

REVISTA

ESCOLA DA MAGISTRATURA REGIONAL FEDERAL 2ª REGIÃO

Volume 20

Nº 1 - Mai./Out.2014



José Antônio
Pimenta Bueno



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

Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Volume 20
Mai.2014/Out.2014

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 20, n. 1
(mai./out.2014)

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

Leila Andrade de Souza

Liana Mara Xavier de Assis

Luciana de Mello Leitão

Luciana Villar

Luzinalva Tavares Marinho Joaquim

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, Universidade Federal do Paraná, Professor Adjunto de Direito, Advogado no Rio de Janeiro e no Paraná, 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 - MP RJ, Assessoria de Recursos Constitucionais, Brasil

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

Paulo Freitas Ribeiro, Advogado, Brasil

Poul Erik Dyrlund, 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 MARIA HELENA CISNE
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 DIEFENTHAELER
Desembargador Federal MARCUS ABRAHAM
Desembargador Federal MARCELO PEREIRA DA SILVA
Desembargador Federal RICARDO PERLINGEIRO
Desembargadora Federal CLAUDIA MARIA PEREIRA BASTOS NEIVA
Desembargadora Federal LETÍCIA MELLO

SUMÁRIO

A ASSEMBLEIA-GERAL DE CREDORES NO DIREITO BRASILEIRO: RAZÕES PARA A CRIAÇÃO DA CONCORDATA-SENTENÇA NO DECRETO-LEI N.º 7.661/1945	11
--	----

André Fernandes Estevez

ECOLOGIA E HISTÓRIA URBANA DA JAQUEIRA NO CAMPO DE SANTANA, NO RIO DE JANEIRO	25
---	----

André R. C. Fontes

VERDADE(S), JUSTIÇA(S) E MEMÓRIA(S) EM CONFLITO: A POLÍTICA DA RECONCILIAÇÃO NO CHILE, BRASIL E ANTIGA IUGOSLÁVIA.	33
---	----

Fernanda Barreto Alves

A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: ALGUMAS REFLEXÕES	61
---	----

Guilherme Magalhães Martins e Gustavo Livio Dinigre

A INTERPRETAÇÃO É O ÚNICO JOGO NA CIDADE?	87
---	----

José Alfredo dos Santos Júnior

COMENTÁRIOS SOBRE O PROJETO DE LEI Nº 3234 DE 2012: A RESPONSABILIDADE CIVIL DA FRANQUIA EMPRESARIAL.....	133
---	-----

Julio Guidi Lima da Rocha e Rafael Meireles Saldanha

O USO DISFUNCIONAL E ANTICONCORRENCIAL DO DIREITO DE AÇÃO	145
---	-----

Karina Almeida Guimarães Pinhão

KYBERNETES: DEMOCRACIA E ULTRAVIGILÂNCIA NA ERA DO CONHECIMENTO	201
---	-----

Leonardo Rezende Cecilio

CLÁUSULA UNILATERAL DE ELEIÇÃO DE FORO NA UNIÃO EUROPEIA	219
--	-----

Luis Eduardo Bianchi Cerqueira

APOSENTADORIA ESPECIAL: ATUALIDADES E CONTROVÉRSIAS	237
--	-----

Marcelo Leonardo Tavares e Juarez Ferreira da Silva

UMA RESENHA SOBRE AS VICISSITUDES DA REGULAÇÃO SOBRE A AÇÃO RENOVATÓRIA NO BRASIL (DE 1934 A 1991): RUPTURAS E LEGITIMIDADE.....	275
--	-----

Pedro Marcos Nunes Barbosa

RISCO MORAL EM SEGUROS DE VEÍCULOS AUTOMOTORES – ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA COM BASE NA TEORIA DOS JOGOS.....	293
---	-----

Rafael Bianchini Abreu Paiva

OS TRIBUNAIS DO SÉCULO XXI	311
----------------------------------	-----

Reis Friede

ASPECTOS REFERENTES ÀS FONTES DO DIREITO NO IMPÉRIO ROMANO E NA ALTA IDADE MÉDIA.....	313
--	-----

Renata Marques Osborne da Costa

O NOME DE DOMÍNIO E OS SINAIS DISTINTIVOS DA EMPRESA...	335
---	-----

Vinícius de Novais Gertulino

A ASSEMBLEIA-GERAL DE CREDORES NO DIREITO BRASILEIRO: RAZÕES PARA A CRIAÇÃO DA CONCORDATA-SENTENÇA NO DECRETO-LEI N.º 7.661/1945

André Fernandes Estevez¹

1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

A origem dos procedimentos concursais encontra-se no Direito romano² e, por consequência, procedência do Direito Falimentar para os países que, como o Brasil, adotam o *modelo francês*, com a distinção entre empresários e não-empresários³.

Alfredo Buzaid adverte que não há adequado esclarecimento sobre o procedimento concursal da época⁴, mas diversos autores sustentam que durante o Império romano surgiu o procedimento denominado de

¹ Doutorando em Direito Comercial pela USP. Mestre em Direito Privado pela UFRGS. Professor de Direito Empresarial e Civil na PUC/RS. Advogado.

