gov.br/jurisprudencia>). Acesso em 03 de novembro de 2008. O âmbito de maior aplicação da presunção, no Superior Tribunal de Justiça (STJ), é a consideração, como fato novo a fim de possibilitar a propositura de ação rescisória, de prova que sempre esteve de posse do autor do processo mas nele não foi utilizada. O Tribunal algumas vezes concluiu que o segurado, por hipossuficiência de informação no caso concreto, não sabia de sua importância para a solução da lide, cuja decisão acabou-lhe sendo desfavorável na ação de conhecimento. Com base na presunção, permitiu a propositura de ação rescisória com fulcro no art. 485, IX, do CPC – fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa. Ora, a rigor, pela processualística civil, não teria havido erro de fato: o autor é que não teria juntado prova que, desde o início, estava em seu poder. É justamente a aplicação do *in dubio pro misero* que permitiu considerar este caso como de erro de julgamento para fim de rescisão da sentença na ação previdenciária. Ver AR no. 560/SP, 3ª. Seção, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 29/04/2008 Disponível em (<http://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp>). Acesso em 03 de novembro de 2008.

judicial de Previdência, a mais ampla possibilidade de manifestação e de produção de prova pelas partes, de modo a se compor uma lide justa, isto é, de forma a se decidir, com alto grau de segurança e no menor espaço de tempo possíveis, a respeito da entrega ou não do bem da vida de natureza fundamental que é o benefício previdenciário, de acordo com o sistema de seguro público instituído.

A busca de verdade real no devido processo legal previdenciário não deve impor vínculos desnecessários à convicção do juiz, pois cada prova tem uma eficácia determinada por suas forças naturais, demonstrando mais ou menos de acordo com o conteúdo.

A presunção da supremacia do interesse público sobre o particular, no processo previdenciário, acaba encontrando um forte temperamento: a aplicação do princípio *in dubio pro misero*.

O *in dubio pro misero* propõe que o magistrado assuma, no processo previdenciário, uma postura ativa na busca pela prova que levará ao conhecimento do justo. O estado de dúvida não deve surgir da aceitação passiva da dificuldade do processamento. A presunção deve ser utilizada quando o juiz envida todos os esforços para que haja a correta instrução do processo e, após reflexão a respeito da credibilidade dos grupos de prova, encontra-se ainda em verdadeiro equilíbrio de convencimento.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ADAMOVICH, Eduardo Henrique Raymundo Von. Direito do Trabalho. São Paulo: Saraiva, 2008.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. A Supremacia do Interesse Público no Advento do Estado de Direito e na Hermenêutica do Direito Público Contemporâneo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 1-22.
- ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. Revista Trimestral de Direito Público (24): 159-180. São Paulo: Malheiros, 1998.
- BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 4ª. Edição. São Paulo: LTr Editora, 2008
- BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 60.
- CARNELUTTI, Francesco. A prova civil. Trad. Lisa Pari Scarpa. São Paulo: Bookseller, 2005.
- CARRION, Valentin. Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho. 31ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006.
- MALATESTA, Nicola Framarino Dei. A lógica das provas em matéria criminal. Trad. Waleska Giroto Silverberg. São Paulo: Conan Editora Ltda, 1995.
- MARTINEZ, Wladimir Novaes. Noções de Direito Previdenciário. Tomo I. São Paulo: LTr, 1997.
- SARMENTO, Daniel. Interesses Públicos vs. Interesses Privados na perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional. In (Org.): Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 23-116.
- SAVARIS, Jose Antonio, Direito Processual Previdenciário. Curitiba: Juruá, 2008.
- SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a Supremacia do Interesse Público sobre o Privado e o Regime Jurídico dos Direitos Fundamentais. In SARMENTO, Daniel (Org.). Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 217-246.
- SÜSSEKIND, Arnaldo, MARANHÃO, Délio, VIANA, Segadas. Instituições de Direito do Trabalho. 12. edição. São Paulo: LTr Editora, 1991.

AS NOVAS RESTRIÇÕES AO DIREITO DE SER ELEITO

*Paulo Roberto Bérenger Alves Carneiro - Procurador Regional
Eleitoral*

Resumo: O presente trabalho pretende traçar um perfil do panorama do regime das inelegibilidades atualmente em vigor no Direito brasileiro, apresentando ao leitor um conceito de inelegibilidade; a forma pela qual os candidatos podem ser impugnados e a análise de alguns casos de inelegibilidades que considero mais relevantes, pois tendo em vista a natureza do presente artigo não será possível apresentar um panorama completo da Lei Complementar nº 64/90, sendo que, ao longo da apresentação dos casos, passamos também a expor e explicar as principais modificações feitas pela Lei Complementar nº 135/2010 (Lei do Ficha Limpa) ao texto original da Lei Complementar nº 64/90.

O Homem, “Animal Cívico”

Aristóteles, A Política

INTRODUÇÃO

Com este artigo pretendemos demonstrar que o quadro eleitoral do país passou por significativas mudanças desde a edição da Lei Complementar nº 135/2010.

Aquela lei foi fruto da iniciativa popular. O projeto, de iniciativa popular, foi entregue ao então Presidente da Câmara dos Deputados, Michel

Temer, no dia 29 de setembro de 2009, reunindo um milhão e trezentas mil assinaturas, o que corresponderia à participação de um por cento do eleitorado brasileiro, sendo que até a tramitação no Senado Federal, foram também entregues cerca de quinhentas mil assinaturas recolhidas por meio da campanha virtual coordenada pela organização não-governamental 'Avaaz' e mais trezentas mil assinaturas recolhidas pelo Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral. O projeto foi sancionado pelo presidente Lula no dia 04 de junho de 2010 e passou a vigorar no dia 07 de junho, a partir da publicação no Diário Oficial da União.

O novo diploma legislativo modificou substancialmente a Lei Complementar nº 64/90 que trata, dentre outras matérias, das inelegibilidades

2. AS INELEGIBILIDADES. ESPÉCIES. CONCEITO.

A cidadania pode ser analisada sob dois ângulos, a saber: a ativa e a passiva. A cidadania ativa, ou mais propriamente denominada de capacidade eleitoral ativa, é a possibilidade de eleger alguém por meio do voto. Por outro lado, cidadania passiva, ou a capacidade eleitoral passiva, é a possibilidade de ser eleito. Vamos tratar aqui especificamente do segundo aspecto da cidadania, que é a possibilidade do cidadão ser eleito.

Para que o indivíduo, isto é, o cidadão possa ser eleito é necessário que ele preencha algumas condições, sem as quais torna-se impossível sua eleição. A falta ou o impedimento destas condições essenciais ao direito de ser votado, denomina-se de inelegibilidade.

Segundo José Jairo Gomes, "denomina-se inelegibilidade ou ilegibilidade o impedimento ao exercício da cidadania passiva, de maneira que o cidadão fica impossibilitado de ser escolhido para ocupar cargo político-eletivo."

Segundo Roberto Moreira de Almeida "inelegível é a pessoa que, embora regularmente no gozo dos direitos políticos, esteja impedida de exercer temporariamente a capacidade eleitoral passiva (direito de ser votada) em razão de algum motivo relevante fixado em lei".

Já Carlos Eduardo de Oliveira Lula, define inelegibilidade de forma negativa: *"ausente a elegibilidade, presente estará a inelegibilidade. São,*

portanto, impedimentos à capacidade eleitoral passiva, circunstâncias que impedem o cidadão de pleitear a representação popular”.

Seguindo o critério de José Jairo Gomes, em obra já citada, existem várias classificações das inelegibilidades mas, para os fins a que pretendemos no presente trabalho, iremos nos ater a somente dois critérios, a saber: a) o critério temporal e b) o critério quanto à natureza.

No primeiro critério, o marco temporal é o momento do registro do candidato. Toda a inelegibilidade que surgir após o registro do candidato e a eleição, será superveniente. Isto é importante porque a ineligibilidade surgida até o registro deverá ser atacada no prazo e na forma do art. 3º e seus parágrafos da Lei Complementar nº 64/90 por meio da Ação de Impugnação de Registro de Candidatura. Por outro lado, a inelegibilidade superveniente, que é aquela surgida após o registro - e não conhecida em momento anterior ao mesmo - deverá ser atacada por meio de uma ação própria. Isto se dá, por exemplo, quando o candidato venha a ser condenado criminalmente por decisão de órgão colegiado (art. 1º, letra e, da Lei Complementar nº 64/90), quando cabível será o Recurso Contra a Expedição do Diploma (RCED), previsto no art. 262, inciso I, do Código Eleitoral.

Por outro lado, o segundo critério, relaciona-se à sede da inelegibilidade: existem aquelas previstas na própria Constituição como, por exemplo, a dos analfabetos (art. 14§4º da Constituição) e as demais, de caráter *infra-constitucional*, previstas na Lei Complementar nº 64/90. A importância desta classificação se dá porque as inelegibilidades constitucionais podem sempre ser alegadas já que quanto a elas não há preclusão. Já as inelegibilidades *infra-constitucionais* sujeitam-se aos prazos próprios previstos na legislação.

2.1. A IMPUGNAÇÃO DO REGISTRO DO CANDIDATO

Denomina-se Ação de Impugnação de Registro de Candidatura (AIRC) o meio correto para se impugnar algum candidato que não preencha as condições necessárias para obtenção do registro para o lançamento de sua candidatura para concorrer a algum cargo eletivo. Veja-se o art. 3º, da Lei Complementar nº 64/90:

Art. 3º Caberá a qualquer candidato, a partido político, coligação ou ao Ministério Público, no prazo de 5 (cinco) dias, contados da publicação do pedido de registro do candidato, impugná-lo em petição fundamentada.

§ 1º A impugnação, por parte do candidato, partido político ou coligação, não impede a ação do Ministério Público no mesmo sentido.

§ 2º Não poderá impugnar o registro de candidato o representante do Ministério Público que, nos 4 (quatro) anos anteriores, tenha disputado cargo eletivo, integrado diretório de partido ou exercido atividade político-partidária.

§ 3º O impugnante especificará, desde logo, os meios de prova com que pretende demonstrar a veracidade do alegado, arrolando testemunhas, se for o caso, no máximo de 6 (seis).

Esta impugnação pode ter como base a ausência de alguma condição de elegibilidade (art. 14§3º, da Constituição Federal), a falta de alguma formalidade legal ou a presença de alguma inelegibilidade, constitucional ou não.

Publicados os editais dos pedidos de registro dos candidatos, são legitimados para impugnação, em um prazo de 5 (cinco) dias contados da publicação, o Ministério Público Eleitoral, o candidato, o partido político e a coligação.

3. A ANÁLISE DE ALGUMAS QUESTÕES

3.1 ABUSO DO PODER POLÍTICO E ECONÔMICO

Será considerado inelegível o candidato que tiver contra si representação julgada procedente pela Justiça Eleitoral, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado, em processo de apuração de abuso de poder econômico ou político, para eleição ao qual concorre ou tenha sido diplomado, bem como para as que se realizarem nos 8(oito) anos seguintes. Veja-se os termos da lei:

Art. 1º, I, d) os que tenham contra sua pessoa representação julgada procedente pela Justiça Eleitoral, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado, em processo de apuração de abuso do poder econômico ou político, para a eleição na qual concorrem

ou tenham sido diplomados, bem como para as que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes; (Redação dada pela Lei Complementar nº 135, de 2010)

(...)

h) os detentores de cargo na administração pública direta, indireta ou fundacional, que beneficiarem a si ou a terceiros, pelo abuso do poder econômico ou político, que forem condenados em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, para a eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados, bem como para as que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes

No Direito Administraivo, Hely Lopes Meirelles, discorrendo acerca do *abuso do poder* diz que este “*ocorre quando a autoridade, embora competente para praticar o ato, ultrapassa os limites de suas atribuições ou se desvia das finalidades administrativas*”

Mais à frente, diz que “*excesso de poder ocorre quando a autoridade, embora competente para praticar o ato, vai além do permitido e se exorbita no uso de suas faculdades administrativas.*”

Destarte abuso de poder ou o seu excesso – que é uma das modalidades de abuso – ocorre sempre quando um ato, inicialmente lícito, passa a padecer de vícios que podem levar a sua invalidade porque quem o usa – no caso do Direito Administrativo, a autoridade – vai além do que lhe é permitido, exorbitando dos seus poderes.

No caso do Direito Eleitoral, existe abuso do poder econômico, quando o uso do dinheiro passa a desequilibrar o resultado das eleições. É o excesso desmedido da moeda que faz com que os candidatos menos favorecidos economicamente não tenham forças para lutar em situação de igualdade com aquele outro mais bem aquinhado. Podemos citar como exemplo, não só a distribuição direta de dinheiro mas também a existência de falsos centros sociais que, a pretexto de prestar um serviço gratuito para a população, passa a distribuir favores, como consultas médicas e dentárias, assistência jurídica, marcação de exames, distribuição de bens e mercadorias em troca dos votos dos eleitores. No Tribunal Superior Eleitoral, já foram considerados casos de abuso do poder econômico: os excessivos gastos em campanhas eleitorais, contratação de uma quantidade excessiva

de cabos eleitorais e uso indevido dos meios de comunicação. No Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Rio de Janeiro, já foram considerados atos aptos a caracterizar abuso de poder econômico: uso indevido dos meios de comunicação, ofertas de serviços odontológicos por meio de centros sociais e o desvirtuamento de propaganda institucional

Por outro lado, o abuso do poder político está caracterizado quando uma autoridade pública, abusando do seu cargo, excede os limites permitidos. Assim, por exemplo, podem ser considerados atos politicamente abusivos as seguintes condutas: o uso de material fotográfico em campanha pago com recursos públicos, ato de improbidade administrativa em momento anterior ao registro do candidato e utilização de servidores públicos em campanha eleitoral

O abuso do poder econômico e político está previsto no art. 22 e seus parágrafos e incisos da Lei Complementar nº 64/90, modificada pela Lei Complementar nº 135/2010, sendo legitimados para propor a Ação de Investigação Judicial Eleitoral, perante o Corregedor-Geral, o candidato, o partido político, a coligação e o Ministério Público Eleitoral.

Segundo o inciso XIV, julgada procedente a ação, antes ou depois do pleito eleitoral, o candidato será considerado inelegível para eleições realizadas nos 8 (oito) anos seguintes, contados do fato, além da cassação do registro ou diploma – se já houver sido diplomado.

Este inciso foi modificado pela Lei Complementar nº 135/2010, pois no direito anterior previa-se que se a ação fosse julgada em momento posterior à eleição, as peças dos autos deveriam ser remetidas para o Ministério Público Eleitoral para a propositura de uma nova ação, denominada de Ação de Impugnação de Mandato Eletivo, prevista constitucionalmente no art. 14, §§ 10 e 11, para a cassação do mandato do candidato já eleito. O prazo – decadencial - para a propositura desta ação é de quinze dias, contados da diplomação. Com a revogação do inciso XV, não se há mais de se preocupar com a propositura desta ação para tal finalidade.

A existência deste dispositivo legal, como se era de esperar, causava inúmeros transtornos e, aliado ao prazo curto de inelegibilidade de 3 (três) anos, que era contado do fato, fazia com que as Ações de Investigações

Judiciais Eleitorais caíssem no vazio, pois elas eram, invariavelmente julgadas após a eleição, o que atraía a Ação de Impugnação de Mandato Eletivo, a ser proposta pelo Ministério Público Eleitoral. A consequência disto era a impunidade do candidato além de uma repetição inútil dos fatos, pois esta segunda ação nada mais era que a mera repetição da primeira, cujos efeitos tinham sido obstaculizados pela própria lei eleitoral.

3.2. A CONDENAÇÃO CRIMINAL

O Código Penal já prevê, em seu art. 92, inciso I, a possibilidade de perda do mandato eletivo nos casos ali especificados. São eles:

Art. 92 - São também efeitos da condenação:

I - a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo:

a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública;

b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos.

Entretanto, há outros crimes que, por sua extrema gravidade, têm consequências mais gravosas, pois seriam por demais danosos à sociedade permitir que os autores de tais crimes pudessem se eleger para um cargo eletivo.

A Lei Complementar nº 135/2010, além de ter aumentado substancialmente o rol destes crimes, infligiu-lhes a consequência de perda dos direitos políticos durante o período de 8 (oito) anos, contados após a execução penal, para os autores dos crimes mencionados no art. 1º, inciso I, alínea e da Lei Complementar nº 64/90:

Art. 1º, I, e) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, desde a condenação até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena, pelos crimes: (Redação dada pela Lei Complementar nº 135, de 2010)

1. contra a economia popular, a fé pública, a administração pública e o patrimônio público;

- 2. contra o patrimônio privado, o sistema financeiro, o mercado de capitais e os previstos na lei que regula a falência;*
- 3. contra o meio ambiente e a saúde pública;*
- 4. eleitorais, para os quais a lei comine pena privativa de liberdade;*
- 5. de abuso de autoridade, nos casos em que houver condenação à perda do cargo ou à inabilitação para o exercício de função pública;*
- 6. de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores;*
- 7. de tráfico de entorpecentes e drogas afins, racismo, tortura, terrorismo e hediondos;*
- 8. de redução à condição análoga à de escravo;*
- 9. contra a vida e a dignidade sexual; e*
- 10. praticados por organização criminosa, quadrilha ou bando;*

Esta lei representou um marco na história brasileira, trazendo profundas mudanças no Direito Eleitoral e na forma com que se faziam eleições no país. O marco de moralidade com que tanto ansiava a população brasileira se fez, finalmente, presente em um dispositivo legal. De agora em diante poderiam ser avaliadas, de maneira mais transparente, as vidas progressas dos candidatos que pretendiam um cargo eletivo no país. Reconheceu-se inconcebível ter um representante político, eleito pelo voto popular, que apresentasse vida progressa indigna. Por isso, passou-se a se considerar inelegível, não mais apenas aquele que tivesse sentença condenatória transitada em julgado, mas também aquele que fosse condenado por decisão de órgão colegiado.

Não se diga que a inelegibilidade daqueles condenados em sede de Segundo grau feriria o princípio, tão caro a qualquer ordem democrática, da *presunção de inocência*, insculpido no art. 5º, inciso LVII, da Carta Magna, já que este princípio não deve ter aplicação tão extensa, como se pretende conferir, às matérias fora do âmbito do Direito Penal e Processo Penal. Em sede de Direito Eleitoral, é necessário haver uma maior relativização do conceito, até então absoluto, da *presunção de inocência*. Veja-se trecho do voto do Ministro Luiz Fux nas Ações Diretas de Constitucionalidade nºs 29 e 30 e na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.578:

Já é possível, portanto, revolver temas antes intocáveis, sem que se incorra na pecha de atentar contra uma democracia que – louve-se isto sempre e sempre – já está solidamente instalada. A presunção de inocência, sempre tida como absoluta, pode e deve ser relativizada para fins eleitorais ante requisitos qualificados como os exigidos pela Lei Complementar nº 135/10.

Essa nova postura encontra justificativas plenamente razoáveis e aceitáveis. Primeiramente, o cuidado do legislador na definição desses requisitos de inelegibilidade demonstra que o diploma legal em comento não está a serviço das perseguições políticas. Em segundo lugar, a própria ratio essendi do princípio, que tem sua origem primeira na vedação ao Estado de, na sua atividade persecutória, valer-se de meios degradantes ou cruéis para a produção da prova contra o acusado no processo penal, é resguardada não apenas por esse, mas por todo um conjunto de normas constitucionais, como, por exemplo, as cláusulas do devido processo legal (art. 5º, LIV), do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV), a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI) e a vedação da tortura – à qual a Constituição Federal reconheceu a qualidade de crime inafiançável (art. 5º, XLIII) – e do tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III).

Sem esta interpretação clara e fruto de profunda análise da realidade brasileira, jamais teríamos a aplicação em nosso direito de tão eficaz instrumento legal. Esta legislação, portanto, visa a garantir que as eleições vindouras sejam, cada vez mais pautadas pela escolha de candidatos que apresentem uma retidão de conduta e caráter dignos de representantes políticos do povo brasileiro.

3.3. A REJEIÇÃO DE CONTAS

Advertimos desde logo que não se trata das contas de campanha do candidato que serão julgadas pelo órgão competente, logicamente após as eleições. O procedimento de julgamento destas contas está previsto nos artigos 28/32 da Lei nº 9.504/97.

As contas tratadas aqui são aquelas que o candidato deve prestar quando já exerceu algum outro cargo, seja como administrador, seja um cargo eletivo. Este fator de inelegibilidade está previsto no art. 1º, letra

g) da Lei Complementar nº 64/90, modificado pela Lei Complementar nº 135/2010 (Lei do Ficha Limpa), nestes termos:

g) os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa, e por decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se esta houver sido suspensa ou anulada pelo Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes, contados a partir da data da decisão, aplicando-se o disposto no inciso II do art. 71 da Constituição Federal, a todos os ordenadores de despesa, sem exclusão de mandatários que houverem agido nessa condição; (Redação dada pela Lei Complementar nº 135, de 2010)

Este dispositivo é fonte de inúmeros problemas: a Lei Complementar nº 135/2010 (Lei do Ficha Limpa) veio acrescentar mais um problema de difícil solução, objeto de inúmeras controvérsias nas lides eleitorais, qual seja, a expressão "*irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa*".

Da irregularidade insanável. A lei nº 8.443/92 é a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e, em seu art. 16, dispõe acerca do julgamento das contas dos administradores públicos.

As contas podem ser julgadas regulares, quando espelham o exato teor dos documentos contábeis juntados; regulares com ressalvas, quando padecem, de maneira geral, de algum vício formal que não desvirtuam a sua idoneidade e irregulares, o que ocorre quando: a) há omissão no dever de prestar contas; b) existe a prática de algum ato de gestão ilegal, ilegítimo, antieconômico, ou infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial; c) há algum dano ao Erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ou antieconômico e d) há algum desfalque ou desvio de dinheiro, bens ou valores públicos.

Como a lei não dispõe sobre o que se deve entender como *irregularidade insanável* cabe à jurisprudência dos Tribunais Regionais e ao Tribunal Superior Eleitoral a árdua tarefa de conceituar o termo. Na jurisprudência das Cortes há diversos exemplos de irregularidades consideradas insanáveis:

75-62.2012.620.0031 REspe - Recurso Especial Eleitoral nº 7562 -
Campo Grande/RN

Acórdão de 10/10/2013 Relator(a) Min. JOSÉ ANTÔNIO DIAS TOFFOLI
Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 220, Data
19/11/2013, Página 23

Ementa:

ELEIÇÕES 2012. RECURSO ESPECIAL. REGISTRO DE CANDIDATURA. VEREADOR. REJEIÇÃO DE CONTAS. PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL. CONTRATAÇÃO DE CONTADOR SEM CONCURSO PÚBLICO. TRIBUNAL DE CONTAS. INDICAÇÃO DE FALHA FORMAL. AUSÊNCIA DE VÍCIO INSANÁVEL.

1. A indicação no acórdão do Tribunal de Contas de falha de natureza formal revela que a irregularidade constatada não se enquadra na inelegibilidade da alínea g do inciso I do art. 1º da LC nº 64/90.

*2. A circunstância de serem considerados os termos da decisão do Tribunal de Contas, para fins da incidência da inelegibilidade da alínea g, **não implica alteração da jurisprudência no sentido de que a natureza das irregularidades pode ser aferida pela Justiça Eleitoral**, ainda que não tenha sido apontada, na decisão que rejeitou as contas, a ocorrência de ato doloso de improbidade administrativa. (grifo meu)*

3. Entretanto, a fundamentação adotada pela Corte de Contas, órgão competente que detém o conhecimento técnico para o julgamento das contas, é de fundamental importância para subsidiar as decisões da Justiça Eleitoral no que tange à inelegibilidade da mencionada alínea g.

4. Recurso provido para deferir o registro do candidato.

Ato doloso de improbidade administrativa. A improbidade administrativa é objeto de uma ação constitucional prevista no art. 37§4º da Constituição Federal e regulamentada pela lei nº 8.429/92 que, nos seus artigos 9º, 10 e 11, prevê os atos que devem ser considerados de improbidade administrativa, sem mencionar, de maneira clara e individualizada, os atos que devem se considerados *culposos* ou *dolosos*.

Destarte, somente por este fato, já se percebe o quanto é difícil a tipificação de um ato doloso de improbidade administrativa que deve ser

caracterizado no bojo de algum procedimento de prestação de contas, pois o própria ação de improbidade administrativa, prevista na lei acima mencionada, demora, na maioria das vezes, anos tramitando nos tribunais, até o seu término. Como se aferir um ato de improbidade administrativa em tão pouco tempo? É esta a grande dificuldade atualmente existente neste dispositivo. A análise de algumas decisões do Tribunal Superior Eleitoral devem nos ajudar. Por exemplo, o pagamento de verbas extras a parlamentares sem a devida autorização legal tem sido caracterizado como ato doloso de improbidade administrativa:

193-17.2012.626.0178 AgR-REspe - Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 19317 – Colina/SP Acórdão de 11/04/2013 Relator(a) Min. FÁTIMA NANCY ANDRIGHI

Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 102, Data 03/06/2013, Página 72

Ementa:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. RECONSIDERAÇÃO DE DECISÃO MONOCRÁTICA. CONTRADITÓRIO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. ELEIÇÕES 2012. REGISTRO DE CANDIDATURA. INELEGIBILIDADE. ART. 1º, I, G, DA LEI COMPLEMENTAR 64/90. PAGAMENTO A MAIOR DE SUBSÍDIO A VEREADORES. ART. 29, VI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NEGADO PROVIMENTO.

1. Em sede de agravo regimental, não há previsão legal de vista dos autos e instauração de contraditório, com abertura de prazo ao agravado. A reconsideração da decisão agravada corresponde a juízo discricionário do magistrado, a ser exercido no momento oportuno e sem prejuízo de posterior impugnação. Essa a norma prevista no art. 36, § 9º, do RI-TSE. Precedente do TSE e do STF.

2. O pagamento a maior de subsídio a vereadores (dentre eles o próprio agravante), em descumprimento ao art. 29, VI, da CF/88, constitui irregularidade insanável e ato doloso de improbidade administrativa (art. 10, I, IX e XI, da Lei 8.429/92), atraindo a inelegibilidade do art. 1º, I, g, da LC 64/90. Precedentes. (grifo meu)

3. Agravo regimental não provido.

338-10.2012.626.0102 AgR-REspe - Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 33810 - Presidente Venceslau/SP Acórdão

de 02/04/2013 Relator(a) Min. LUCIANA CHRISTINA GUIMARÃES LÓSSIO Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 90, Data 15/05/2013, Página 76-77

Ementa:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. REGISTRO DE CANDIDATURA. INDEFERIMENTO. ELEIÇÕES 2012. PAGAMENTO DE VERBA INDENIZATÓRIA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PROVIMENTO.

*1. O Tribunal Superior Eleitoral possui jurisprudência no sentido de que o pagamento de verba indenizatória a vereadores, pela participação em sessão extraordinária, **constitui irregularidade insanável e ato doloso de improbidade administrativa, aptos a atrair a inelegibilidade da alínea g do inciso I do art. 1º da LC nº 64/90. Precedente.** (grifo meu)*

Agravo regimental a que se dá provimento.

Também a infração ao art. 37, inciso XIII, da Constituição (“*XIII - é vedada a vinculação ou equiparação de quaisquer espécies remuneratórias para o efeito de remuneração de pessoal do serviço público*”) tem sido considerada como ato doloso de improbidade administrativa, apto a ensejar a aplicação do dispositivo ora em questão:

455-20.2012.616.0121 AgR-REspe - Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 45520 - Marechal Cândido Rondon/PR Acórdão de 14/02/2013 Relator(a) Min. JOSÉ ANTÔNIO DIAS TOFFOLI Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 056, Data 22/3/2013, Página 25

Ementa:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. ELEIÇÃO MUNICIPAL. 2012. INELEGIBILIDADE. LC Nº 64/90, ART. 1º, I, g. SUBSÍDIO DE VEREADORES. REAJUSTE AUTOMÁTICO. CONTRARIEDADE. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. FUNDAMENTOS NÃO INFIRMADOS. DESPROVIMENTO.

*1. A rejeição de contas do então presidente da Câmara de Vereadores pelo Tribunal de Contas, em razão da violação ao disposto no art. 37, XIII, da Constituição Federal, **enquadra-se na cláusula de inelegibilidade prevista no art. 1º, I, g, da LC nº 64/90, por configurar tal conduta vício insanável e ato doloso de improbidade administrativa.** (grifo meu)*

Agravo regimental desprovido.

Órgão competente. Outro ponto de controvérsias é quanto à questão do “*órgão competente*” para a análise de contas já que o dispositivo dispõe que a decisão que dá ensejo a inelegibilidade deve ser aquela “*irrecorrível do órgão competente*”. Saber quem é o órgão competente para a apreciação das contas é que é a grande fonte de problemas.

O Tribunal de Contas, segundo o art. 71, da Constituição Federal, auxilia o Congresso Nacional, no controle externo dos gastos do Poder Executivo. No entanto, há algumas diferenças que não podem passar despercebidas.

É o Congresso Nacional que julga as contas anuais do Presidente da República, *ex vi*do art. 49, inciso IX, da Constituição (“*IX - julgar anualmente as contas prestadas pelo Presidente da República e apreciar os relatórios sobre a execução dos planos de governo*”). Este julgamento é feito com o auxílio do Tribunal de Contas que, segundo o art. 71, inciso I, da Constituição (“*I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento*”) deve emitir parecer prévio sobre a apreciação das contas. Este parecer prévio, evidentemente pode ser rejeitado pelo Congresso Nacional, pois, caso contrário, sua atividade fiscalizatória cairia no vazio e nada haveria para fiscalizar.

Por outro lado, porém, cabe somente ao Tribunal de Contas – e não ao Congresso – a fiscalização dos administradores públicos de quaisquer responsáveis “*por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público*” (art. 71, II, da Constituição). Não se há de confundir esta hipótese com a anterior, pois aqui se cuida da prestação de contas dos ordenadores de despesa e se vincula diretamente ao art. 70, Parágrafo único, da Constituição que determina que “*Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumo obrigações de natureza pecuniária*”.

No tocante aos municípios, porém, existe uma peculiaridade que não pode passar despercebida: o art. 31§4º da Constituição veda a criação de

Tribunais, Conselhos ou outros órgãos destinados à fiscalização de contas dos municípios. Este controle externo das contas municipais há de ser feito pelos Tribunais de Contas dos Estados, ressalvados os municípios que já os possui, como é o caso, por exemplo, do município do Rio de Janeiro – RJ.

Destarte, as contas prestadas pelo Prefeito anualmente serão julgadas pelas respectivas Câmaras Municipais cujo Parecer somente deixará de prevalecer pelo voto de dois terços, conforme art. 31§2º, da Constituição. Entretanto, as contas elaboradas pelo Chefe do Poder Executivo municipal, enquanto *ordenador de despesas* deverão ser julgadas pelos Tribunais de Contas dos Estados, como determina a Constituição, no âmbito federal e a própria Lei Complementar nº 64/90, modificda pela Lei nº 135/2010, nestes termos: “ (...) *aplicando-se o disposto no inciso II do art. 71 da Constituição Federal, a todos os ordenadores de despesa, sem exclusão de mandatários que houverem agido nessa condição (...)*”. Não é assim, no entanto que entende o Tribunal Superior Eleitoral. Vejamos:

ED-AgR-REspe - Embargos de Declaração em Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 26692 - Abre Campo/MG Acórdão de 08/08/2013 Relator(a) Min. LAURITA HILÁRIO VAZ Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Data 26/8/2013, Página 138

Ementa:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO.

1. Acolhem-se os embargos para assentar que é imprópria a modificação do quadro fático em sede de recurso especial.

2. A atuação deste Tribunal, em sede de recurso especial, está restrita ao quadro fático fixado pela instância ordinária, não sendo possível alterá-lo com base em informação trazida aos autos pela parte em petição avulsa depois de interposto o recurso especial.

3. A Corte de origem deixou consignado, acerca dos fatos, no acórdão recorrido, que a Câmara de Vereadores aprovou as contas do Embargado relativas ao exercício de 1997.

4. Segundo entendimento deste Tribunal, à exceção das contas relativas à aplicação de recursos oriundos de convênios, a competência para o julgamento das contas prestadas pelo prefeito, inclusive no que tange às de gestão relativas a atos

***de ordenação de despesas, é da respectiva Câmara Municipal.
(grifo meu)***

5. Não há omissão no acórdão embargado quanto à análise das irregularidades apontadas no parecer prévio do Tribunal de Contas do Estado, pois o Tribunal Regional Eleitoral mineiro assentou que as contas do exercício de 1997 foram aprovadas pela Câmara Municipal de Abre Campo.

Embargos de declaração acolhidos parcialmente, mas sem efeitos modificativos.

Esta, portanto, é a jurisprudência dominante no Tribunal Superior Eleitoral, o que é lamentável, pois o Prefeito, enquanto ordenador de despesas, age como mero administrador público e não como agente político. Sendo assim, deveria ser julgado por um órgão técnico e não deveria haver, neste caso, um julgamento político. Com isto, não se está desrespeitando o art. 31§2º da Constituição Federal, pois este dispositivo expressamente prevê que “(...) *as contas que o Prefeito deve anualmente prestar (...)*”. A expressão está a indicar que somente as contas anuais poderão ser julgadas pelas Câmaras Municipais respectivas, que poderão rejeitar o parecer prévio dos Tribunais de Contas pelo voto de dois terços de seus membros. As demais contas, isto é, aquelas que o Prefeito elabora como ordenador de despesas serão, por exclusão, julgadas pelos Tribunais de Contas dos Estados. É o que pensa José Jairo Gomes quando critica a posição da mais alta Corte Eleitoral do país, “(...) *porquanto labora claramente em equívoco (...)*”

Suspensão ou anulação da decisão de rejeição de contas pelo Poder Judiciário. O art. 1º, inciso I, alínea g, da Lei Complementar nº 64 foi parcialmente alterado pela Lei nº 135/2010, pois naquela havia a expressão “(...) *salvo se a questão houver sido ou estiver sendo submetida à apreciação do Poder Judiciário (...)*”. Nesta a expressão é outra, nestes termos: “(...) *salvo se esta houver sido suspensa ou anulada pelo Poder Judiciário (...)*”.

A nova lei quis, na verdade, conferir mais efetividade ao dispositivo: somente se a irregularidade for suspensa ou anulada pelo Poder Judiciário, é que será possível o registro do candidato. Não basta a mera distribuição

da ação ao juiz para que o registro possa ser deferido. É necessário que a autoridade judiciária tenha realmente tomado conhecimento da ação para que haja o efeito desejado.

No entanto, mesma a jurisprudência anterior à Lei Complementar nº 135/2010 já caminhava neste sentido, pois não se admitia a mera distribuição da ação para conferir o registro ao candidato. Veja-se:

AgR-REspe - Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 32283 - Poço Verde/SE

Acórdão de 12/11/2008

Relator(a) Min. ARNALDO VERSIANI LEITE SOARES

Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 12/11/2008

Ementa:

Registro. Rejeição de contas. Art. 1º, I, g, da Lei Complementar nº 64/90.

1. A jurisprudência desta Corte é firme, no sentido de que, para a suspensão da inelegibilidade prevista no art. 1º, I, g, da Lei Complementar nº 64/90, não basta a mera propositura de ação desconstitutiva, sendo indispensável a obtenção de tutela antecipada ou liminar no âmbito do Poder Judiciário, sustando os efeitos da decisão de rejeição de contas. (grifo meu)

AgR-REspe - Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 32597 - Valparaíso/GO

Acórdão de 30/10/2008

Relator(a) Min. JOAQUIM BENEDITO BARBOSA GOMES

Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 30/10/2008

Ementa:

ELEIÇÕES 2008. Agravo regimental no recurso especial. Registro de candidatura ao cargo de prefeito. Indeferimento no TRE. Rejeição de contas pela Câmara de Vereadores. Irregularidades insanáveis. Ausência de liminar na ação anulatória. Competência do TSE para análise. Inelegibilidade do art. 1º, I, g, da Lei Complementar nº 64/90 caracterizada. Pedido de produção de prova em alegações finais.

Impossibilidade. Preclusão. Débito previdenciário. Descumprimento da Lei de Licitações. Irregularidades insanáveis. Competência da Câmara Municipal para apreciar contas do chefe do Executivo local. Manutenção do acórdão do TRE. Registro indeferido. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento.

1. Inviável o pedido de produção de prova testemunhal em alegações finais.

2. A jurisprudência desta Corte consolidou entendimento no sentido de que a declaração de inelegibilidade prevista no art. 1º, I, g, da Lei Complementar nº 64/90 depende da presença simultânea de três fatores: a) contas rejeitadas por irregularidade insanável; b) decisão do órgão competente que rejeita as contas deve ser irrecorrível; c) decisão de rejeição das contas não deve estar submetida ao crivo do Judiciário, mas, se estiver, é imperioso que os seus efeitos não tenham sido suspensos mediante a concessão de liminar ou de tutela antecipada. (grifo meu)

CONCLUSÃO

Chegando ao final do nosso trabalho, podemos concluir que a Lei Complementar nº 135/2010 trouxe inúmeros benefícios para a moralidade eleitoral do país. Dentre suas principais modificações, podemos citar: a) o aumento do prazo de inelegibilidade de 3 (três) para 8 (oito) anos; b) o aumento do rol de crimes que podem levar à inelegibilidade; c) a possibilidade de cassação do registro ou do diploma e a inelegibilidade do candidato condenado em Ação de Investigação Judicial Eleitoral, independentemente do tempo em que se verifica a decisão e d) a alteração do art. 1º, inciso I, letra g da Lei Complementar nº 64/90, embora esta modificação tenha trazido mais confusão e debates nas lides eleitorais, além de outras não citadas neste artigo por falta de espaço.