² Assinala ainda Luiz Inácio Vigil Neto que o direito romano não era homogêneo em sua longa existência, bem como no início se baseava em costumes como consta em VIGIL NETO, Luiz Inácio. Teoria falimentar e regimes recuperatórios. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 48.

³ FARIA, Bento de. Direito Comercial IV: falência e concordatas. Rio de Janeiro: A.Coelho Branco F., 1947, t. 1. p. 27-33. Anota-se que o Direito Falimentar apenas passou a existir enquanto procedimento concursal do devedor comerciante na Idade Média, época em que surge o Direito Comercial como Direito autônomo, como consta em GALGANO, Francesco. Lex mercatoria. Bolonha: Mulino, 2001. p. 09: “La storia della lex mercatoria è la storia di un particolare modo di creare diritto, la storia del ‘particolarismo’ che ha contraddistinto la regolazione normativa dei rapporti commerciali, rendendola diversa dalla regolazione normativa di ogni altra specie di rapporti sociali.

È, in origine, il *ius mercatorum* o *lex mercatoria*, ed è tale non solo perché regola l’attività dei *mercatores*, ma anche e soprattutto perché regola è diritto creato dai *mercatores*, che nasce dagli statuti delle corporazioni mercantili, dalla consuetudine mercantile, dalla giurisprudenza della curia dei mercanti.”

⁴ BUZOID, Alfredo. Do concurso de credores no processo de execução. São Paulo: Saraiva, 1952. p. 41-42.

concordata mesmo que haja razoável divergência de mérito entre os mesmos sobre a exata origem, citando-se como exemplos divergentes Trajano de Miranda Valverde, Alfredo Rocco e Pedro Bonfante⁵.

Desde a criação da concordata, a assembleia-geral de credores é uma constante que acompanha as mais variadas épocas, como uma formulação em que o essencial é o *consenso* entre credores e devedor. Assim se verifica na origem do Direito Comercial na Idade Média⁶, na Ordenança francesa de 1673⁷, no Código Comercial francês de 1807⁸, no Código Comercial italiano de 1882⁹, no Chandler Act americano de 1938¹⁰ e no Bankruptcy Code americano de 1979¹¹.

Na atualidade, a assembleia-geral de credores constitui mecanismo, de *consenso*, com grandes poderes para decidir acerca do plano de

⁵ Segundo Trajano de Miranda Valverde, a concordata surge como instrumento de pacificação entre credores e devedor, como consta em VALVERDE, Trajano de Miranda. A falência no Direito brasileiro. Rio de Janeiro: Ariel, 1934, vol. III. p. 07-08: “A sucessão mortis causa acarretava, no direito romano, a responsabilidade pessoal dos herdeiros do defunto, quer necessários, quer voluntários, por todas as dívidas dele. Mas, quando o passivo da herança ultrapassava o ativo, nem sempre se conformavam os herdeiros com essa situação, e, ou renunciavam à herança, ou se abstinham de aceitá-la. Se isso acontecia, eram os bens da herança vendidos, e, como o seu produto não bastasse para a satisfação de todos os credores, ficava a memória do defunto assinalada com a infâmia. Havia, assim, tanto da parte dos credores, para melhor defesa dos seus interesses, quanto da parte dos herdeiros, para resguardar da infâmia a memória do morto, vantagem em se acomodarem. Surge daí o pactum ut minus solvatur, pelo qual os credores concordavam com os herdeiros em reduzir os seus créditos às forças da herança. Para a validade do acordo bastava que credores representando maioria de créditos, o aceitassem e fosse ele homologado pelo magistrado.”; Alfredo Rocco entende que a origem da concordata é a *induciae quinquennales* pela qual o imperador poderia conceder moratória ao devedor, enquadrando-se como hipótese de favor legal, como consta em ROCCO, Alfredo. Il concordato nel fallimento e prima del fallimento: trattato teorico-pratico. Turim: Fratelli Bocca, 1902. p. 35; Pedro Bonfante sustenta que após a origem da concordata, criou-se a Lex Julia pela qual se permitia a *bonorum cessio*, em que o devedor poderia ceder todos os bens recebendo a remissão do saldo de suas dívidas. Seria a primeira Lei que reconheceria a concordata, como consta em BONFANTE, Pedro. Instituciones de Derecho romano. Madri: Reus, 1929. p. 134.

⁶ FARIA, Bento de. Direito Comercial IV: falência e concordatas. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco F., 1947, t. 1. p. 18-19.

⁷ Ibidem. p. 20.

⁸ Sobre a concordata por abandono de ativos em LYON CAEN, Ch. Traité théorique et pratique des faillites, banqueroutes et liquidations judiciaires. 5. ed. Paris: Librairie Générale de Droit & de jurisprudence, 1936, t. II. p. 81.

⁹ FARIA, Bento de. Direito Comercial IV: falência e concordatas. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco F., 1947, t. 1. p. 23-24.

¹⁰ VIGIL NETO, Luiz Inácio. Teoria falimentar e regimes recuperatórios. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 57.

¹¹ Ibidem. p. 57.

recuperação judicial (ou concordata) em diversos países da cultura ocidental, como Alemanha¹², Estados Unidos¹³, França¹⁴ e Itália¹⁵.

Com a descoberta do Brasil vigiam as Ordenações Afonsinas (1446), Manoelinas (1521) e Filipinas (1603), todas portuguesas, as quais apresentavam soluções bastante rígidas, não se permitindo a moratória, determinando-se a prisão do falido até o pagamento integral dos débitos¹⁶, admitindo-se, inclusive a pena de morte para casos de má-fé¹⁷. Nada de estranhar para uma codificação que considerava crime passível de pena de morte a masturbação¹⁸.

Na legislação brasileira passou-se a admitir a concordata com o Código Comercial de 1850¹⁹, contando com a deliberação dos credores em assembleia²⁰, verificando-se similares previsões no Decreto-Lei n.º 917/1890²¹, na Lei n.º 859/1902²², na Lei n.º 2.024/1908²³, no Decreto n.º 5.746/1929²⁴ e na atual Lei n.º 11.101/2005²⁵. No entanto, a única legislação brasileira que deixou de tratar a concordata como *consenso* entre credores e devedor foi o Decreto-Lei n.º 7.661/1945 que intencionalmente retirou poderes dos credores e transformou o procedimento em *favor legal*/passível de concessão por decisão do magistrado.

¹² COROTTO, Suzana. Modelos de reorganização empresarial brasileiro e alemão. Porto Alegre: SAFE, 2009. p. 108.

¹³ Bankruptcy Code, § 1128. Confirmation hearing

(a) After notice, the court shall hold a hearing on confirmation of a plan.

(b) A party in interest may object to confirmation of a plan.

¹⁴ SAINT-ALARY-HOUIN, Corinne. Droit des entreprises en difficulté. 6. ed. Paris: Montchrestien, 2009. p. 547.

¹⁵ PACCHI, Stefania. Il concordato fallimentare in BERTACCHINI, Elisabetta; GUALANDI, Laura; PACCHI, Stefania; PACCHI, Gaetano; SCARSELLI, Giuliano. Manuale di Diritto Fallimentare. Milão: Giuffrè, 2007. p. 366.

¹⁶ REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Falimentar. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 16.

¹⁷ FARIA, Bento de. Direito Comercial IV: falência e concordatas. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco F., 1947, t. 1. p. 35-36.

¹⁸ HESPANHA, Antônio Manuel. Depois do Leviathan. Almanack Braziliense, n.º 05, 2007. p. 58. Acessível em http://www.almanack.usp.br/PDFS/5/05_artigo_1.pdf

¹⁹ VALVERDE, Trajano de Miranda. A fallencia no Direito brasileiro. Rio de Janeiro: Ariel, 1934, vol. III. p. 12.

²⁰ REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Falimentar. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 21-22.

²¹ AFONSO NETO, Augusto. Princípios de Direito Falimentar. São Paulo: Max Limonad, 1962. p. 56.

²² COMPARATO, Fábio Konder. Aspectos jurídicos da macro-empresa. São Paulo: RT, 1970. p. 98.

²³ MENDES, Octavio. Fallencias e concordatas. São Paulo: Saraiva, 1930. p. 09.

²⁴ FARIA, Bento de. Direito Comercial IV: falência e concordatas. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco F., 1947, t. 1. p. 41.

²⁵ FRANÇA, Erasmo Valladão A. e N. in SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A de Moraes (Coord). Comentários à lei de recuperação de empresas e falência. 2. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 186-187.

Objetiva-se nesta pesquisa analisar o histórico que antecedeu a elaboração do Decreto-Lei n.º 7.661/1945 nas três décadas anteriores para compreender porque criou-se uma reformulação drástica no aspecto mais central da concordata.

Para fazer a análise, parte-se da compreensão dos aspectos históricos da formulação do Decreto n.º 5.746/1929, essencial para a compreensão da legislação subsequente.

Após, parte-se para a compreensão dos momentos anteriores que culminaram com a publicação do Decreto-Lei n.º 7.661/1945 e das razões para a supressão de poderes dos credores na concordata.

2. PRESSUPOSTOS PARA A FORMAÇÃO DO DECRETO N.º 5.746/1929

Spencer Vampré esclarece que a Lei Falimentar é a que mais rapidamente se desgasta com o tempo pela absoluta impossibilidade da lei em contentar a todos os interesses envolvidos²⁶. Isso explica, em parte, porque o Brasil elaborou seis legislações falimentares²⁷ entre 1850 e 1945, o que representa uma nova lei a cada 15 anos²⁸.

As mais diversas legislações falimentares foram recheadas de críticas doutrinárias que as qualificaram como fonte de “patentes lacunas e imperfeições”²⁹, propiciadora das “maiores fraudes e abusos”³⁰, permissiva de participação de “ladrões”³¹, produtora de “fraudes e procrastinações”³², “assíncrona”³³, etc. No entanto, o Decreto n.º 5.746/1929 serviu para

²⁶ VAMPRÉ, Spencer. Tratado elementar de Direito Comercial. Rio de Janeiro: F. Briguiet & Cia, 1922, vol. III. p. 16-17.