Abstract: This work intends to draw a profile of the panorama of the system of ineligibility currently in effect under Brazilian law, presenting the reader with a concept of ineligibility, the way in which candidates may be impugned and analysis of some cases of ineligibility which we consider more relevant because regarding

the nature of this item will not be possible for us to provide a complete picture of Complementary Law No. 64/90, and, throughout the presentation of the cases, we also started to expose and explain the major changes made by Complementary Law No. 135 / 2010 to original text of the earlier right.

BIBLIOGRAFIA

- ARISTÓTELES. A Política. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_aristoteles_a_politica.pdf> Acesso em 30.12.2013.
- ALMEIDA, Roberto Moreira de. Curso de Direito Eleitoral: 6ª ed. Salvador, ed. Podium, 2012, p.92.
- BRASIL. Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral. Disponível em <http://www.mcce.org.br/site/leificihalimpa_conheca.php> Acesso em 04.01.2014.
- GOMES, José Jairo. Direito Eleitoral: 7ª ed. São Paulo, ed. Atlas, 2011, p. 147 p.151/152, 186.
- LULA, Carlos Eduardo de Oliveira. Direito Eleitoral. Leme/SP, ed. Imperium, p. 230.
- MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro; 16º ed. São Paulo, RT, 1988, p. 90/91.

FONTES PRIMÁRIAS

- 75-62.2012.620.0031 REspe - Recurso Especial Eleitoral nº 7562 - Campo Grande/RN Acórdão de 10/10/2013 Relator(a) Min. JOSÉ ANTÔNIO DIAS TOFFOLI Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 220, Data 19/11/2013, Página 23
- 193-17.2012.626.0178 AgR-REspe - Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 19317 - Colina/SP Acórdão de 11/04/2013 Relator(a) Min. FÁTIMA NANCY ANDRIGHI Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 102, Data 03/06/2013, Página 72
- 338-10.2012.626.0102 AgR-REspe - Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 33810 - Presidente Venceslau/SP Acórdão de 02/04/2013 Relator(a) Min. LUCIANA CHRISTINA GUIMARÃES LÓSSIO Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 90, Data 15/05/2013, Página 76-77
- 455-20.2012.616.0121 AgR-REspe - Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 45520 - Marechal Cândido Rondon/PR Acórdão de 14/02/2013 Relator(a) Min. JOSÉ ANTÔNIO DIAS TOFFOLI Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 056, Data 22/3/2013, Página 25
- AgR-REspe - Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 32283 - Poço Verde/SE Acórdão de 12/11/2008 Relator(a) Min. ARNALDO VERSIANI LEITE SOARES Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 12/11/2008
- AgR-REspe - Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 32597 - Valparaíso/GO Acórdão de 30/10/2008 Relator(a) Min. JOAQUIM BENEDITO BARBOSA GOMES Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 30/10/2008

-
- ED-AgR-REspe - Embargos de Declaração em Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 26692 - Abre Campo/MG Acórdão de 08/08/2013 Relator(a) Min. LAURITA HILÁRIO VAZ Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Data 26/8/2013, Página 138
- Espe - Recurso Especial Eleitoral nº 65807 - São Pedro Da Aldeia/RJ Acórdão de 01/08/2013 Relator(a) Min. JOSÉ DE CASTRO MEIRA Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 160, Data 22/08/2013, Página 32
- Proc. nº 111-69.2011.626.0000 RO - Recurso Ordinário nº 11169 - São Paulo/SP Acórdão de 07/08/2012 Relator(a) Min. FÁTIMA NANCY ANDRIGHI Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 163, Data 24/08/2012, Página 36/37
- Proc. nº 465-60.2012.621.0142, AgR-AI - Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 46560 - Candiota/RS, Acórdão de 29/10/2013, Relator(a) Min. LUCIANA CHRISTINA GUIMARÃES LÓSSIO, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 234, Data 09/12/2013, Página 29

DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO CONTRADITÓRIO: VERTENTES MATERIAL E FORMAL (à Luz da Evolução Jurisprudencial e Legislativa do Regramento Processual Civil)

Reis Friede¹

Resumo: O presente artigo analisa as duas vertentes em que se desdobra o princípio constitucional do contraditório, - contraditório material e contraditório formal -, enfocando suas características e examinando sua relação com a tutela antecipada e a tutela cautelar, tecendo considerações sobre a mitigação do alcance das diferenças de ambos os institutos nos últimos anos e, em particular, no novo regramento processual civil.

Palavras-chave: Contraditório Material e Formal. Tutela Antecipada. Tutela Cautelar.

1. INTRODUÇÃO

Contraditório, de contradita², é Princípio Constitucional previsto no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal (“aos litigantes, em processo

¹ Reis Friede é Desembargador Federal e ex-Membro do Ministério Público. Ex-Professor Adjunto da Faculdade Nacional de Direito - UFRJ. Professor Titular e Pesquisador do Programa de Mestrado (MDL) da UNISUAM e da UVA. Mestre e Doutor em Direito e autor de mais de 15 obras na área de Ciência Jurídica Processual, destacando-se “Aspectos Fundamentais das Medidas Liminares em Mandado de Segurança, Ação Cautelar, Tutela Antecipada e Tutela Específica”, 5ª ed., 2002. Ed. Forense Universitária, RJ; “Medidas Liminares em Matéria Tributária, Ed. Saraiva”, 3ª ed., 2004; “Liminares em Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória, Edições Trabalhistas”, 3ª ed., 1996; “Medidas Liminares na Doutrina e na Jurisprudência”, Ed. Del Rey, 1998; “Limites Objetivos para a Concessão de Medidas Liminares em Tutela Cautelar e em Tutela Antecipatória”, LTr Editora, 2000; Tutela Antecipada, Tutela Específica e Tutela Cautelar, Ed. GZ, 7ª ed., 2012; Medidas Liminares e Providências Cautelares Ínsitas, Ed. Juruá, 3ª ed., 2012.

² “Contestação, impugnação, contradição; contraditória” (HOUAISS)

judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o *contraditório* e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”), sendo, corolário do Princípio do Devido Processo Legal.

NERY JR. (*apud*CAVALCANTI, 2001) afirma que o *contraditório* é a própria exteriorização da *ampla defesa*, “pois a todo ato produzido pela acusação, caberá igual direito da defesa de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que melhor se apresente, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa da que foi dada pelo autor”³.

O mencionado princípio deve ser entendido de maneira ampla, na qualidade de atuação positiva da parte em todos os passos do processo, influenciando diretamente em quaisquer aspectos, – sejam fatos, provas, pedidos da outra parte –, que sejam importantes para a decisão do conflito. Deixou, portanto, o mesmo de ser apenas e restritivamente um elemento para a dialética do processo, para se caracterizar através da participação efetiva da parte na totalidade do processo.

De acordo com DI PIETRO (2000. p. 491):

“O princípio do contraditório, que é inerente ao direito de defesa, é decorrente da bilateralidade do processo: quando uma das partes alega alguma coisa, há de ser ouvida também a outra, dando-se-lhe oportunidade de resposta. Ele supõe o conhecimento dos atos processuais pelo acusado e o seu direito de resposta ou de reação. Exige: notificação dos atos processuais à parte interessada; possibilidade de exame das provas constantes do processo; direito de assistir à inquirição de testemunhas; direito de apresentar defesa escrita.” (grifos nossos)

2. MODALIDADES DE CONTRADITÓRIO

Não obstante a ampla variedade de classificações doutrinárias relativas ao denominado *princípio constitucional do contraditório*, é importante esclarecer que, muito provavelmente, conforme salientam diversos autores

³ O princípio do contraditório se confunde, em grande parte, com o princípio da ampla defesa: “é mesmo a sua própria exteriorização formando os dois um dos alicerces do devido processo legal, que, por sua vez, exige a estrutura dialética como o meio necessário para reverter em benefício da boa qualidade da prestação jurisdicional e da perfeita aderência da sentença à situação de direito material subjacente” (THEODORO JÚNIOR, 1990, p. 22).

a propósito do tema, a mais importante dentre elas é a que define o *instituto jurídico-processual* em duas diferentes vertentes: o chamado *contraditório material* (ou contraditório efetivo) e o denominado *contraditório formal*.

2.1. Contraditório Material

O *contraditório material*, como o próprio nome sugere, alude à plenitude da máxima jurídica de que somente é possível (e mesmo lícito) decidir uma lide meritória (resolver um *conflito de interesses*) após a *prévia* (e, portanto, *anterior*) oitiva das alegações, fundamentos e provas de ambas as partes litigantes, constituindo-se, portanto, em um *instrumento* de nítido *conteúdo substancial* e que se estabelece necessariamente *a priori*.

Como bem esclarece ASSIS (1997), o *princípio do contraditório*, em sua *vertente material* (efetiva), - consagrando-se como um dos pilares sobre que se sustenta a atividade processual -, “significa, em termos práticos, que em processo não pode haver *surpresas*, circunstância esta que impõe, sempre, e de forma insuperável, seja, em qualquer hipótese, ouvida previamente a parte contrária antes do *decisum* (*audiatur et altera pars*). No plano teórico, o *princípio do contraditório* se materializa através do binômio *informação - reação*”, na precisa e atual lição do processualista italiano LA CHINA (1970, p. 394), *verbis*:

“(...) il principio Del contraddittorio si articola, nelle sue manifestazioni tecniche, il due aspetti o tempi essenziali: informazione, reazione; necessaria sempre la prima, eventuale la seconda (ma necessario chi sia resa possibile!)”

Corroborando e adaptando à realidade brasileira, o *conceito* em epígrafe também foi, com mérito propriedade, elencado por NERY JÚNIOR (1992, ps. 122/123), nos seguintes termos:

“Por contraditório (material) deve entender-se, de um lado, a necessidade de dar-se conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes, e, de outro, a possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhe sejam desfavoráveis”. (acréscimo e grifos nossos)

2.2. Contraditório Formal

O denominado *contraditório formal*, considerando sua necessária construção conceitual, em sentido diametralmente oposto, por sua vez, traduz-se, em última análise, por uma inconteste *ficção processual*, tendo em vista que o mesmo somente possui aplicação prática nas hipóteses restritivas em que o processo concerne a uma denominada *jurisdição impropriamente considerada* (jurisdição extensiva), desprovida de *caráter material* (*satisfatividade* inerente ao direito substantivo reclamado) e ausente de *índole meritória* (como nos casos relativos à *tutela se segurança cautelar*⁴), permitindo, - ao reverso da regra constitucional -, que o julgador decida um incidente nitidamente processual ou um aspecto não-meritório (a concessão de uma *medida liminar de natureza cautelar*, por exemplo) excepcionalmente *inaudita altera pars*, - ou seja, sem a prévia e anterior oitiva de uma das partes, ainda que condicionada a sua necessária e posterior manifestação -, constituindo-se, por conseqüência, em um contraditório de nítida *feição processual* (desprovida, pois, de *conteúdo material* e dotado apenas de *continente formalizante*) e que, embora também deva se estabelecer, em regra, *a priori* (observe que a concessão de liminares *inaudita altera pars* se caracteriza sempre como exceção), pode, em situações excepcionais, se perfazer *a posteriori*.

3. DA DISCIPLINA JURÍDICO-PROCESSUAL PREVISTA NO CPC/73

Durante a vigência do CPC/73, - mesmo após a reforma que introduziu

⁴ Não caracteriza exagero reafirmar, mais uma vez, que a tutela cautelar alude ostensiva e exclusivamente a uma forma de jurisdição impropriamente considerada (uma jurisdição essencialmente extensiva) que, em nenhuma hipótese, permite a caracterização efetiva de uma lide de caráter meritório. Por via de conseqüência, a sentença de cunho cautelar não pode e, de fato, não objetiva, em nenhum caso, a obtenção de um resultado concreto que venha, de alguma maneira, a antecipar os efeitos próprios da sentença da ação principal, salvo em situações excepcionalíssimas, em que a proteção cautelar concedida - sempre por vias transversas - esvazia indiretamente (sem propender ostensivamente a esta finalidade) o conteúdo meritório da lide cognitiva. Fora desses limites estreitos, o emprego da tutela cautelar é apenas e tão-somente uma forma jurídica distorcida, uma falácia desvirtuada de seus preceitos e objetivos fundamentais. De igual monta, também é importante observar - em tom de advertência sublime - que na tutela cautelar, na qual inexistente efetiva jurisdição e lide meritória (a lide impropriamente considerada é apenas "de dano"), há sempre um aspecto insuperável de referibilidade processual (e não propriamente material, comum nas tutelas cognitivas) a um direito efetivo que se deseja, a seu tempo, ver referendado no processo principal (alusivo, em última análise, a uma autêntica jurisdição, de índole cognitiva, com caracterização de lide meritória). É, pois, exatamente esta característica de cautelaridade referencial - que se opõe à denominada satisfatividade relativa ou absolutamente exauriente pretendida no processo de conhecimento - que deve ser perseguida e encontrada necessariamente na tutela assecuratória, para permitir e viabilizar sua plena identificação.

o instituto da *Tutela Antecipada* em 1994 -, a diferenciação entre as modalidades de contraditório (material e formal) sempre se apresentou com reconhecida nitidez, sendo certo que a regra segundo a qual o *contraditório formal*, muito embora pudesse ser verificado *a posteriori* (através da concessão de liminares *inaudita altera pars*), era, inclusive, textualmente amparada, dentre outras, pelo regramento normativo previsto no art. 804 do CPC/73, particularmente para a concessão da *tutela de segurança cautelar*, que expressamente condicionava a possibilidade de ineficácia da *medida cautelar* para o seu deferimento *inaudita altera pars, verbis*:

“É lícito ao juiz conceder liminarmente (...) a medida cautelar, sem ouvir o réu, quando verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz (...)”.

A *contrario sensu*, portanto, era expressamente vedado, - mesmo se tratando de incontestada hipótese de *jurisdição imprópria*e, conseqüentemente, de *contraditório formal* -, a concessão da chamada *antecipação in limine* quando ausente a condição excepcional prevista em lei.

“É vedado ao juiz conceder, liminarmente, a medida cautelar se se verificar que a citação do réu não poderia torná-la ineficaz (CPC/73, art. 804). Provada a concessão da medida liminar e a existência, executada ela, de danos de difícil reparação, dá-se a segurança para cassar-se o ato impugnado” (ac. 5ª CCTJ/RJ, MS 58/90 (u), rel. des. HUMBERTO MANES, JTERJ, 26 (ago./90), Ementário 26/90, Ementa 39, p. 7).

“O despacho que concede a medida liminar não precisa ser amplamente fundamentado bastando que nele o juiz justifique sucintamente a concessão vestibular. Só pode ser concedida in limine medida cautelar quando ocorra justo receio que, em assim sendo, torne-se a mesma ineficaz caso venha a ser deferida posteriormente” (ac. unân. da 2ª Câm. do TJSC, de 29.8.84, no agr. 2.747, rel. des. RUBEM CORDOVA) (grifos nossos).

“A liminar inaudita altera pars tem apoio expresso no CPC/73, art. 804, primeira parte, não, porém, incondicionadamente. Impõe-se, como freio a discricção judicial, a verificação no caso, de que o réu, sendo citado, possa tornar o procedimento ineficaz. Assim, é de se considerar excepcional a concessão, sem audiência da parte contrária. Indispensável é que o juiz, com rigor, avalie os fatos, em ordem a determinar se o retardo da providência até o momento

ulterior à citação do réu não implicará frustração do resultado prático colimado pelo autor” (ac. 4a CCTA/SP, agr. 115.900-1/Mogji das Cruzes (u), rel. des. NEY ALMADA, Adcoas BJA 8 (20.3.90), 126.702, p. 118).

Todavia, mesmo durante a vigência plena e originária do CPC/73, é cediço reconhecer que parcela da jurisprudência mais recente iniciou um processo de mitigação do alcance da expressa restrição legal inserta no art. 804 do CPC/73, ainda que a concepção hermenêutica permanecesse plenamente válida, em respeito, sobretudo, aos fundamentos do próprio princípio do contraditório.

“A liminar em medida cautelar, em regra, deve ser deferida inaudita altera pars, sem necessidade de prévio contraditório, bastando estarem presentes os pressupostos concessivos. (...)”

(STJ, EDcl na MC 17853 / PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, DJe 01/07/2011)

“A concessão de liminar inaudita altera pars (art. 804 do CPC/73) em sede de medida cautelar preparatória ou incidental, antes do recebimento da Ação Civil Pública, para a decretação de indisponibilidade (art. 7º, da Lei 8429/92) e de sequestro de bens, incluído o bloqueio de ativos do agente público ou de terceiro

beneficiado pelo ato de improbidade (art. 16 da Lei 8.429/92), é lícita, porquanto medidas assecuratórias do resultado útil da tutela jurisdicional, qual seja, reparação do dano ao erário ou de restituição de bens e valores havidos ilicitamente por ato de improbidade, o que corrobora o fumus boni juris. Precedentes do STJ: REsp 821.720/DF, DJ 30.11.2007; REsp 206222/SP, DJ 13.02.2006 e REsp 293797/AC, DJ 11.06.2001. (...)”

(STJ, REsp 1078640 / ES, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 23/03/2010)

3.1. Tutela Antecipada e Contraditório Material

Não é por outra razão que na hipótese de eventual concessão da *tutela antecipada* (por se tratar de tutela de mérito), - de forma diversa da *tutela de segurança cautelar* -, sempre foi reconhecido o obstáculo maior (e, nesse sentido, insuperável, salvo em situações excepcionalíssimas que, em certa medida, correspondem à *tutela específica* (art. 461, §3º,

do CPC)) caracterizado pela efetiva presença do *princípio constitucional do contraditório* (na hipótese, *contraditório material*) a impedir, de forma sinérgica, o *deferimento da antecipação sem a oitiva prévia da parte contrária*, considerando, particularmente, que a própria referibilidade ao direito material, inerente ao processo de conhecimento (onde se encontra inserido o instituto da tutela antecipada), por si só invalida qualquer mecanismo desafiador do princípio maior, segundo o qual qualquer decisão meritória (mesmo que antecipada e, neste especial, reversível (e de cognição sumária)) somente pode ser procedida pelo julgador após a necessária manifestação de ambas as partes litigantes.

“A antecipação de tutela prevista no art. 273, do CPC, possui inexorável natureza cognitiva. O provimento antecipatório, por isso, é de ordem satisfativa, e, por meio dele, o que se obtém é a antecipação da tutela jurisdicional de mérito. Ou seja, o ordenamento jurídico permite ao juiz que entregue ao autor aquilo que o mesmo objetiva alcançar por intermédio do processo antes do momento normal de entrega da prestação da jurisdição – a sentença.

Por isso, e por não ostentar natureza cautelar, a antecipação de tutela, prevista no art. 273 do CPC, não se presta a assegurar a eficácia do resultado útil de um processo principal. O provimento antecipatório, assim, exercido em processo de conhecimento, não substitui a tutela cautelar e nem se confunde com ela, que deve ser buscada por meio de processo cautelar, por óbvio. É nossa posição, desde quando começamos a falar sobre o quê, enfim, era possível ao juiz deferir na via da antecipação da tutela.

Uma e outra providência liminar (antecedente) são, por isso, diferentes. Tutela cautelar liminar, como se viu, é diferente de tutela antecipada no processo de conhecimento.

A tutela cautelar liminar pode ser deferida sem citação do réu. É o que se lê, expressamente, no art. 804, do CPC, que tem a seguinte redação: ‘é lícito ao juiz conceder liminarmente, ou após justificação prévia, a medida cautelar, sem ouvir o réu, quando verificar que este, sendo citado, poderá, torná-la ineficaz (...)’. Essa possibilidade é da própria índole da tutela cautelar de urgência, já que, dependendo do direito discutido, o réu, caso venha a saber da propositura da ação e da pretensão do autor, pode efetivamente antecipar a prática do ato temido, em detrimento dos interesses em risco. Então, o chamado ‘fator surpresa’ é da própria essência da tutela cautelar, que, como se

afirmou, objetiva assegurar o resultado de outro processo; tenciona impedir que aconteça um gravame qualquer ao direito que a parte autora afirma ter.

Mas, indaga-se: como conciliar essa possibilidade de se admitir a existência de providências determinadas pelo juiz sem ciência da parte contrária se a Constituição da República garante, às partes, o direito ao contraditório (material) (art. 5º, inciso LV)? (...)

*É sabido que qualquer interpretação de texto infraconstitucional ordinário – aí incluídos, portanto, os de natureza processual – deve, sempre e sempre, buscar harmonização com o texto constitucional, na advertência sempre precisa de Couture (Eduardo Couture, in *Interpretação das Leis Processuais*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 3ª edição, 1993, ps. 38/40). Até para que se realize a pretensão de eficácia da Constituição, garantindo a sua força normativa (Konrad Hesse, in *A Força Normativa da Constituição*, tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1991, pág. 16). Do contrário, isto é, se a interpretação se afasta das bases traçadas pelo Texto Maior, daí haverá de decorrer evidente desarmonia com o querer constitucional, o oposto, portanto, do pretendido pelo preceito da interpretação conforme à Constituição, sugerido por Larenz (Karl Larenz, in *Metodologia da Ciência do Direito*, tradução de José Lamago, Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2ª edição, 1989, ps. 410/414).*

À luz desses princípios, tem-se que a única alternativa plausível capaz de justificar a possibilidade de deferimento liminar de tutela jurisdicional sem a audiência do réu – e, por isso, em aparente desrespeito ao princípio constitucional do contraditório – é buscar apoio em outro princípio processual constitucional: o princípio do devido processo legal, constante do art. 5º, inciso LIV, da Constituição da República. Ou seja, se a providência consta expressamente de texto de lei processual; se o juiz observou a lei para atingir os objetivos do processo; se há, em resumo, previsão legal para aquela providência; enfim, se foi observado o rigor processual previsto em lei, então é possível admitir a possibilidade de eventual quebra dos rigores do princípio do contraditório (material). É como se um princípio compensasse o outro, com um e outro equilibrando-se reciprocamente.

Assim, e desde que há expressa previsão legal para a concessão de tutela cautelar liminar sem prévia citação do réu – constante

do art.804, do CPC -, é possível ao juiz aparentemente 'violar', 'desobedecer' o princípio do contraditório (em sua vertente material) ao amparo do princípio do devido processo legal, e deferir a medida pretendida pelo autor sem audiência da parte contrária (perfazendo-se um oportuno contraditório formal, a posteriori). Essa argumentação vale para todas as hipóteses em que há possibilidade de antecipação de provimento jurisdicional sem citação do réu. Basta conferir, além do artigo 804, do CPC, os artigos 461, §3º, 797, 928, 1.050 e 1.051, todos do mesmo Código. Por isso, toda vez que houver possibilidade de antecipação de tutela jurisdicional sem citação do réu, é preciso que haja expressa previsão para tanto em texto de lei. E, com isso, estar-se-á prestigiando o princípio do devido processo legal.

A contrario sensu, quando não houver previsão legal para antecipação, a mesma não será possível, já que, em tal caso - inexistindo devido processo legal -, haverá de se garantir prevalência ao princípio constitucional do contraditório (em sua vertente material), que pressupõe, obrigatoriamente, a audiência da parte contrária. E claro está, como conseqüência, que a norma inserta no art. 804 do CPC tem seu limite de aplicação restrito aos objetivos do processo cautelar, não se prestando a servir ao processo de conhecimento, por razões óbvias, não sendo permitido ao intérprete, por isso, elastecer o seu conteúdo normativo para que o mesmo possa alcançar situação processual regulada por norma específica do processo de conhecimento.

(...)” (ASSIS, 1997) (grifos e acréscimos nossos)

“Entendo que deva ser obedecido, no procedimento em que se postula a antecipação de tutela, o princípio do contraditório. Não é possível sua concessão sem audiência da parte contrária, que deve responder no prazo que se prevê para a cautelar, que me parece o mais indicado (...)” (CALMON DE PASSOS, 1996, p. 26-27)

Tal obstáculo, - é importante mais uma vez reafirmar -, inexistente e sempre inexistiu, de modo efetivo, na *tutela cautelar*, posto que, neste caso, de forma diversa da *tutela antecipada*, não há discussão sobre a questão de fundo (*meritum causae*), existindo tão-somente uma referibilidade processual (intrínseca) que, de nenhuma forma, concerne ao direito material controvertido, permitindo, em caráter excepcional, a caracterização do denominado *contraditório formal* que, embora, a

exemplo do contraditório material, deva ser sempre observado *a priori* (ou seja, com a oitiva prévia de ambas as partes), pode ser, entretanto, observado *a posteriori*, ou seja, após o eventual deferimento da medida acautelatória, em face do próprio objetivo de preservação (urgente), que é, indiscutivelmente, inerente à tutela cautelar.

“(...) uma vez fixada a natureza cognitiva (não-cautelar, portanto) do provimento jurisdicional por meio do qual se defere a antecipação da tutela com fundamento no art. 273, do CPC, é de se indagar: pode haver antecipação de tutela sem citação do réu? A resposta – ressalte-se: a única resposta juridicamente possível, tecnicamente correta e processualmente viável – é a de que, dentro dos contornos do artigo referido, só tem cabimento a antecipação de tutela desde que tenha havido citação do réu. E por que isso? Porque: a) a antecipação, nesse caso, tem natureza cognitiva e não cautelar, quando, então, seria possível aplicar-se a ela, por extensão lógica, a regra do art. 804, do CPC; e b) inexistente previsão legal expressa, em nenhum dos incisos e parágrafos do art. 273, do CPC, que permita ao juiz conceder provimento antecipatório sem citação do réu.

Além do mais, e se a regra geral, com assento constitucional, é a que determina a observância do princípio do contraditório, então a exceção – isto é, o dispositivo de lei que permite a violação ao princípio do contraditório com a adoção de providências sem citação do réu –, haverá de merecer, necessariamente, interpretação restritiva, como é elementar em Hermenêutica (Miguel Reale, in Lições Preliminares de Direito, Ed. Saraiva, São Paulo, 9ª edição, 1981, pág. 315).

Por isso tudo, negando natureza cautelar ao provimento jurisdicional de antecipação da tutela (que tem natureza cognitiva); inexistindo previsão legal para a antecipação sem prévia citação do réu; e, finalmente, prestigando a regra geral determinada pelo princípio do contraditório – não-excepcionada por disposição expressa de lei, na hipótese –, é que ressaí incabível ao autor pedir e ao juiz deferir provimento antecipatório, com base no art.273, do CPC, sem que tenha havido citação do réu. A antecipação de tutela, em casos que tais, haverá de ser apreciada e decidida, como consequência, após a angularização da relação processual, com a necessária citação do réu, em qualquer das duas hipóteses contempladas nos incisos I e II do art. 273, do CPC.”

(ASSIS, ob. cit.) (grifos e acréscimos nossos)

Por efeito conseqüente, em sua concepção originária, somente seria lícita a concessão da *tutela antecipada inaudita altera pars* em situações excepcionalíssimas, em que a mesma, - não obstante a sua incontestante *vertente material originária* (jurisdição própria) -, aludir, ainda que tangencialmente, a uma forma derivada de *jurisdição imprópria* (extensiva), típica dos atos jurisdicionais de execução (ou assemelhados), como os previstos (ou análogos) para a hipótese da *tutela específica* (essencialmente, espécie do gênero *tutela antecipatória*) que possui expressa previsão autorizativa ínsita no art. 461, §3º, do CPC, *verbis*:

“Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, ou juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

(...)

§3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

(...)”

Não obstante todos os argumentos técnico-processuais alinhavados, bem como o rigor corretivo da hermenêutica aplicável à espécie, é cedo reconhecer que muitos autores, - bem como expressiva parte da jurisprudência -, há muito, tem desafiado os limites legais da *tutela antecipada* para, - com fulcro na característica excepcionalíssima (e até então inédita) de sua necessária *reversibilidade* -, entender possível a concessão *inaudita altera pars*.

“(...) Em caráter excepcional, poderá ser concedida a tutela antecipada, inaudita altera parte, se presentes os requisitos do fumus boni juris e do periculum in mora, bem como a prova inequívoca e a verossimilhança da alegação, em decisão devidamente fundamentada. (...)”

(STJ, AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NA MEDIDA CAUTELAR 2000/0020613-0, Rel. Min. Paulo Galotti, 2ª T., DJ 11/09/2000, p. 231)

“(...) LIMINAR CONCEDIDA SEM PRÉVIA MANIFESTAÇÃO DO PODER PÚBLICO. POSSIBILIDADE. HIPÓTESE EXCEPCIONAL. (...)”

Excepcionalmente, o rigor do disposto no art. 2º da Lei 8.437/92 deve ser mitigado em face da possibilidade de graves danos decorrentes da demora do cumprimento da liminar, especialmente quando se tratar da saúde de menor carente que necessita de medicamento. (...)”

(STJ, REsp 439833 / SP, Rel. Min. Denise Arruda, 1ª T., DJ 24/04/2006, p. 354)

“(...) A antecipação de tutela, assim como as medidas liminares (vinculadas aos pressupostos da plausibilidade jurídica e do perigo na demora), tem exame célere, dada a urgência natural da demanda, prescindindo de prévia oitiva da parte contrária. (...)”

(STJ, AgRg na SLS 18 / RJ, Rel. Min. Edson Vidigal, Corte Especial, DJ 06/12/2004, p. 170)

3. DAS ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS RELATIVAS AO TEMA

Destarte, seguindo a evolução jurisprudencial que em grande medida refugiu a correta técnica interpretativa sistemática para reconhecer a necessária prática impositiva reclamada pelo clamor dos jurisdicionados por uma justiça mais célere, ainda que menos técnica, o Projeto de Lei nº 8.046/2010 simplesmente refundiu, em certos aspectos, os diferentes institutos da *Tutela de Conhecimento Antecipada* (art. 273 do CPC) e da *Tutela de Garantia Cautelar* (art. 804 do CPC), renomeando-as sob o *nomen iuris* genérico de “*Tutela de Urgência*” (art. 276 do mencionado projeto de lei), mitigando, em grande medida, a até então significativa diferenciação entre os princípios do contraditório material e do contraditório formal.

4. CONCLUSÕES

Como visto, a concepção moderna do princípio constitucional do contraditório entende que “não se pode mais, na atualidade, acreditar que o contraditório se circunscreva ao dizer e contradizer formal entre as partes, sem que isso gere uma efetiva ressonância (contribuição) para a fundamentação do provimento” (NUNES, p. 81).

Conforme analisamos, há duas vertentes em que se desdobra o princípio constitucional do contraditório: o *contraditório material* (alusivo ao Direito material controvertido (e, conseqüentemente, ao aspecto jurisdicional próprio, de caráter meritório) e o *contraditório formal* (relativo a aspectos exclusivamente processuais).

O *contraditório material* (verdadeiro) é sempre observado “*a priori*”, ou seja, qualquer decisão (antecipada ou não) de natureza meritória somente pode ser efetivada com a oitiva prévia das partes contentoras.

Já o *contraditório formal* (ficcional e impróprio), embora também deva ser observado, em regra, “*a priori*”, pode ser efetivado, excepcionalmente, “*a posteriori*” ou, em outras palavras, a decisão processual (não meritória) pode ser, à guisa de exceção, tomada sem a oitiva de uma das partes (ou até eventualmente de ambas (decisões *ex officio*)) e, somente após sua plena efetivação, permitir vistas à outra parte (ou ambas as partes).

Por fim, registre-se que, na hipótese de eventual concessão da *tutela antecipada*, - pelo menos em sua concepção originária -, há sempre o obstáculo maior caracterizado pela efetiva presença do *contraditório material a impedir*, de forma sinérgica, o *deferimento da antecipação sem a oitiva prévia da parte contrária*, não obstante haver hipóteses excepcionalíssimas em que pode ser concedida *inaudita altera pars* com fulcro na característica de sua necessária *reversibilidade*, como bem salienta parcela da doutrina e da jurisprudência, concluindo-se, entretanto, que a evolução jurisprudencial e as alterações legislativas em andamento inegavelmente se orientam no sentido da crescente mitigação das diferenças entre as vertentes do contraditório material e formal.

Abstract: This article examines two aspects in which unfolds the adversarial principle, - material and formal adversary systems - focusing on their characteristics and examining its relationship to injunctive relief and provisional remedy, with considerations on the mitigation of the reach of the differences of both institutes in recent years and, in particular, the new civil procedural rule.

Keywords: Adversarial Principle. Injunctive Relief and Provisional Remedy.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

HOUAISS, A. Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. São Paulo: Atlas, 12. ed., 2000

CAVALCANTI, B. N. B. A Garantia constitucional do contraditório . Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: . Acesso em: 14 jun. 2008.

ASSIS, Arnaldo Camanho de. Antecipação de Tutela e Citação do Réu, Brasília, 1997

LA CHINA, Sérgio. L'esecuzione Forzata e le Disposizione Generali del Codice di Procedura Civile, Milano, 1970

NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1992

NUNES, Dierle et al. Curso de direito processual civil: fundamentação e aplicação. Belo Horizonte: Fórum, 2011

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Revista Forense, vol. 310, 1990

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Inovações no CPC. Rio de Janeiro: Forense, 2ª ed., 1996

ASPECTOS REFERENTES ÀS FONTES DO DIREITO NA BAIXA IDADE MÉDIA

Renata Marques Osborne da Costa¹

Resumo: A proposta apresentada neste presente artigo é de tentar passar alguns aspectos relacionados ao direito na época da Baixa Idade Média na Europa Ocidental, atentando-se para o contexto do renascimento urbano, comercial e intelectual, bem como para a recepção do direito romano nesta época pelas escolas dos glosadores e comentaristas das nascentes Universidades. Ademais, buscou-se mostrar a relação e a separação existente entre o direito canônico e o direito laico que estava renascendo com o direito romano. É preciso salientar também a abordagem das correntes filosóficas que buscam compreender o fundamento do direito, isto é, as correntes do voluntarismo e do racionalismo. Sendo que a metodologia escolástica da Baixa Idade Média fará contribuições significativas para a Ciência do Direito e para a sua progressiva racionalização e sistematização, imprescindíveis para a sua legalização e positivação mais tarde no século XIX. E, por último, uma conclusão referente aos assuntos abordados em destaque.

Palavras-chave: Ciência. Direito. Idade Média. Europa

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo visa investigar as principais características referentes à situação do direito no contexto da Baixa Idade Média na Europa Ocidental, período este que vai dos séculos XII ao XV. Desse modo, analisar-se-ão as principais fontes predominantes nessa época, sinalizando para a mudança

¹Técnica Judiciária da Justiça Federal da 2ª Região. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO).

de concepção do próprio direito, caminhando cada vez mais para a sua racionalização e, conseqüentemente, para a maior importância da lei como fonte do direito.

Desse modo, é imprescindível ressaltar que o que contribuiu diretamente para a progressiva racionalização do direito foi a retomada dos estudos do direito romano no Ocidente, por volta do século XII, já que nos séculos X e XI o direito romano havia praticamente desaparecido, permanecendo basicamente a aplicação do direito costumeiro dos reinos bárbaros e o feudal, remanescendo o direito de base escrita no tocante tão somente ao direito canônico. Situação esta diferente no Oriente onde o direito romano Justinianeu permaneceu como fonte principal desde a época da feitura do *Corpus Iuris Civilis*, no início da Idade Média, no século VI.

O período da Baixa Idade Média é marcado pela progressiva estabilidade dos povos da Europa, decorrente da diminuição das invasões, características da Alta Idade Média, o que acarretou sensivelmente o aumento da população, bem como pelo renascimento comercial e urbano europeu, culminando na decadência do feudalismo e mais tarde na formação dos Estados Nacionais, inaugurando a Idade Moderna.

É possível inferir ainda que, neste momento, haverá o renascimento intelectual no Ocidente, com a criação das Universidades, grandes centros de estudos destinados à formação de pessoas em várias áreas do conhecimento, tais como teologia, medicina e direito.

É importante ressaltar que tal modelo de ensino já havia sido pensado pelo Imperador Carlos Magno na Alta Idade Média, ademais a formação cultural e intelectual no Ocidente em escolas também já existia no âmbito da Igreja, podendo-se dizer que esta instituição detinha o monopólio do ensino e do saber durante toda a Alta Idade Média. Quanto ao Oriente, também havia escolas de ensino.

Entretanto, somente com a formação das Universidades no período da Baixa Idade Média, que o direito de base laica (em oposição ao direito canônico) irá se constituir como um objeto de estudo doutrinário e científico, o que não se fazia desde a época do Império Romano. Desenvolvendo e firmando as bases da ciência do direito que irá persistir até os dias de hoje nos países que adotam o sistema romano-germânico.

Inicialmente, essas Universidades ainda contavam com a presença maciça dos clérigos, mas, aos poucos, alunos e professores foram sendo compostos também pela classe dos Nobres e pelos novos grupos sociais emergentes advindos das cidades, de modo a retirar da Igreja o monopólio sobre a leitura e a escrita e, conseqüentemente, do saber.