²⁷ Não se contabilizou pequenas e grandes reformas legislativas no referido período.

²⁸ LIMA, Adamastor. Nova lei das fallencias. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco, 1929. p. 07-09: “não ha instituto mais difficil de tratar do que o da fallencia, e não é só no Brasil que as leis reguladoras das quebras se succedem a pequenos intervallos, no desejo de encontrar fórmula satisfactoria para a resolução do conflicto permanente entre os direitos dos credores, os do fallido e os interesses do commercio e da industria, o interesse social, portanto, que não pôde ser posto em plano secundario.”

²⁹ FARIA, Bento de. Direito Comercial IV: falência e concordatas. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco F., 1947, t. I. p. 38.

³⁰ AFONSO NETO, Augusto. Princípios de Direito Falimentar. São Paulo: Max Limonad, 1962. p. 56.

³¹ VALVERDE, Trajano de Miranda apud FARIA, Bento de. Direito Comercial IV: falência e concordatas. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco F., 1947, t. I. p. 40.

³² REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Falimentar. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 23.

³³ DE LUCCA, Newton in DELUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord). Comentários à nova Lei de recuperação de empresas e de falências. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 24-25.

“aperfeiçoar o mecanismo” nos pontos em que a Lei n.º 2.024/1908 mostrava não funcionar com precisão³⁴.

Apesar de ser uma constante, a primeira metade do século XX apresenta mais fortes preocupações com os conluíus que existem entre credores e o devedor nas concordatas³⁵.

Sobram exemplos na jurisprudência em que se afirma que devedor e credores faziam ajustem secretos para aprovar publicamente um plano de concordata que se concretizava fraudulentamente³⁶.

A preocupação igualmente se apresentava na doutrina da época. Apenas como exemplo, Raul Fernandes fez conferência em Belo Horizonte na década de 20 em que debatia a possibilidade de unificação dos procedimentos concursais (civis e comerciais), como sugerido por Octavio Mendes, e que já era realidade na Inglaterra, na Alemanha e na Suíça. No entanto, afirmou o jurista que receia que as concordatas fraudulentas e abusivas também contaminassem os devedores civis³⁷ e que este era o principal motivo para não unificar os procedimentos.

Como exemplo que demonstra a rigidez da época, apesar de ser necessário não ter títulos protestados para pedir concordata, era considerada

³⁴ REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Falimentar. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 24; FARIA, Bento de. Direito Comercial IV: falência e concordatas. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco F., 1947, t. 1. p. 41-42.

³⁵ VALVERDE, Trajano de Miranda. Justificação do ante-projeto de lei de falências. Revista Forense, n.º 81. Rio de Janeiro, 1940. p. 240; com o crescimento das cidades, começam a surgir novos problemas para o Direito Falimentar, como os comerciantes forasteiros aventureiros que, segundo ele, devem ser coibidos pelo próprio comércio, como consta em LIMA, Adamastor. Nova lei das fallencias. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco, 1929. p. 18: “A Lei das fallencias não conseguirá transformar em homem honesto e prudente, o aventureiro que chegou á cidade com predeterminado intuito de fazer fortuna á custa alheia”. Anote-se que a preocupação de Adamastor Lima é lateral, não sendo relevante para as conclusões desta pesquisa.

³⁶ Antonio Bento de Faria relata caso de um julgado de 1910 em que os credores não aceitaram concordata com 50% de deságio e, após, sem nenhuma prova ou justificativa alguns credores aceitaram 90% de deságio, demonstrando a existência de conluio fraudulento, como consta em FARIA, Antonio Bento de. *Das fallencias*. 5. ed. Rio de Janeiro: J. Ribeiro dos Santos, 1913. p. 114; Nas páginas 114-115 são relatados inúmeros outros casos de conluio em julgados dos Tribunais; julgado em que existiria crédito simulado perceptível pelos elementos exteriores, em especial a amizade íntima entre credor e devedor e o título de crédito que fundou a dívida se presta a fraudes pela facilidade de sua emissão, como consta em TJ-MG, Agravo n.º 1.111, Rel. Des. Autran Dourado, julgado em 27/09/1943. *Revista Forense*, n.º 98. Rio de Janeiro, 1944. p. 397-398; julgado no STF menciona a existência de provas abundantes de ocorrência de fraude e que não se pode admitir a concordata nestes casos, mesmo que haja aprovação da maioria dos credores, como consta em STF, Carta testemunhável n.º 2910, Relator Min. Pedro Lessa, julgado em 22/01/1921. *Revista Forense*, n.º 37. Belo Horizonte, 1921. p. 352-353; outros dois casos são relatados por João de Sá e Albuquerque, como consta em ALBUQUERQUE, João de Sá e. *Novissima lei de fallencias*. 2. ed. Rio de Janeiro: J. Ribeiro dos Santos, 1911. p. 98-99.