2 VOLUNTARISMO E RACIONALISMO

A partir da formação das Universidades e da retomada dos estudos do direito romano no Ocidente, a partir século XII, o estudo do direito de base laica começa a se delinear e a se desenvolver na Baixa Idade Média, angariando autonomia perante o direito canônico, que basicamente constituía o único objeto de estudo do direito na Europa Ocidental na Alta Idade Média. Além disso, começa a surgir um embate que irá permear a filosofia do direito no concernente ao fundamento do direito. Refere-se às correntes do voluntarismo e do racionalismo.

O que quer dizer que se discutia se o direito adviria da vontade ou da razão. Este debate irá surgir na Baixa Idade Média, justamente porque a doutrina de Santo Agostinho² e de certos textos do direito romano antigo pendiam para a corrente voluntarista do direito, ou seja, para a concepção do direito como sendo fruto da vontade de Deus, do rei ou do povo. O seu conteúdo seria eminentemente arbitrário, não haveria uma limitação prévia. Dependia tão somente de quem o fizesse.

Entretanto, a partir do pensamento baseado na escolástica tomista³, o direito seria criado não por meio da vontade, mas a partir de uma ordem racional, ou seja, o direito beberia na fonte de uma ordem preexistente, não descoberta por acaso, mas fruto de um acurado estudo científico.

Depois dum primeiro período do pensamento jurídico medieval em que, por influência de Santo Agostinho (e de certos textos das fontes romanas – como D., 1, 4, 1, “quod principi placuit leges habet vigorem”), se acentuaram mais os aspectos volitivos do direito,

²Estudioso e doutor da Igreja Católica que viveu por volta dos séculos IV e V, época da decadência do Império Romano, e escreveu confissões e cidade de deus. Sua doutrina foi bem influente na Alta Idade Média.

³Referente a São Tomás de Aquino, professor da Universidade de Paris e autor de Suma Teológica que viveu por volta do século XIII, sua doutrina influenciou bastante a metodologia de ensino seguida nas Universidades europeias neste período.

a partir da escolástica tomista vai-se pôr em relevo o seu teor racional – o direito, antes de ser uma vontade, é uma ratio, uma ordo, uma mensura. Daqui que, por um lado, (a) ele existia antes e independentemente da sua volição por um soberano ou uma comunidade concretos e que, portanto, ele constituía um limite de validade aos comandos jurídicos postos pelo poder (neste sentido, o direito é, como vimos; uma “constituição; e que, por outro, (b) o seu conhecimento forme uma disciplina a ser prosseguida com auxílio de um método específico por uma categoria específica de intelectuais – os juristas.⁴

Desse modo, a corrente racionalista, fundamentando-se no método escolástico de São Tomás de Aquino, prelecionava ser a ciência do direito não uma ciência especulativa nem apriorística, mas produto de dados que constituíssem uma ciência de índole prática, a partir da observação da natureza de cada sociedade histórica. E a tarefa do jurista, como operador desta ciência, seria encontrar o melhor caminho, a fim de descobrir o direito como realmente é, e não criá-lo por sua mera vontade. Isso ele iria fazer com a ajuda da tradição, dos precedentes e dos exemplos históricos.⁵

Pode-se notar, portanto, que a ciência concebida assim leva à ideia de estabilidade e de contínuismo do direito ao longo do tempo. Ademais, se preocupa em legitimar o direito existente em uma dada sociedade através de fundamentos seguros, proporcionando uma verdadeira segurança e unicidade jurídica, características imprescindíveis para a efetiva transição dos Estados Feudais descentralizados para o Estado Moderno centralizado, aquele sob a égide do modo de produção feudal e este sob a égide do mercantilismo, das intensas transações econômicas e comerciais.

É necessário afirmar também que a concepção do racionalismo para a ciência do direito contribuiu significativamente para a revalorização dos juristas, situação esta que ocorrera outrora na Antiguidade, na época do Principado no Império Romano. Bem como para o reforço da autonomia do direito frente ao poder político.

O primeiro é o de que a revelação do direito exige uma disciplina especializada, a cargo de uma categoria sócio-profissional dotada de uma formação técnico-científica própria. O direito não está mais na

⁴HESPANHA, Antonio Manuel. História das instituições: épocas medieval e moderna. Coimbra: Almedina, 1982, p.415.

⁵ Ibidem, p.415 - 416.

plena disposição do poder político. Embora se venha a reconhecer – a partir do séc. XVI – que poder tem razões que a razão jurídica desconhece (que à razão jurídica se opõe a “razão de Estado”) e que a vontade política pode, em certas ocasiões, sobrepor-se à racionalidade das soluções (“stat pro ratione voluntas”), o princípio que recolhe mais sufrágios é o de que o príncipe tem, na actividade normativa, de se conformar com a razão e, portanto, com o conselho dos juristas.⁶

A questão do embate entre a corrente do voluntarismo e do racionalismo é tão complexa que influi consideravelmente nessa celeuma entre o poder jurídico e o poder político, visto que o racionalismo do direito dos juristas faria brechar o desejo do soberano em impor uma ordem jurídica por sua própria vontade.

Ademais, o direito comum, referente ao direito racionalizado pelos juristas com subsídios do direito romano do *Corpus Iuris Civilis*, se sobreporia ao direito próprio de cada reino ou país, advindo principalmente dos costumes locais reduzidos a escrito. Ainda que o direito comum fosse fonte subsidiária, seus princípios deveriam ser observados pelo direito próprio, por serem frutos da razão.⁷

3 O DIREITO NA BAIXA IDADE MÉDIA

3.1. A recepção do direito romano em fins da Idade Média

O principal aspecto referente ao direito no final da Idade Média relaciona-se ao motivo da retomada dos estudos do direito romano pelas Universidades europeias nesta fase e a sua ampla recepção e aceitação em vários países, bem como a sua posição como fonte neste período.

Primeiramente, a valorização do direito romano se dá justamente em uma época em que se começa a concentrar e a institucionalizar o poder nas mãos de um soberano ou pelo menos nas mãos de poucas pessoas, o que quer dizer que se formam os primeiros Estados Nacionais, no sentido que conhecemos atualmente. Desse modo, além de uma unificação política, seria necessária também uma unificação jurídica.

⁶ Ibidem, p. 416.

⁷ Ibidem, p. 417.

Ademais, a partir do século XII, vê-se a expansão da economia mercantil e das relações econômicas, o que tornava a descentralização jurídica e o direito não escrito, típicos do feudalismo, características problemáticas para a expansão comercial nos países do continente europeu, visto que não havia o mínimo de uniformidade e segurança jurídica para serem oferecidas à classe dos comerciantes e burgueses.⁸

Neste caminho, no que se refere ao direito comercial, muito embora fosse baseado precipuamente no direito consuetudinário, por ser este bem adaptável e maleável às situações do momento, características afinadas à economia que não se cristaliza. Ainda assim, fazia-se necessário que este mesmo direito estivesse atrelado a um direito mais refinado, ou melhor, a um direito que contivesse princípios e regras que refletiam modernas técnicas comerciais, tais como a liberdade de atuação negocial e o princípio da autonomia da vontade (princípios até hoje norteadores das relações econômicas), assim como reconhecesse um direito de propriedade apartado de limitações sociais e morais.⁹ Isto o direito romano poderia oferecer, diferentemente do direito até então predominante na Europa, advindo de ordenamentos jurídicos medievais, fundados no direito germânico, que denotavam concepções comunitaristas não condizentes com a prática comercial.

Entretanto, é preciso ressaltar que o direito romano, embora em fase de recepção e adaptação, revisto pelos juristas da Baixa Idade Média, consistia em uma fonte subsidiária do direito próprio de cada cidade da Europa ocidental e não em fonte principal. Esta consistia nos costumes paulatinamente reduzidos a escrito e nas legislações promanadas pelos reis e príncipes, bem como no próprio direito canônico.

A lei reaparece como fonte de direito; o rei legisla tal como os príncipes territoriais e até as cidades.(...) O costume não deixa no entanto de desempenhar um papel capital. A atividade legislativa permanece bastante reduzida, confinada sobretudo aos domínios do direito administrativo e do direito econômico. No domínio do direito civil, o costume permanece a principal fonte do direito. Todavia, desenvolve-se uma necessidade de segurança jurídica;(...) mas o movimento de redação forçada dos costumes só se desenvolverá no século XV em França e no século XVI nas dezessete províncias do países baixos.¹⁰

⁸ Ibidem, p. 447.

⁹ Ibidem, p. 447.

¹⁰ GILISSEN, John. Introdução histórica ao direito. 3.ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2003, p.240.

*O direito romano, ensinado nas universidades, era encarado como um direito erudito, por oposição ao direito efectivamente aplicado nas diversas regiões da Europa Ocidental. Não deixou todavia de se impor cada vez mais até, finalmente, ser reconhecido quase por toda a parte como direito supletivo das leis e costumes territoriais e locais. A uma fase de infiltração que, muitas vezes, durou três a quatro séculos (...) sucedeu-se em vários países o reconhecimento legal do ius commune – o direito romano tal como era ensinado nas universidades – como direito supletivo das leis e costumes; servia para preencher lacunas do direito em vigor. Deu-se, geralmente, o nome de recepção do direito romano a esse fenómeno de adopção dum direito estrangeiro; talvez sem razão, porque quase em nenhum lugar o ius commune suplantou o direito nacional ou local. Aliás, os diversos países reagiram diferentemente, face à penetração do direito romano.*¹¹

Interessante notar, no referente à recepção do direito romano na Baixa Idade Média, que a região onde hoje é a Itália foi o lugar em que o direito romano teve menos resistência quanto a sua recepção. Isso se deve, segundo Wieacker, pois, nas comunas italianas, o direito romano revestia-se de uma grande força sociopolítica em relação aos estatutos locais, força esta que se encontrava por detrás de cada palavra dos juristas; a sua autoridade era a única instância conhecida de arbitragem que se situava acima das partes em litígio. Para o mesmo autor, já no consentâneo aos outros países, havia a necessidade de se recepcionar o direito romano reconstruído pelos juristas da Baixa Idade Média, pois a enorme dispersão e insegurança do direito local reclamava já um direito geral, apreensível, comprovável por meios intelectuais e mais seguro.¹²

A recepção do direito romano em cada país se deu de maneira diferente, sendo que certos países resistiram bravamente a sua recepção, seja por causa da divergência flagrante entre os sistemas jurídicos (como na Inglaterra, em que o sistema predominante era o *common law*), seja porque alguns países tinham uma legislação própria muito fortalecida.

É de se notar, portanto, que os países que não haviam perdido o contato total com o direito romano na Alta Idade Média, onde era aplicado o direito romano vulgar, o recepcionaram bem e a retomada de seus estudos

¹¹ Ibidem, p. 351.

¹² WIEACKER, Franz. História do direito privado moderno. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1979, p. 67.

consistiu até mesmo em um melhor conhecimento do direito romano que vinha até então sendo aplicado em consonância às suas realidades.¹³

Para Hespanha, não seria muito adequado designar a dogmática jurídica predominante nos séculos XIII a XVII (da Baixa Idade Média a Idade Moderna) como “romanismo jurídico”. Porquanto, segundo este mesmo autor¹⁴, o renascimento do direito nesta época não se deve exclusivamente à redescoberta do direito romano de Justiniano, o que quer dizer que o direito medieval não se resumia ao direito romano do *Corpus Iuris Civilis*, mas, com o auxílio deste, havia angariado uma faceta nova, ancorado também nos costumes locais e legislações régias, a fim de formar o direito comum europeu.

3.2. Relações entre o direito laico e o direito canônico

Consoante ensinamento do direito canônico, os direitos humanos, relacionados ao direito secular e eclesiástico, deveriam se subordinar ao direito divino, revelado pelas Escrituras e pela Tradição. Isso significa que estes dois direitos deveriam se complementar, a fim de realizarem a vontade divina.

O problema relacionado a esta necessária relação de complementaridade entre o direito canônico e o direito laico revelava-se quando do embate entre as autoridades do Papa e do Imperador, ou seja, entre o Estado e a Igreja, que se tornara tão comum com a formação, neste período da Baixa Idade Média, de alguns Estados Europeus. Desse modo, a questão que ficava era qual o direito que deveria predominar.

Nesse caminho, para o próprio direito canônico, dever-se-ia prevalecer, em caso de conflito, este direito, pois estaria mais próximo dos preceitos do direito divino. Além disso, a própria doutrina laica, mais tarde, irá reconhecer isto, em reforço à doutrina canonista, mesmo havendo a autonomia do direito civil perante o direito canônico.¹⁵

Muito embora fosse reconhecida tal autonomia, o direito canônico em alguns aspectos influenciou a doutrina do direito laico ou civil. Até porque havia uma relação de afinidade existente entre tais direitos, visto que o direito

¹³ HESPANHA, Antonio Manuel. Op. Cit, p. 446.

¹⁴ Ibidem, p. 441.

¹⁵ Ibidem, p.452.

canônico foi estruturado conforme o modelo do direito romano, o que vinha ocorrendo também com o direito laico, com a retomada de seus estudos.

Desse modo, é possível afirmar que, consoante doutrina de Wieacker, alguns aspectos do direito canônico foram determinantes para o uso do novo direito civil que então estava se formando na Europa (direito comum), a saber, as principais: a aplicação de princípios da teologia moral e da ética, tais como a *aequitas*, *bona fides*, *conscientia*, *honestas e misericórdia*; a menor valoração ao formalismo dos contratos; uma maior atenção a elementos psicológicos e as formas negociais consensuais; e a maior racionalização das provas judiciais.¹⁶

Muito embora existisse tal influência, ainda assim a própria Igreja sempre admitiu a separação entre os direitos canônico e civil, até mesmo porque a instituição estava mais preocupada em cuidar das almas e da salvação humana perante Deus e, portanto, sua vocação seria universal, comum a todos os tempos e lugares. Diferentemente do direito civil, que deveria se identificar com um Estado, com um Reino, e estava incumbido em regular o comportamento dos homens na terra e não em um campo sobrenatural. Nos mais das vezes, o que acontecia era a aplicação do direito canônico de forma preponderante a determinadas matérias, hoje reguladas pelo direito laico, que ainda não constituíam, na Idade Média, seu objeto, tais como questões relativas a matrimônio e sucessão.

(...) pertencem à ordem jurídica da Igreja muitas relações que, hoje, completa ou preponderantemente, são próprias do direito secular. Assim, antes de tudo – depois do concílio de Latrão (1215) – as relações pessoais do direito de família e, também, o direito das pessoas coletivas eclesíásticas, das fundações e dos testamentos; refira-se ainda uma grande parte do direito sobre imóveis (e, mesmo, sobre móveis) da Igreja e suas instituições. Abstraindo esta aplicação direta e necessária da ordem jurídica canônica (que não pode constituir objeto desta exposição), as concepções jurídicas medievais insistiram, contudo, na separação entre a ordem jurídica canônica e a temporal, separação que se manifesta na distinção ente legistas e canonistas, na distinção entre jus civile e jus canonicum ou ainda na fórmula jus utrumque (que permanece nos títulos doutorais da actualidade).¹⁷

¹⁶ WIEACKER, Franz. Op. Cit, p.75.

¹⁷ Ibidem, p.68.

3.3. Escolas dos Juristas na Baixa Idade Média

3.3.1. A Escola dos Glosadores

Na Alta Idade Média, não havia tantas escolas de ensino, na verdade, quando existiam, o ensino era feito em mosteiros e catedrais e a formação se dividia em duas etapas: o *Trivium* (gramática, retórica e dialética) e o *Quadrivium* (aritmética, geometria, música e astronomia). O direito era ensinado a partir da retórica e da dialética, com um intuito meramente prático.

A partir do século XI e mesmo do século XII, ocorreu o renascimento intelectual com a criação de inúmeras Universidades na Europa com destaque para as de Bolonha, Salerno da Itália e Montpellier e Paris da França.

Desse modo, pode-se inferir que o próprio ensino do direito foi reformulado, o que foi imprescindível para a retomada dos estudos do direito romano na Europa Ocidental.

Assim, em Bolonha, por volta da primeira metade do século XII, o monge Irnerius começou a ensinar, nesta Universidade, o direito romano fundado no *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano, baseando-se principalmente no Digesto. Foi a partir daí que se inaugurou a Escola dos glosadores.¹⁸

A metodologia dessa Escola foi seguida por seus discípulos e alastrou-se até o século XIII, para outras Universidades da Itália e depois da França.

A grande façanha dos glosadores foi a inovação na metodologia do estudo do direito, visto que o mesmo deixou de ser ensinado dentro da retórica e da dialética na etapa do *Trivium*, e angariou um estudo próprio, como matéria autônoma. Desse modo, contribuíram em muito para a formação e para o desenvolvimento da Ciência do Direito na Idade Média a partir do direito romano compilado por Justiniano, adaptando-o à realidade medieval.

É bem verdade inferir que o método da escola dos glosadores arvorava-se basicamente em três características, quais sejam, fidelidade ao texto de Justiniano, caráter analítico e não sistematicidade de seus estudos.¹⁹

¹⁸ Para Wieacker, não se sabe com a devida precisão quem fundou essa escola. Segundo ele, alguns documentos apontam mesmo para Irnerius, professor de gramática. WIEACKER, Franz. Op. Cit, p.56.

¹⁹ Características bem delimitadas na doutrina de HESPANHA, Antonio Manuel. Op. Cit, p. 459.

Denominavam-se glosadores, pois faziam glosas nos textos romanos. Essas glosas significavam uma explicação breve acerca de uma palavra ou frase de difícil compreensão ou obscura presente em tais textos. Poderiam ser escritas entre as linhas dos manuscritos (glosas interlineares) ou na margem dos textos (glosas marginais), tudo dependeria do tamanho delas. Consistia em um verdadeiro trabalho de interpretação, de exegese. Alguns glosadores chegavam a redigir um pequeno tratado onde era abordado um determinado instituto do direito romano sujeito a interpretação (*summa*). Quando se aprofundavam mais, redigiam uma *quaestio*.

No tocante à interpretação estritamente literal do *Corpus Iuris Civilis*, a razão para tal fidelidade referia-se ao fato de que os glosadores consideravam a compilação de Justiniano de origem sagrada, já que acreditavam ter sido este Imperador contemporâneo de Cristo, muito embora tivesse vivido no século VI d. C. Desse modo, seria considerado um pecado uma interpretação além dos seus textos.

No concernente ao caráter analítico dos glosadores, a sua metodologia consistia em uma acurada avaliação de cada texto jurídico. Entretanto seus trabalhos por meio de glosas não atentavam para uma sistematicidade.

Interessante aspecto a ser abordado sobre a Escola dos Glosadores refere-se ao seu não caráter prático, isto é, ela não estava preocupada em interpretar os textos jurídicos romanos com o intuito de resolver problemas e buscar soluções jurídicas para o dia-dia medieval. Seu intuito era meramente teórico.

No entanto, se é possível vislumbrar algum aspecto prático, relacionado à prática jurídica e até mesmo com fim político, como forma de apoio às questões suscitadas pelos soberanos aos juristas que eram consultados, tal aspecto ligava-se não a uma vontade direta dos juristas glosadores, mas sim, indiretamente, pela valorização de sua autoridade.

Esta imensa influência não é, para nós, mais fácil de compreender que o seu condicionalismo cultural (...) Ainda que os estudos jurídicos tenham provindo da necessidade de uma formação prática dos funcionários de justiça, os glosadores não procuraram, contudo, preponderantemente exercer qualquer influência directa na edição legislativa das cidades italianas ou na aplicação directa

do direito local; embora o próprio poder cedo tenha procurado a legitimação espiritual dos juristas.(...) esta força expansiva dos processos espirituais funda-se no poder absoluto da autoridade espiritual da palavra sobre o homem medieval; no entanto, ela só se torna actuante no contexto das grandes mutações políticas, sociais e econômicas da sociedade europeia do séc. XIII.²⁰

Se acabavam, portanto, por influir fortemente na vida jurídica e política do seu tempo, isto deve-se não ao seu empenhamento prático mas à eficácia da autoridade espiritual do saber que cultivavam.²¹

Além de Irnério, outro jurista que foi um dos mais influentes na Escola dos glosadores foi Acúrsio que, junto com as suas glosas e a de seus antecessores, formou uma grande compilação denominada de Glosa Ordinária, Magna Glosa ou Glosa de Acúrsio.

Segundo Gilissen, a Glosa de Acúrsio pode ter sido um dos motivos para a decadência da Escola dos Glosadores, visto que aquela adquirira para os seus sucessores o mesmo valor que o *Corpus Iuris Civilis* detinha. Desse modo, os glosadores no final limitavam-se praticamente a fazer a Glosa da própria Glosa, o que evidenciou uma queda efetiva no caráter científico da Escola dos Glosadores.²²

3.3.2. A Escola dos Comentadores ou Pós-Glosadores

De antemão, pode-se afirmar que o que contribuiu de sobremaneira para uma nova concepção de escola para juristas referia-se ao fato de que, a partir dos séculos XIII (época de decadência da escola dos glosadores, como supraexposto) e XIV, as fontes do direito existentes à época, ou seja, as fontes derivadas dos direitos locais (direito próprio) e a derivada do direito romano de Justiniano, que formava a base do direito comum e que os glosadores tanto se debruçaram em estudá-la e a interpretá-la, estavam em pleno insurgimento.

Isso se deve justamente por causa da falta de preocupação prática pelos Universitários da época, na maioria glosadores, que estavam, na verdade,

²⁰ WIEACKER, Franz. Op. Cit, p.66.

²¹ HESPANHA, Antonio Manuel. Op. Cit, p. 460.

²² GILISSEN, John. Op. Cit, p. 344.

mais interessados em desenvolver uma ciência do direito apartada do que estava acontecendo na realidade. Somado a isso, tem-se o contexto do renascimento urbano e comercial e, conseqüentemente, a expansão dos horizontes econômicos e sociais entre cidades e Estados, acompanhados por novas técnicas jurídicas absorvidas pelos usos, costumes e leis locais, afastando-se mais e mais do direito erudito romano.

Dessa forma, necessitar-se-ia que houvesse um corpo doutrinado de juristas nas Universidades Europeias capaz de, por meio de uma metodologia própria diferente da dos glosadores, fazer uma integração do direito romano justinianeu (*ius commune*) às concepções e princípios do direito advindo das cidades e dos costumes e práticas comerciais (*ius proprium*). Nas palavras de Hespanha, “Está, portanto, em pleno desenvolvimento um processo de fusão entre o *ius commune* e o *ius proprium*.”²³ Portanto, havia mesmo uma necessidade prática e para tal intento aos Juristas Comentadores foi incumbida essa tarefa.

*São estes juristas que, debruçando-se pela primeira vez sobre todo o corpo do direito (direito romano, direito canônico, direito feudal, estatutos das cidades) e orientados por finalidades marcadamente práticas vão procurar unificá-lo e adaptá-lo às necessidades normativas dos fins da Idade Média.*²⁴

Assim, em fins do século XIII e início do século XIV, alguns professores, nas Universidades da Itália (Bolonha, Pavia e Pisa), foram buscar novos métodos para a interpretação e desenvolvimento da ciência do direito a partir dos textos romanos. A fundação dessa escola deve-se precisamente a Cino de Pistóia, entretanto o professor mais expoente dessa escola foi o seu discípulo, Bártolo, que ensinou em Perusa e em Pisa. Este, muito embora tivesse vivido pouco, faleceu com aproximadamente 44 anos de idade, foi autor de inúmeros comentários e tratados concernentes ao direito romano, contribuindo efetivamente para algumas teorias sobre o direito internacional e o direito civil.

A metodologia dos Comentadores, com um intuito mais pragmático, irá fundar-se precipuamente na dialética escolástica, baseada no ensino da Teologia e da filosofia, por influência de São Tomás de Aquino. Desse

²³ HESPANHA, Antonio Manuel. Op. Cit, p. 461.

²⁴ Ibidem, p. 462.

modo, a ideia principal seria uma abordagem geral dos textos romanos e, a partir da realidade em que viviam, extrair princípios gerais, a fim de buscar soluções para o problemas advindos do cotidiano medieval.

Apesar da inovação metodológica, os textos romanos ainda eram considerados pelos comentadores como verdades indiscutíveis.²⁵ Entretanto, é importante fazer uma observação, qual seja, o método escolástico estava estritamente imbricado a uma concepção racionalista do direito e não voluntarista. Portanto, os juristas comentadores estavam menos propensos em trazer à tona a vontade do legislador romano ao elaborar o *Corpus Iuris Civilis* e mais preocupados em interpretá-lo à luz da realidade medieval, no intento de buscar significados jurídicos e racionais e não meramente históricos. A exegese feita pelos comentadores não seria meramente literal. Daí a importância da formulação de princípios gerais. Isso se daria por meios de investigação lógico-dialéticos.

*A realização duma tarefa deste tipo – que, no fundo, consistia em fazer ao legislador aquilo que ele não tinha, de modo algum, querido dizer – exigia, como já se disse, meios lógicos-dialéticos adequados a “forçar” a letra dos textos, meios que constituíram o estofa da dogmática jurídica até ao séc. XVIII e de que ainda hoje restam traços no discurso dos juristas (...).*²⁶

Com o fim de alcançar tais objetivos, os comentadores utilizaram uma metódica lógico-dialética, bem como buscaram apoio na tópica, métodos estes presentes no ensino da escolástica tomista, fundamentada na doutrina aristotélica.

Assim, os comentadores foram responsáveis pela diferenciação entre o espírito da lei e a letra da lei, tendentes mais àquele, além disso comungavam com a prática da interpretação restritiva (quando o legislador disse mais do que deveria) e extensiva (quando o legislador disse menos do que deveria), bem como com a interpretação lógica. Segundo Hespanha, esta interpretação consistia em um meio termo à interpretação literal (agarrada ao elemento filológico e gramatical dos textos) e à espiritual (que praticamente desprezava o texto, envolvendo-se em rebuscadas divagações simbólicas).²⁷

²⁵ GILISSEN, John. Op. Cit, p. 346.

²⁶ HESPANHA, Antonio Manuel. Op. Cit, p. 468.

²⁷ Ibidem, p.469.

No consentâneo ao método dialético, os juristas comentadores utilizavam-se da tópica, que consistia em um meio com o intuito de encontrar pontos de vista, ou melhor, argumentos que pudessem ser utilizados, para que, posteriormente, fossem confrontados e discutidos (dialética), a fim de se buscar a solução mais adequada para uma dada questão jurídica. Tudo isso, porque não haveria uma resposta pronta, indiscutível e verdadeira para um determinado caso jurídico posto em questão, bem como a ciência do direito na Idade Média ainda teria que se basear nos textos Justinianos e conciliar diferentes pontos de vista dos institutos jurídicos do direito comum, que abrangia o direito romano, feudal, costumeiro e as legislações régias, para a formação de conceitos e princípios gerais.

Ou seja, por meio de um processo indutivo, caminhava-se mais e mais para a sistematização do direito, que perduraria até o século XVII e abriria passagem para a legalidade, característica predominante do sistema romano-germânico, e que se consolidaria a partir dos séculos XVIII e XIX na Europa.

A partir da actividade teórica, os comentadores caminharam cada vez mais para uma actividade de consulta, de cuja experiência resultou em geral uma impregnação e aperfeiçoamento científicos dos direitos estatutários, e mesmo das ordens jurídicas italiana e europeia. Ao converterem o seu próprio mundo quotidiano – e não apenas o da Itália e França do sul, mas também, logo em seguida, o mundo, com este estreitamente aparentado, da Europa central e ocidental – em objeto da sua ciência, os comentadores converteram o direito justinianeu, pela primeira vez, num direito comum de toda a Europa (jus commune); ao mesmo tempo que reduziam a multidão dos direito não romanos da Europa à forma mental da sua ciência.²⁸

(...) a grande tarefa do pensamento jurídico desta época foi a realização da unidade do ordenamento jurídico sem o sacrifício dos direitos particulares e, por outro lado, a integração do direito justinianeu-feudal e dos direitos cidadãos-burgueses num sistema único dominado por grandes princípios jurídicos actualizados, isto é, que traduzissem adequadamente as exigências da vida de então. Todavia, dado que ainda vigorava (...) uma concepção normativa do direito – ou (...) dado que a ciência jurídica ainda não tinha a possibilidade de formular autonomamente (i. é. sem se apoiar nos textos jurídicos, nomeadamente romano-justinianeus, em vigor) os princípios jurídicos superiores – a construção do “sistema jurídico”

²⁸ WIEACKER, Franz. Op. Cit, p.80.

*tinha que partir dos dados jurídico-normativos tradicionais e, por sínteses progressivas, tender para uma completa axiomatização do direito, que, no entanto, só terá lugar a partir do séc. XVIII.*²⁹

Outro interessante aspecto sobre a escola dos comentadores concerne ao fato de que, não obstante tenha contribuído diretamente para a sistematização do direito e para a própria legalização deste, mais tarde, em detrimento dos usos e costumes as regiões. O mesmo, através do método lógico-dialético, não tinha intuito dedutivista, muito menos reducionista, característicos dos próprios sistemas legalistas-positivistas do século XIX, predominantes em França e na Alemanha unificada. Nessa esteira, a crítica ao legalismo-positivista mais tarde, no século XX, irá se fundamentar no próprio pensamento dos comentadores.

*O método dos comentadores voltou a estar na ribalta da reflexão metodológica contemporânea a partir da publicação, em 1957, da hoje famosa *Topik und Jurisprudenz* de Theodor Viehweg (...). Nesta obra, que se insere num vasto movimento do pensamento jurídico contemporâneo de crítica ao conceitualismo e ao legalismo, Th. Viehweg procura destacar o caráter situado e concreto da decisão jurídica, decisão que, mais do que extraída por via dedutiva de princípios jurídicos absolutos ou da lei, seria o produto duma ponderação pelo jurista, em função do caso concreto, de diversos pontos de vista e argumentos entre si conflituais(...). Como exemplos de épocas em que os juristas assumiram explicitamente esse caráter tópico e argumentativo do seu saber, Viehweg refere a época clássica do direito romano e a jurisprudência medieval, nomeadamente os comentadores. A consciência do caráter tópico do saber jurídico teria sido submergida pelas ulteriores correntes racionalistas e dedutivistas (*jusracionalismo e pandectista*).*³⁰

A decadência da Escola dos Comentadores no século XV, final da Baixa Idade Média, deve-se a um efetivo enfraquecimento na utilização do direito comum e por outro lado em uma valorização dos direitos próprios relacionados às legislações dos reis e das cidades, que estavam cada vez mais se acentuando e se fortalecendo, devido à intensificação da formação dos Estados Nacionais neste período que, por via de consequência, iria desembocar em uma nova época: A Idade Moderna. Assim, a própria legislação dos novos Estados havia se modernizado e se adaptou bem

²⁹ HESPANHA, Antonio Manuel. Op. Cit, p. 471-472.

³⁰ *Ibidem*, p.478-479.

aos anseios políticos, sociais e econômicos da nova era. Nesse caminho, o estudo do direito romano havia perdido um pouco de sentido.

Aliado a isso, já na Idade Moderna, por volta do século XVI, irá se constituir uma nova escola que criticará diretamente a dos comentadores, qual seja, a Escola Humanística. Esta, diferentemente daquela, passará a encarar o estudo do direito romano com um intuito meramente histórico e não mais com o fim prático, de reavivá-lo.

Portanto, os Humanistas estavam mais interessados em estudar o direito romano por ele mesmo, com fim apenas científico e teórico, insuscetível de qualquer aplicação ao direito moderno.³¹ Além disso, os humanistas deveras estavam mais atentos em estudar o direito romano de Justiniano a partir de sua própria origem, ou seja, pelos próprios textos e não a partir das interpretações realizadas pelos comentadores.³²

3.4. Direito Canônico

O direito canônico, como já disposto em tópico deste trabalho, na Baixa Idade Média, constituía objeto de estudo apartado do direito laico. Seu direito denominava-se de canônico, visto que, advindo da palavra grega *canon* que significa regra, era empregado nos primeiros séculos da Igreja para designar as decisões dos concílios.³³

É bem verdade afirmar que a ciência do direito canônico se desenvolveu antes que a ciência do direito laico na Idade Média. Visto que, na Alta Idade Média, na Europa Ocidental, a Igreja dominava praticamente todo o saber, não só jurídico, mas também referente a outras profissões eruditas, inclusive a leitura e a escrita. O que quer dizer, nomeadamente, que os professores das escolas que existiam desde o início da Idade Média eram compostos por clérigos.

Assim, é por isso que ainda na Alta Idade Média, período que data do séc. VI ao séc. XI aproximadamente, em meio aos reinos bárbaros e ao apogeu do feudalismo, o único direito até então escrito era o canônico. Ademais, constituía-se também como um direito universal, ou seja, comum a todos os

³¹ GILISSEN, John. Op. Cit, p. 348.

³² HESPANHA, Antonio Manuel. Op. Cit, p. 347-348.

³³ GILISSEN, John. Op. Cit, p. 133.

tempos e lugares, porquanto não estava destinado a regular uma ou outra sociedade, mas a comunidade humana em geral, no tocante aos cristãos na sua relação com Deus, para a salvação das almas. Desse modo, foi a única Instituição na Europa que permaneceu centralizada, diferentemente do que vinha ocorrendo com os reinos bárbaros e os feudos.

O direito canônico foi importante também na Idade Média, pelo fato de que algumas matérias concernentes ao direito privado foram reguladas por ele e não pelo laico, a exemplo de litígios referentes ao casamento e divórcio a partir do século VIII.³⁴

O direito canônico dispunha basicamente sobre o funcionamento da Igreja e as relações da Igreja com a sociedade.³⁵ Desse modo, é por isso que se entendia que o casamento, por ser uma instituição sacramental, e matérias conexas a ele estavam submetidos à Jurisdição eclesiástica. Referente ainda à matéria civil, os testamentos estavam submetidos a essa Jurisdição, quando continham um legado pio a favor de uma instituição eclesiástica, bem como a não execução de uma promessa feita sob juramento. A Igreja julgava todas as pessoas, fossem leigos e clérigos, também em matéria penal, quando relacionada a infrações contra a religião, como heresia, simonia, sacrilégio, entre outros, ou contra as regras canônicas, como adultério e usura.³⁶

No tocante às fontes do direito canônico, predominava o *Ius Divinum*, atos de caráter legislativo advindos das autoridades clericais (concílios e papas), o costume e o direito romano, como fonte supletiva.³⁷

O direito divino se expressava no conjunto de regras jurídicas extraídas da Sagrada Escritura, assim como dos Escritos dos Apóstolos e Doutores da Igreja (incluindo Santo Agostinho), a fim de revelar a vontade divina. Sobre o direito divino exerceram grande influência o direito oriental e o direito grego.³⁸

A legislação canônica referia-se às decisões promanadas pelos concílios e pelos papas, que constituíam as autoridades eclesiásticas. Quando tais

³⁴ *Ibidem*, p.134.

³⁵ LE GOFF, Jacques; MONTREMY, Jean-Maurice de. *Em busca da Idade Média*. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008, p.162.

³⁶ GILISSEN, John. *Op. Cit.*, p. 140.

³⁷ Classificação esta das fontes do direito de acordo com a doutrina de GILISSEN, John. *Op. Cit.*, p. 142.

³⁸ *Ibidem*, p.143.

decisões concerniam aos concílios denominavam-se de *decretos*, quando concerniam aos papas, denominavam-se de *decretais*. Houve inúmeros Concílios, que poderiam ser ecumênicos ou assembleias gerais dos bispos da cristandade.³⁹ Alguns são bem conhecidos na história, tais como: O Cisma do Oriente (1054), o Concílio de Latrão (1123, 1139, 1179 e 1215) e o Concílio de Trento em resposta a reforma (1545-1563). Nem todas as decisões dos Concílios eram aceitas pelos Reis dos Estados.

No consentâneo às decretais, referiam-se às consultas ou pedidos emanados de um bispo ou de uma alta autoridade eclesiástica ou laica, feitos diretamente ao Papa. De início, serviam como uma fonte complementar aos decretos dos concílios. Depois, passou a suplantar esses decretos, praticamente tornando o Papa um verdadeiro legislador.⁴⁰

Os costumes, denominados de *jus non scriptum*, diante da abundância e do desenvolvimento das legislações escritas canônicas, não exerciam um papel considerável para esse mesmo direito. Segundo Gilissen, o direito canônico tornava obrigatório o costume, caso satisfizesse determinados requisitos, a saber: ser seguido há um certo tempo (pelo menos 30 anos), não ofender a razão e ser legítimo (consentâneo ao direito divino, aos decretos e ao ensino autorizados pela Igreja).⁴¹

E, por derradeiro, os princípios do direito romano também constituíam fonte do direito canônico, pela seguinte razão: A Igreja Católica nasceu e desenvolveu-se sob a égide do Império Romano, logo a influência do direito romano seria inevitável. Era aplicável ao direito canônico desde que estivesse em consonância ao *ius divinum* e aos *decretos* e *decretais*.

Muito embora o direito canônico fosse bem desenvolvido e escopo de uma ciência própria desde o início da Idade Média, é a partir da Baixa Idade Média, nomeadamente do séc. XII, que haverá o apogeu da ciência canonista e que a sua doutrina irá se refinar.

Porquanto, nesse mesmo período, havia muitas fontes escritas do direito canônico, como visto anteriormente. Desse modo, necessitar-se-ia unificar

³⁹ Ibidem, p.143.

⁴⁰ Ibidem, p.144.

⁴¹ Ibidem, p.145.

e solidificar a doutrina canonista, de modo a torná-la mais sistemática e coerente, contribuindo para a formação de um verdadeiro sistema canonista.

Isso só foi possível por meio do estabelecimento de princípios universais e de obras de compilação a partir do ano 1140, quando um monge chamado Graciano, professor de teologia em Bolonha, foi capaz de produzir a *Concordia discordantium canonum* (concordância dos textos contraditórios).

Essa obra abriu espaço para que outras fossem publicadas com o mesmo intuito. O conjunto dessas obras desembocou, em 1582, no *Corpus Iuris Canonici* e indubitavelmente contribuiu em muito para a concepção de uma nova ciência do direito canônico.

Assim formou-se a partir do século XII um novo direito canônico, o direito canônico clássico, imposto por Roma a toda a Cristandade do Ocidente. Sob o impulso da reforma gregoriana, este direito canônico único é formado pela fusão de velhos textos da antiguidade, italianos, espanhóis e franceses, com as decretais dos papas.⁴²

*Havia muito tempo a Igreja dispunha de referências necessárias para a organização do direito canônico: textos dos Padres, documentos pontifícios, as decretais antigas, frequentemente falsas. Era portanto indispensável dar uma ordem a isso, acabar com as contradições, estabelecer princípios. Empenhou-se nessa obra por volta de 1140 um monge ou nela se empenharam muitos monges de Bolonha – a tradição de um certo Graciano –, produzindo a *Concordia discordantium canonum*, a “concordância” (conciliação) dos textos contraditórios.⁴³*

*Para o conjunto das fontes publicadas dos canonistas, desde o *Decretum* de Graciano até às *Clementinas*, triunfou a designação conjunta de *Corpus Iuris Canonici*, por evidente contraposição ao *Corpus Iuris Civilis*, designação que, no entanto, só a partir de Gregório XIII (1580) entrou na linguagem oficial da cúria. Pouco depois, apareceu uma edição crítica oficial (1582), sobre a qual se baseiam as posteriores.⁴⁴*

O *Corpus Iuris Canonici* é composto de cinco partes: o Decreto de Graciano (1140), os Decretais de Gregório IX (1234), o Livro Sexto (1298), as

⁴² Ibidem, p.147.

⁴³ LE GOFF, Jacques; MONTREMY, Jean-Maurice de. Op. Cit, p. 162-163.

⁴⁴ WIEACKER, Franz. Op. Cit, p.73.

Clementinae (1314), as Extravagantes de João XXII (1324) e as Extravagantes Comuns (século XV).

Os dois primeiros foram os mais influentes.

O Decreto de Graciano, apesar de se tratar de uma obra feita por um particular, pois o mesmo era professor da Universidade de Bolonha, mas não autoridade eclesiástica, logo foi reconhecido pelas autoridades e constituiu, depois de sua feitura, a principal base para o estudo do direito canônico das Universidades nascentes.

O objetivo desta obra seria estabelecer uma coerência entre as doutrinas divergentes dos cânones, formulando a partir deles a síntese dos problemas jurídicos postos em questão e propondo uma solução, por meio de comentários. Segundo Gilissen, Graciano buscou a metodologia dialética escolástica ao fazer a obra.⁴⁵ Por outro lado, segundo Wieacker, sua metodologia baseou-se na dos primeiros glosadores. Ainda assim é difícil, para este mesmo autor, fazer uma comprovação idônea.⁴⁶

Neste diapasão, foram chamados de decretistas, os doutrinadores que tomaram por base o decreto de Graciano. Esses seguiram um método muito semelhante a dos glosadores.

Posteriormente, em 1234, à obra de Graciano, advieram as Decretais do Papa Gregório IX, no intuito de promulgar uma obra oficial capaz de resolver o problema da intensa multiplicação das coleções pós-gracianas e também de atualizar a própria obra de Graciano frente às novas legislações canônicas.

A decretais foi redigida pelo dominicano espanhol Raymond de Peñafort, professor da Universidade de Bolonha. Após a publicação, esta foi enviada, pelo Papa, como um código oficial, às Universidades de Bolonha e de Paris, proibindo a confecção de outras compilações sem a autorização da Santa Sé.⁴⁷

Os doutrinadores que procederam aos comentários dessas Decretais passaram a se chamar de Decretalistas, que também aplicavam o método dos glosadores e posteriormente passaram a adotar a dos comentadores.

⁴⁵ GILISSEN, John. Op. Cit, p. 147

⁴⁶ WIEACKER, Franz. Op. Cit, p.71.

⁴⁷ GILISSEN, John. Op. Cit, p. 148.

Após a decretais, os papas trataram de completar e atualizar a obra de Graciano, que resultaram nas outras partes do *Corpus Iuris Canonici*.

Pode-se notar, portanto, que o método adotado pelas Escolas destinadas a reestudar o direito romano (dos glosadores e dos comentadores) praticamente não se diferenciou daquele adotado pelas Escolas do direito canônico. Foram bastante assemelhadas, até mesmo em termos de cronologia, como se pode avistar nos decretistas e decretalistas.

4 CONCLUSÃO

Neste trabalho, procedeu-se a uma análise do direito presente na Baixa Idade Média na Europa Ocidental, período este que data do séc.XII ao séc. XV, e, em conjunto, discutiu-se um pouco acerca das duas principais correntes, presentes na filosofia do direito, que tentam explicar se o fundamento do direito reside no voluntarismo ou no racionalismo.

É importante observar que tal questão irá ser pela primeira vez trazida, na história do direito, neste período da Baixa Idade Média, pelos escolásticos tomistas racionalistas, em resposta à doutrina volitiva defendida principalmente por Santo Agostinho, com o fim de explicar o direito divino e tão utilizada na Alta Idade Média. Além disso, tal embate permeará, posteriormente, na Idade Moderna, problemas de ordem política relacionados, principalmente, com os ideários revolucionários de ruptura da ordem pré-existente e a necessidade da continuidade do direito.

Após isso, fez-se uma abordagem concernente ao panorama da recepção do direito romano, posicionando-o como verdadeira fonte de direito na Idade Média, tratando das principais Escolas das Universidades Europeias responsáveis pela releitura do direito romano Justiniano em plena Idade Média, quais sejam, a dos glosadores e dos comentadores. Atentando-se para o fato de que a primeira buscou utilizar uma metodologia mais literal de interpretação dos textos jurídicos romanos, procedendo a comentários, ou glosas, interlineares ou marginais, bem como elaborando pequenos tratados compilando tais glosas. Enquanto a segunda escola buscou caminhos lógico-dialéticos, com o auxílio da tópica, a fim de fazer não só exegeses, mas também adaptá-las às necessidades da

vida prática, contribuindo substancialmente para a unificação do direito comum europeu, assim como para a futura sistematização do direito e sua legalização no século XVIII e XIX.

Neste trabalho, procurou-se também discorrer acerca da relação existente entre o direito canônico e o direito laico reconstituído fundamentalmente no direito romano, pelas escolas acima citadas. E, ulteriormente, tratou-se especificamente do direito canônico, que reconheceu seu apogeu e consolidação como ciência também na Baixa Idade Média com o *Corpus Iuris Canonici*, a despeito de já ser objeto de estudo pelo corpo doutrinário da Igreja desde o início da Idade Média, com a queda do Império Romano do Ocidente. Bem como foram explicitadas as principais fontes deste direito canônico, com predominância do direito divino.

REFERÊNCIAS

- BALSDON, J. P. V. D (Organizador). O mundo romano. Trad. Victor M. de Moraes. Rio de Janeiro: Zahar, 1968.
- GILISSEN, John. Introdução histórica ao direito. 3.ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2003.
- HESPANHA, Antonio Manuel. História das instituições: épocas medieval e moderna. Coimbra: Almedina, 1982.
- LE GOFF, Jacques; MONTREMY, Jean-Maurice de. Em busca da Idade Média. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.
- WIEACKER, Franz. História do direito privado moderno. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1979.

CLÁUSULA DE NÃO RESTABELECIMENTO: A NECESSÁRIA INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA DO ART. 1.147 DO CÓDIGO CIVIL

Rodrigo Leitão Requena¹

INTRODUÇÃO

Este trabalho tratará da cláusula de não restabelecimento, espécie da cláusula de não concorrência, especificamente inserida nos contratos de trespasse (alienação de estabelecimento). No silêncio do contrato, tal cláusula é tacitamente inserida, determinação então introduzida no ordenamento brasileiro em 2002 por força do art. 1.147 do Código Civil, impedindo que o alienante constitua novo estabelecimento que faça concorrência ao adquirente pelo período de cinco anos. A literalidade da norma, porém, peca por excessivo laconismo, e as limitações à avença são objeto de longo e profícuo debate doutrinário.

Outrossim, a cláusula é, essencialmente, restritiva aos direitos (de liberdade de profissão e iniciativa) do alienante e da coletividade (de livre concorrência), e, em especial diante da sua aplicação ocasionada pela previsão legal - que prescinde da expressa concordância do alienante -, deve ter sua omissividade preenchida de acordo com tal perspectiva: sua interpretação deverá ser igualmente restritiva. Esse será o principal tema do presente trabalho.

¹ Aluno do curso de graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Trabalho apresentado como monografia de conclusão de curso, sob orientação do Professor Pedro Marcos Nunes Barbosa.

O primeiro capítulo tratará das considerações iniciais sobre o tema, reunindo as considerações da doutrina sobre o assunto e as matérias correlatas de maior relevância, além de fixar referenciais para o desenvolvimento que se seguirá.

O segundo capítulo, por sua vez, buscará analisar a função da avença, considerando sua integração ao contrato de *trespasse*, estudando-a sob a perspectiva da boa-fé objetiva (ainda que a própria do direito empresarial) e da garantia à boa consecução dos fins contratuais.

O terceiro capítulo analisará a dinâmica da restrição de direitos ocasionada pela cláusula e os aspectos decorrentes de uma adequada hermenêutica, que leve em conta tais restrições.

O quarto capítulo, finalmente, tratará de algumas dimensões oriundas de tal adequação hermenêutica, e do sentido restritivo imposto à cláusula.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Ora se estudará a “cláusula de não restabelecimento” (equiparada por parte da doutrina à expressão “cláusula de não concorrência”², preferindo-se a primeira denominação, vez que seria espécie do gênero propriamente descrito pela segunda), expressa no art. 1.147 do vigente Código Civil³.

Tal cláusula teria o condão de impedir que o alienante de estabelecimento

² A doutrina utiliza os dois termos sem muito compromisso metodológico. Contudo, no presente trabalho, optar-se-á por “cláusula de não restabelecimento”, decorrente da exegese do art. 1.147 do vigente Código Civil e relacionada à alienação do estabelecimento. Sobre seu emprego pela doutrina, temos como exemplos: Orlando de Carvalho utiliza a expressão “obrigação de não concorrência” ao referir-se à mesma avença (*Direito das Empresas*. 1a Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 51); Marcelo Andrade Fêres refere-se utilizando “cláusula de interdição de concorrência” (*Estabelecimento Comercial: trespasse e efeitos obrigacionais*. São Paulo: Saraiva, 2007. p.159) e “cláusula de não concorrência” por Sérgio Campinho (*Direito de Empresa à Luz do Novo Código Civil*. 9a Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 237); porquanto Oscar Barreto Filho alterna entre os termos “obrigação de não concorrência” e “cláusula de não restabelecimento” (*Teoria do Estabelecimento Comercial*. 2a Ed. São Paulo: Saraiva, 1988. pp. 245-246). Por sua vez, utilizam “cláusula de não restabelecimento” Fábio Ulhôa Coelho (*Curso de Direito Comercial*. 13a Ed. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2013. p.190), Waldemar Ferreira (*Tratado de Direito Comercial*. vol. 7. São Paulo: Saraiva, 1962. p. 306) e Maria Eugênia Finkelstein (*Estabelecimento Comercial, Trespasse e suas Consequências*, in KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *Direito Empresarial: os novos enunciados da Justiça Federal*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 151), entre outros.

³ Art. 1.147, *caput*, do Código Civil de 2002: “Não havendo autorização expressa, o alienante do estabelecimento não pode fazer concorrência ao adquirente, nos cinco anos subsequentes à transferência”.

concorra, pelo prazo legal de cinco anos, com seu adquirente⁴. Ainda que possa ser objeto de tratativa entre as partes contratantes, por se tratar de questão, *a priori*, privada, o artigo em questão aplica tal cláusula de forma automática diante do silêncio contratual a respeito de sua incidência, pressupondo a vontade das partes, apesar da natureza restritiva da avença. Sua incidência *ope legis* será a primariamente tratada neste trabalho, ainda que as ponderações adiante feitas possam também ser aplicadas à cláusula decorrente do contrato, por mais que mitigadas diante da manifestação volitiva dos contratantes.

Perante o frio laconismo do dispositivo legal que a institui, sua aplicação - sobretudo, a não volitiva - poderá suscitar uma série de questionamentos, tais como: a abrangência territorial ou mercadológica de sua incidência, a possibilidade de sucessão e sub-rogação das partes contratantes, sua manutenção diante de alterações no campo concorrencial pré-observado, ou até mesmo qual a *ratio* que a fundamenta.

Algumas lacunas deixadas pela regra são autoevidentes, enquanto diversas outras são limitadas apenas pela fecundidade da imaginação de seu intérprete. Haveria, assim, considerável margem para contraditórias interpretações, ora mais benéficas a cada um dos sujeitos contratuais, a menos que se leia seu texto de acordo com a hermenêutica teleológica e sistemática do Código Civil de 2002, integrada e norteada pelos parâmetros constitucionais, de necessária incidência, em nome de sua máxima efetividade social⁵.

Impossível, ademais, ler a lei sem *ponderar*⁶ as possíveis restrições a direitos que dá causa, optando-se, dessa forma, pela aplicação menos malévola aos direitos subjetivos ora identificados, desde que ainda apta à atingir os fins perseguidos. Há de se considerar, igualmente,

⁴ Outra nota preliminar de caráter terminológico: neste trabalho utilizar-se-ão os termos “alienação”, “alienante” e “adquirente” do estabelecimento apenas por importar em terminologia de uso mais comum, consignando-se ser o termo “cessão” o mais preciso, por tratar-se de coisa composta por elementos incorpóreos, como ressalta Oscar Barreto Filho (*op.cit.*, p. 208). Todavia, a doutrina emprega tais termos mais genéricos regularmente (inclusive o próprio autor citado, na mesma obra), possivelmente para evadir os polêmicos debates sobre a natureza e elementos deste.

⁵ Ver, para argumentação neste sentido, TEPELINO, Gustavo. *A Parte Geral do Novo Código Civil: Estudos na perspectiva civil-constitucional*. 3a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. XV e seguintes.

⁶ Faz-se referência à ponderação de acordo com o princípio da proporcionalidade de direitos, também chamada por alguns de princípio da vedação ao excesso, conforme: MENDES, Gilmar e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7a Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. pp. 257-260; BARROSO, Luis Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. pp. 90-94; CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7a ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 457.

se determinado modo de aplicação também não a torna geratriz de incongruências com direitos e garantias constitucionais da coletividade, elegendo-se, da mesma forma, a aplicação que os preserve ao máximo. Por tais motivos, que desdobram-se em diversas implicações práticas expostas a seguir, se argumentará a favor da aplicação o mais restritiva possível da cláusula de não restabelecimento⁷, em especial quando o contrato que lhe fundamenta não delinea seus efeitos.

De início, cumpre contextualizar brevemente a *ratio* da cláusula, em termos de sua instituição histórica e doutrinária, para basear os fundamentos e dimensões de sua aplicação restritiva, objeto principal deste estudo.

A cláusula teria raízes históricas na discussão que possivelmente foi, até então, a mais profunda a respeito do assunto na casuística pátria (ainda que tenha se desenrolado no longínquo ano de 1913, passados cento e um anos até a redação deste trabalho): o caso da *Companhia Nacional de Tecidos de Juta x Conde Álvares Penteado e Companhia Paulista de Aniagem*⁸, ou, simplesmente, o caso da *Fábrica de Juta*. Sob o prisma das experiências deste processo, fora a cláusula concebida com preocupação eminentemente patrimonial-privada, objetivando o impedimento da “usurpação” de clientela pela qual já havia sido o alienante remunerado, à ocasião da alienação do estabelecimento comercial⁹.

⁷ A leitura restritiva da avença (mesmo daquela inclusa contratualmente) já fora defendida por outros autores, entre os quais ora se destaca, em argumentação que vai ao encontro da presente, o parecer de Eros Grau e Paula Forgioni (*Cláusula de Não Restabelecimento: evolução histórica, função econômica e análise jurídica in O Estado, a Empresa e o Contrato*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. pp. 273-300).

⁸ O mencionado processo foi *cause célèbre* da época, na qual se confrontaram Ruy Barbosa e J. X. Carvalho de Mendonça, perdurando até a última instância possível - em sede de embargos perante o Supremo Tribunal Federal - na qual o primeiro foi vitorioso, isentando seu cliente e réu, o Conde Álvares Penteado, do pagamento de indenização à Companhia autora, depois que, um ano após vender a fábrica de tecidos de juta Sant'Anna para esta, inicia empresa própria, na mesma vizinhança. A discussão gerou intensos debates, e foram elaborados pareceres dos mais respeitados juristas civilistas e comercialistas à época, de todo o mundo. Ainda assim, a decisão permaneceu permeada por polêmica. Cf. BARBOSA, Ruy. *Obras Completas de Ruy Barbosa: As Cessões de Clientela e a interdição de concorrência nas alienações de estabelecimentos comerciais e industriais*. Vol. XL. Tomo I. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1948; COELHO, Fábio Ulhoa. *op. cit.* p. 192; BORGES, José Eulápio. *Curso de Direito Comercial Terrestre*. 5a Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971. p. 196, nota de rodapé 23; FERREIRA, Waldemar. *op. cit.* p. 374; FINKELSTEIN, Maria Eugênia. *op. cit.* p. 152; NEGRÃO, Ricardo. *Manual de Direito Comercial e Empresa*. Vol. 1. 7a Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. pp. 115-116.

⁹ Essa ainda é, com frequência, a preocupação central da atual doutrina: “Parece-nos porem claro que, se no valor do estabelecimento se entrou em conta com o valor da clientela, o que será o caso normal, há uma obrigação implícita de não concorrência, pois o trespassante não pode depois beneficiar daquele elemento que já foi remunerado pelo trespasse celebrado” (ASCENSAO, José de Oliveira. *Concorrência Desleal*. Coimbra: Editora Almedina, 2002. p. 598)

Não à toa, o texto do art. 1.147 do Código Civil fora redigido à semelhança do art. 2.557 do Código Civil Italiano de 1942¹⁰, mas interpretada de acordo com as circunstâncias e argumentos característicos deste processo. É comum, na quase totalidade dos comentários doutrinários a respeito da cláusula de não restabelecimento, que se cite a referida ação, o que denota sua considerável (e já desproporcional) influência.

Tal dimensão dada à cláusula talvez se deva à crença, por parte da doutrina¹¹, de que a clientela seja qualidade ou elemento¹² indissolúvel

¹⁰ Art. 2.557 do Código Civil Italiano de 1942: “Chi aliena l’azienda deve astenersi, per il periodo di cinque anni dal trasferimento, dall’iniziare una nuova impresa che per l’oggetto, l’ubicazione o altre circostanze sia idonea a sviare la clientela dell’azienda ceduta. Il patto di astenersi dalla concorrenza in limiti più ampi di quelli previsti dal comma precedente è valido, purché non impedisca ogni attività professionale dell’alienante. Esso non può eccedere la durata di cinque anni dal trasferimento. Se nel patto è indicata una durata maggiore o la durata non è stabilita, il divieto di concorrenza vale per il periodo di cinque anni dal trasferimento. Nel caso di usufrutto o di affitto dell’azienda il divieto di concorrenza disposto dal primo comma vale nei confronti del proprietario o del locatore per la durata dell’usufrutto o dell’affitto. Le disposizioni di questo articolo si applicano alle aziende agricole solo per le attività ad esse connesse, quando rispetto a queste sia possibile uno sviamento di clientela”. Em tradução livre: “Aquele que aliena uma empresa deve abster-se, por um período de cinco anos a partir da transferência, de iniciar uma nova empresa cujo objeto, localização ou outra circunstância seja idônea a desviar a clientela da empresa cedida. O pacto de abster-se de concorrer em limites mais amplos que o os previstos anteriormente é válido, contanto que não impeça a atividade profissional do alienante. Esse não se pode exceder a duração de cinco anos a partir da transferência. Se no pacto é indicada uma duração maior ou a duração não for estabelecida, a proibição de concorrência vale pelo período de cinco anos desde a transferência. No caso de usufruto ou de arrendamento da empresa, a proibição da concorrência disposta no parágrafo anterior vale contra o proprietário ou arrendador pela duração do usufruto ou arrendamento. A disposição deste artigo se aplica à empresa agrícola apenas às atividades com esta relacionadas, enquanto for possível um desvio de clientela”.

¹¹ Thaller assim expõe: “Le fonds de commerce contient, comme élément prépondérant (et même, dirons-nous dans un instant, comme unique élément si c’est de sa nature incorporelle que l’on s’occupe), la clientèle ou achalandage qui y est attachée. (...) Vendre un fonds de commerce, c’est vendre cette clientèle” (THALLER, E. *Traité Élémentaire de Droit Commercial*. 3a Ed. Paris: Arthur Rousseau, 1904, p. 62). Em tradução livre: “O fundo de comércio contém, como elemento preponderante (e até, consideremos por um instante, como se fosse o único elemento de sua natureza intangível, ora referida), a clientela ou *achalandage* vinculada a esta. (...) Ao vender um fundo de comércio, se vende sua clientela”. Ainda, como expõem Oscar Barreto Filho (*op. cit.*, p. 181) e Marcelo Andrade Fêres (*op. cit.*, p. 36-37), tal era a posição de juristas clássicos como Vivante, Ghiron, Guidini, Auletta e Ripert, com as devidas variações. Por exemplo, Antonio Azara e Ernesto Eula, em sua obra enciclopédica, reiteram a posição de Vivante de que seria a clientela suscetível de apropriação autônoma, possuindo todos os caracteres de bem, no senso jurídico. Na mesma obra, os autores analisam a posição de Auletta, para quem não haveria, propriamente, direito de propriedade sobre a clientela, mas que esta seria um “*bene aziendale autonomo*”, abstratamente considerado, oponível apenas perante os concorrentes. (*Novissimo Digesto Italiano*. 2º Tomo. Turim: Unione Tipografico-editrice Torinese, 1957. Verbete “*avviamento d’impresa*”. p. 1654).

¹² Até hoje há debate jurisprudencial sobre a qualificação da clientela perante o estabelecimento - se é “qualidade” ou “elemento”, aspecto exógeno ou endógeno, respectivamente, a este. Para os que dão qualificação endógena à clientela, ver as notas de rodapé anterior e posterior a esta. Todavia, como destacam Rubens Requião (*Curso de Direito Comercial*, vol. 1, São Paulo: Ed. Saraiva, 2003, pp. 336-338), Fábio Ulhôa Coelho (*op. cit.*, pp. 168-170), e Oscar Barreto Filho (*op. cit.*, pp. 168-173), a doutrina majoritária se posiciona a favor de seu entendimento enquanto qualidade, fator ou manifestação, sendo exógeno ao estabelecimento ou ao aviamento, e, portanto, inexistindo per si “cessão de clientela”. O último autor,

ou necessário, ou, mesmo, bem integrante¹³ do fundo de comércio ou do aviamento (em nota, alerta sobre o conceito ora empregado¹⁴) ligado ao estabelecimento. Ainda, era também observável posição doutrinária, assumida por Planiol¹⁵, que equivalia o fundo de comércio à própria clientela. Seria com base em tal entendimento que se julgava ser a “cessão de clientela” a causa central do contrato de trespasse.

Falava-se, com frequência, em *direito à clientela*, ainda que a doutrina, com a igual regularidade, consignasse que seria impossível alienar os próprios clientes, mas apenas a coletividade abstratamente considerada, ou sua potencialidade¹⁶. Em igual forma, os juristas da época divergiam

todavia, ressalta que “[a] teoria que vê no aviamento uma *qualidade* ou *atributo* do estabelecimento, apesar de correta, como se verifica, é incompleta, pois não leva em conta o fator pessoal, que também influi sobre o aviamento”. A ressalva do autor será essencial adiante.

¹³ Destaca-se que ainda existe posicionamento doutrinário em tal sentido, por mais que já minoritário: ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de. Comentário ao art. 1.147 do Código Civil de 2002 in ALVIM, Arruda e ALVIM, Thereza (coord.). *Comentários ao Código Civil Brasileiro*: da Sociedade, do Estabelecimento e dos Institutos Complementares. Vol. X (arts. 1.088 a 1.195). Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 275; WALD, Arnoldo. *Obrigações e Contratos*. 16a Ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 450.

¹⁴ Ora se alerta que o conceito de aviamento adotado será semelhante ao primeiro esposado por Vivante, refraseado, todavia, por Oscar Barreto Filho (*op. cit.*, p. 169): “O aviamento é, portanto, o resultado de um conjunto de variados fatores pessoais, materiais e imateriais, que conferem a dado estabelecimento *in concreto* a aptidão de produzir lucros”. Tal conceito é replicado, em certa medida, por Rubens Requião (*op. cit.*, p. 336) e Fábio Ulhôa Coelho (*op. cit.*, p. 169). Interessante e não totalmente incompatível também é o conceito empregado por Waldemar Ferreira (*op. cit.*, pp. 223-224): “o aviamento é o valor, ou, se se preferir, o supervalor, suscetível de redução a cifras monetárias, quando se cuidar da venda ou da transferência do estabelecimento”. Ainda que não se olvide confundir o aviamento com o próprio ágio que decorre da alienação do estabelecimento, é válido contemplar que este está intrinsecamente relacionado ao valor que se paga a seu título, à ocasião do trespasse.

¹⁵ “Le droit sur le fonds de commerce est comme toutes les propriétés incorporelles un droit à la clientèle qui est assuré par certains éléments d’exploitation. La clientèle n’est pas, comme on le dit, un élément du fonds, c’est le fonds même. Celle clientèle peut être conquise ou retenue par des éléments divers: la situation du local, le nom commercial ou l’enseigne, la qualité du matériel ou des marchandises. Voilà pourquoi suivant les cas c’est l’un ou l’autre de ces éléments qui est l’élément essentiel du fonds” (PLANIOL, Marcel. *Traité Élémentaire de Droit Civil*. 50^e Ed. Tome Premier. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1950. p. 1177). Em tradução livre: «O direito ao fundo de comércio é, como todas as propriedades incorpóreas, um direito à clientela que é assegurado por certos elementos de exploração. A clientela não é, como se diz, um elemento do fundo, mas é o próprio fundo. Essa clientela pode ser conquistada ou retida por elementos diversos : o local em que se situa o estabelecimento, o nome comercial ou a marca, a qualidade do material ou das mercadorias. É por isso que, em alguns casos, um ou outro desses elementos é o elemento essencial do fundo».

¹⁶ “Exatamente por ser elemento incorpóreo de estabelecimento comercial, não se compreende a freguesia sem êle. A nenhum comerciante é lícito vender a ‘sua freguesia’. (...) O que, todavia, é indissociável, é que existe o direito à freguesia, como tem sido apregoado pela doutrina, estabelecido pela lei e decidido pela jurisprudência. (...) Sendo, em tais termos, elemento do estabelecimento; tendo o comerciante direito a ela, direito real, a despeito de sua imaterialidade, ela é suscetível de transferência. Transmite-se com o estabelecimento, de que faz parte. Com êle, vende-se a freguesia, abstratamente considerada; mas não se vendem os fregueses. Êstes são livres e podem deixar de negociar com o estabelecimento.” (FERREIRA, Waldemar. *op. cit.* pp. 235-237).

se era possível alienar o estabelecimento sem a clientela, ou, mesmo, a clientela autonomamente¹⁷.

Georgio Ferrari narra, em seu comentário ao verbete *azienda* na *Enciclopedia del Diritto*, a existência de cisão na clássica doutrina italiana, que em meados do século passado se dividia em duas correntes, essencialmente: a que identificava a possibilidade de alienar a clientela como bem ou objeto de uma obrigação de dar, portanto considerando a cláusula de não restabelecimento como um *efeito essencial* ao contrato; e a segunda, para a qual tal disposição seria impossível, assumindo apenas a *periculosidade* da concorrência do alienante do estabelecimento para os fins contratuais, adotando a cláusula como parte da vontade das partes, formando um *efeito natural* do contrato¹⁸, consubstanciando-a apenas como obrigação de não fazer acessória a este.

Todavia, a visão da doutrina especializada a respeito da clientela está mais clara, sendo esta considerada mera qualidade do aviamento (que, por sua vez, seria também um fator ou qualidade do estabelecimento, sua *qualidade de gerar lucros*, e não um elemento seu)¹⁹, justificando parte do sobrevalor dado ao estabelecimento, em relação aos seus elementos unitariamente considerados. Tal sobrevalor resultante da reunião destes elementos que o configuraria como *universalidade*.

Não mais é tratada como elemento do estabelecimento comercial, forma em que são qualificados os bens e relações jurídicas que propriamente o compõem.

Tal posicionamento decorreria logicamente de duas conclusões: (i) de que é impossível exercer direitos de propriedade sobre os próprios clientes ou sobre sua volição, mas tão somente sobre os meios objetivos utilizados para anteriormente conquistá-la, não havendo que se falar em *direito sobre*

¹⁷ Para tanto, ref. notas de rodapé 11, 12, 14 e 15, acima, e ainda: “Podem ser objeto de compra e venda comercial tôdas as coisas suscetíveis de serem objeto da atividade mercantil (...) Entre as mercadorias, objeto da indústria mercantil, compreendem-se as coisas materiais e as imateriais transmissíveis (...) os estabelecimentos comerciais com ou sem a sua freguesia”. (CARVALHO DE MENDONÇA, J.X. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*. Vol. VI. Livro IV. Parte II. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1960. p. 27)

¹⁸ FERRARI, Georgio. *Verbetes de Azienda (dir. priv.)* in CALASSO, Francesco (coord.). *Enciclopedia del Diritto*. Verese: Giuffrè Editore, 1959. pp. 708-709. O autor cita Casanova e Graziani como defensores da primeira corrente, e Auletta como principal expoente da segunda. Como se demonstrará a seguir, este trabalho seguirá a segunda linha de forma quase integral, sendo acompanhado pelos já citados Eros Grau e Paula Forgioni (*op. cit.*)

¹⁹ Ver nota de rodapé 15, acima; e CAMPINHO, Sérgio. *op. cit.* pp. 240-241; COELHO, Fábio Ulhôa. *op. cit.* p. 169; e NEGRÃO, Ricardo. *op. cit.* p. 110.

a *clientela*²⁰ e (ii) é praticamente impossível contabilizar, isoladamente, o valor da *clientela*²¹, permanecendo apenas tal possibilidade em relação ao sobrevalor unitário do aviamento, que, normalmente, será determinado espontaneamente pelo mercado e, se contabilizado, seguirá igual forma, como ágio decorrente de sua alienação²².

Neste sentido, o aviamento, apesar de ser quantificável isoladamente, não comporta, como reconhece a doutrina a qual ora se filia²³, a alienação isolada, vez que é sobrevalor que decorre do próprio estabelecimento, e não um bem ou coisa em si mesmo. Igualmente inviável, portanto, transferir isoladamente a *clientela*, atributo que concorre com outros para gerar o valor composto a título de aviamento.

No modelo mais comum de negócio, a *clientela* amplia o valor do aviamento (vez que mais clientes estriam fidelizados com o estabelecimento - ou, mesmo, estariam contratualmente vinculados), ao passo que também garante o retorno econômico da empresa, operando-se em espécie de retroalimentação²⁴.

Nesta direção, e em sentido semelhante à segunda corrente italiana

²⁰ “Parece claro que nem o conjunto de clientes ou fregueses, nem a habitualidade de suas relações, nem a constância no volume dos negócios, constituem parte ou elemento do estabelecimento. Quando se fala em *clientela* como elemento do estabelecimento, na verdade se usa uma metáfora (...) A *clientela* não é um bem imaterial, objeto autônomo de direito; é uma situação de fato, à qual se atribui um valor econômico, muitas vezes relevante, que é protegido indiretamente pela lei” (BARRETO FILHO, Oscar. *op. cit.* p. 182). Em igual sentido: “A *clientela*, por sua vez, é uma decorrência natural do aviamento, sendo que não pode-se falar em um direito à *clientela*” (FINKELSTEIN, Maria Eugênia. *op. cit.* p. 149); e, igual sentido dado por Fábio Ullhôa Coelho (*op. cit.*, p. 169) e Ricardo Negrão (*op. cit.*, p. 114). Contudo, esse mesmo entendimento já era esposado, também, por doutrina mais antiga: BAUDRY-LACANTINERIE, G. *Trattato Teorico-Pratico di Diritto Civile: Della Vendita e Della Permuta*. Milão: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1908. p. 330.

²¹ FERREIRA, Waldemar. *op. cit.* p. 363. Veja-se, também, os argumentos bem compostos por Ruy Barbosa à ocasião do processo da Fábrica de Juta (*op. cit.* p. 367 e seguintes), que afirma ser impossível quantificar e pagar valor específica e isoladamente destinado a “ceder a *clientela*”.

²² MARION, José Carlos. *Contabilidade Empresarial*. 15a Ed. São Paulo: Atlas, 2009. pp. 360-361; BARBOSA, Denis Borges e BARBOSA, Ana Beatriz Nunes. *Ativos Intangíveis como Garantia*. Disponível em <<http://www.nbb.com.br/pub/empresarial02.pdf>>, último acesso em 14.5.2014. No último artigo citado, os autores delineiam fórmulas para a contabilização do *goodwill* (fundo de comércio), em conceito consentâneo ao de Vivante (expectativas de lucros futuros), e observam apenas ser contabilizável toda a expectativa de lucros após transferência a terceiros se estes gozarem do benefício de pacto de não concorrência em relação ao alienante.

²³ BARRETO FILHO, Oscar. *op. cit.* pp. 176-178; FERREIRA, Waldemar. *op. cit.* pp. 223-225.

²⁴ Porém, ainda que seja a *clientela* a responsável pelo aproveitamento econômico, nem sempre se tratará de modelo uniforme: poder-se-ia conceber, por exemplo, modelo de negócio em que uma *clientela* maior ou massificada não seja desejável ou não estabeleça o nível ótimo de lucratividade. É o caso do comércio de bens de luxo, que baseiam parte de seu valor na escassez e exclusividade de seus produtos, reajustando seus preços acima dos preços de custo.

acima destacada, nota Fábio Ulhôa Coelho²⁵ que a própria *ratio* da cláusula de não restabelecimento teria mudado, destinando-se mais ao impedimento de que o alienante utilize a experiência de mercado ou o *know-how* adquiridos com sua prática no ramo de comércio em questão diretamente contra o adquirente, que já o teria remunerado por tal obrigação, sob pena de enriquecimento ilícito. Esse entendimento reforçaria ainda mais sua caracterização como obrigação de não fazer apenas acessória a um contrato que, conforme sustentava a doutrina italiana, não a incorpora necessária e naturalmente como *essencial* à sua eficácia, não constituindo o principal *interesse* do adquirente do estabelecimento.

Uma vez que seria impossível alienar os *meios subjetivos de captação da clientela*²⁶, não se configuraria, portanto, tal obrigação em forma de aliená-la, mas, como a seguir se justificará, em meio de evitar que o contrato torne-se ineficaz por ação imediata do alienante, como postulado de boa-fé objetiva. Logo, seu fim precípua seria o de impedir o uso dos *meios subjetivos de captação da clientela*, aqueles ligados à pessoa do trespassante, e não uma cláusula de “vedação ao desvio de clientela alienada”, tendo como fim mediato a cooperação em vista dos fins contratuais.

A mudança de foco se justificaria, também, pela completa revolução nas bases do comércio que se dera dos dias da *Fábrica de Juta* até os atuais. Não mais o comércio se baseia tanto nas referências pessoais de seu dono, mas, mesmo no domínio das micro e pequenas empresas, pauta-se mais por critérios objetivos, como as relativas às marcas, selos de qualidade, características de compatibilidade ou complementaridade de seus produtos com outros, disposição de seu conjunto imagem, entre diversos outros.

Como alerta Pietro Perlingieri²⁷, ao comentar sobre a mudança de perspectiva na interpretação do Direito Privado, é impossível estar insensível à aplicação do direito de acordo com as peculiaridades do fato, e às transformações do tempo. Correlata necessidade é sentida por Eros Grau,

²⁵ *Op. cit.*, p. 191.

²⁶ NEGRÃO, Ricardo. *op. cit.* p. 119.

²⁷ “[I]mpossível colocar fato e direito como entidades antitéticas, vale dizer, como entidades incomunicáveis, cada uma portadora de uma lógica própria. (...) O ordenamento vive nos fatos concretos que historicamente o realizam.” (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. p. 104). Neste sentido, Ascensão, ao comentar a insuficiência da mera subsunção e a individualização da situação fática no momento da aplicação normativa (*Introdução à Ciência do Direito*. 3a Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. pp. 589-595).

asseverando ser impossível encontrar a *norma*, resultado da interpretação, sem sua leitura de acordo com a facticidade e historicidade relevantes²⁸.