³⁷ FERNANDES, Raul. Responsabilidade-liberdade-progresso. Revista Forense, n.º 49. Belo Horizonte, 1927. p. 551.

uma fraude o devedor pagar o único protesto para viabilizar o procedimento³⁸. Em sentido similar, a concessão de vantagem exagerada pelos credores ao devedor “caracterizaria a falência”³⁹. Antonio Bento de Faria sustentou que credores não poderiam ceder em benefício próprio, porque caracterizaria venda de voto⁴⁰. Em complemento, Trajano de Miranda Valverde sustentou ao longo dos anos que a concordata “quase sempre resulta de conluio ou de combinações pouco honestas dos maiores credores com o devedor, ou ainda, da tolerância daqueles que estão em condições de perder”⁴¹.

Neste contexto de intensas preocupações com fraudes nas concordatas, em 1929 constituiu-se Comissão para aperfeiçoar a Lei n.º 2.024/1908, nomeando-se Relator o jurista Alexandre Marcondes Filho⁴².

A Comissão se desenvolvia em momento histórico turbulento. Meses após o início dos trabalhos, em 24/10/1929, instaurou-se a *quinta-feira negra*, evento conhecido pelo início de aguda queda nos índices da Bolsa de Valores de Nova Iorque, parte de um momento conhecido como a *grande depressão*⁴³. Tais eventos forçaram que os debates fossem abreviados e que algumas propostas não fossem votadas, em especial porque o então provável futuro presidente, Júlio Prestes, pretendia acelerar a aprovação de uma nova Lei de Falências para fazer frente à grave crise que se instalava no mundo⁴⁴.

Trajano de Miranda Valverde sustentou na edição de 23/07/1929 de “O Jornal” que a sorte do devedor deveria ser retirada das mãos dos credores como forma de moralizar as concordatas, através do *processo da concordata-sentença*⁴⁵. Talvez em razão do momento conturbado em

³⁸ MENDES, Octavio. *Fallencias e concordatas*. São Paulo: Saraiva, 1930. p. 367-368.

³⁹ CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. Pareceres. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1933. v1. p. 223-227.

⁴⁰ FARIA, Antonio Bento de. Das fallencias. 5. ed. Rio de Janeiro: J. Ribeiro dos Santos, 1913. p. 116.

⁴¹ VALVERDE, Trajano de Miranda. Anteprojeto de lei de falências. Revista Forense, n.º 99. Rio de Janeiro, 1944. p. 603; como registro, esta transcrição de Valverde data de período posterior, mas todas as suas obras registram ideias similares.

⁴² LIMA, Adamastor. Nova lei das fallencias. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco, 1929. p. 20.

⁴³ SILVA, Gustavo Teixeira Ferreira da. As crises financeiras mundiais de 1929 e 2008: uma análise comparativa a partir da abordagem pós-keynesiana. Dissertação de Mestrado, Porto Alegre, UFRGS, 2010. p. 39.

⁴⁴ LIMA, Adamastor. Nova lei das fallencias. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco, 1929. p. 30; complementa o autor que a recente Lei de Falências surgiu em momento de crise no comércio e na indústria que se generalizou em todo o país e que igual dificuldade econômica era observável em países de “prosperidade invejável” e que a imprensa já divulgava “uma crise universal, cujas causas, complexas e diversas...” (p. 31).

⁴⁵ VALVERDE, Trajano de Miranda. Justificação do ante-projeto de lei de falências. Revista Forense, n.º 81. Rio de Janeiro, 1940. p. 241; diversos doutrinadores contemporâneos também mencionam que a concordata é um favor legal, mas a expressão não é tratada no sentido que se atribui por Trajano de Miranda Valverde. Quem menciona que a concordata é um favor legal, assim diz porque naquela época não se admitia, em

que se desenvolveu o Decreto n.º 5.746, não foi possível se aprofundar o debate para este sentido.

Alexandre Marcondes Filho apresentou proposição para a redação do então futuro Decreto n.º 5.746. Afirmou nos debates da Comissão a seguinte justificativa para a sua proposta: “Assignalei que a formação das baixas concordatas correm em geral por conta da maioria dos credores que pactuam por fóra dos autos os accórdos ruinosos, acumpliciando-se com o devedor na mesma fraude de que no futuro serão as próprias victimas”⁴⁶. Sua sugestão estabelecia um valor mínimo a ser pago pelos credores e um percentual mínimo de credores que deveriam concordar com a proposta. Para evitar fraudes, quanto maior fosse o deságio, maior deveria ser o percentual de credores que deveriam concordar com a forma de pagamento dos créditos, observando uma gradualidade. Complementou que a proposta era adota nos demais países e que o percentual máximo de deságio de 60% significava um meio termo entre o que constava na Lei n.º 2.024/1908 e o pensamento dos demais membros da Comissão que queriam admitir um deságio máximo de 25%⁴⁷. Com tom conciliador, afirmou que não pretendia atender à vontade de todos, mas sim contentar à maioria. Sustentou que as opções legislativas são relativamente *arbitrárias*, mas que seu objetivo era de impedir fraudes, atendendo às reclamações gerais do comércio⁴⁸.