Em igual sentido, destoa a importância preteritamente dada ao ponto de comércio, sendo este relativizado, sobretudo, pela ascensão da sociedade de informação e seus efeitos na comunicação humana e coordenação dos meios de transporte, com a descentralização da informação, o desenvolvimento dos meios de compra à distância, as facilidades de entrega de produtos, e relevância do estabelecimento virtual, que, ao basear-se apenas em página da Internet, descorporifica-o, intangibilizando este ativo, e confundindo o nome de domínio com o próprio ponto de comércio²⁹.

Logo, não mais teria a cláusula de não restabelecimento igual dimensão daquela avençada à época e na hipótese do *case* da *Fábrica de Juta*, já sobrevivida realidade e leituras doutrinárias muito distintas a respeito dos institutos que a cercam.

A importância do tema justifica-se, ainda, não apenas pelo fato de ser relativamente corriqueira a prática dos contratos de trespasse (alienação de estabelecimento), ainda que, muitas vezes, se desconsidere a possível incidência da cláusula imposta pelo art. 1.147 do Código Civil, mas, também, pela introdução do trespasse como meio de realizar recuperação judicial e liquidar bens de empresário ou sociedade empresária falida. A ainda recente Lei de Recuperação Judicial e Falências (Lei n. 11.101/2005), em seus arts. 50, 60, 140, II e 141, estipula possibilidade de excepcionalmente atraente trespasse, vez que feito sem que sejam repassados os débitos relacionados ao estabelecimento ao adquirente, inclusive os tributários e trabalhistas - o que, todavia, não expressamente isolaria a (quicá imprevisita) possibilidade de incidência do art. 1.147 em relação ao falido ou submetido à Recuperação Judicial³⁰.

²⁸ “Compreender é algo existencial; é *experiência*. E assim é porque a hermenêutica está ancorada na facticidade e na historicidade, de modo que entre a linguagem, instrumento necessário de que nos utilizamos para apreender o objeto a ser compreendido - os textos normativos, no caso da interpretação jurídica - e esse objeto interpõe-se os mundos da cultura e da história. (...) O resultado da interpretação [= a norma] é produzido ao final deste percurso”. (GRAU, Eros. *A Ordem Econômica e a Constituição de 1988*. 14a Ed. São Paulo: Malheiros, 2010. pp. 356-357)

²⁹ Alerta-se, todavia, que não é este o tema do presente trabalho, e ora se faz apenas referência descompromissada, reconhecendo-se o considerável debate doutrinário sobre a qualificação e peculiaridades do dito *estabelecimento virtual*.

³⁰ Perante as regras da Lei de Recuperação e Falências, seria o estabelecimento alienado, de fato, tratado puramente como uma *universalidade de fato*, vez que as relações jurídicas nele compreendidas não seriam

Inobstante as dimensões da leitura restritiva da cláusula de que se tratarão adiante, também não se pormenorizarão as limitações já há muito reconhecidas pela doutrina³¹, de incidência apenas em certo espaço físico e por determinado tempo, além, asseverada por parte desta, de limitar-se no objeto (limitação ao segmento de mercado praticado).

Hodiernamente, tal discussão (ao menos sobre a existência implícita e obrigatoriedade destes limites) já se encontra praticamente pacificada: tais restrições já deveriam ser decorrência óbvia da literalidade do art. 1.147, posto que este fala em concorrência entre as partes contratantes, e *concorrência* só se opera dentro dos determinados limites físicos e mercadológicos pertinentes, dentro de seu *mercado relevante*³².

A análise do conceito de *mercado relevante* não é o objeto deste trabalho, mas se assevera ser importantíssima para a verificação dos limites à cláusula de não restabelecimento, assim como de qualquer avença que limite a concorrência. Paula Forgioni afirma ser esta de difícil definição, sujeita às vicissitudes do caso concreto e variando conforme o critério empregado pela autoridade antitruste³³. A autora relata que no Brasil³⁴ segue-se linha de influência norte-americana, verificando se produtos/serviços são substituíveis entre si, de acordo com preço, características e utilidade, e aplica-se o teste do “monopolista hipotético” para verificar o poder de mercado (teste em que se verifica a capacidade do agente em subir preços no mercado de forma consistente e persistente), sendo o mercado relevante o menor mercado que atender a esse critério.

transmitidas. Este tema, todavia, também não é o objeto central deste trabalho. Vale a ressalva sobre a pouco definida figura da “Unidade Produtiva Isolada”, referida pelo art. 60, que, para que configure-se como unidade produtiva, deva configurar bens suficientes à exploração de dada atividade econômica, assemelhando-se ao estabelecimento (como definido pelo art. 1.142 do CC/2002), entendendo-se, então, que se trata ainda assim de trespasse, sendo este o termo utilizado noutras ocasiões pela lei.

³¹ FERREIRA, Waldemar. *op. cit.* pp. 360-361; EUNÁPIO BORGES, João. *op. cit.* pp. 196-197; BARRETO FILHO, Oscar. *op. cit.* pp. 246-247; THALLER, E. *op. cit.* p. 63.

³² O escopo da concorrência para fins de aplicação do Direito é de difícil delimitação. Aqui se utilizará o termo “mercado relevante”, na acepção atualmente empregada pelo CADE, mas esta também não é perfeita. José de Oliveira Ascensão afirma que o conceito jurídico de concorrência, busca delimitar o econômico (tendo em vista que todas as empresas, de certa forma, concorrem, vez que os recursos de seus clientes são escassos), e que não adianta limitar à compreensão dos setores de mercado. Para o jurista, a saída seria, avaliando-se concretamente, verificar quais empresas disputariam a mesma clientela (*Concorrência Desleal*. Coimbra: Almedina, 2002. pp. 110-113 e 118-119). Por “mercado relevante”, se referirá, em última análise, à mesma ideia, o que poderá significar que a concorrência poderá se dar em nível apenas regional ou nacional, de acordo com diferenciação de preço e qualidade, forma de apresentação etc.

³³ FORGIONI, Paula. *Os Fundamentos do Antitruste*. 4a Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. pp. 237-238.

³⁴ Conforme a Resolução 15 do CADE e a Portaria Conjunta SDE/SEAE 50/2000.

Como última observação introdutória, alerta-se que aqui não se adentrará na densa discussão entre a natureza jurídica do estabelecimento comercial - se *universitas rerum* ou *universitas iuris* (ou, ainda, patrimônio separado etc.), como se contrapõem inúmeras correntes doutrinárias, até a presente data.

A uma, por ter tal discussão pouca ou nenhuma relevância prática para o assunto ora em comento, podendo aplicar-se a qualquer das correntes (importando apenas, no marco teórico do estabelecimento, qual a natureza da clientela, acima brevemente discutida). A duas, por opção em favor da “nova corrente”: a que, independentemente da qualificação a qual se filie, reconhece, acima da própria discussão, sua inutilidade prática frente à postura assumida pela lei brasileira³⁵, ainda que possua rico valor teórico.

2. Análise da função da cláusula de não restabelecimento e do interesse do credor em seu cumprimento

Inicialmente, como primeiro passo antes de analisar a pertinência da leitura restritiva da cláusula, deve-se refletir sobre sua função³⁶, a fim de verificar se sua *ratio* apontaria ao sentido interpretativo doravante sustentado.

A respeito da função das obrigações, dita Antunes Varela:

A obrigação não constitui um fim em si mesma. Ela é apenas um meio, um instrumento técnico jurídico criado por lei ou predisposto pelas partes, para a satisfação de certo interesse. (...) O interesse do credor - assente na necessidade ou situação de carência de que ele é portador e na aptidão da prestação para satisfazer tal necessidade - é que define a função da obrigação. Função que consiste na satisfação do interesse concreto do credor, proporcionada através do sacrifício imposto ao devedor pelo vínculo obrigacional.

³⁵ O autor ora se filia ao entendimento em favor da *universitas iuris*, vez que a lei pátria, nos arts. 1.148 e 1.149 do CC/2002 determina a transferência das relações jurídicas próprias ao estabelecimento, em conjunto com este. Assevera, em todo modo, a doutrina: CARVALHO, Oswaldo de. *op. cit.* pp. 75-76; e COELHO, Fábio Ulhôa. *op. cit.* p. 167.

³⁶ “A concepção de função de um instituto, além de remeter a seus efeitos, liga-se, também, à finalidade daquele instituto: enquanto a estrutura reflete o instituto ‘como é’, a função indica ‘para que serve’” (KONDER, Carlos Nelson. *Contratos Conexos: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 27). “A função, portanto, é a síntese causal do fato, a sua profunda e complexa razão justificadora: ela refere-se não somente à vontade dos sujeitos que a realizam, mas ao fato em si, enquanto social e juridicamente relevante.” (PERLINGIERI, Pietro. *op. cit.* p. 96)

(...) Assim, logo para que a obrigação se constitua validamente, é necessário que a prestação corresponda a um interesse do credor digno de protecção legal. (...) Se o interesse (objectivo) do credor na prestação desaparecer por causa superveniente (...), a obrigação extingue-se, porque, suprimida a necessidade que servia de fundamento a tal interesse, cessa a razão de ser do vínculo obrigacional.³⁷

Portanto, há de se considerar qual a *função* - e, no sentido do entendimento ora adotado, o *interesse objectivo* do credor - da cláusula de não restabelecimento (e do contrato em que esta se insere), para que esta encontre seus requisitos de validade, de forma a orientar, sobretudo, sua interpretação. Tal análise torna-se fulcral se considerada a incidência da cláusula por força de lei (aplicando-se o art. 1.147 do Código Civil), em que ausentes, ao menos em um primeiro momento, quaisquer indícios da intenção ou interesse subjetivo³⁸ das partes contratantes.

Como já citado no capítulo 1, em meados do século XX, Georgio Ferrari identificava duas linhas na clássica doutrina italiana, de acordo com a natureza que se atribuía à clientela: uma que pensava ser esta suscetível de alienação e que, por isso, via a cláusula como um *efeito essencial* ao contrato; outra que pensava não ser o caso, vendo-a como apenas *efeito natural*³⁹.

Ao pormenorizar a cláusula, Waldemar Ferreira, já em meados do século passado⁴⁰, identificava que a *ratio essendi* da cláusula importaria em garantir

³⁷ VARELA, Antunes. *Das Obrigações em Geral*. Vol I. 10ª Ed. Coimbra: Almedina, 2011. pp. 158-159. Grifou-se. Em sentido semelhante, ao comentar a causa-função contratual, diz Inocêncio Galvão Telles: “A causa-função, que no aspecto *subjectivo* se dirá *motivo típico* ou *fim imediato*, não pode faltar. Sem ela o contrato é *nulo*, ou mesmo *inexistente*, insusceptível de produzir efeitos jurídicos. A nossa lei não a exige de maneira *expressa* ao contrário de outras legislações, mas a verdade é que, identificando-se a *causa-função* com os *elementos específicos*, olhados em sua *síntese*, a ausência da primeira implica a ausência dos segundos, ou a não presença de todos eles” (*Manual dos Contratos em Geral*, 4 Ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 294). No mesmo sentido, Eros Grau e Paula Forgioni, ao tratar da cláusula de não restabelecimento: “Eis o ponto central de nossa análise: cláusulas como a que examinamos - mesmo porque vêm sendo empregadas há muito pelo mercado - possuem uma *função típica*, reconhecida por qualquer agente que nele atue. Essa função há de ser considerada e deve orientar a exegese do texto contratual” (*op. cit.*, p. 283).

³⁸ Termos ora tratados como sinônimos a “causa subjetiva”, “motivos atípicos (ou individuais)” ou “fins mediatos” (TELLES, Inocêncio Galvão. *op.cit.* pp. 291 a 295 e 306 a 310). Ou como, põe Caio Mário da Silva Pereira, “causa (enquanto razão jurídica e não motivo)” ou “motivo determinante (ou próximo)” (*Instituições de Direito Civil*. vol. I. 23ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 432).

³⁹ Efeitos naturais seriam os “dispostos pela lei para suprir o silêncio das partes” ou acessórios aos principais, em contraposição aos específicos ou essenciais, próprios e característicos de cada ato. Para tal delimitação, voltada especificamente aos contratos empresariais, v. BUGARELLI, Waldirio. *Contratos Mercantis*. 4ª Ed. São Paulo: Atlas, 1987. pp. 69-70.

⁴⁰ Waldemar Ferreira afirmava ser a obrigação de não restabelecimento do trespassante - ao menos àquela

o negócio firmado, impedindo que o alienante do estabelecimento atraísse a clientela para si, no uso de toda sua reputação pessoal e experiência de mercado, obstando a exploração econômica do estabelecimento antes usualmente observada.

Como já citado, Fábio Ulhôa Coelho afirma ser obrigação decorrente da necessidade de que o alienante não empregue as informações sobre o mercado que detém, para que não ocasione o enriquecimento sem causa do alienante⁴¹.

Em igual sentido a ambos, coloca-se Tullio Ascarelli⁴², não dando ênfase à suposta alienação de clientela compreendida no trespasse, mas sim à vantagem de que gozaria o alienante, por já ter conhecimento de mercado, mesmo após receber quantia correspondente ao sobrevalor dado ao estabelecimento.

Opinião semelhante sobre a defesa contra o uso do *know-how* do alienante é esposada por Eros Grau e Paula Forgioni⁴³. Mesmo Thaller, que no início do século XX, observava o negócio sobre a “venda do fundo de comércio” como sendo essencialmente uma “cessão de clientela”, vislumbrava a cláusula como obrigação de garantia pelo alienante⁴⁴.

Seria, portanto, de acordo com tal posicionamento doutrinário, cláusula que visaria garantir o cumprimento do dever de boa-fé objetiva, para evitar o eventual enriquecimento ilícito do alienante do estabelecimento.

Impediria, outrossim, que o alienante receba o valor a título de

compreendida na “época próxima da venda” e “na vizinhança” - parte da “obrigação de garantia do vendedor do estabelecimento” (FERREIRA, Waldemar. *Tratado de Direito Comercial*. 7º Vol. São Paulo: Saraiva, 1962. pp. 359 e 360).

⁴¹ COELHO, Fábio Ulhôa. *op. cit.* p. 191.

⁴² “decorre[r], implicitamente, da venda do estabelecimento, a proibição do alienante de *se rétablir* nos limites (de gênero de comércio, tempo e espaço) em que a concorrência do alienante gozaria de indevida vantagem em virtude da precedente gestão do estabelecimento vendido. Esta conclusão assenta, a meu ver, no princípio de deverem os contratos ser interpretados e executados de boa-fé” (ASCARELLI, Tullio. *Panorama de Direito Comercial*, São Paulo: Saraiva, 1947, p. 204 *apud* FERREIRA, Waldemar. *op. cit.* pp. 368 e 369). Oscar Barreto Filho (*op. cit.*, p. 245) noticia o mesmo posicionamento de Tullio Ascarelli.

⁴³ *op. cit.*, pp. 287-289.

⁴⁴ “La garantie emporte principalement défense au vendeur de ressaisir sa clientèle, ce qui reviendrait à évincer son acheteur. Il y a pour lui *interdiction de se rétablir*. Il renonce à la faculté d’ouvrir une maison susceptible de faire concurrence à la première.» (THALLER, E. *op. cit.* p. 63). Em tradução livre: “A garantia importa principalmente em impedimento do vendedor em reter sua clientela, o que derrubaria o comprador. Há a interdição de restabelecer-se. Ele renuncia à faculdade de abrir um estabelecimento suscetível de fazer concorrência ao primeiro”.

contraprestação e, com o emprego de sua reputação e experiência (em dada medida, seu *know-how*), torne inócua a exploração comercial do estabelecimento pelo adquirente. Se assim ocorresse, o alienante obteria vantagem desarrazoada ao receber o preço equivalente ao conjunto de seus bens organizados para determinada exploração comercial somado ao ágio natural que decorre de tal organização (aviamento) e, ato contínuo, esvaziar o valor remunerado pelo mesmo sobrepreço.

Em sentido quase semelhante, ao afirmar ser a cláusula de não restabelecimento obrigação de garantia ou de exercício da boa-fé, posicionam-se inúmeros outros autores⁴⁵, ainda que, por sua vez, sempre incluindo, em menor ou maior escopo, ou com diferentes ressalvas, a tutela do valor da clientela e não do impedimento do uso da experiência de mercado e *know-how* do alienante.

Esta posição é mudança considerável sobre a antes considerada⁴⁶, que firmava ser a vedação à concorrência ou restabelecimento do alienante uma forma de impedir a usurpação da clientela “alienada”, com certa frequência, falando-se em evicção da clientela.

Superação técnica que decorre da simples constatação da impossibilidade em alienar a clientela propriamente dita ou, ainda, a volição desta⁴⁷, posto que incabível imaginar qualquer vínculo obrigacional entre o livre arbítrio dos consumidores (ao menos os que não estejam vinculados contratualmente) e o comerciante.

O volume de comércio está apenas sujeito às tendências do mercado, e os consumidores, livres para optar entre os concorrentes, de acordo com suas condições de preço, qualidade, com os valores agregados às marcas que empregam, e quaisquer outros elementos passíveis à consideração - sendo este um pilar da eficiência social do livre mercado e do sistema capitalista que nele se baseia.

⁴⁵ WALD, Arnoldo. *Comentários ao art. 1.147 do Código Civil de 2002 in* TEXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Comentários ao Novo Código Civil: Livro II - do Direito de Empresa*. Vol. XIV (arts. 966 a 1.195). Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 749; CARVALHO, Orlando de. *op. cit.* pp. 51-52; CAMPINHO, Sérgio. *op. cit.* p. 243; FÉRES, Marcelo Andrade. *op. cit.* pp. 159-160.

⁴⁶ EUNÁPIO BORGES, João. *op. cit.* p. 197, ainda que ressalve ser apenas possível falar-se em “cessão de clientela” se for considerada a obrigação de não fazer consubstanciada na cláusula de não restabelecimento. Ainda assim, o autor considera que a função da cláusula é a de impedir que o alienante retenha a clientela vendida. Para outras visões análogas, ver a listagem de Oscar Barreto Filho (*op. cit.*, pp. 242-246).

⁴⁷ BARRETO FILHO, Oscar. *op. cit.* p. 241.

Neste sentido, a “cessão de clientela” seria um termo impróprio⁴⁸, tendo em vista que esta jamais é o objeto propriamente cedido pelo contrato de trespasse (ou por qualquer outro que importe em alienação ou arrendamento do estabelecimento comercial⁴⁹). Ao revés, o objeto alienado limita-se aos *meios objetivos de captação da clientela*, para que o adquirente possa, empregando-os, tentar ao menos manter o mesmo volume de comércio⁵⁰.

Eros Grau e Paula Forgioni, em parecer sobre os limites de aplicação da cláusula de não restabelecimento⁵¹, comentam sobre a função econômica desta avença, criticando a posição recorrentemente tomada pela doutrina brasileira que, ao analisá-la, o faz da ótica da “cessão de clientela”, ao invés de tomar como pressuposto o da *dinâmica de mercado*.

Para tais autores, estaria compreendido na cláusula, primariamente, o objetivo de afastar outro agente econômico do mercado, assim possibilitando que o adquirente tenha maiores condições de explorar níveis de lucratividade, ao menos, semelhantes aos que o alienante fazia jus, vez que toda concorrência é danosa ao empresário. Tal se dá pela diminuição necessária de seus lucros frente aos competidores, a menos que baixe seus preços, reduza custos ou torne seus produtos e serviços mais atraentes ao público consumidor⁵².

Todavia, ainda é comum observar posicionamento doutrinário que observa a cláusula de não restabelecimento como mera tutela à “cessão de clientela” ou tão somente aos valores que desta decorrem imediatamente⁵³.

Juristas nacionais⁵⁴, em raciocínio originado nos antigos posicionamentos

⁴⁸ *Ibid.*, pp. 241-242; e NEGRÃO, Ricardo. *op. cit.* p. 114.

⁴⁹ BARRETO FILHO, Oscar. *op. cit.*, p. 208.

⁵⁰ Cita-se a ressalva de Sérgio Campinho, de que deve ser possibilitado ao adquirente do estabelecimento a exploração da clientela *possível*, e não da *real* (*op. cit.*, 243)

⁵¹ GRAU, Eros Roberto e FORGIONI, Paula. *op. cit.* pp. 285-289.

⁵² Como já destacado, foi raciocínio incipiente no início do século XX pela doutrina italiana, sobretudo por Auletta, como narra Giorgio Ferrari (*op. cit.*, p. 708).

⁵³ Neste sentido: SZTAJN, Rachel. *Comentários ao art. 1.147 do Código Civil de 2002 in AZEVEDO, Álvaro Villaça* (coord.). *Código Civil Comentado: Direito de Empresa*. Vol. XI (arts. 887 a 926 e 966 a 1.195). São Paulo: Atlas, 2003. p. 793; CARVALHOSA, Modesto. *Comentários ao art. 1.147 do Código Civil de 2002 in AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Comentários ao Código Civil: Parte Especial do Direito de Empresa*. Vol. 13 (arts. 1.052 a 1.195). 2a Ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 652.

⁵⁴ BARRETO FILHO, Oscar. *op. cit.* pp. 180-181; FERREIRA, Waldemar. *op. cit.* pp. 212-214; EUNÁPIO BORGES, João. *op. cit.* pp. 196-197.

da doutrina e dos tribunais franceses⁵⁵, diferenciavam dois “tipos” de clientela: àquela que objetivamente se relacionava com o estabelecimento (e que seria, portanto, verdadeiramente “transferível” com estes), chamada conjuntamente de *achalandáge*, e a de caráter mais pessoal, ligada à pessoa do comerciante, chamada de *clientèle*.

A partir de tal distinção desenvolveu-se boa parte da teoria da cláusula de não restabelecimento, tutelando influência do trespassante sobre sua *clientèle*.

Todavia, ressalta-se que a clientela é uma só, paradoxalmente influenciada em simultâneas e diferentes medidas pelos diversos meios de captação compreendidos no estabelecimento empresarial, e, até mesmo por tal razão, nega-se a construção antiga sobre que versava ser a cláusula em comento uma forma de “tutelar o direito à clientela pessoal alienada”. Em síntese, inexistiria a clientela pessoal, porquanto os meios subjetivos de captação seriam apenas alguns dos inúmeros dotados de capacidade de exercer influência sobre o público consumidor⁵⁶.

Por óbvio, não seria possível alienar os meios subjetivos de captação de clientela do trespassante (se pessoa física - porquanto, se pessoa jurídica, de seus sócios, administradores etc.), vez que estes são ínsitos à sua pessoa, inseparáveis e indissolúveis desta, atributos pessoais⁵⁷.

Impossível será sua transmissão, ainda que o contrato disponha diversamente: mesmo porque, o “bom nome”, “reputação”, a honra objetiva, e figuras congêneres, são, com frequência, atributos da personalidade do alienante (se pessoa física), ou de seus sócios ou administradores (se pessoa jurídica), irrenunciáveis e intransmissíveis por natureza⁵⁸.

Ainda assim, não rara é a disposição contratual neste sentido. Em

⁵⁵ Orlando de Carvalho (*op. cit.*, pp. 34-37) narra a construção de tais conceitos nos arestos franceses do século XIX.

⁵⁶ Eunápio Borges afirma que somente em relação à “freguesia pessoal” (*clientèle*), haveria interesse para que o adquirente impeça o alienante de lhe fazer concorrência (*op. cit.*, p. 197). Seria, neste caso, o mesmo que afirmar que a cláusula só é válida para negócios que dependam, em alguma medida, dos meios subjetivos de captação da clientela.

⁵⁷ “o *aviamento subjetivo* ou *pessoal* do antigo titular é intransmissível. É claro que as qualidades inerentes à personalidade do comerciante acompanham-no para onde for, e se externam em qualquer atividade por ele eventualmente exercida”. (BARRETO FILHO, Oscar. *op. cit.* p. 243)

⁵⁸ Recordar-se, então, a exegese do art. 11 do Código Civil: “Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”.

reprodução literal da polêmica cláusula do supracitado caso da *Fábrica de Juta*, o Conde Penteado, juntamente com os 7.500 contos de réis correspondentes à sua fábrica de Tecidos Sant'Anna, recebera "a quantia de 3.000 contos de réis, como pagamento do excesso dos valores, com que êle entra para a formação da sociedade"⁵⁹.

Os peritos que haviam estimado os valores afirmam em documento colacionado nos autos deste processo que tal quantia corresponderia ao sobrevalor do "estabelecimento industrial em seu conjunto", significando especificamente "[o] caráter judicioso, apropriado e solidamente estabelecido, que presidiu às diferentes instalações, do mesmo modo em que em razão da reputação que soube adquirir pelos seus produtos, conseguindo constituir uma clientela segura e escolhida"⁶⁰.

Ainda que a literalidade da assertiva pericial evidencie se tratar da reputação do Conde Penteado, muito possivelmente seria tal avença hoje vista como mera indenização pelo aviamento relacionado à fábrica. Em idêntico sentido, há de se interpretar esta avença em sentido que permita a reprodução de seus efeitos e a consecução de suas causas contratuais, primando pelo princípio da preservação dos negócios jurídicos.

A *causa* final ou mediata - qualquer seja a corrente considerada para qualificar este elemento contratual⁶¹ - de todo contrato que aliene ou arrende o estabelecimento é o aproveitamento dos resultados econômicos do emprego deste "complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária", como preceitua o art. 1.142 do Código Civil.

Justamente aí se insere a clientela, que proporcionará o aproveitamento econômico deste conjunto organizado de bens, pela contraprestação por esta provida. Por isso, seria possível colocar, noutras palavras, que o principal objeto contratual é a transferência dos meios para captação desta

⁵⁹ BARBOSA, Ruy. *op. cit.* p. 26.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 49.

⁶¹ Asseveram-se as diversas correntes que qualificam a causa contratual: a de Betti, para quem se consubstancia na *função socioeconômica* do contrato, a francesa, para quem se iguala aos motivos das partes para contratar, à dos efeitos essenciais do contrato, entre outras. Em todo caso, aqui se afirma ser esta a causa mediata, qualquer seja a adotada. Para as inúmeras correntes referentes ao complexo tema das causas contratuais, ref. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na Medida da Pessoa Humana: Estudos de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. pp. 289-316.

clientela (mas somente dos objetivos, posto que, como acima consignado, únicos aptos à transferência).

Esta é distinção fundamental para a compreensão das funções do contrato que aliena o estabelecimento e da cláusula de não restabelecimento que neste esteja compreendida.

Como já exposto, impossível transferir a clientela, resumindo-se o objeto contratual à transferência dos meios objetivos de captação. Por tal motivo, filia-se à primeira das correntes doutrinárias expostas a respeito da função da obrigação de não restabelecimento, que afirma ser esta uma garantia do bom cumprimento contratual, de observância da boa-fé objetiva.

Para balizar ainda mais tal entendimento, é possível indagar se a cláusula seria implícita, caso sua vigência não fosse prevista pelo art. 1.147 do Código Civil. A doutrina já se desdobrara longamente sobre tal questão, vez que, na vigência do antigo código de 1916, inexistia previsão legal semelhante. Os entendimentos doutrinários dividiam-se entre o majoritário, dos que consideravam ser implícita ao contrato de trespasse sua vigência⁶² e os que afirmavam inexistir sem previsão contratual⁶³, tendo em vista, sobretudo, o imperativo legal de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, hoje em vigência por força do art. 5º, II da Constituição Federal de 1988, primariamente à luz da ora vigente noção de legalidade estrita⁶⁴.

Outrossim, tem-se que, como corolário de boa-fé objetiva, a cláusula já estaria implícita na alienação do estabelecimento, vez que destinar-se-ia ao não esvaziamento da capacidade de exploração econômica do estabelecimento alienado por influência direta do alienante.

⁶² BUGARELLI, Waldirio. *Verbete de “sucessor de estabelecimento”* in FRANÇA, R. Limongi (coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. Vol. 71. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 239; CAMPINHO, Sérgio. *op. cit.* p. 243; BARRETO FILHO, Oscar. *op. cit.* pp. 252-254; ASCARELLI, Tullio. *op. cit.*;

⁶³ BARBOSA, Rui. *op. cit.* pp. 135-161; REQUIÃO, Rubens. *op. cit.* p. 348. Em parte, Waldemar Ferreira (*op. cit.*, pp. 369-371), que afirma ser implicitamente coibido o restabelecimento apenas se este desviar a freguesia “vendida”, configurando, também, concorrência desleal. No caso de se restabelecer sem que tal desvio ocorra, o jurista pensava inexistir impedimento.

⁶⁴ Ora alerta-se que a supremacia do princípio da legalidade estrita fora superada, aplicando-se, hoje, o paradigma da *juridicidade*, de acordo com o qual a Constituição emana força normativa suscetível de criar deveres e direitos, tanto para a administração pública quanto ao particular, independentemente de prévia tipificação em texto legal, abrangendo as possibilidades de atuação do ente estatal (desde que em absoluto acordo com o texto constitucional) e de limitação da autonomia privada. Ver: BINENBOJM, Gustavo. *Temas de Direito Administrativo e Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. pp. 12-14; JUSTEN FILHO, Marçal *Curso de Direito Administrativo*. 8ª Ed. Belo Horizonte: Forum, 2012. pp. 192-194; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20ª Ed. São Paulo: Atlas, 2007. pp. 27-29.

Se não limitado pela avença, o alienante poderia empregar seu conhecimento de mercado contra o negócio, eventualmente atentando contra a própria consecução dos fins contratuais (e não, como na aplicação dos preceitos consumeristas, função de *reequilíbrio*)⁶⁵, corolário que atrai a aplicação dos parâmetros de boa-fé objetiva.

Portanto, tem-se que o uso da posição privilegiada de uma das partes para esvaziar o próprio valor econômico do objeto contratual - sendo seu fim último a exploração da lucratividade deste, mediante a preservação de sua atividade empresarial (seu fim social) - atentaria, em todo modo, contra a boa-fé objetiva, de incidência legal por decorrência do art. 422 do Código Civil.

Possível asseverar, ainda, que esvaziar sua lucratividade seria, em igual forma, atingir seu fim social, consubstanciado no princípio da preservação da empresa⁶⁶, caro à ordem pública, como evidencia a promulgação da atual Lei de Recuperação Judicial e Falências.

Tem-se que, porém, existe debate sobre a aplicação da boa-fé objetiva em forma pós-contratual. A doutrina, todavia, vem caminhando na direção de tal entendimento, reconhecendo a *culpa post factum finitum*⁶⁷, de acordo com o qual os deveres assessoriais de boa-fé objetiva permanecem mesmo depois do fim da relação contratual e funcionamento semelhante ao da *culpa in contrahendo*.

Ainda assim, seria esse um caso de “pós-eficácia continuada”, contratualmente integrada a uma *obrigação duradoura*, cuja prestação secundária permaneceria após a prestação principal, *causa* do contrato - e que, caso descumprida, ainda resultará em responsabilização contratual⁶⁸.

⁶⁵ “Não há dúvida de que a noção de boa-fé objetiva, prevista pelo novo Código Civil, é a mesma que, em 1990, se pretendeu incorporar ao Código de Defesa do Consumidor - qual seja, a de uma cláusula geral de lealdade e colaboração para o alcance dos fins contratuais -, mas difere profundamente daquela versão protetiva da boa-fé que os tribunais brasileiros aplicaram e continuam aplicando às relações de consumo”. (TEPEDINO, Gustavo e SCHREIBER, Anderson. *A Boa-Fé Objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil* in TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Obrigações: Estudos na perspectiva Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 34)

⁶⁶ COELHO, Fábio Ulhôa. *op. cit.* pp. 79-80.

⁶⁷ MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. *Da Boa Fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2001.. pp. 625-631; e MELO, Diogo Leonardo Machado de. *op. cit.* pp. 418-421 e 430-432.

⁶⁸ “Há ainda uma terceira forma de pós-eficácia, denominada pós-eficácia *continuada*, fenômeno típico das *obrigações duradouras*. Esta se aplica ao gênero de obrigações complexas, nas quais, ao longo do curso da obrigação, existe tanto o dever de prestar o principal quanto os deveres secundários. Ocorrendo a extinção do dever de prestar o principal, continuam devidos os demais elementos até o cumprimento integral. É o caso, por exemplo, de uma compra e venda de um estabelecimento comercial, em que o alienante fica obrigado

Tal leitura coaduna-se com a hoje forte compreensão da relação contratual como um processo⁶⁹, que não se esgota com o adimplemento, em que as partes estabelecem vínculos de cooperação contínua, buscando fins mutuamente benéficos sob parâmetros de lealdade.

Ao analisar os parâmetros interpretativos dos contratos empresariais, Paula Forgioni coloca como um de seus vetores a imposição legal de dever colaborativo que coíba o *moral hazard* (risco moral), ou seja, a modificação oportunista do comportamento pós-contrato. Ao dispor sobre tal elemento, a autora especificamente cita a construção jurisprudencial em torno da cláusula de não restabelecimento como seu exemplo⁷⁰. Possível observar que este entendimento reforça o acima exposto, sendo o dever de colaboração uma das manifestações específicas da cláusula geral de boa-fé objetiva.

A positivação da cláusula faz sentido, vez que havia debate sobre sua aplicabilidade tácita, ainda que como dever de garantia, como já demonstrado, acima. Todavia, ainda que positivada, sua função (tão somente) enquanto dever anexo ao contrato⁷¹, aplicada por imperativo de boa-fé objetiva, não cessa. Seria caso de incomum tipificação de dever acessório (ou anexo) decorrente da norma geral de boa-fé objetiva⁷².

por cláusula contratual (prestação secundária) a só exercer concorrência e montar novo estabelecimento transcorrido o prazo de três anos, prazo menos ao estatuído pela regra geral prevista no art. 1.147 do Novo Código Civil. (...) Neste caso, o *descumprimento do dever secundário* geraria a responsabilidade contratual, eis que o dever está previsto expressamente no programa contratual.” (*Ibid.*, p. 430). Todavia, apesar o trecho destacado, ora se discorda parcialmente, destacando que o descumprimento ainda será contratual apesar da cláusula se inserir por força do art. 1.147, vez que este a integra ao contrato, na omissão deste, como dever positivado de boa-fé. Sua caracterização como dever secundário não a desnaturaria como dever originado pela boa-fé, nos termos acima esposados.

⁶⁹ Tal construção teórica tem origens na obra de Clóvis V. do Couto e Silva, *A Obrigação como Processo* (São Paulo: FGV Editora, 2007). Em igual sentido, ver MARTINS-COSTA, Judith. *op. cit.* p. 383 e ss.

⁷⁰ FORGIONI, Paula. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. 2a Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 146.

⁷¹ TEPEDINO, Gustavo e SCHREIBER, Anderson. *op. cit.* pp. 35-37.

⁷² “Na verdade, os deveres anexos - também chamados acessórios, instrumentais, ou tutelares - variam de acordo com cada relação jurídica concreta da qual decorram, e a precisa identificação do seu conteúdo é, em abstrato, inviável. Isto não apenas os salva de qualquer tipificação, mas também conserva o caráter aberto da cláusula geral de boa-fé objetiva.” (SCHREIBER, Anderson. *A Proibição de Comportamento Contraditório*. 2a Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. pp. 87-88). Noutros termos: “Muitos dos deveres acessórios de conduta, inerentes às mais variadas obrigações, encontram-se dispersos pelo Código Civil e pela legislação avulsa. (...) Mas os *deveres acessórios de conduta* estão hoje genericamente consagrados, na vastíssima área das obrigações, através do princípio geral proclamado no artigo 762 [do Código Civil Português], segundo o qual “no cumprimento da obrigação, assim como no exercício do direito correspondente, devem as partes proceder de boa-fé”, e nas diversas disposições legais que completam o mesmo pensamento”. (VARELA, Antunes. *op. cit.* p. 125)

Seguindo as definições de Judith Martins-Costa, seria um dos deveres de conduta acessórios ao contrato, decorrente da cláusula geral de boa-fé, e autônomo a este, necessário para o “exato processamento da relação contratual”, devendo ser interpretado “às exigências da relação econômico-social subjacente”⁷³.

A autora prossegue, afirmando que estes nunca devem ser entendidos em “quadro fechado, com conteúdo fixo”, operacionalizando-se de acordo com pressupostos fáticos, apenas observáveis em concreto⁷⁴.

Conclusão necessária, porém, deve ser asseverada: caso restasse implícita, dificilmente a cláusula (ou o dever de boa-fé anexo que a esta corresponderia) seria entendida como aplicação irrestrita da interdição concorrencial por prazo de cinco anos. Por óbvio, além dos limites de incidência territorial e mercadológica já, há muito, reconhecidos pela doutrina, - como citado no capítulo 1 -, improvável crer que não se limitaria o tempo de incidência, ou mesmo outras circunstâncias de aplicabilidade, de acordo com os fatos concretos da situação tratada pelo contrato de trespasse.

Dentro do mesmo espectro da boa-fé objetiva, se a cláusula restasse implícita, sem a cominação do art. 1.147, seria possível observar que a cláusula teria como espécie o sentido de vedação ao comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*)⁷⁵ por parte do alienante do estabelecimento⁷⁶.

Assim se dá pela violação da confiança e expectativas mútuas entre as partes. O alienante auferia valores correspondentes ao ágio que decorre da alienação do aviamento compreendido no estabelecimento transferido, e, na posse destes, poderia prosseguir ao restabelecimento. Por sua vez, o novo estabelecimento poderá ser quase mera “cópia” do anterior - vez que conhece fornecedores, características do mercado, da clientela local etc. - e ainda provavelmente lhe custaria menos do que o preço que

⁷³ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado*. 1a Ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000. pp. 437-443.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 449.

⁷⁵ O princípio da vedação ao comportamento contraditório funda-se, também, na boa-fé objetiva, não desfigurando o sentido aqui dado à cláusula de não restabelecimento. Ver: SCHREIBER, Anderson. *op. cit.* pp. 101-104.

⁷⁶ Ao analisar dever anexo decorrente de trespasse (ainda que não o de não restabelecimento, mas o de atender às justas expectativas formadas no sentido de cooperar com o início da operação do estabelecimento transferido), Judith Martins-Costa (*op. cit.*, pp. 468-470) o faz justamente sob a rubrica do *venire contra factum proprium*.

recebera. Dadas as adequadas condições, este restabelecimento poderá também diminuir o valor agregado ao aviamento cedido.

A medida transfigura-se contraditória por contrariar a justa expectativa formada pela outra parte, que confia que o alienante lhe transferirá os meios objetivos suficientes a perseguir semelhante lucro, enquanto este subitamente impede a concretização do esperado, restabelecendo-se e concorrendo de forma a esvaziar o mesmo valor.

Certamente tal conduta contraria a confiança entre as partes, e justifica per si a compreensão tácita da cláusula. Contudo, com sua posituação no art. 1.147 do Código Civil de 2002, a obrigação desnatura-se como modalidade da vedação ao comportamento contraditório⁷⁷, subsistindo como dever secundário contratual imanado da boa-fé objetiva.

Porém, caso seja este o sentido dado à cláusula, tem-se que, se o restabelecimento do alienante for prática comum no mercado em questão, inexistirá comportamento contraditório, vez que não haveria que se falar em expectativa formada pela outra parte⁷⁸. Dificilmente, todavia, tal argumento evitaria a clareza do art. 1.147 (cuja incidência, afinal, também pode ser esperada pelo adquirente!), até mesmo por privilegiar, possivelmente, costume *contra legem* - negando a incidência do texto legal por costume que a derroge, pelo desuso⁷⁹.

Ainda assim, nada impede a conclusão de que a cláusula deve ser interpretada de acordo com os usos e costumes do mercado, reduzindo seu escopo de aplicação de acordo com a situação do nicho mercadológico em que se insira, como se argumentará no subcapítulo 3.4, adiante. Tal entendimento vai ao encontro de importante preceito interpretativo dos contratos em matéria de direito comercial⁸⁰.

Como cláusula fundada na boa-fé objetiva, ou em simples função acessória de garantia dos fins contratuais, deve, portanto, ser limitada a

⁷⁷ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *op. cit.* pp. 746-747.

⁷⁸ “Mais que contra a simples coerência atenta o *venire contra factum proprium* à confiança despertada na outra parte, ou em terceiros, de que o sentido objetivo daquele comportamento inicial seria mantido, e não contrariado. Ausentes tais expectativas, ausente tal atentado à legítima confiança capaz de gerar prejuízo à outrem, não há razão para que se imponha a quem quer que seja coerência com um comportamento anterior.” (*ibid.*, p. 96)

⁷⁹ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 10a Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988. p. 192.

⁸⁰ FORGIONI, Paula. *op. cit.* pp. 114-119.

estes⁸¹. É este o primeiro argumento ora apresentado para justificar sua aplicação restritiva, sendo um dos de natureza endógena à cláusula.

Deve, desta forma, apesar da frieza da literalidade do art. 1.147 do Código Civil, ser interpretada em tal sentido. Ainda que seja difícil contornar a disposição firme do código, que estipula o prazo de cinco anos, sua incidência deverá ser norteadada por diversos parâmetros, tendo como referencial sua aplicabilidade enquanto manifestação de boa-fé contratual.

Não à toa, parte da doutrina reconhece ser a cláusula uma obrigação autônoma ao trespasse, não essencial ao contrato⁸². Seria, no dizer de Pietro Perlingieri⁸³, um efeito reflexo da integração da norma à *fattispecie* contratual (alienação do estabelecimento), até mesmo por ter função apenas complementar e decorrer da inteligência de outra regra (art. 1.147), não sendo, portanto, essencial.

Enquanto obrigação autônoma do trespasse, poderá receber tratamento interpretativo distinto deste, sendo restringida ou mesmo desconsiderada sem que se desnature o negócio jurídico, que objetiva a transferência do estabelecimento, e não a interdição do concorrente.

Ainda que se destaque da obrigação principal, do efeito essencial do contrato de trespasse (transferência da universalidade de bens organizada para exploração da atividade econômica da empresa - em última análise, seus *meios objetivos de captação da clientela*), apenas existe em decorrência deste, como dever anexo, por exercício da integração da boa-fé

⁸¹ “A busca dos limites ao conteúdo dos deveres criados pela boa-fé tem início e fim no seu próprio conceito. De fato, basta lembrar que os deveres criados pela boa-fé são deveres anexos às prestações estabelecidas no contrato. Voltam-se, portanto, para aqueles interesses comuns às partes, objetivamente consagrados no contrato - entendido, substancialmente, como núcleo compartilhado destes interesse, e não como mero instrumento formal de registro das intenções dos contratantes. É, portanto, a própria função social e econômica do contrato que deve servir de limite à incidência da boa-fé objetiva”. (TEPEDINO, Gustavo e SCHREIBER, Anderson, *op. cit.*, p. 38)

⁸² FÉRES, Marcelo Andrade. *op. cit.* pp. 158-159. Georgio Ferrari diz ser um efeito não essencial, sendo sua previsão legal forma de regulação supletiva: “*effetto normale del negozio* (non quindi essenziale) conseguente ad esso per il principio di integrazione del contratto (art. 1.374) - l’art. 2.557 comma i è infatti una norma suppletiva” (*op. cit.*, p. 709). Em tradução livre: “Efeito normal do negócio (não tão essencial) conseguinte do princípio da integração do contrato (art. 1.374) – o art. 2.557 é, na realidade, uma norma supletiva”.

⁸³ “Não existe confusão entre fato e efeito: o efeito direto, vale dizer, a vicissitude (no nosso exemplo, a perda da titularidade da propriedade) que uma norma produziu em consequência do fato (no nosso exemplo, o negócio de renúncia) é considerado por uma outra norma (no exemplo, o art. 827) como fato que produz um ulterior efeito. Este ulterior efeito é, relativamente ao fato jurídico considerado na primeira norma, reflexo.” (PERLINGIERI, Pietro. *op. cit.* p. 100)

ao contrato, tendo em vista a garantia da consecução dos fins contratuais, pretendidos pelas partes.

Para solidificar este argumento, basta pensar se seria possível formular disposição referente à obrigação de não concorrer (no caso, especificamente de não restabelecimento) de forma autônoma, como tipo contratual próprio. A resposta seria negativa, vez que a nova lei do CADE (nº. 12.529/2011), por seu art. 36, I, impediria tal ato como meio de “limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre iniciativa”, imputando-a como infração à ordem econômica.

Também, tal pacto violaria a função social do contrato, vez que inexistiria qualquer efeito positivo à coletividade compreendido em sua função socioeconômica, como adiante se asseverará ao subcapítulo 3.2.

Pelo contrário, um acordo de não concorrência apenas ocasionaria uma externalidade negativa⁸⁴, diminuindo a capacidade concorrencial de agentes de mercado, em benefício do credor da obrigação. Logo, a cláusula apenas seria decorrente como acessório de outra obrigação, que justificaria sua excepcional permissão, não se afigurando nula por ilicitude de seu objeto (art. 166, I do Código Civil).

É, portanto, obrigação acessória da transferência do estabelecimento, posto que “têm sua existência subordinada a outra relação jurídica, ou seja, depende[m] da relação principal”⁸⁵. Se não pode existir sem que a prestação principal (transferência do estabelecimento) a legitime, por certo é acessória - e, na qualificação ora defendida, dever anexo (ou acessório) de conduta.

Sendo autônoma e não essencial, sua leitura restritiva não importaria na exegese constricta do negócio como um todo, estando este sujeito a diversos parâmetros interpretativos.

O interesse do credor sobre a obrigação decorrente da cláusula se resumiria, então, à garantia de que nova atividade empresarial, na mesma área física e segmento de mercado, do então alienante do estabelecimento

⁸⁴ Por externalidade negativa, é feita referência ao *custo social* gerado pelo ato, externos a este, de modo a afetar a eficiência do resultado de mercado. Como exemplo, uma fábrica que gere poluição dá causa a uma externalidade negativa, vez que gera mal-estar à sociedade. Ver, para tanto: MANKIWI, N. Gregory. *Introdução à Economia*. 3a Ed. HASTINGS, Allan Vidigal (trad.). São Paulo: Cengage Learning, 2005. pp. 206-207.

⁸⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral das Obrigações*. Vol. 2. 9a Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 213.

não esvazie seu potencial de lucratividade. O dever anexo que decorre diretamente do imperativo legal estará restrito, contudo, ao aspecto concorrencial, sendo que violações ao dever geral de colaboração para busca do fim contratual por outras vias estarão possivelmente compreendidas na norma geral de boa-fé objetiva, e sujeitos às vicissitudes do caso concreto, não sendo cominados os prazos e aspectos do art. 1.147 do Código Civil.

Como última nota deste capítulo, todavia, alerta-se que a boa-fé ora referida é a própria do Direito Empresarial⁸⁶, a que espera “homens ativos e probos” negociando, mais rigorosa com os contratantes que a ínsita ao direito civil e, mais ainda, ao consumerista. Como bem pontua Paula Forgioni, a assimetria informacional e oportunismo dos agentes é fato comum nas relações comerciais⁸⁷, e deve aquele que se propõe a agir no mercado submeter-se a seus riscos, sendo esperada deste nível adequado de proatividade e atenção.

Por isso mesmo, ressalva-se, a cláusula de não restabelecimento enquanto dever anexo decorrente da boa-fé objetiva comercial é menos abrangente que seria caso inserida em ambiente consumerista ou puramente civil. Possível sustentar, também por tal via, sua aplicação extensiva em favor do adquirente, que deverá ter escopo de proteção reduzido - assim como, por outro lado, impedir que o alienante alegue desconhecimento ou relativize a cláusula sobremaneira (em especial se posta em termos contratuais).

3. A CLÁUSULA DE NÃO RESTABELECIMENTO ENQUANTO RESTRIÇÃO À LIVRE CONCORRÊNCIA, LIVRE INICIATIVA E LIBERDADE DE PROFISSÃO E SUA ADEQUADA HERMENÊUTICA

3.1. Aspectos de ordem individual

A cláusula de não restabelecimento, sobretudo a de incidência por tipologia legal (em oposição à contratual), impõe regime restritivo ou excepcional a diversos direitos fundamentais⁸⁸ do alienante do estabelecimento.

⁸⁶ ÁVILA, Leonardo e POPP, Carlyle. *Alienação do Estabelecimento Empresarial e a assimetria informacional* - a tutelada boa-fé objetiva e seus deveres colaterais à luz da experiência consumerista in *Revista dos Tribunais*. Vol. 926. Dez/2012. p. 308.

⁸⁷ FORGIONI, Paula A. *op. cit.* pp. 119-122 e 144-145.

⁸⁸ “São considerados como direitos fundamentais da ordem econômica (a) o capitalismo e a propriedade privada, (b) a livre iniciativa e (c) a livre concorrência”. (JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.* p. 185)

Tal era a leitura da doutrina comercialista⁸⁹, antes mesmo da edição do atual art. 1.147 do Código Civil. Esta se preocupava com o fato de que esta cláusula, ainda que implícita fosse, representava restrição aos direitos subjetivos do comitente, e que, por tal razão, devesse ser interpretada de forma que não os restringisse sobremaneira.

Os direitos em questão são os direitos subjetivos titularizados pelo alienante do estabelecimento - caso, evidentemente, seja pessoa física - de livre iniciativa e do livre exercício de profissão.

A livre iniciativa é direito garantido constitucionalmente, destacado nos arts. 3º, III, 5º, XIII e 170 da Constituição Federal, e tem como faceta mais eminentemente subjetivo-individual, e mais cara à pessoa humana, àquela que diz respeito à igual possibilidade de todos, mediante o devido atendimento às justificadas condições estabelecidas pelo ente estatal, poderem ingressar em atividade empresarial, submetendo-se aos riscos do mercado e, possivelmente, enriquecendo dentro do sistema capitalista e promovendo o desenvolvimento socioeconômico da coletividade, mediante o emprego eficiente dos meios de produção⁹⁰.

Seu aspecto de isonomia entre os cidadãos é essencial para garantir o justo acesso ao livre mercado, para que se faça verdadeiramente livre, vez que todos dispõem, ao menos *a priori*, da igual possibilidade de nele ingressar. Apesar de todos os obstáculos de ordem material, tal qual a disponibilidade de capital para investir, a disparidade sociocultural e educacional dos diferentes empreendedores, e as benesses que decorram de uma preestabelecida rede de contatos (o dito *networking*), o direito ao exercício da livre iniciativa configura o primeiro e fundamental passo na direção de um empreendedorismo capitalista mais equânime⁹¹.

Para seu exercício, elemento fulcral é, justamente, a liberdade de escolhas e ação, limitada pela função social consubstanciada nas diversas propriedades que emprega, o que garantirá, também, sua própria importância social⁹².

⁸⁹ Ver nota de rodapé 6, *infra*.

⁹⁰ COELHO, Fábio Ulhôa. *op. cit.* p. 68.

⁹¹ “A livre iniciativa é um direito fundamental próprio do capitalismo. Consiste na vedação ao Estado de impor compulsoriamente aos particulares a escolha quanto ao modo de exploração econômica. Significa a liberdade de desempenho de atividades econômicas, de modo que os particulares possam aplicar seus recursos econômicos como bem entenderem”. (JUSTEN FILHO, Marçal. *op.cit.* p. 185)

⁹² “Trata-se de uma figura mista, aquela do proprietário-empresário que tem a obrigação de utilizar o bem.

A manutenção desta garantia constitucional é, logo, essencial não apenas para o equilíbrio da ordem econômica coletiva, mas também de direito subjetivo de titularidade individual, com aspecto de “atributo inalienável do homem”, como destaca Eros Grau, “desde que se o conceba inserido no todo social e não exclusivamente em sua individualidade”⁹³. Afirma o autor, ainda, que “a livre iniciativa é expressão de liberdade titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho”⁹⁴, não podendo ser reduzida apenas à liberdade econômica, exercida pela empresa.

Direito este que é claramente restringido, em alguma extensão, pela cláusula de não restabelecimento, que impede que o alienante do estabelecimento possa reiniciar a empreender comercialmente de modo que viole o disposto pelo art. 1.147 do Código Civil.

Outro direito também restringido pelo mesmo dispositivo legal é o da liberdade de exercício de profissão. Tem-se cristalino que a atividade de empreendedor também é, em si mesma, uma profissão, que poderá realizar aspecto do princípio da dignidade da pessoa humana tanto quanto qualquer outra profissão a ser perseguida. Inclusive, a preocupação do adquirente com a aplicação da experiência de mercado do alienante do estabelecimento apenas indica que este provavelmente já investira anos de sua trajetória e esforços profissionais para desenvolver sua expertise na área. Portanto, obstar a prática de seu ofício deve ser algo, no mínimo, a se ponderar cuidadosamente.

Evidente que a cláusula de não restabelecimento tem incidência mais ampla e menos prejudicial à liberdade de profissão do que aquela que conste de contrato de trabalho⁹⁵. Ainda assim, semelhante necessidade de leitura restritiva deve ser observada.

O problema se complica quando o bem não tem uma única destinação, mas é utilizável, sempre no interesse da coletividade, se bem que em mais de uma direção: a menos que o bem em questão seja de interesse geral (...), a atividade do proprietário-empresário é livre, desde que o bem não fique inutilizado. Existem figuras de atividade, quer agrícola, quer industrial de propriedade-empresa nas quais o sujeito proprietário tem a obrigação de realizar a utilidade social que aquele bem é suscetível de realizar, ainda que não seja em uma única direção obrigatória. Da leitura das leis ordinárias que regulam a livre iniciativa econômica emerge que esta é livre principalmente nas escolhas.” (PERLINGIERI, Pietro. *op. cit.* p. 220)

⁹³ GRAU, Eros. *op. cit.* p. 207.

⁹⁴ *Ibid.* p. 207.

⁹⁵ Sobre a cláusula inserida em contrato de trabalho, ver: CASTRO NEVES, José Roberto de. *Aspectos da cláusula de não concorrência no direito brasileiro in* Revista Trimestral de Direito Civil, ano 3, vol. 12, out/dez 2002. pp. 205-218.

De tais limitações a direitos pessoais do alienante, caso seja pessoa humana (física), emana a há muito reconhecida limitação à incidência da cláusula por seus aspectos temporais, espaciais e mercadológicos, como já citado no capítulo 1. Impossível impedir completa e definitivamente o exercício de direitos existenciais pelo alienante do estabelecimento, vez que o próprio Código Civil os reconhece como inderrogáveis, em semelhante sentido ao que já destacava a doutrina⁹⁶. Evidente que sua livre disposição parcial não deve ser impedida, sob pena de excessivo paternalismo estatal⁹⁷, não podendo, porém, ser definitiva e completa. Todavia, não é este o único efeito que decorre da limitação destes direitos, não bastando seja observado como solução única e pretensamente definitiva.

Igualmente, deste aspecto de constrição decorreriam, também, dois parâmetros hermenêuticos ora identificáveis: (i) por ser norma restritiva de direitos, deve ser, por sua natureza, interpretada estritamente; e (ii) reconhecida como situação jurídica dúplice, ou seja, em que se confundem elementos existenciais e patrimoniais, sempre interpreta-se a obrigação em favor dos primeiros.

O primeiro aspecto decorre de regra comum de hermenêutica, pela qual as regras jurídicas que implicam em exceções ao regime geral, especialmente se limitarem direitos e garantias constitucionais, são interpretadas da forma mais estrita possível⁹⁸. É a aplicação do antigo brocardo *exceptiones sunt strictissimae interpretationis* (“as exceções são interpretadas estritissimamente”).

Ressalte-se, ainda, que o texto do art. 1.147 do Código Civil ainda estipula regra que limita a liberdade do alienante do estabelecimento, devendo ser, em tal medida, ainda mais observada sua aplicação estrita⁹⁹.

Por sua vez, o segundo aspecto impõe-se como imperativo de

⁹⁶ BARRETO FILHO, Oscar. *op. cit.* p. 176.

⁹⁷ KONDER, Carlos Nelson e TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Situações jurídicas dúplises: controvérsias na nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade* in TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson (coord). *Diálogos sobre direito civil*. vol. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. pp. 9-10.

⁹⁸ MAXIMILIANO, Carlos. *op. cit.* p. 225.

⁹⁹ “Interpretam-se estritamente as disposições que limitam a liberdade, tomada esta palavra em qualquer das suas acepções: liberdade de locomoção, trabalho, trânsito, profissão, indústria, comércio, etc. (...) se a limitação não é certa, se oferece margem a dúvidas por falta de clareza ou por impropriedade da linguagem, interpreta-se contra a restrição, a favor da liberdade” (*Ibid.*, p. 231). Em igual sentido, comentando a cláusula de não restabelecimento: GRAU, Eros e FORGIONI, Paula. *op. cit.* pp. 291-292.

interpretação, pelo reconhecimento de que, perante uma situação jurídica em que se oponham aspectos meramente patrimoniais *versus* existenciais, prevaleçam os segundos. Isso importa em dizer que, ante a obscuridade do texto legal ou avença contratual, pela qual reste dúvida acerca de leitura que privilegie a interdição do alienante e outra que garanta ou amplie sua liberdade de empreender, deve esta sobrepor àquela.

No entrechoque compreendido no âmago das situações jurídicas dúplices, resta firme, diante da ordem constitucional ora vigente, que se velam seus aspectos existenciais¹⁰⁰, prevalecendo sempre a posição que tutele a dignidade da pessoa humana e a consecução de seus aspectos existenciais¹⁰¹.

Em igual sentido, o fato de se configurar relação entre particulares não isentará da aplicação das normas de direito fundamental, sendo caso de *eficácia horizontal* dos direitos de cerne constitucional, como reconhece a doutrina pátria¹⁰².

Vale ressaltar que os pontos tratados no presente subitem aplicam-se de forma bem mais acentuada na hipótese de ter incidido a cláusula de não restabelecimento por omissão contratual, decorrendo diretamente do texto legal. Em tais casos, não há registro dos motivos mediatos e nem da volição que indique ter aquele que exerce a disposição contratual de seus direitos subjetivos ponderado sobre tais limitações em detalhe, assim como ausentes quaisquer garantias de que estas foram de fato precificadas, de forma a compensar os prejuízos que poderão delas decorrer.

Ademais, válido também o alerta de que estes parâmetros serão mais

¹⁰⁰ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado e KONDER, Carlos Nelson. *op. cit.* pp. 3-24. Em igual sentido, comentando sobre a superioridade axiológica dos direitos fundamentais sobre as demais disposições normativas, ver BARCELLOS, Ana Paula de. *Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional* in BARROSO, Luis Roberto (org.). *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. pp. 108-116.

¹⁰¹ PERLINGIERI, Pietro. *op. cit.* p. 33.

¹⁰² SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais in SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *A Constituição Concretizada: Construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. pp. 107 e ss.; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares* in BARROSO, Luis Roberto (org.). *op. cit.* pp. 119 e ss.; SARMENTO, Daniel. *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil* in BARROSO, Luis Roberto (org.). *op. cit.* pp. 193 e ss.; e ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares* in SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. pp. 271 e ss.

relevantes se o alienante for pessoa física (empresário individual ou EIRELI¹⁰³), visto que tais garantias consubstanciarão aspectos propriamente existenciais. Em todo modo, reconhece a doutrina¹⁰⁴ que é crescente o reconhecimento dos direitos e garantias constitucionais também titularizados por pessoas jurídicas, e que no caso ora estudado, ainda, poderão estes impedimentos afetar aspectos existenciais humanos indiretamente, sobre seus sócios, administradores etc.

3.2. Aspectos de ordem pública (ou coletiva)

Os direitos de ordem privada (ou individuais) não são os únicos afetados pela incidência da cláusula de não restabelecimento. Também é observável sua influência sobre direitos e garantias da coletividade, tornando-a passível de considerações de ordem pública.

A doutrina comumente analisa tal cláusula sob os aspectos da ordem estritamente privada. Todavia, normalmente ignoram-se seus efeitos sobre a livre concorrência, que é de interesse da coletividade. Não à toa, a nova lei do CADE (lei 12.529/2011) coloca no parágrafo único de seu art. 1º que os bens jurídicos tutelados por si (ordem econômica, livre concorrência) são titularizados pela coletividade. O tema também possui importância constitucional, prevista no art. 170, e garantida como direito coletivo, de essencial papel na sociedade brasileira.

Nessa esteira, impossível ser diferente, em um país que segue o sistema capitalista-social e busca, em um só tempo, tanto o crescimento econômico quanto a justiça social, como evidencia nos primeiros artigos

¹⁰³ Ressalta-se que há debate doutrinário sobre a natureza jurídica da EIRELI (empresa individual de responsabilidade limitada), recentemente introduzida no ordenamento brasileiro. Parte da doutrina acredita se tratar de sociedade unipessoal, como Fábio Ulhôa Coelho (*op. cit.*, pp. 43-44), enquanto outra a considera novo tipo societário, com patrimônio próprio. Todavia, os enunciados da V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal nos. 469, 470 e 471 apontam para o entendimento de ter personalidade jurídica própria, assim como o enunciado n. 3 da I Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal (ver PEREIRA, Marco Antonio Marcondes. *Responsabilidade Patrimonial do Empresário Individual in* KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *Direito Empresarial: os novos enunciados da Justiça Federal*. São Paulo: Quartier Latin, 2013. pp. 217-218). Em todo modo, ressalta-se que, para os efeitos do presente trabalho, a discussão seria irrelevante, vez que, os meios subjetivos de captação da clientela evidentemente se confundiriam entre a EIRELI e seu único sócio, recaindo a obrigação de não restabelecer sobre o próprio, sendo defeso, por decorrência do dever geral de boa-fé objetiva, que simplesmente proceda à constituição de nova EIRELI para contornar a incidência da cláusula de não restabelecimento.

¹⁰⁴ MENDES, Gilmar e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *op. cit.* p. 196.

da Constituição Federal. A livre concorrência é peça fundamental deste mecanismo, garantindo que uma economia de mercado possa ser eficiente e promova o bem-estar social, reduzindo preços, oferecendo produtos de qualidade superior e propiciando empregos. Sua manutenção é, portanto, pressuposto da mais elevada importância para a ordem pública pátria¹⁰⁵.

A cláusula de não restabelecimento tem efeitos sobre esta, limitando-a. Tal constatação é relativamente simples, vez que o alienante fica impedido de concorrer com o adquirente, pelo período de cinco anos. Apesar das limitações já reconhecidas pela doutrina (espacial, objetiva ou mercadológica e temporal), aquele não poderá, em dada medida, concorrer.

A menos que o adquirente fosse antes estranho à atividade empresarial em questão, a consequência é autoevidente: um agente sai do mercado, diminuindo a pressão concorrencial e, em última análise, sua eficiência estrutural.

Por tal razão, a leitura restritiva da cláusula também possui fulcral razão pública. Sua aplicação indiscriminada poderá ocasionar prejuízos à ordem econômica, ocasionando atos de concentração indesejáveis. A limitação sobre a incidência espacial da avença não é suficiente para evitá-los, vez que os desequilíbrios sobre um mercado apenas regional podem ser devastadores para a economia local, propiciando danos consideráveis aos consumidores e aumentando a desigualdade regional, contra o comando programático ao art. 3º, III da Constituição da República.

Ademais, ignorar tal fato importa, também, em esquecer que alguns estabelecimentos possuem abrangência nacional, podendo compreender várias filiais de uma só vez, ou, mesmo, um único estabelecimento que abranja todo o mercado brasileiro. Realidade facilmente perceptível, diante da ascensão dos estabelecimentos virtuais ou de negócios que disponham de ampla rede de entregas. O modelo de negócio pós-moderno é, por excelência, descentralizado e móvel, prescindindo de localização determinada - mobilidade e fluidez são os imperativos do novo século¹⁰⁶.

¹⁰⁵ COELHO, Fábio Ulhôa. *op. cit.* pp. 72-73. Ver também: “A livre concorrência é pela Constituição de 1988 erigida à condição de princípio. Como tal contemplada no art. 170, IV, compõe-se, ao lado de outros, no grupo do que tem sido referido como ‘princípios da ordem econômica’. Trata-se, como já anotei, de *princípio constitucional impositivo* (Canotilho)” (GRAU, Eros. *op. cit.* p. 210). Ainda, pelo mesmo autor (p. 214): “Daí porque o princípio da liberdade de concorrência ou da livre concorrência assume, no quadro da Constituição de 1988, sentido conformado pelo conjunto dos demais princípios por ela contemplados; seu conteúdo é determinado pela sua inserção em um contexto de princípios, no qual e com os quais subsiste em harmonia”.

¹⁰⁶ “Ninguém pode razoavelmente supor que está garantido contra a nova rodada de ‘redução de tamanho’,

Dada a importância da matéria, impõem-se limites à autonomia privada, não podendo as partes contratantes dispor em absoluta liberdade sobre sua (im)possibilidade a concorrer. Pelo exato motivo, o CADE já “positivou” o limite temporal de 5 anos, imotivadamente empregado como padrão pelo art.1.147, como sendo o máximo admissível, em sua súmula n. 5¹⁰⁷, aproximando-se da supracitada previsão do Código Civil Italiano.

Os potenciais efeitos mais nefastos desta cláusula, todavia, dizem respeito à possibilidade de resultados análogos a atos de concentração ocasionados por sua vigência.

A incidência da cláusula de não restabelecimento poderá implicar em um ato de concentração quando concretamente elevar a posição dominante de um participante de determinado mercado sobre outro¹⁰⁸, do mesmo mercado relevante (ato de concentração horizontal). Evidentemente, a cláusula possibilita que assim ocorra, ainda que inexistir operação de aquisição ou fusão, por retirar os alienantes do mercado alcançado pelo estabelecimento trespasado. Caso o adquirente do estabelecimento já possua um controle considerável sobre o segmento, um trespasse poderá estendê-lo de forma prejudicial.

Primeiramente, insta ressaltar que, caso as partes contratantes possuam faturamento bruto anual ou volume de negócios no país nos níveis dispostos pelo art. 88 da Lei 12.259/2011¹⁰⁹, deveriam nos termos desta nova lei, *a priori*, solicitar aprovação prévia pelo CADE do respectivo ato de concentração.

‘agilização’ e ‘racionalização’, contra mudanças erráticas da demanda do mercado e pressões caprichosas mas irresistíveis de ‘competitividade’, ‘produtividade’ e ‘eficácia’. ‘Flexibilidade’ é a palavra do dia” (BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, p. 185)

¹⁰⁷ “É lícita a estipulação de cláusula de não concorrência com prazo de até cinco anos da alienação de estabelecimento, desde que vinculada à proteção do fundo de comércio” (publicada no Diário Oficial da União de 9.12.2009)

¹⁰⁸ “*Dominar mercado* é fazer-se senhor dele, e assim poder ignorar a ação oposta pelos concorrentes; age o dominador como se, só, atuasse no mercado, e, nesta situação, pode impor preço e volume do produto que oferta, ou adquire, assenhorando-se do mercado em que atua (...) ação incontestada, indiferente, por parte do seu detentor que se acha acima das forças do mercado, do qual se fez senhor – dominador – e em consequência age como lhe convém. *Eliminar a livre concorrência*; *eliminar* aí está em sentido largo – por qualquer forma prejudicá-la, restringir-lhe o curso; *livre* está por fluente, sem desvios, a dizer sem estorvo à disputa de um ou alguns deles, à rivalidade que se tenha entre eles, na luta pela preferência do consumidor” (DUTRA, Pedro. *Livre Concorrência e Regulação de Mercados*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. P. 324).

¹⁰⁹ O que atualmente (em maio de 2014) importa em dizer que uma das empresas devesse ter faturamento bruto anual ou volume de negócios no país de, ao menos, R\$ 450 milhões, e a outra, R\$ 75 milhões. OLIVEIRA, Gresner; GRANDINO RODAS, João. *Direito e Economia da Concorrência*. 2a Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. pp. 113-114.

Todavia, tais limites deverão ser relativizados, sob pena de inviabilizar o trespasse corriqueiro de filiais, sucursais e agências de grandes firmas. Logo, - ressaltando que não é este tópico o objeto central do presente estudo -, pondera-se que, na ausência de diretiva específica sobre o assunto, deva a operação ser submetida ao CADE apenas se a transferência de ativos alcançar tais patamares, considerando um único trespasse ou um conjunto de trespases realizados no mesmo momento. Tal método, ainda assim, não é ideal, pois deixaria fora do radar do CADE operações de grande pertinência, mas fora destes padrões, ou realizadas por uma série de contratos, firmados em curto espaço de tempo, sendo importante que se discuta regra específica para esta hipótese.

Ou seja, a cláusula de não restabelecimento poderia ser empregada pelas partes para operar fraude contra as prerrogativas do CADE, contornando seus mecanismos de aprovação.

Para tanto, deve-se verificar concretamente se a cláusula possibilita a formação de cartéis ou induzem a práticas restritivas horizontais¹¹⁰, ou concentram o poder de mercado sobremaneira¹¹¹.

Em mais de uma oportunidade, o CADE analisou cláusulas de não restabelecimento¹¹², decidindo por sua validade, desde que sujeitas aos limites temporal, territorial e de segmento. Todavia, não há notícia de que o CADE tenha apreciado sua incidência em contrato que a inclua implicitamente, por força do art. 1.147.

Como segunda observação, necessário que se note que, caso se aceite a sucessão ativa (por parte do adquirente) na obrigação de não concorrer resultante da cláusula, como normalmente é sustentado pela doutrina¹¹³, possibilitar-se-á facilitação para os atos de concentração decorrentes desta.

O raciocínio funda-se no fato de que, caso um segundo adquirente possa opor a cláusula, se ainda no prazo de vigência, ao alienante original,

¹¹⁰ Para tanto, ver: *Ibid.*, pp. 54-55.

¹¹¹ *Ibid.*, pp. 107-110; e FORGIONI, Paula. *Os Fundamentos do Antitruste*. 4a Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. pp. 290-301.

¹¹² Ver os atos de concentração decididos pelo CADE: AC nº 08012.009079/2008-72; AC nº 08012.001230/2007-43; AC nº 08012.011611/2007-31; AC nº 08012.007852/2008-66; AC nº 08012.009323/2006-11; AC nº 08012.005881/2008-93; AC nº 08012.012251/2007-94; AC nº 08012.011212/2008-51; AC nº 08012.014612/2007-37; AC nº 08012.000167/1998-11.

¹¹³ BARRETO FILHO, Oscar. *op. cit.* p. 245; FERRARI, Georgio. *op. cit.* p. 710.

poderá impedir a concorrência de dois diferentes participantes do mercado: o alienante original e o novo alienante, antes adquirente original.

Dentro do período considerável de cinco anos, é plausível que esta sucessão ocorra mais de uma vez, aumentando, em escala, consideravelmente o poder de mercado do adquirente final, que poderá gozar de uma situação virtualmente monopolística - terá maior poder de mercado e antigos concorrentes impedidos, por um prazo, de diminuí-lo.

Logo, há razão de ordem pública para que a obrigação compreendida na cláusula seja personalíssima, insuscetível de sucessão para ambas as partes, como adiante se exporá mais detalhadamente.

Novamente, diante da restrição que a avença ocasiona sobre direito constitucional da coletividade (livre concorrência), o primeiro princípio hermenêutico fundamentado no subcapítulo 3.1 aplica-se, da mesma forma: diante de restrição a tal direito, justifica-se sua leitura restritiva, na forma já argumentada.

Outro fundamento que poderá balizar a questão acima, por sua vez intrínseco ao negócio jurídico, é a consideração da função social do contrato que transfere o estabelecimento, como dita a inteligência do art. 421 do Código Civil¹¹⁴, comentada por Gustavo Tepedino¹¹⁵.

Deve haver a integração funcional do contrato às normativas constitucionais, de modo que persiga, além dos interesses particulares, interesses extracontratuais caros à coletividade, assim compreendidos nos ditames da Constituição da República.

Soma-se a este (e concretiza a função social do contrato) o princípio da supremacia do interesse público, sustentado com firmeza por parte da doutrina¹¹⁶: a cláusula não poderia atentar contra o interesse público

¹¹⁴ Art. 421 do Código Civil de 2002: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

¹¹⁵ TEPEDINO, Gustavo. *Notas sobre a função social dos contratos* in TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson (coord.). *O Direito e o Tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 403. Na mesma passagem, o jurista faz menção expressa às cláusulas limitadoras da concorrência: “A função social, assim, definirá a estrutura dos poderes dos contratantes no caso concreto, e será relevante para se verificar a legitimidade de certas cláusulas contratuais que, embora lícitas, atinjam diretamente interesses externos à estrutura contratual - cláusulas de sigilo, de exclusividade e de não concorrência, dentre outras.”

¹¹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *op. cit.* pp. 57-59.

na manutenção de alguma concorrência no mercado relevante, sendo tal propósito mais caro que a preservação da obrigatoriedade contratual e, mesmo, da autonomia privada que a fundamenta. Todavia, deve ser observada a ponderação adequada, a fim de equilibrar os interesses público e privado envolvidos, relativizando-os de acordo com os graus de sacrifício envolvidos, e respeitando-se a prioridade *prima facie* dos direitos fundamentais individuais (que não são, contudo, absolutos)¹¹⁷. Reitera-se, contudo, que, o quanto mais essencial for o mercado em questão, maior será o interesse público envolvido.

A existência da possibilidade de alguma concorrência, nos termos comentados acima, é direito da coletividade, impossível seu integral impedimento, estando a possibilidade de tutela jurisdicional à cláusula submetida à manutenção de algum nível ou possibilidade de livre concorrência no mercado relevante.

Em todo modo, observa-se que existem razões de ordem pública para que a cláusula tenha sua incidência o mais limitada possível, a fim de diminuir seus efeitos negativos sobre a livre concorrência.

3.3. A ponderação da cláusula de acordo com suas bases constitucionais e a leitura conforme a Constituição do art. 1.147

Observa-se, logo, que o intuito do art. 1.147 afigura-se em solução dada pelo legislador para resolver conflito entre princípios de matiz constitucional, entre os quais os direitos do alienante à livre iniciativa e à liberdade de profissão, do adquirente à liberdade contratual (no aspecto de preservação da efetividade do contrato firmado) e à propriedade privada (preservando-se o valor da propriedade por si adquirida) e da coletividade à livre concorrência.

¹¹⁷ Todavia, ressalta-se que, *prima facie*, há prioridade do direito fundamental (individual) em face de interesse público concorrente, corrente à qual ora se filia. Todavia, tal entrechoque de interesses constitucionalmente resguardados deve ser ponderado, observando-se em qual medida são os interesses individuais sacrificados, e o quanto sua manutenção integral agirá em detrimento dos interesses públicos. No caso em comento, o interesse público (ausência de concorrência em absoluto, em dado mercado relevante) é excluído perante um interesse particular de caráter acessório (garantia do *trespasse*). Sobre o tema da supremacia do interesse público, sob esta perspectiva, veja-se SARMENTO, Daniel. *Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade* in ARAGÃO, Alexandre Santos de e MARQUES NETO, Flávio de Azevedo (orgs.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Forum, 2008. pp. 134-136.