Outro membro da Comissão, Francisco Morato, assinala que o *brilho* de Alexandre Marcondes Filho faz com que os demais membros, mesmo divergindo, quisessem chegar a um consenso. Estes pretendiam regras mais rígidas, porque a concordata era dada a “innumeras patifarias”⁴⁹.

Por sua vez, Marcondes Filho, apenas ele, queria regras mais flexíveis daquelas que estavam sendo propostas. Isso porque entendia que tamanha rigidez apenas atenderia à vontade dos credores ricos e que não atingiria

regra, acordos privados entre devedor e credores e a concordata era uma exceção (favor) que permitia tal hipótese (CRUZ, M. da Costa. Estudo de fallencias. Revista Forense, n.º 48. Belo Horizonte, 1927. p. 37). Na época vigia a clara concepção de que concordata era um contrato e que se exigia consentimento recíproco de devedor e credores (CRUZ, M. da Costa. Estudo de fallencias. Revista Forense, n.º 48. Belo Horizonte, 1927. p. 39; FARIA, Antonio Bento de. Das fallencias. 5. ed. Rio de Janeiro: J. Ribeiro dos Santos, 1913. p. 115). Futuramente, Trajano de Miranda Valverde e Alexandre Marcondes Filho usarão esta expressão constante em várias obras da década de 10, 20 e 30 para sustentar que se a concordata é um favor legal, não devem ser condicionadas aos credores, mas simplesmente merecem ser concedidas pelo juiz.

⁴⁶ LIMA, Adamastor. Nova lei das fallencias. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco, 1929. p. 212

⁴⁷ Ibidem. p. 213.

⁴⁸ Ibidem. p. 26.

⁴⁹ Ibidem. p. 213.

a realidade dos fatos⁵⁰. Faz construção de ideias que lembra *afunção social da empresa*.

Prosseguindo os debates, João Mangabeira disse que não havia sentido em permitir 60% de deságio para concordata à prazo se é o mesmo desconto que à vista. Marcondes Filho retrucou que concordata à vista rarissimamente se poderia verificar: “Quem não paga um título no protesto não tem no cofre com que fazer, na fallencia, a concordata á vista”. João Mangabeira se contrapôs e disse que viu uma concordata à vista na Bahia com 50% de deságio. Marcondes respondeu que não havia falta de lógica na proposição, porque tem quorum mais elevado e que esse seria o mecanismo para impedir as falências, preocupação central da Comissão⁵¹.

Na concepção de Alexandre Marcondes Filho, criar limites à concordata seria um prejuízo aos próprios credores, os quais, talvez, seriam os maiores interessados. Oferece como exemplo uma construtora que nada vale e acaba por requerer a autofalência. Os ativos da empresa são absolutamente insuficientes para pagar o passivo (andaimes velhos, etc). Pois, se os credores aceitarem uma concordata com pagamento de 20% do montante original, o devedor poderá assinar o contrato, beneficiando a todos. A realidade atual é do credor que aceita 10% na concordata para receber 30% por fora, etc. Portanto, volta à fraude⁵². Na sua concepção, o problema não reside no percentual de deságio do crédito, mas no percentual de credores que devem concordar com a proposta.

João Mangabeira rejeitou a proposta de Marcondes Filho e sugeriu que se adotasse um meio-termo entre a proposta deste e a do resto da Comissão⁵³. Marcondes Filho reagiu e afirmou que a sua proposta era a intermediária (como dito linhas antes)⁵⁴. Ao final, o percentual de deságio foi efetivamente reduzido para pagamentos à prazo, como sugerido por João Mangabeira, acolhendo-se esta como a posição da Comissão, vencido o Relator Marcondes Filho⁵⁵.

Como se observa, Alexandre Marcondes Filho entendia que era possível controlar as fraudes através da elevação do percentual de credores que deveriam aceitar a concordata. Os demais membros apenas se preocupavam em não permitir condições muito favoráveis ao devedor. A proposta de Trajano de Miranda Valverde para afastar credores da deliberação na concordata não foi objeto de debate.

⁵⁰ Ibidem. p. 214-215.

⁵¹ Ibidem. p. 215.

⁵² Ibidem. p. 216.

⁵³ Ibidem. p. 217.

⁵⁴ Ibidem. p. 218.

⁵⁵ Ibidem. p. 218-219.

Apressada pela *grande depressão* e pelo Executivo Federal, a Comissão não conseguiu fazer maiores reflexões sobre as propostas existentes na época, culminando na prematura publicação, em 09/12/1929, do Decreto n.º 5.746/1929.

3. PRESSUPOSTOS PARA A FORMAÇÃO DO DECRETO-LEI N.º 7.661/1945

Como se observou, o Decreto n.º 5.746/1929 foi editado para ajustar a Lei n.º 2.024/1908 e pretendia reduzir os conluíus entre credores e devedor. No entanto, não apenas não conseguiu produzir os efeitos pretendidos, como alcançou a façanha de piorar alguns de seus aspectos em relação à legislação anterior, como a verificação de créditos⁵⁶.