Perante a situação contemplada, ao pensar-se na cláusula de não restabelecimento implícita, como se imaginava antes de vigorar o art. 1.147 do atual Código Civil, ter-se-ia conflito de princípios constitucionais, para o qual se necessitaria *ponderar*, não bastando a simples subsunção. Para solucionar, tal dilema, seria aplicada, perante o caso concreto, a técnica do princípio da proporcionalidade de direitos em sentido amplo¹¹⁸ (também chamada por Canotilho de princípio da vedação ao excesso¹¹⁹).

Ainda que a cláusula esteja atualmente positivada, todavia, a interpretação conforme a constituição, para que a norma que desta resulte se afigure como constitucional, terá de passar pelo mesmo filtro, vez que opera como solução perante o confronto de princípios constitucionais, de distinta natureza.

Ana Paula de Barcellos reafirma tal possibilidade, colocando-a sob o prisma da *inconstitucionalidade da norma produzida pela incidência da regra sobre uma determinada situação específica* – situação imprevista pelo legislador, visto que, caso diante desta aplicada o texto normativo, a norma reputar-se-á inconstitucional¹²⁰. Para contornar tal possibilidade, necessária sua leitura conforme a Constituição da República, o que ora se defende.

Caso, para que se atinjam seus fins - a preservação da capacidade do estabelecimento trespassado gerar lucros pelo emprego dos meios objetivos de captação da clientela transferidos - a situação ocasionada pelo art. 1.147 não seja *adequada, necessária e proporcional em sentido estrito*, a aplicação em tela da cláusula (*ope legis*) será reputada inconstitucional.

¹¹⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. pp. 23-38; BINENBOJM, Gustavo. *op. cit.* p. 460; MENDES, Gilmar e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. cit.* pp. 257-260; BARROSO, Luis Roberto. *Op. Cit.* pp. 90-94.

¹¹⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes. *op. cit.* p. 457.

¹²⁰ “Há, no entanto, uma outra possibilidade, que é a que mais diretamente interessa aqui. Trata-se da circunstância de a regra prosseguir perfeitamente válida; porém, ela vem a incidir sobre uma hipótese particular que é substancialmente diversa das situações-tipo para as quais foi planejada. Os elementos de fato que se consideram essenciais para provocar sua incidência não estão presentes naquele caso, embora do ponto de vista linguístico o enunciado possa ser aplicado; há uma disparidade quanto aos pressupostos de fato entre aquele caso específico e as situações em geral às quais o dispositivo é aplicado comumente. (...) Há aqui, como se vê, uma situação de imprevisibilidade e de substancial diferença entre o cenário planejado para a aplicação do enunciado e o caso. (...) Por fim, haverá uma terceira forma de lidar com o problema das regras que produzem resultados injustos. Trata-se da *declaração de inconstitucionalidade da norma produzida pela incidência da regra sobre uma determinada situação específica*. (...) É possível cogitar de situações nas quais um enunciado normativo, válido em tese e na maior parte de suas incidências, ao ser confrontado com determinadas circunstâncias concretas, produz uma norma inconstitucional” (BARCELLOS, Ana Paula de. *op. cit.* pp. 229-232).

Portanto, vale verificar se, no caso concreto, a regra do art. 1.147 adéqua-se a tais parâmetros, ou estará eivada de patente inconstitucionalidade. Para tanto, necessária a análise e sua consequente leitura à luz da Constituição da República.

Há reconhecimento expresso por parte da doutrina, ao exemplo de Marcelo Andrade Féres, que deve ser a cláusula “interpretada em atenção ao princípio da proporcionalidade, pois se encontram em conflito valores de teor constitucional”¹²¹.

Viável a ponderação preventiva enquanto análise doutrinária ¹²², podendo-se, *a priori*, buscar a teleologia normativa consubstanciada no texto normativo¹²³, e diante do contexto fático imaginado pelo legislador ou traçado pela doutrina (qual seja, o restabelecimento do alienante pouco após a transação, esvaziando seu valor). A mudança de elementos fáticos, além daqueles previstos pelo legislador, justificaria a adaptação do texto às situações não contempladas, em aplicação analógica da teoria da imprevisão e que fundamentaria sua interpretação evolutiva, como sustenta Ana Paula de Barcellos¹²⁴.

Seria caso de ponderação que orientará a interpretação, ponderando tanto os princípios que se entrecrocaram na leitura do texto normativo do art. 1.147 (ou da avença contratual), quanto a regra consubstanciada neste perante outras insculpidas no Direito Privado, como os dos arts. 187, 421 e 422 do Código Civil, entre outros¹²⁵.

¹²¹ FÉRES, Marcelo Andrade. *op. cit.* p. 160.

¹²² BARCELLOS, Ana Paula de. *op.cit.* pp. 146-155.

¹²³ “Em primeiro lugar, ainda no âmbito da ponderação em abstrato, é relevante perceber que a norma aplicável a um caso paradigmático ou a uma situação-tipo constitui fenômeno diverso do enunciado em si. Por outro lado, já considerando a ponderação em concreto ou real, se as normas concebidas em tese pela doutrina e pela jurisprudência a partir dos enunciados existentes e/ou do sistema como um todo não forem capazes de solucionar o conflito verificado no caso concreto, este, com suas sutilezas e particularidades, vai fornecer ao aplicador subsídios para uma nova ‘regulagem’ do processo ponderativo e, conseqüentemente, para a construção da norma adequada a ele” (*Ibid.*, p. 152)

¹²⁴ “A segunda forma de lidar com o problema da incidência injusta de regras é por meio de uma aplicação analógica da conhecida *teoria da imprevisão*. (...) Tanto em ajustes de natureza privada, como em contratos administrativos, com maior ou menor liberdade, as partes prevêm as regras que disciplinarão seu relacionamento tendo em conta um cenário presente e um possível cenário futuro. (...) De certa forma, a mesma lógica se aplica ao processo legislativo. Também o legislador, ao editar qualquer espécie de enunciado normativo, provê tendo em conta determinadas situações de fato ou padrões de conduta, presentes e futuras, que planeja regular, e nem haveria como ser diferente. (...) Outra possibilidade é a chamada interpretação evolutiva, que na verdade consiste em um processo informal de reforma do dispositivo, pelo qual novos conteúdos são atribuídos ao mesmo texto, sem modificação de seu teor literal”. (*Ibid.*, pp. 226-228)

¹²⁵ Excepcionalmente, a doutrina admite a ponderação de regras. Para tanto, ver *Ibid.*, pp. 201-212.

Neste sentido, o meio *adequado* (apto a garantir a manutenção do interesse contraposto) que teria sido eleito pela lei para solucionar o conflito normativo supracitado ante tal hipótese foi o de impedir, temporariamente, a concorrência entre as partes.

Para que este seja, também, *necessário* (inexistindo solução menos gravosa) e *proporcional* (se o benefício alcançado compensar o grau de sacrifício imposto ao interesse contraposto)¹²⁶, deverá ser observado de forma manietada à ocasião e de acordo com as peculiaridades de sua concretude.

Possível sustentar, por exemplo, que daí decorreria a limitação da aplicação da cláusula a limites temporais, espaciais e de segmento de mercado. Ora, a interdição de restabelecimento do alienante não importaria em medida *adequada* para evitar a diminuição do potencial de lucratividade da empresa se esta já se estabeleceu no mercado (transpondo, assim, o limite temporal) não podendo imputar-se sua eventual perda de lucros à nova atividade do alienante.

Do mesmo modo, não é possível evitar a perda de lucros ou diminuição da clientela se o alienante atua noutro mercado relevante (limite espacial e de segmento), devendo-se considerar também fatores como o preço praticado e qual segmento do público consumidor então se atinge.

Outrossim, não seria *proporcional em sentido estrito*, ou *razoável*, interditar por completo as liberdades de iniciativa e de profissão do alienante do estabelecimento. Basta fazê-lo em relação aos limites daquela atividade que atrapalharia o bom andamento comercial do adquirente, em proporção ao tamanho e abrangência do estabelecimento trespasado, por tempo limitado, e em escopo espacial.

Haverá problema se o estabelecimento trespasado tiver alcance nacional (ou, quiçá, internacional). Em tal caso, os outros limites, temporal e do objeto da cláusula, que dita sua incidência apenas sobre determinado nicho mercadológico, deverão ser atentamente observados, para minimizar a ampla interdição. A situação é menos improvável que parece: a depender do segmento de negócio, a atuação por meio de estabelecimento virtual, que se concretize em nome de domínio ligado à Internet, será quase inevitável, tornando assim qualquer cláusula de interdição especialmente penosa.

¹²⁶ Na qualificação dada por SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. P. 96.

Seguindo igual raciocínio, possível sustentar que a cláusula de interdição prevista no art. 1.147, se prescindir de previsão contratual, não há de ser aplicada caso o modelo de negócio do estabelecimento trespassado independa por absoluto de *meios subjetivos* (ou pessoais) de captação de clientela e inexistir prejuízo à atuação comercial do adquirente na aplicação do conhecimento de mercado do alienante.

Se a influência do alienante do estabelecimento no mercado não representar, concretamente, causa para diminuição no potencial de lucro auferido pelo adquirente, e se a experiência, *know-how* e/ou estrutura empresarial do alienante forem iguais (ou mesmo menores) que o do adquirente, não haveria razão para manter a interdição imposta pela cláusula.

Assim se daria por não ser a interdição a medida *adequada* à garantia da boa consecução do objeto contratual, considerando-se todo exposto acima. Todavia, é uma situação de difícil comprovação e o restabelecimento imediato do alienante poderia ainda significar ato contraditório (*venire contra factum proprium*), contra os ditames da boa-fé objetiva, a menos que o restabelecimento imediato do alienante seja a prática do mercado em questão, atendo-se, assim, aos usos e costumes como marco interpretativo do direito comercial, como adiante se comentará.

Ademais, no caso concreto, dever-se-á ajustar a cláusula de acordo com a ponderação sobre a colisão entre a garantia de manutenção da livre concorrência devida à coletividade e a liberdade contratual, autonomia e propriedade privadas do adquirente, isto é, a limitação imposta à concorrência apenas justifica-se se for um meio *necessário* ao que se persegue (se, de fato, inexistir outro meio *adequado* para impedir a perda imediata de lucratividade do estabelecimento), e se for *proporcional*, não impondo restrições absolutas a toda a concorrência compreendida no mercado relevante em que se insere ou além dos próprios limites da concorrência ora interdita.

Grave situação que poderá obstar por completo a executoriedade da cláusula por limitar sobremaneira a livre concorrência, é na hipótese de, *in casu*, existirem poucos, ou mesmo apenas dois concorrentes compreendidos no mercado relevante, conjugada com a existência de barreiras de mercado que obstem a entrada de terceiros (além das partes

então contratantes)¹²⁷, inviabilizando assim qualquer possibilidade de alguma concorrência.

Neste caso, a ponderação de direitos por proporcionalidade poderá indicar que a restrição à livre concorrência por incidência da cláusula do art. 1.147, ou de semelhante que conste do mercado, é *desproporcional em sentido estrito*, vez que significaria sua total inviabilidade se aplicada, desta forma embasando a não exigibilidade da avença. Seria essa, ainda, hipótese de extinção da obrigação de não fazer, por tornar-se de abstenção impossível, sem culpa do devedor, nos termos do art. 250 do Código Civil.

Finalmente, reitera-se a ressalva antes feita: tudo dependerá do caso concreto, vez que a ponderação apenas é operada diante deste, sendo impossível sua fixação imutável *a priori*¹²⁸.

3.4. A interpretação de acordo com os preceitos do direito comercial e dos usos e costumes comerciais contemporâneos

Essencial, também, que a hermenêutica sobre a cláusula, escapando da pura exegese, assuma os princípios interpretativos próprios do direito empresarial (ou, como antes chamado, direito comercial), na forma em que indica a doutrina especializada.

O primeiro e mais fundamental destes, é sua leitura de acordo com os usos e costumes do mercado em que se coloca. Tal princípio interpretativo de regência sobre os contratos comerciais é, há muito, reconhecido pela doutrina, em respeito à bem consolidada noção de que estes constituem fontes do direito empresarial¹²⁹, tendo suas origens na

¹²⁷ Refere-se aqui, sobretudo, às barreiras artificiais de mercado, normalmente ocasionadas pela ação estatal na economia, que poderão se dar pelo vulto do investimento necessário somado a incentivos fiscais ou linhas de crédito públicas oferecidos de forma não isonômica aos concorrentes; regulação estatal específica; exigência prévia de certificação especial; vigência de patentes, entre outros. Mas, também é possível que barreiras naturais ocasionem o mesmo perverso efeito, como a necessidade de obtenção de *know how* especializado ou segredos comerciais para ingresso no mercado; necessidade de grande capital de giro para adentrar no segmento etc.

¹²⁸ *Ibid.*, pp. 154-155.

¹²⁹ FORGIONI, Paula. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. 2a Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. pp. 114-119; REQUIÃO, Rubens. *op. cit.* pp. 29-31; BOITEUX, Fernando Netto. *op. cit.* pp. 57-58; VIVANTE, Cesare. *Instituições de Direito Comercial*. 2a Ed. Sorocaba: Minelli, 2007. pp. 30-34; ASCENSÃO, José de Oliveira. *op. cit.* p. 262; COELHO, Fábio Ulhôa. *op. cit.* p. 95.

atividade uniformizadora do mercado, que necessitava criar novos tipos negociais com maior agilidade que a conferida pelos esforços legiferantes, tornando-se, assim, “regra implícita” ou, ao menos, legítima expectativa dos que transitam pelo mercado¹³⁰.

A incidência e importância do direito consuetudinário, particularmente como marco interpretativo, não foi diminuída com a vigência do Código Civil de 2002 (e conseqüente revogação de boa parte do Código Comercial), posto que o art. 113 deste é claro: “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

Como afirma Carlos Maximiliano, o costume exerce dupla função: “a de Direito Subsidiário, para completar o Direito Escrito e lhe preencher as *lacunas*; e a de elemento de Hermenêutica, auxiliar da exegese”¹³¹.

Eros Grau e Paula Forgioni vislumbram a necessária orientação da cláusula de não restabelecimento de acordo com tais preceitos, que formulariam a “lógica do comerciante”¹³².

Ao ter igual assunto em pauta, os autores recordam o revogado art. 131 do Código Comercial, que estabelecia orientação interpretativa dos contratos comerciais, e que, de acordo com estes, permaneceria válido enquanto normativa hermenêutica - entre seus incisos, o artigo apontava como bases interpretativas: “a inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa-fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato” e ao “uso e prática geralmente observada no comércio dos casos da mesma natureza, e especialmente o costume do lugar onde o contrato deva ter execução, prevalecerá a qualquer inteligência em contrário que se pretenda dar às palavras”.

Os usos e costumes moldam-se de acordo com o segmento mercadológico em que se insiram, bastando que sejam, na lição de Vivante, de prática uniforme, constante e por certo tempo¹³³. Parâmetros estes ainda válidos,

¹³⁰ No dizer de Paula Forgioni, “Os usos e costumes geram *legítimas expectativas* de atuação, *probabilidades de comportamento*; presume-se que as partes comportar-se-ão de acordo com o modelo usual, de maneira que cada agente é capaz de *planejar sua jogada (i.e., estratégia de atuação no mercado) com maior margem de segurança*”. (*op. cit.*, pp. 117-118)

¹³¹ MAXIMILIANO, Carlos. *op. cit.* p. 189.

¹³² GRAU, Eros e FORGIONI, Paula. *op. cit.* pp. 293-295.

¹³³ VIVANTE, Cesare. *op. cit.* pp. 31-32. Ascensão fala em dois elementos constitutivos essenciais do costume: o uso (prática social reiterada) e a convicção de obrigatoriedade (*op. cit.*, p. 248)

ao que relata a hodierna doutrina¹³⁴. Carlos Maximiliano ainda afirma ser o tempo válido apurado concretamente, não se pugnando por sua fixação *a priori*, ainda que deva ser o costume “tolerado pelo legislador”¹³⁵.

José de Oliveira Ascensão, por sua vez, afirma ter o costume, mesmo quando *contra legem*, incidência inegável, muitas vezes integrando ou mesmo derogando a lei. Ainda que seja *secundum legem* (de acordo com a lei), o costume reteria força interpretativa essencial, que orientará a leitura da regra¹³⁶.

Seriam os usos e costumes, inclusive, uma vez integrados ao contrato comercial, forma de definir quais os parâmetros de boa-fé cabíveis na espécie e o dever de diligência imposto às partes¹³⁷. O mesmo é dito por Judith Martins-Costa¹³⁸.

¹³⁴ REQUIÃO, Rubens. *op. cit.* pp. 29-30; e FORGIONI, Paula. *op. cit.* pp. 117-118 e 236-237, relatando que os tipos contratuais norte-americanos são, para muitos efeitos, “regra” comercial internacional, o que inclui o uso de cláusulas típicas: *put / call, drag along, tag along*.

¹³⁵ MAXIMILIANO, Carlos. *op. cit.* pp. 194-194.

¹³⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira. *op. cit.* pp. 257-259 (grifou-se).

¹³⁷ “Para que se possa compreender se certa ação ou omissão de um dos sujeitos de uma relação jurídica contratual foi ou não em cumprimento dos deveres laterais dispostos pela boa-fé objetiva, deve-se tomar por base, dentro das circunstâncias do caso, as regras impostas pelos usos do tráfico. Os usos servem para elucidar e fixar como se deve proceder em cumprimento dos deveres impostos pela boa-fé objetiva, pois esse é o comportamento exigido no tráfico. (...) Quanto à função dos usos de elucidar qual deve ser ou deveria ter sido o comportamento a ser adotado em uma situação fática, toma-se, como exemplo, o disposto no art. 1.011 do CC/2002, que impõe ao administrador de uma sociedade agir com ‘o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus próprios negócios’. Para essa hipótese, o intérprete, com base nas circunstâncias do caso, deve se valer dos usos para elucidar se determinado administrador agiu ou não com cuidado e de modo ativo, diligente e probo, em conformidade com padrão de comportamento imposto ao administrador em mesmas condições. Assim deve atuar o intérprete, pois o padrão de conduta do administrador da sociedade não é subjetivo – o padrão do ‘bom pai de família’ –, mas objetivo, tal como exige o tráfico. Por isso, a conduta a ser exigida é a que objetivamente teria um administrador com similar nível de instrução e condições de atuação que os de outro do grupo ao qual pertence. Seria a do ‘administrador-tipo’. Nesse mesmo viés, também é por intermédio dos usos do tráfico que se elucidam o tipo de comportamento imposto pela boa-fé objetiva para o adimplemento satisfatório pelos figurantes em determinado contrato.” HAICAL, Gustavo. *Os usos do tráfico como modelo jurídico e hermenêutico no Código Civil de 2002*. Revista de Direito Privado. Vol. 50. Abr / 2012. p. 15.

¹³⁸ “Os usos estão vinculados, na dicção do art. 113 do CC com a boa-fé, como, aliás, também estava no Código Comercial de 1850. Isto significa dizer que antes, como agora, a boa-fé hermenêutica é uma boa-fé a ser mensurada segundo os *mores*, consoante a concreta configuração do contexto contratual em causa e, de modo especial, com a função econômico-social do negócio (no caso, permitir a livre concorrência, *telos* das normas que disciplinam condutas anti-concorrenciais). Como observei de outra feita, em face desse critério hermenêutico, deve o intérprete, ou com base nas regras comuns de experiência ou com o auxílio de perícia técnica, escavar a realidade prática, em busca daquilo que comumente ocorre no específico setor da atividade econômica ou da ambiência cultural na qual concluída e desenvolvida a relação contratual”. (MARTINS-COSTA, Judith. *Parecer*: Princípio da confiança legítima e princípio da boa-fé objetiva. Termo de compromisso de cessação (TCC) ajustado com o CADE. Critérios da interpretação contratual: os “sistemas de referência extracontratuais” (“circunstâncias do caso”) e sua função no quadro semântico da conduta

Importante assertiva faz Rubens Requião, ao comentar a tensão entre costumes e leis aplicada ao direito comercial:

Os usos, como vimos, não podem se opor à norma legal. Não podem ser contra legem. A assertiva deve ser tomada, todavia, em termos, pois na lei comercial há que distinguir as normas de ordem pública das normas simplesmente supletivas da vontade das partes. É óbvio que, não sendo a regra legal imperativa, de ordem pública, pode ser substituída por um uso a que as partes dêem intencionalmente preferência. Verificando que a intenção das partes, pela natureza do negócio e suas condições, foi a de adotar, embora implicitamente, determinado uso comercial, o julgador deve aplicá-lo, sobrepondo-o à norma legal não-imperativa.¹³⁹

Portanto, para o jurista, é possível que se verifique, em concreto, hipótese em que as circunstâncias do negócio indiquem prevalecer costume comercial sobre texto de lei dispositiva.

Como já sustentado nos capítulos pretéritos, a cláusula de não restabelecimento não se trataria de norma imperativa - pelo contrário, como argumentado ao subcapítulo 3.2, o interesse público maior permaneceria exatamente em sua aplicação restritiva, vez que afeta, em alguma medida, a liberdade concorrencial, cara à sociedade.

O interesse sobre a cláusula seria tão somente privado, permanecendo com o adquirente do estabelecimento a prerrogativa de perseguir seu fiel cumprimento. Trata-se de avença que encontra base no dever geral de boa-fé objetiva, como se discutiu ao capítulo 2, sendo sua consecução de interesse restrito às partes contratantes.

Igualmente, o próprio art. 1.147 tem natureza dispositiva, ainda que sua fria (e infeliz) dicção pareça limitar ao máximo as análises casuísticas: “não havendo autorização expressa”. De todo modo, a norma não perde sua característica suplementar e privada.

Não se cogita, então, advogar pela dispensa da cláusula aplicada por conta do art. 1.147 (no silêncio das partes) ante qualquer alegação de costume mercantil. Há de ser observado, todavia, se a prática do mercado

devida. Princípio da unidade ou coerência hermenêutica e “usos do tráfego”. Adimplemento contratual. Revista dos Tribunais. Vol. 852. Out / 2006. p. 92)

¹³⁹ REQUIÃO, Rubens. *op. cit.* p. 30.

em questão tolera o restabelecimento e em qual medida, para que, logo, seja a cláusula lida com a maior harmonia em relação a esta.

Havendo elementos suficientes a ponto de comprovar ser esta a intenção das partes, observável por quaisquer provas admitidas em Direito, e, ainda, por costume comercial comprovado por quem o alega (nos termos do art. 337 do Código de Processo Civil), há, então, de ser relativizada ou mesmo dispensada a incidência da cláusula.

Por exemplo, em um dado mercado, a distância mercadológica necessária entre estabelecimentos pode ser, dentro dos costumes deste, maior ou menor. Possível formular a hipótese de concorrência entre padarias, que talvez se dê, em certa localidade, rua a rua - sendo possível que o alienante se restabeleça em rua distinta da do estabelecimento trespessado¹⁴⁰ -, porquanto noutro nicho comercial, a concorrência poderá se dar entre bairros, ou com abrangência municipal.

Na forma supracitada na introdução deste trabalho, observa-se que a redação da cláusula teve influência direta do texto do art. 2.557 do Código Civil Italiano, reproduzindo-o em boa medida. O referido diploma legal, todavia, data de 1942, ficando sua aplicação já possivelmente ultrapassada, sobretudo para determinados nichos mercadológicos (nos quais os usos e costumes correntes demonstrariam ser outra a realidade).

Em igual sentido, como antes dito a título de nota introdutória, a leitura da avença também se mostra, entre doutrina e jurisprudência, permeada pela influência do caso da *Fábrica de Juta*: processo que ocorrera nos idos de 1913 e em ambiente mercadológico muito distinto daqueles que hoje, cento e um anos depois, se desenvolvem.

Reitera-se aqui o alerta já feito, de autoria de Perlingieri¹⁴¹: não deve o Direito ser aplicado olvidando-se das mudanças trazidas pela passagem do tempo e da atividade humana, sob o risco de transfigurar-se em tirania manifesta, fantasia desconexa e insensível às práticas sociais correntes, ou simples letra morta.

¹⁴⁰ “Como consignado em acórdão do TJSP, a cláusula não necessariamente tem abrangência municipal - pode impedir ao mesmo bairro ou rua, conforme sua dicção contratual ou o mercado em que se insira.” (TJSP, Apelação Cível 9097656-57.2007.8.26.0000, Rel. Des. Celina Dietrich e Trigueiros Teixeira Pinto, São Paulo, 6.4.2009)

¹⁴¹ Ver nota de rodapé 26.

Como segundo marco interpretativo ínsito ao Direito Comercial, destaca-se o da interpretação a favor do devedor, também merecedor da atenção doutrinária¹⁴². Diante de dúvida razoável, os contratos empresariais devem ser lidos a favor do devedor da avença - no caso da cláusula de não restabelecimento, o alienante do estabelecimento.

Parte considerável da doutrina, todavia, à luz do Código Civil de 2002, observa tal parâmetro como sendo, hoje, o de interpretação a favor da parte estipulante, ou, mesmo, a favor do contratante mais fraco¹⁴³.

A aplicação destes, ainda é totalmente consentânea com os ditames da boa-fé objetiva analisados no capítulo 2, acima, exercendo, inclusive, função integradora a estes¹⁴⁴.

4. DIMENSÕES DA INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA DA CLÁUSULA

A seguir, se analisarão algumas das dimensões que decorrem da interpretação restritiva da cláusula. A lista não pretende ser exaustiva, mas apenas analisar algumas das mais importantes consequências aferíveis abstratamente da leitura estrita da cláusula de não restabelecimento e pouco comentadas pela doutrina.

Como comentário geral antecedente a este capítulo, tem-se como consequência prática imediata da imanência da cláusula a partir dos deveres de boa-fé, como argumentado acima, o ressaltado por Tepedino:

*Pode-se afirmar, portanto, que, seja em sua função interpretativa, seja na criação de deveres anexos, ou na restrição de condutas abusivas, a boa-fé objetiva diz sempre respeito à preservação do conteúdo econômico do negócio. Tais deveres não servem a tutelar o interesse privado e individual de cada um dos contratantes, mas o interesse mútuo que se extrai objetivamente da avença.*¹⁴⁵

¹⁴² FORGIONI, Paula. *op. cit.* pp. 243-245; GRAU, Eros e FORGIONI, Paula. *op. cit.* p. 295.

¹⁴³ COELHO, Fábio Ulhôa. *op. cit.* pp. 92-94; BOITEUX, Fernando Netto. *op. cit.* p. 60; e como noticiado em FORGIONI, Paula. *op. cit.* pp. 244-245.

¹⁴⁴ Judith Martins-Costa reitera a possibilidade de conjugar os usos e costumes do mercado à boa-fé e formação de legítimas expectativas do adquirente de estabelecimento (*op. cit.*, p. 470).

¹⁴⁵ TEPEDINO, Gustavo. *Novos princípios contratuais e teoria da confiança: a exegese da cláusula to the best knowledge of the sellers in Soluções Práticas - Tepedino*. Vol. 2. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2011. p. 427. Grifou-se.

Ou seja, a exeqüibilidade da avença de não restabelecimento, uma vez que compreendida como dever de cooperação e preservação dos fins contratuais, dependerá de sua violação ser causa (havendo aí *nexo causal*), em concreto, de danos a tais fins - ou seja, à lucratividade do estabelecimento trespasado.

Por último, nota-se que a interdição do alienante é medida extrema e de natureza irreversível, que deve passar por análise segura antes de ser decretada, podendo-se abrir mão de medidas cautelares para apurar eventual futura indenização. Felizmente, a recente jurisprudência do TJSP¹⁴⁶ - órgão jurisdicional que mais se pronuncia sobre o pacto de não restabelecimento, provavelmente por conta do grande volume de comércio no Estado de São Paulo, tem agido neste sentido, ao indeferir ou revogar tutelas antecipatórias dadas com base na cláusula.

4.1. Leitura da obrigação de não concorrer como personalíssima: insuscetibilidade de sucessão e eficácia restrita aos contratantes

A primeira dimensão da interpretação restritiva da cláusula a ser sustentada é a de sua leitura enquanto obrigação de natureza *intuitu personae* (personalíssima). Esta implica na impossibilidade de sucessão ou sub-rogação da posição contratual¹⁴⁷ assumida na cláusula de não restabelecimento pelo alienante e pelo adquirente do estabelecimento comercial.

Primeiro, assim se dá por ser faceta da leitura restritiva que sobre esta se impõe. Ademais, seria obrigação insuscetível de avaliação pecuniária, ao menos que exista definição contratual a esse respeito, criando-se valor representativo desta. Observa-se na doutrina corrente que inadmite a cessão de crédito ou contrato sobre obrigação que prescinda de tal característica¹⁴⁸.

¹⁴⁶ “Trespasse. Cláusula de não concorrência. Tutela antecipada concedida para encerramento das atividades da agravante. Sócios que são filhos do corréu que, por meio de contrato de trespasse, se obrigou ao não restabelecimento. Impossibilidade de se constatar com a segurança necessária a utilização de meio fraudulento, nesta fase inicial do processo. Instauração do contraditório que se revela mais prudente. Perigo de irreversibilidade da medida. Tutela antecipada revogada. Recurso provido” (TJSP, Agravo de Instrumento 2020489-39.2014.8.26.0000, Rel. Des. Maia da Cunha, São Paulo, 3.4.2014). Ver tb.: TJSP, Agravo de Instrumento 0085179-19.2011.8.26.0000, Rel. Des. Miguel Brandi, São Paulo, 5.6.2011.

¹⁴⁷ VARELA, Antunes. *op. cit.* p. 397 e 440.

¹⁴⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *op. cit.* p. 216.

Da mesma forma, sua interpretação restritiva implica em dizer que a cláusula apenas obriga estritamente as partes contratantes, sendo inviável que se suponha extensão de seus efeitos para seus sócios, administradores, acionistas, cônjuges ou futuros contratantes. Exceção apenas se dá se a parte a ser eventualmente sucedida for pessoa jurídica, cindida em outra ou incorporada, havendo sub-rogação com base em alteração estrutural de sua personalidade ¹⁴⁹.

Logo, se inexistente previsão contratual da cláusula (e essa opera por sua implicitude *ope legis*), não há que se supor que a obrigação inclua personalidades distintas das qualificadas como contratantes. Ou seja, diante da indefinição contratual sobre a extensão subjetiva da obrigação de não restabelecimento, esta se deverá interpretar-se da forma mais restrita possível: apenas sobre as partes qualificadas como contratantes.

A extensão aos seus sócios, administradores e acionistas (especialmente minoritários ou não controladores) deverá ser avaliada concretamente. Todavia, por todo o disposto nos itens *infra*, a interpretação sempre se dará a favor destes. Questão relevante estará compreendida no fato destes terem poder decisório sobre o trespasse firmado. Caso positivo, há indício de que tacitamente aquiesceram com a interdição sobre a própria liberdade de restabelecimento. Se não, dificilmente será oponível a obrigação do art. 1.147, vez que nem concretamente contemplados no negócio foram. Contra tal extensão dos efeitos do trespasse sobre os sócios individualmente considerados, coloca-se contrariamente Georgio Ferrari ¹⁵⁰.

Diante da restritiva leitura que se impõe, a prova de tais fatos deverá ser primariamente exercida pelo credor da obrigação, o adquirente. Ainda, é argumentável se a negativa do sócio ou acionista em assembleia ou reunião que decida sobre o negócio importa em negação explícita sobre a incidência da cláusula, não podendo o contrato ir contrariamente à sua

¹⁴⁹ Ora se admite que tal argumentação mais se aproxima da teoria atomista ou personalista das obrigações, e se distancia da hodiernamente adotada teoria dos núcleos de interesse, pelo qual as partes não contratam apenas e estritamente entre si. Todavia, essa leitura se imporia por questão de cumprimento da função social do contrato, assim como pela necessidade de limitar sua amplitude de incidência por conta de seu caráter restritivo de direitos, consoante todo já anteriormente argumentado. Claro que, quando a atuação de pessoa relacionada ao contratante evidentemente exceder os limites da boa-fé objetiva ou for comprovada sua má-fé, a avença poderá incidir também sobre estes. Da mesma forma, limitações a estes poderão ser impostas por determinação contratual, submissas à concordância dos que se limitam.

¹⁵⁰ FERRARI, Georgio. *op. cit.* p. 710.

expressa vontade. Em todo modo, o ideal é buscar a concordância expressa com a interdição concorrencial, de todos os envolvidos na gestão e quadro societário das empresas ora alienantes.

A respeito dos administradores que não sejam sócios, sua interdição extensiva não se mostra acertada em qualquer medida, tendo em vista que não participam, ao menos usualmente, do resultado do negócio jurídico, sendo apenas empregados da sociedade. Todavia, sua inclusão no âmbito do contrato, mediante sua expressa concordância, poderá ocorrer.

Por último, a extensão aos acionistas apenas será cogitável se estes possuírem poder de gestão, exercendo controle majoritário, sobre a pessoa jurídica, ou caso, apesar de sua constituição enquanto sociedade anônima, for constituída sob *affectio societatis*¹⁵¹.

A respeito da sucessão da obrigação, a doutrina pouco comenta sobre o assunto, e, quando o faz, não apresenta posição definitiva. Oscar Barreto Filho afirma não ser a cláusula suscetível de transmissão em seu polo passivo, vez que “a concorrência dos herdeiros ou dos sucessores não [ser] qualificada por particular periculosidade”¹⁵². O mesmo autor, todavia, assevera ser transferível no polo ativo, por ter o terceiro novo adquirente ou empresa que suceda o adquirente igual interesse na manutenção da cláusula e preservação da lucratividade do estabelecimento.

Em sentido semelhante ao do autor supracitado, Georgio Ferrari, baseando-se em entendimento de Auletta, reafirma a mesma possibilidade,

¹⁵¹ Diz Arnoldo Wald: “A *affectio societatis* importa em comunhão de interesses, confiança recíproca, fidelidade aos objetivos sociais e respeito mútuo, inspirando-se, em certo sentido, com as adaptações necessárias, na *affectio maritalis* que existe entre marido e mulher. É uma situação jurídica, uma condição que cria direitos e deveres entre determinadas pessoas. A doutrina afirma a importância do caráter *intuitu personae* como pressuposto integrativo do pacto societário e menciona a hipótese de sociedades nas quais, além da contribuição para a formação do capital, são relevantes, entre outros elementos, a experiência tecnológica, a tradição comercial e a capacidade gerencial, além da confiança que existe entre empregadores e empregados e entre os vários grupos que se associam. Este último elemento é, aliás, considerado como fator de valorização da empresa. Na relação societária com cunho pessoal, organizada *intuitu personae*, seja qual for a forma utilizada (sociedade em nome coletivo, sociedade por quotas de responsabilidade limitada ou sociedade por ações de capital fechado), é imprescindível a presença de elementos tais como a confiança, a fidelidade, a atuação de boa-fé e a colaboração”. (*Parecer: Affectio Societatis* na sociedade de pessoas e no acordo de acionistas. Rompimento. Resolução do acordo de acionistas. Aprovação do quórum. Direito de bloqueio. Ofensa à lei 8.884/94. Direito de preferência. Cabimento de medida cautelar preparatória perante o poder judiciário antes de instaurado juízo arbitral. Competência do juízo. Revista de Arbitragem e Mediação. Vol. 4. Jan / 2005. p. 208)

¹⁵² BARRETO FILHO, Oscar. *op. cit.* p. 245.

justificando, contudo, a natureza personalíssima do lado passivo por se configurar limitação da liberdade pessoal que apenas pode decorrer de manifestação volitiva¹⁵³.

Eunápio Borges, por sua vez, sem oferecer maiores explicações, afirma formar-se “uma relação jurídica meramente pessoal entre vendedor e comprador”¹⁵⁴.

Em relação ao caráter estrito do alcance subjetivo da cláusula, incluindo-se, assim, a impossibilidade de sucessão em seu polo passivo, se concorda com os autores, por idênticos fundamentos. Sobre a posição do primeiro autor, a concorrência possivelmente exercida pelos sucessores usualmente não exercerá o mesmo efeito que a do alienante, vez que possuem outros meios subjetivos de captação de clientela, que não os alienados. Porém, é factível que estes exerçam igual - ou ainda maior - influência sobre o mercado e clientela, se possuírem ainda maior conhecimento de mercado e reputação. Logo, apenas tal argumento não é suficiente para ilidir sua sucessão.

Ao que ora se filia, também, aos fundamentos expostos por Georgio Ferrari, que visariam à tutelar o aspecto voluntário sobre as limitações autoimpostas à própria liberdade. Os sucessores nunca concordaram com tal limitação imposta à sua capacidade de atuação mercantil e profissional, e, por isso, não poderiam ser obrigados a seguir cláusula com a qual não aquiesceram, ainda que tacitamente.

Desnecessário dizer, todavia, que o dever geral de boa-fé, assim como a aplicação substantiva do art. 1.147, obstará que o alienante simule sucessão e permaneça atuando, por interposta pessoa, em concorrência contra o adquirente. Tal seria mera fraude, não merecedora de reconhecimento pelo direito, e aquele ainda estaria exercendo a concorrência vedada pela norma.

Em igual forma, aquele que suceda a empresa alienante imediatamente após ou em momento bem próximo à alienação do estabelecimento não poderá aproveitar-se de tal fato para esvaziar o valor deste através de restabelecimento. Ainda assim, tal impedimento não se dará por conta da cláusula compreendida no art. 1.147, mas, sim, de pura aplicação dos preceitos de boa-fé, de acordo com as particularidades do caso, e o prazo não precisará ser o cominado pela norma, em cinco anos, assim como sua

¹⁵³ FERRARI, Georgio. *op. cit.* p. 710.

¹⁵⁴ EUNÁPIO BORGES, João. *op. cit.* p. 196.

abrangência em termos de escopo de mercado e tempo também deverão ser ainda mais relativizados.

Outrossim, como a boa-fé em questão extrapolará a aplicação usual da boa-fé objetiva (incidindo à parte estranha ao contrato), deverá o adquirente comprovar que a conduta tenha sido realizada de má-fé ou de forma realmente temerária, posto que a boa-fé é presumida¹⁵⁵.

Vale apontar, ainda, ao asseverado por Marcelo Andrade Féres, que defende ser possível a comunicação da obrigação de não restabelecimento ao cônjuge do alienante¹⁵⁶. Contudo, pelos motivos acima dispostos, nega-se tal possibilidade, a menos que o instrumento contratual assim disponha e o cônjuge concorde com tal compromisso. Apesar deste entendimento, ressalva-se que, na eventualidade de restabelecimento de cônjuge do alienante, dever-se-á atentar para a atuação do alienante, que deverá permanecer fora da atuação de eventual novo estabelecimento que faça concorrência ao alienado, sendo vedada sua participação pessoal, vez que o elemento vedado seria o emprego de seus meios subjetivos de captação de clientela.

Inexiste problema em auferir lucros da atividade exercida pelo cônjuge, desde que não empregue seus esforços no novo estabelecimento. Novamente, diante da leitura estrita e da presunção de boa-fé, restará o ônus probatório nas mãos do adquirente.

Todavia, diverge-se dos dois primeiros autores - Oscar Barreto Filho e Geórgio Ferrari - no que diz respeito à possibilidade de sucessão ativa da obrigação. Tal se dá por duas razões. A primeira, já disposta no subcapítulo 3.2, *infra*, em que a possibilidade de sucessão ativa poderá ocasionar (ainda mais se considerado o efeito em escala, no decorrer do prazo de cinco anos) atos de concentração de mercado que atentem contra a livre concorrência, ordem econômica e direitos do consumidor. De certo, este risco poderia ser aferido concretamente. Porém, caso se admita que deva o adquirente obter permissão judicial para concorrer, necessitando de manifestação jurisdicional sobre eventual ato lesivo à concorrência proveniente de tal sucessão, será o mesmo que presumir a restritividade

¹⁵⁵ Assim é o tema reconhecido pelo acórdão: “Contrato de alienação de estabelecimento comercial. Sociedade voltada ao comércio varejista de bebidas. Alegação de que os alienantes teriam infringido cláusula de não- restabelecimento. Fato não demonstrado. Improcedência que se impõe. Recurso não provido.” (TJSP, Apelação Cível 9189798-46.2008.8.26.0000, João Carlos Garcia, São Paulo, 28.4.2009)

¹⁵⁶ FÉRES, Marcelo Andrade. *op. cit.* p. 160.

sobre seus direitos, assim como gerar insegurança jurídica particularmente desinteressante para a natureza das relações de Direito Comercial¹⁵⁷.

Além disso, há fundamentos diversos para sustentar esta impossibilidade. Ao aquiescer com a interdição sobre sua capacidade de restabelecimento, o alienante o faz com relação à pessoa do adquirente. Ainda que inicialmente não pareça relevante, há avaliação bilateral no momento em que se firma o trespasse. O alienante ponderará se é interessante, em termos de estratégia empresarial, comprometer-se a não concorrer com o adquirente pelo prazo estipulado pelo art. 1.147.

Em tal avaliação, não se incluirá a ponderação se compensa, diante dos valores recebidos (que também deverão remunerar sua interdição comercial), deixar de concorrer com terceiros no escopo mercadológico abrangido pelo estabelecimento trespasado. O novo adquirente poderá ser empresa que seja sua rival noutra frente comercial, e a vantagem sobre o mercado antes explorado poderá ser muito maior do que a anteriormente estipulada.

Poder-se-ia falar em incidência de preceitos da resolução por onerosidade excessiva, compreendida no art. 478 do Código Civil, pois a alienação para terceiro com o qual a obrigação torne-se mais onerosa que o razoavelmente previsto configuraria hipótese para sua aplicação.

Contudo, novamente, requerer-se-ia comportamento ativo do alienante, que tem seus direitos restringidos, e possivelmente estaria impedido de exercê-los até o julgamento de mérito, ficando à mercê de decisão liminar do juiz. Logo, mais vantajoso que se siga na leitura estrita da avença, automaticamente pressupondo a liberdade da empresa originalmente alienante perante o novo adquirente do estabelecimento, que, este sim, deverá buscar tutela jurisdicional caso avalie que o comportamento daquele afigure-se como abusivo ou desleal.

Novamente, como obrigação nascida dos deveres de *bona fides* entre contratantes, sua aplicação (ao menos pressuposta) a terceiros fora do quadro contratual mostra-se, *a priori*, desarrazoada, sendo preciso que, por todos os parâmetros interpretativos ora dispostos, seja aplicada à favor da liberdade do primeiro alienante, o que significará interpretá-la como personalíssima.

¹⁵⁷ FORGIONI, Paula. *op. cit.* pp. 75-80.

Natural, porém, que o alcance subjetivo da cláusula poderá ser contratualmente disposto, vinculado, por óbvio, à aceitação de todas as pessoas interditas.

Note-se, porém, que avença que inclua o impedimento à concorrência por parte de sucessores do alienante constituirá promessa de fato de terceiro firmada por este, devendo buscar a volição posterior daqueles - o que nem sempre possível será, como no caso de herdeiros ou aos que o sucedam no estabelecimento mediante expropriação forçada, tal como no caso das alienações compreendidas no processo falimentar.

O problema da sucessão fora encarado pela jurisprudência, notadamente no acórdão paradigma (vez que citado por outros¹⁵⁸) do TJSP, da Apelação n. 9090836-27.2004.8.26.0000¹⁵⁹. No referido julgado, a 2ª Câmara de Direito Privado considerou que era possível observar a sucessão empresarial após o credor da cláusula de não concorrência firmar trespasse com outra empresa.

Em que pesem as peculiaridades do caso (como o fato de serem pequenas sociedades, que contavam primariamente em meios subjetivos de captação da clientela, e de um dos sócios da segunda adquirente ser o mesmo da primeira), a simples premissa empregada pela Câmara - de que, frente ao trespasse, já se compreenderia sucessão no pólo ativo da cláusula - parece, à luz do ora sustentado, inadequada.

Ademais, a questão da sucessão passiva também fora encarada, posto que a sociedade ré empregava informalmente o antigo alienante, obrigado pela avença. Todavia, neste ponto, se concorda com a avaliação do Tribunal (ao menos do que é possível extrair da leitura do acórdão), vez que os elementos fáticos indicam solidamente que o alienante original atuava como sócio oculto de seu sogro, sendo visto sempre na nova loja, na mesma rua da que alienara, em desabono aos deveres de boa-fé.

¹⁵⁸ Por todos: TJSP, Apelação Cível n. 0049761-80.2011.8.26.0562, Rel. Maia da Cunha, São Paulo, 2.4.2014.

¹⁵⁹ TJSP, Apelação Cível n. 9090836-27.2004.8.26.0000, Rel. Des. A. Santini Teodoro, São Paulo, 8.4.2008.

4.2. Fronteiras do escopo da obrigação de não concorrer sobre seu objeto: limitações de acordo com o contexto concorrencial preestabelecido e decorrências dos limites geográfico e mercadológico à época da formulação contratual

Enquanto obrigação decorrente do dever geral de boa-fé objetiva, a cláusula de não restabelecimento não poderá ter alcance irrestrito em relação ao que fora objeto de prévio conhecimento das partes, ao que preteritamente formularam expectativas enquanto iniciavam sua relação contratual. A obrigação emanada da avença não poderá impedir concorrência que as partes conheciam (ou deveriam conhecer) e que sabem irá subsistir após o trespasse.

Ou seja, um dos principais limites objetivos será em relação ao cenário concorrencial pré-constituído: caso o alienante retenha algum de seus estabelecimentos, ele poderá continuar a exercer concorrência contra o estabelecimento alienado, caso estes já alcançassem escopo de mercado que abrangesse o deste.

Não seria caso de restabelecimento, “formar novamente estabelecimento”, em substituição ao ora alienado - justificando, desta forma, o nome ora empregado à cláusula -, apenas de manutenção da anterior prática comercial.

Assim entendem Georgio Ferrari¹⁶⁰ e Marcelo Andrade Féres¹⁶¹, afirmando que deve a obrigação ser lida restritivamente para os alienantes que possuírem mais de um estabelecimento e permanecerem com algum depois do negócio de trespasse.

Logo, é obrigado o adquirente a tolerar a atividade preestabelecida retida e preservada pelo alienante: não é a cláusula de restabelecimento interdição absoluta à concorrência, mas apenas à formação, pelo alienante, de nova concorrência que afetar o estabelecimento alienado, em sintonia com os deveres de boa-fé analisados no capítulo 2, que funcionalizam-na enquanto efeito natural ou acessório do negócio.

Tal entendimento é consentâneo com a *ratio* de manutenção da boa-fé

¹⁶⁰ FERRARI, Georgio. *op. cit.* p. 711.

¹⁶¹ FÉRES, Marcelo Andrade. *op. cit.* pp. 161-162.

objetiva, posto que o dever de consecução dos fins contratuais e cooperação entre as partes não inclui, certamente, prejuízos aos estabelecimentos antes mantidos e, à ocasião da formulação contratual, preservados pelo alienante. Ademais, foge a qualquer aspecto de legítima expectativa do adquirente a noção de que o alienante manterá sua atividade empresarial, no que diga respeito aos seus outros estabelecimentos. Pelo contrário, a expectativa formada será - via de regra - a de que o alienante os manterá, inexistindo qualquer sinal inequívoco de sua intenção em contrário.

Em benefício de tais estabelecimentos, o alienante poderá seguir empregando seus *meios subjetivos de captação da clientela*, deste que em igual abrangência à antes praticada. Não deverá expandir o alcance do escopo mercadológico de seus outros estabelecimentos além do que antes praticavam e de forma a interferir no daquele alienado. A conjuntura poderá se manter ou, mesmo, modificar-se no sentido da expansão do alienante para novos mercados, sem que, todavia, interfira, por novas ações, na lucratividade do estabelecimento alienado - desde que, claro, observados os limites ínsitos à cláusula: territorialidade, tempo e mercado relevante.

Os limites de territorialidade e mercado relevante podem ocasionar outra questão controversa a respeito da aplicação da avença: ainda que respeitados, é possível, ainda assim, provocar a diminuição do valor do aviamento alienado em período imediatamente posterior à contratação.

Imagine-se que um restaurante seja alienado, impondo-se a cláusula de não restabelecimento por inclusão legal, nos exatos termos do art. 1.147. O alienante, todavia, restabelece-se noutra bairro, alcançando clientela diversa, vez que naquele ramo de mercado, como seria claro aos contratantes por ser costume comercial de sua localidade, a clientela mais claramente vinculada seria a compreendida nos limites do bairro em questão. Todavia, ainda dentro do prazo de cinco anos, a realidade muda, e por motivos externos, estranhos à ação do alienante - talvez por alguma contingência, como, por exemplo, o surgimento de guias de restaurantes que avaliem a qualidade dos negócios e os divulguem a toda a área metropolitana - os restaurantes passem a concorrer em âmbito municipal. Estaria o alienante violando o comando do art. 1.147?

Ora sustenta-se que não, visto que as partes apenas vincularam-se,

enquanto dever anexo ao contrato, à avença de não restabelecimento na forma compreendida ao momento da formulação contratual, a menos que o contrato dispusesse diversamente. Impossível pensar que os contratantes, em especial o alienante, que tem seus direitos restringidos pelo pacto, preveriam o escopo de tais futuras ocorrências.

Nem mesmo poderiam vincular-se por dever de boa-fé objetiva, vez que não estão compreendidas tais alterações fáticas no âmbito da preservação dos fins contratuais; inexistindo, ainda, qualquer forma de legítima expectativa formada sobre estes¹⁶²; e nem poderiam se comprometer diante dos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, como compreendida a ressalva do art. 393 do Código Civil.

Em todo modo, tal interpretação se adequaria ao sentido fundamentado até então neste trabalho, norteando-se por sua leitura restritiva.

Se, contudo, algum dos estabelecimentos já anteriormente possuídos pelo alienante, ou mesmo um formado posteriormente em distinto âmbito territorial, passasse a ativamente concorrer com o alienado (ainda que fixado noutra espaço físico), por fato imputado ao próprio alienante? Hipótese que poderia ser cogitada se o alienante passar a oferecer serviços antes não prestados de entrega a domicílio ou venda pela Internet. Em tais casos, o alienante poderá passar a realizar nova concorrência contra o estabelecimento alienado.

Ainda assim, deverão ser observados elementos como o perfil da clientela que utilizará tais serviços: a nova prática comercial apenas será atentatória à avença compreendida no art. 1.147 se visar a mesma clientela, exercendo concorrência em seu sentido mais estrito, atentando-se também para todo

¹⁶² Não se alega, aqui, que a ausência de legítima expectativa ilida o dever de agir conforme a boa-fé objetiva, instituto distinto. Boa diferenciação apontada por Judith Martins-Costa: “Percebida essa distinção compreende-se que haverá grande número de situações em que os deveres derivados da boa-fé - como os deveres de informação, esclarecimento, proteção da pessoa ou do patrimônio da contraparte, consideração aos legítimos interesses do parceiro etc. - atuam independentemente do grau de confiança ou de expectativa despertada na contraparte. Um comprador pode ter, por exemplo, nenhuma expectativa acerca dos riscos ou dos vícios envolvidos em certo produto, pode ter, até mesmo, expectativas negativas: mesmo assim, haverá, para o vendedor, o dever de informar e esclarecer como imperativo da boa-fé, inclusive para lograr o consentimento informado” (*Parecer*: Princípio da confiança legítima e princípio da boa-fé objetiva. Termo de compromisso de cessação (TCC) ajustado com o CADE. Critérios da interpretação contratual: os “sistemas de referência extracontratuais” (“circunstâncias do caso”) e sua função no quadro semântico da conduta devida. Princípio da unidade ou coerência hermenêutica e “usos do tráfico”. Adimplemento contratual. Revista dos Tribunais. Vol. 852. Out / 2006. p. 90)

o já consignado, como a observação dos usos e costumes do mercado (*in casu*, se a oferta de produtos à distância já não é prática usual do mercado - como ocorre no segmento de pizzarias¹⁶³ - e se o alienante não estaria apenas em vias de adotar tal serviço, ou se era claro que eventualmente o faria), e o devido sentido restritivo reservado à sua interpretação.

Idênticas ressalvas deverão ser feitas para definir o segmento de mercado em que a cláusula se insere, ou, mais propriamente, o escopo de mercado relevante. Se na formação do contrato, quando as partes negociam de acordo com suas expectativas e conhecimentos correntes do mercado, o mercado relevante era um e, posteriormente, passa a ser outro, deverá ser aquele o considerado para fins de interpretação contratual, se menos restritivo à liberdade de mercado do alienante e diante da indefinição contratual.

Ou seja, as partes preveem a interdição comercial de acordo com a realidade no momento em que a convencionam. Seria absurdo - e certamente daria à avença um sentido extensivo, contrário ao aqui defendido - pressupor que o alienante avalia seu impedimento à concorrência avaliando (e também precificando de acordo com) as futuras e quase imprevisíveis marés do mercado.

Se, dentro dos cinco anos o mercado relevante alterar-se de modo a incluir nova atividade do alienante, antes não compreendida neste, deverá ser considerado o escopo comercial existente à ocasião da entabulação entre as partes.

Como exemplo, formule-se a hipótese do alienante de livraria restabelecer-se com serviço de venda de e-books. A um momento, quando firmado o contrato, talvez fossem mercados distintos, direcionados a públicos distintos, e, no espaço de cinco anos, poderão se encontrar no mesmo escopo mercadológico, por conta do maior acesso às plataformas digitais, mudança na mentalidade do público etc.

Infinitas hipóteses podem ser cogitadas, em boa parte pela mudança de hábitos do público consumidor, pela superação técnica ou pelo

¹⁶³ Tal observação deverá ser feita, no caso concreto, de forma ainda mais específica: apenas a título de exemplo, observa-se que até meados da década de 1990, no Rio de Janeiro, a entrega de pizzas à domicílio não era prática unânime no mercado de pizzas *gourmet*, direcionadas a público consumidor pertencente às classes A e B, tendo tal realidade se alterado nas décadas seguintes.

desenvolvimento de produtos que permitam a compatibilidade de produtos antes distintos. Outro exemplo reside no mercado de combustíveis automobilísticos: com a popularização dos carros *flex* (que comportam gasolina ou álcool) e daqueles com o sistema GNV (gás natural veicular), produtos antes muito distintos passaram a ocasionar concorrência entre seus produtores e comerciantes.

Todavia, caso as alterações ocasionarem distanciamento de mercados antes relevantes, deverá se interpretar pelo mercado relevante então vigente, privilegiando-se a conceituação menos restritiva e, portanto, benéfica ao alienante, a menos que o contrato expressamente indique forma diversa para sua estipulação.

Como exemplo prático do aventado acima, observam-se mercados atingidos pela obsolescência técnica: baterias de níquel foram superadas pelas de lítio, e, logo, não representam mais concorrência concreta contra estas, destinando-se apenas à alimentação de produtos antigos ou bem específicos.

As hipóteses trazidas nos parágrafos acima não se encontram tão distantes da realidade, sendo cotidianas nas análises do CADE. Estas evidenciam falha já destacada: o prazo de cinco anos fixado, de forma inflexível, pelo art. 1.147 é, em muitos casos, pouco razoável. Possivelmente se adequava à experiência comercial da primeira metade do século XX, dos tempos do caso da *Fábrica de Juta* ou da edição do Código Civil Italiano de 1942, mas nem sempre assim será no novo milênio, perante a sociedade de informação que se formara.

Em todo caso, o mercado relevante a ser considerado deverá ser o mais benéfico ao alienante, cuja liberdade é restringida pela cláusula, pugnando-se por aquele existente ao momento da formulação contratual caso a dúvida persista ou elementos contratuais inequivocamente o indiquem.

4.3. Vedação ao abuso do direito: abrangência da obrigação deve ser proporcional à continuidade e efetividade da atividade do adquirente

Outra importante consequência oriunda da leitura restritiva da avença seria o impedimento ao seu emprego extensivo e absoluto, de forma que

impeça a nova prática comercial do alienante, ainda que em igual território e segmento, e dentro de seu prazo de vigência, mas de forma independente à continuidade da prática pelo adquirente. Não poderá o adquirente submeter o cumprimento da obrigação de não concorrência à sua mera vontade unilateral, interditando a atividade do alienante como lhe convier.

A vedação a tal uso oportunista não provém, na realidade, apenas de sua leitura restritiva. De fato, é corolário advindo do impedimento ao abuso do direito contratual por parte do adquirente, consagrado no art. 187 do Código Civil de 2002, que limita o exercício de direitos aos limites impostos por seus fins econômicos e sociais, assim como pela boa-fé.

Ainda que não exista consenso doutrinário, tem-se como possível o abuso do direito sem culpa, atendo-se aos seus aspectos objetivos¹⁶⁴.

O uso descrito incorre em afirmar que não poderá o adquirente abusar do seu direito a exigir a interdição do alienante. Ou seja, apenas poderá fazê-lo se tal premissa for útil a si: se, de fato, a concorrência exercida por este realmente puder ser prejudicial à lucratividade do estabelecimento adquirido.

Como já descrito aos capítulos 2 e 3, a função da cláusula é a de garantir o objeto contratual contra o emprego imediato dos *meios subjetivos de captação da clientela*, esvaziando o aviamento compreendido no estabelecimento trespassado e tornando o antes justificado ágio pago a seu título em mero enriquecimento sem causa do alienante. Logo, para que não se *abuse* de tal premissa, deve, mesmo diante da crua literalidade do cânone civil, empregá-la de acordo com tais fins econômico-sociais. Da mesma forma, seu uso brusco ou despropositado se daria também em arrepio à boa-fé - exatamente o instituto que fundamenta a referida avença, como antes observado no capítulo 2.

Isto importa em diversas consequências práticas. Em esforço para tentar isolar algumas, possível formular a hipótese de estabelecimento possuído por pequeno comerciante trespassado para grande multinacional, com considerável estrutura empresarial e logística, que goze de reputação e ampla experiência no mercado. Por óbvio, a “concorrência” exercida por eventual restabelecimento do alienante em nada ameaçará a poderosa

¹⁶⁴ MIRAGEM, Bruno. *Abuso do direito*: ilicitude objetiva no Direito Privado brasileiro. Revista dos Tribunais. Vol. 842. Dez / 2005. p. 11 e ss.

adquirente, que provavelmente disporá de *know-how* muito superior ao do pequeno empresário, e se beneficiará de sua vultosa estrutura empresarial, da redução de custos proporcionada pela economia de escala etc.

Certamente tal hipótese deverá ser efetivada apenas em concreto, sem irremediavelmente fixar pontos *a priori*. Estes sempre poderão variar de acordo com suas peculiaridades. Outrossim, sua sustentação é bem mais firme se a cláusula fora, então, integrada ao contrato tacitamente, pela disposição do art. 1.147.

Portanto, se houver indícios de clareza a respeito da não prejudicialidade do exercício da nova atividade comercial pelo alienante, o emprego da cláusula (ao menos em sua total extensão) será reputado como abusivo, contrário aos seus fins¹⁶⁵. Igualmente, - e agora se apresentando outro fundamento para o já citado ao capítulo 3 -, se o nicho comercial em que se insere a avença prescinde substancialmente de *meios subjetivos de captação da clientela*, e a experiência de mercado das partes for semelhante (ou for menor por parte do alienante), não haveria fim econômico-social justificador da própria cláusula, tornando-a inexecutável, persistindo o abuso do direito em qualquer de suas aplicações, ressalvadas as hipóteses de acintosa violação da boa-fé pelo alienante, ao que tais efeitos não emanarão do art. 1.147, mas apenas do dever geral de boa-fé entre os contratantes.

Em igual medida subsiste a necessidade de o adquirente manter o estabelecimento trespessado e sua idêntica prática comercial, no mesmo segmento e território, para que possa pleitear a interdição do alienante. Tal conclusão decorre do próprio significante imbuído no art. 1.147: o alienante só poderá violar dever de interdição à concorrência contra o adquirente se, de fato, puder existir concorrência entre estes.

No sentido ora adotado, concorrência se dá pela disputa de igual estrato do público consumidor (ou igual *clientela*), e para que exista, deve o adquirente seguir perseguindo este. Se o adquirente modificar o estabelecimento ou a atividade econômica por este realizada, de modo

¹⁶⁵ “O cerne da inadmissibilidade - ou, se se quiser, do abuso - reside na contradição aparente entre uma não-funcionalidade normativa e uma disfuncionalidade sistemática, isto é, uma indiferença das normas constitutivas da situação considerada, mas uma interferência do sistema, no seu conjunto, no espaço liberto de injunções imediatas. (...) Sempre que o desencadear de um qualquer efeito dependa da actuação do sujeito e não seja obrigatório, há permissão específica. Em qualquer caso, pode sobrevir disfunção sistêmica.” (MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *op. cit.*. pp. 898-899)

que passe a perseguir clientela diversa, inexistirá a concorrência entre as partes, e a aplicação dos *meios subjetivos de captação da clientela* do alienante serão inofensivos àquele, em sentido semelhante ao posto nos parágrafos acima.

Noutras palavras, a concorrência pressupõe relação bilateral, entre pelo menos dois agentes no mercado. Uma vez tenha o então adquirente aberto mão da atividade econômica que caracterizava o estabelecimento trespassado, dispensa também a proteção conferida pela cláusula de não restabelecimento. O objeto resguardado por esta não mais necessita desta proteção, desnaturando seu anterior fim socioeconômico, e tornando o exercício da cláusula, per si, abusivo.

Veza que a própria cláusula, em especial àquela inclusa *ope legis*, tem sua fonte nos preceitos de boa-fé objetiva, conforme apontado ao capítulo 2, inútil será para garantir o objeto contratual ou resguardar legítimas expectativas se este objeto e estas expectativas são alteradas por completo, por iniciativa do adquirente.

Por iguais fundamentos, não poderá o adquirente, após mudar a atividade econômica a qual se destina o estabelecimento trespassado, retornar à antiga atividade e exigir o cumprimento da cláusula de não restabelecimento. A avença não é *carte blanche* para que, durante longos cinco anos, possa “experimentar” outras atividades possivelmente mais lucrativas, e volte como lhe convier ao mercado antigo, mantendo o alienante parado neste período.

Este comportamento seria atentatório à boa-fé e expectativas formadas (*dever de confiança*) entre as partes, e forma obviamente abusiva de se explorar a obrigação, em todos seus sentidos¹⁶⁶.

Logo, uma vez que dedique o estabelecimento transferido à exploração de outra atividade econômica, o adquirente implicitamente libera o alienante da obrigação compreendida na cláusula de não restabelecimento, sendo esta conclusão decorrente de sua leitura restritiva.

¹⁶⁶ “Nas suas manifestações subjectiva e objectiva, a boa fé está ligada à confiança: a primeira dá, desta, o momento essencial; a segunda confere-lhe a base juspositiva necessária quando, para tanto, falte uma disposição legal específica. Ambas, por fim, carregam as razões sistemáticas que se realizam na confiança e justificam, explicando, a sua dignidade jurídica e cuja projecção transcende o campo civil”. (*Ibid.*, p. 1250)

Forma-se, inclusive, a expectativa do então alienante de que a aplicação de seus *meios subjetivos de captação da clientela* (o que inclui seu conhecimento de mercado) não atrapalhará o desempenho do adquirente no novo ramo comercial ao qual passara a se dedicar. Ato contínuo, cessam os efeitos da antiga obrigação.

Forçoso dizer, também, que nesta consequência não se inclui, *a contrario sensu*, a ideia de que o alienante deverá respeitar a interdição de concorrência no novo ramo assumido pelo adquirente. O alienante apenas se obrigara a não formar novo estabelecimento que concorra com o trespassado, nos termos e condições em que assim o fora. Pensar que nesta estariam incluídas as eventuais novas atividades às quais o estabelecimento se voltaria seria dar leitura extensiva e totalmente desarrazoada à avença.

Esta hipótese beiraria o absurdo, pois a restrição sobre as liberdades do alienante deve afetar nicho específico de comércio, suficiente apenas para garantir a lucratividade do adquirente em níveis semelhantes aos anteriores, de acordo com as condições também semelhantes. Igualmente, submeteria o alienante à mera potestividade do adquirente, que o impediria conforme fosse mudando sua prática comercial. Teria assim um inestimável “coringa” contra seu concorrente.

Tornaria também impossível que o alienante precificasse sua interdição, já que teria de imaginar um sem número de hipóteses de alteração da prática comercial do adquirente.

Por conseguinte, este raciocínio será aplicado de forma paradigmática à possibilidade do adquirente reduzir o escopo do alcance de atuação comercial do estabelecimento transferido. Ora, se antes o estabelecimento exercia influência sobre toda uma região, e este a diminui em alguma forma ou elimina serviços que proporcionassem o aumento de seu alcance (como a entrega a domicílio), tacitamente permitirá ao alienante que restabeleça-se nos locais que não mais atinge. Eis outra construção que provém da semântica de “concorrência”, posto que, se o estabelecimento não mais disputa a clientela de certa área, não mais lá exerce concorrência no aspecto territorial.

A tentativa de executar a cláusula diante de tal quadro fático configuraria,

mais uma vez, abuso do direito incluso na cláusula, contrária aos fins busca que resguardar.

Finalmente, ressalta-se que devem eventuais condenações com base na cláusula devem considerar o verdadeiro *quantum* do dano material causado pela atividade do alienante, sob pena de privilegiar versão abusiva do direito de a executar, dando ao adquirente poder discricionário sobre os frutos do trabalho do alienante.

Deverá o adquirente comprovar o nexo causal entre a diminuição da lucratividade do estabelecimento trespassado e a nova atividade comercial empreendida pelo alienante, e a extensão deste, posto que é dano de natureza material, não sendo *in re ipsa*.

Todavia, tem preferido o TJSP, notadamente em suas Câmaras Reservadas de Direito Empresarial¹⁶⁷, conferir condenações a título hipotético, usualmente fixadas no patamar de 40% do preço pago no trespasso, considerando o deságio caso o adquirente aceitasse tolerar nova atividade do então alienante, sendo comum, também, que se arbitrem valores a título de danos morais¹⁶⁸, sem, contudo, comprovação do dano à “honra objetiva” da sociedade ou empresário.

5. CONCLUSÃO

No decorrer do presente trabalho, se buscou apontar quais os fundamentos e desdobramentos de uma leitura restritiva da cláusula de não restabelecimento, em especial àquela incidente por força do art. 1.147 do Código Civil, diante da incompletude contratual.

Como nota Paula Forgioni¹⁶⁹, a indefinição dos contratos empresariais costuma advir da incapacidade das partes em alcançar um denominador

¹⁶⁷ “Venda de estabelecimento empresarial. Trespasse. Salão de beleza. Cláusula de não concorrência que se considera presente se o contrato não é expresso na permissão para abertura de igual atividade nos próximos cinco anos a partir da venda. Interpretação do artigo 1147 do Código Civil. Hipótese que se ajusta ao caso concreto em que provadas a concorrência desleal pela abertura de salão em nome da filha e a perda de clientela. Perdas e danos devidas e arbitradas em 40% do valor da venda. Recurso parcialmente provido para tanto.” (TJSP, Apelação Cível 0007726-76.2010.8.26.0001, Rel. Des. Maia da Cunha, São Paulo, 11.12.2012)

¹⁶⁸ Como exemplo: TJSP, Apelação Cível 9063300-75.2003.8.26.0000, Rel. Des. Sérgio Shimura, São Paulo, 9.2.2011.

¹⁶⁹ FORGIONI, Paula. *op. cit.* pp. 186-187.

comum ou, simplesmente, das dificuldades e dispêndio de tempo e esforços para se fixar as minúcias decorrentes da avença e a precificação de sua contrapartida. Com base neste exato motivo, faz-se tão importante sustentar a flexibilidade dos contratos empresariais, sua leitura conforme as práticas de mercado e indicativos da intenção das partes: por excelência, no mercado *tempo é dinheiro*, então negociações dificultosas podem também representar grandes custos.

Todavia, a cláusula de não restabelecimento inclusa no art. 1.147 vai à contramão desta realidade. Ao invés de considerar as circunstâncias em que o contrato de trespasse (ou seu semelhante) é convencionado, fixa termo de cinco anos, já exagerado para a situação padrão do comércio corrente, e pauta-se por frio laconismo, draconiano ao alienante e desinteressante para o bem-estar social.

Enquanto cláusula tácita, elemento natural do contrato destinado à completude da lacuna contratual, deveria amoldar-se a este. Porém, faz o contrário, pressupondo prazo uniforme e não esclarecendo suas próprias limitações, deixando mais dúvidas que soluções em seus rastros.

Perigosa, também, a tendência de se estender a aplicação da cláusula à cessão de quotas de sociedade empresária. Ainda que não seja este o objeto de estudo ora apresentado, ora se conclui, na esteira do sustentado no capítulo 4.1, que tal aplicação não esteja compreendida no bojo do art. 1.147 do Código Civil. Mesmo porque este trata de objeto distinto da cessão de quotas, que é a alienação de estabelecimento empresarial. Na cessão de quotas, o estabelecimento permanece nas mãos da sociedade, não havendo transferência, mas tão somente alteração *interna corporis*. O contrato pode prever, ainda sendo descabida a aplicação tácita.

Todavia, a jurisprudência corrente têm se dividido em relação a tal assunto¹⁷⁰.

No presente trabalho, foram dissecados elementos de sua *função*, que, como ora se sustentou, é apenas acessória ao contrato de trespasse. Pela necessária observação da função social dos contratos, imposta pelo art. 422

¹⁷⁰ Confronte-se, por exemplo, os acórdãos: TJSP, Apelação Cível 0348800-74.2009.8.26.0000, Rel. Des. Luiz Antonio Costa, São Paulo, 9.12.2012 e TJSP, Apelação Cível 9142767-40.2002.8.26.0000, Rel. Des. José Roberto Bedran, São Paulo, 9.5.2010; contra TJSP, 0013313-63.2002.8.26.0000, Rel. Des. Jesus Lofrano, São Paulo, 28.1.2010 e TJSP, Agravo de Instrumento 0111795-94.2012.8.26.0000, Rel. Des. Araldo Telles, São Paulo, 11.9.2012.

do Código Civil e pela lógica constitucional regente desde 1988, impossível falar-se em pacto de não concorrência que não esteja compreendido como dever lateral a outro contrato, apenas assim justificando sua efetividade e executoriedade, sendo reconhecido pelo Direito pátrio.

Logo, como acima se defendeu, trataria apenas de cláusula de boa-fé objetiva, jamais sendo um *efeito essencial* do contrato, indispensável à consecução contratual. Adquire-se um estabelecimento para perseguir sua lucratividade, fim lícito, e jamais para eliminar (ainda que temporariamente) concorrentes do mercado, fim este que seria, por óbvio, contrário aos interesses da coletividade, em firme desacordo com sua função social.

Também por tal razão, a dura simpleza do artigo em comento torna-se problemática. Não são explicitadas as razões fáticas de sua dispensa ou limitação, restando à doutrina e jurisprudência refletir sobre estas, tentando realizar verdadeiros malabarismos com o texto legal, para que este se coadune com o restante do ordenamento e com a teleologia constitucional. Para que seja, de fato, constitucional, deverá ser lido no sentido da tessitura do sistema legal brasileiro, em particular das diretrizes inclusas na Carta Magna. Caso não o seja, será caso de evidente inconstitucionalidade, ao que cabe sempre evitar se possível, de alguma maneira, ler a lei de forma a sustentar sua presunção de compatibilidade com a Constituição da República.

Este exato propósito foi o assumido no presente trabalho. Manter intacta a disposição legal, que tem um propósito nobre, apesar de seus percalços: evitar o comportamento oportunista do alienante do estabelecimento, impondo dever de cooperação e lealdade entre as partes contratantes. É avença que traça premissas acordantes com a nova lógica que rege o Direito Civil, particularmente àquela cara à escolástica Civil-constitucional, valorizando a boa-fé entre as partes e relativizando o *pacta sunt servanda* de acordo com esta.

Para que seu elevado propósito seja, de fato, alcançado, deverá a norma do art. 1.147 ser lida por olhos críticos, quase céticos. O novo referencial *crítico* do Direito Civil passa, certamente, pela busca de parâmetros que redimensionem seus aspectos patrimonialísticos em privilégio dos existenciais, sem seja preterida a economicidade contratual.

Todavia, a restrição à liberdade da parte que se obriga à interdição comercial, particularmente se esta foi por impostura da lei e não de sua clara e inequívoca volição, é custosa também para o sistema, e deve ser sempre medida excepcional, contra a qual se volta o próprio ordenamento.

Em um cenário ideal, o texto incluso no art. 1.147 seria remodelado, de forma a explicitar suas próprias limitações e formas de interpretação, assim como a permitir maior flexibilidade conforme o caso concreto em sua aplicação, não prefixando prazo, ou o fazendo para prazo bem inferior, apenas a título de atendimento à segurança jurídica. Um prazo geral de dois anos e meio provavelmente já atenderia aos seus fins. Desta forma, poderia a cláusula *ope legis* exercer seu papel enquanto regra geral dispositiva, a fim de reduzir o custo de transação das partes que não acordam seu detalhamento. Exatamente por seguir tal papel, deveria ser simples e de incidência mais branda, permitindo as partes a expressamente abrir mão de parcela maior de sua liberdade caso assim o queiram.

Ademais, deveria a norma alertar também a respeito dos limites à cláusula que conste contratualmente, como o *termo convencional máximo* de cinco anos, consagrado pelo CADE, e limites de território e segmento mercadológicos.

Enquanto, contudo, tais ressalvas não constarem da literalidade normativa, resta repisar todos os elementos ora tratados, difusamente confrontados pela doutrina, desde meados do século XIX até o tempo presente. Por ser tema complexo e que esbarra em diversas concepções a respeito do direito comercial e das próprias ideias básicas, quase metafísicas, sobre qual o papel desempenhado pelos contratos e até mesmo qual deve ser a extensão da intervenção estatal na autonomia privada, os juristas ainda encontram-se distantes de alcançar consenso a seu respeito.

Portanto, neste trabalho buscou realizar-se modesta contribuição à discussão, notando-a como ainda atual e, apesar disto, cada vez mais problemática. Fulcral, como antes alertado, que a norma retratada se adapte à época em que é invocada, não podendo limitar-se às discussões da era passada. Pela derradeira vez, lembremos que o essencial para que a lei seja válida e efetiva, e, enfim, obrigatória, é que seja reconhecida enquanto tal - ou as leis adaptam-se aos tempos, ou estes delas cuidam: tornam-nas matéria reservada às anedotas ou, pior, fadada ao esquecimento.

Impressão e acabamento:
CPGRAF/SED
TRF 2ª Região