Trajano de Miranda Valverde reconhecia a existência de inúmeras fraudes no período das legislações falimentares das últimas décadas, mas considerava injusta a pecha de *indústria das falências* com que se cunhavam tais leis. Isso porque é natural a tentativa do devedor de salvar-se nas épocas de crise, generalizada ou particular⁵⁷. O conluio seria uma forma natural de autoproteção do próprio devedor e o período apenas teria sido mais propício a crises econômicas.

Frente a tais circunstâncias, em julho de 1939 o então Ministro da Justiça, Dr. Francisco Campos, encomendou a Trajano de Miranda Valverde um anteprojeto de Lei de Falências, o qual foi efetivamente entregue em outubro do mesmo ano⁵⁸.

Alguns ajustes à nova realidade econômica e jurídica eram essenciais⁵⁹. Por exemplo, as leis anteriores apenas dividiam os créditos em quirografários ou privilegiados⁶⁰. A legislação trabalhista apenas foi consolidada na década de 40, o que trouxe influências consabidas para o Direito Falimentar.

⁵⁶ VALVERDE, Trajano de Miranda. Justificação do ante-projeto de lei de falências. Revista Forense, n.º 81. Rio de Janeiro, 1940. p. 240; Adamastor Lima diverge sobre a verificação de créditos e diz que a mudança era necessária e adequada, como consta em LIMA, Adamastor. Nova lei das fallencias. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco, 1929. p. 26.

⁵⁷ Ibidem. p. 240; no mesmo sentido, consta em LIMA, Adamastor. Nova lei das fallencias. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco, 1929. p. 09-10: “o velho habito de ver remedio para todos os males num texto de lei deu logar a que alguns commentadores dos acontecimentos chegassem ao extremo de condemnar a lei n. 2.024, como causa proxima e quasi unica do que se ia passando...”

⁵⁸ VALVERDE, Trajano de Miranda. Anteprojeto de lei de falências. Revista Forense, n.º 99. Rio de Janeiro, 1944. p. 599.

⁵⁹ Ante-projeto de lei de falências. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1943. p. 10.

⁶⁰ MENDES, Octavio. Fallencias e concordatas. São Paulo: Saraiva, 1930. p. 372.

No referido anteprojeto, Trajano de Miranda Valverde fez inserir a ideia por ele sustentada em 1929 para transformar a concordata de *consenso* entre credores e devedor em *favor legal* concedido pelo juiz ao devedor. Por esta mudança, os credores restariam aliçados da concordata. A substancial razão consiste em que não haveria motivos para o devedor se conluir com os credores, já que não mais dependeria deles⁶¹. Tais fraudes seriam impedidas. O anteprojeto de Valverde não teve prosseguimento⁶².

Em 1943, o então Presidente Getúlio Vargas pediu que fossem reiniciados os trabalhos para elaborar uma nova Lei de Falências. Incumbiu Alexandre Marcondes Filho para elaborar novo anteprojeto⁶³. Este que já havia sido o Relator do projeto de Lei de Falências de 1929, nos últimos anos cumulava as funções de Ministro da Justiça e de Ministro do Trabalho, da Indústria e do Comércio. Alguns anos mais tarde foi eleito Presidente do Senado.

Alexandre Marcondes Filho, solicitou a colaboração de diversos juristas, a saber, Filadelfo Azevedo, Hahnemann Guimarães, Noé Azevedo, Canuto Mendes de Almeida, Sílvio Marcondes e Luiz Lopes Coelho, todos reunidos em Comissão, sob sua presidência, para a elaboração da nova Lei Falimentar⁶⁴.

O anteprojeto de 1943 acolheu as contribuições de Trajano de Miranda Valverde - mencionadas no anteprojeto de 1939 - e igualmente considerou que a concordata deveria perder o seu caráter de *consenso* entre credores e devedor para ser um *favor legal* concedido pelo magistrado⁶⁵. Com o

⁶¹ VALVERDE, Trajano de Miranda. Justificação do ante-projeto de lei de falências. Revista Forense, n.º 81. Rio de Janeiro, 1940. p. 241: “Não é possível admitir-se a alegação de que a autoridade judicial se superpõe à vontade dos credores, os únicos prejudicados com o desastre do devedor comum. Não só, pelas razões expostas, os credores não estão em condições de manifestar sinceramente a sua vontade, como também, pelo regime vigente, já tem a autoridade judicial o direito de rehabilitar o falido, contra a vontade dos credores...”; no mesmo sentido, consta em MARCONDES, Sílvio. Anteprojeto de lei de falências. Arquivos do ministério da justiça e negócios interiores, n.º 06, 1944. p. 13: “Na votação de concordata, o credor age sob a influência imediata dos seus próprios interesses, circunstância que deturpa o sentido coletivo da deliberação, não se justificando, pois, a sujeição da minoria à vontade da maioria.”; mais tarde, Trajano de Miranda Valverde confirmou sua posição, como consta em VALVERDE, Trajano de Miranda. Anteprojeto de lei de falências. Revista Forense, n.º 99. Rio de Janeiro, 1944. p. 603: “Estou firmemente convencido de que esta nova atribuição dos juizes virá moralisar os processos de falência. Subtraindo-se o devedor à ação direta de cada um dos credores, que só cuidam, o que é natural, dos seus interesses, uns, portanto, em oposição aos outros, poderá o devedor, honesto e de boa-fé, resolver, com o mínimo de prejuízo para todos, a situação de insolvência do seu patrimônio.”

⁶² Ante-projeto de lei de falências. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1943. p. 03.

⁶³ Ibidem. p. 03.

⁶⁴ Ibidem. p. 04.

⁶⁵ Ibidem. p. 06-07: “10. O anteprojeto conceitua a concordata sob critério diverso do vigente.

No direito atual, a formação da concordata depende da livre manifestação da vontade dos credores, através dos ‘quorums’ de votação, reservando-se ao juiz, simplesmente, a homologação do acôrdo com o devedor.

perfil conciliador de Marcondes Filho, o anteprojeto apresentado acolheu as principais inovações de Trajano de Miranda Valverde⁶⁶, em especial no tocante às concordatas⁶⁷, mas manteve traços essenciais do Decreto n.º 5.746/1929.

Em outros tempos, mecanismos paralelos às concordatas, como a moratória, se mostraram desastrosas⁶⁸. A sugestão original de Alexandre Marcondes Filho - aumentar o percentual de credores para a aprovação da concordata - se mostrou inadequada para o propósito de impedir conluios entre credores e devedor, observando-se que as partes essenciais de sua proposta foram mantidas no Decreto n.º 5.746/1929. Na medida em que Marcondes Filho era favorável a meios facilitados ao devedor, sensível às crises que o comerciante poderia sofrer e que a proposta de Trajano de Miranda Valverde realmente tornava inútil o conluio, acabou naturalmente acolhendo a sua proposição, pois atendia aos dois objetivos a que aspirava.

Sem resistência nenhuma, a proposta veio a ser aprovada, com mero enrijecimento dos percentuais mínimos a serem pagos pelo devedor na concordata-sentença. Logo após o fim da Segunda Guerra Mundial, em 21/06/1945, foi publicado o Decreto-Lei n.º 7.661/1945.

A lei cogita apenas das condições em que a deliberação da maioria obriga a minoria.

O sistema, entretanto, não produziu os resultados que seriam de desejar.

É peculiar ao instituto, no direito vigente, a imposição da deliberação da maioria sobre a vontade dos dissidentes. A preponderância da maioria, nas deliberações coletivas, somente se legitima quando todas as vontades deliberantes se manifestam, tendo em vista o interesse comum que as congregou. Ora, nas concordatas formadas por maioria de votos, os credores deliberam sob a pressão do seu interesse individual, deturpando o sentido coletivo da deliberação e tornando ilegítima a sujeição da minoria. E a verdade é que, na vigência desse sistema, se tem verificado a constância dessa anomalia, através dos entendimentos [sic] externos do processo, o que importa na quebra da igualdade de tratamento dos credores, princípio informativo do processo falimentar.

Atendendo a essas ponderações, consagra a concordata como favor concedido pelo juiz, cuja sentença substitui a manifestação da vontade dos credores na formação do contrato, reservados, entretanto, a estes, o exame e discussão das condições do pedido do devedor em face das exigências da lei.

O princípio aceito tem caráter genérico, sendo aplicável em ambas as concordatas. De modo específico, na concordata preventiva, tornou dispensável o oferecimento pelo devedor de garantias estranhas ao seu próprio patrimônio. Exigindo que o ativo do devedor represente valor ponderável em relação ao volume dos seus débitos, considera suficientemente assegurado o cumprimento da concordata, facilitando a aplicação do instituto e assinalando o relevo de sua função preventiva. Quanto à concordata suspensiva da falência, fundado nos seguros critérios oferecidos pelo processo de qualificação, concede o favor somente àqueles cuja falência provenha da casualidade dos acontecimentos.

Como consequência da distinção inicialmente estabelecida, entre a pessoa jurídica da sociedade e as pessoas naturais que a compõem, regula a concessão da concordata à sociedade falida, harmonizando os direitos dos credores sociais com os dos particulares dos sócios solidários, sejam estes comerciantes ou não.”

⁶⁶ VALVERDE, Trajano de Miranda. Anteprojeto de lei de falências. Revista Forense, n.º 99. Rio de Janeiro, 1944. p. 599.

⁶⁷ Ibidem. p. 602.

⁶⁸ SABINO JÚNIOR, Vicente. Concordata preventiva. Revista Forense, n.º 97. Rio de Janeiro, 1948. p. 21.

Nos anos imediatamente subsequentes não se verifica mais críticas na doutrina e na jurisprudência sobre a formação de conluíus entre credores e devedor na concordata. A proposta realmente alcançou o seu objetivo⁶⁹.

4. CONCLUSÃO

A análise dos trinta anos que antecedem a publicação do Decreto-Lei n.º 7.661/1945 demonstram que a preocupação mais forte que envolveu o Direito Falimentar da época centrou-se nos conluíus entre credores e devedor.

Para corrigir as falhas da Lei n.º 2.024/1908, editou-se o Decreto n.º 5.746/1929 em período turbulento. Baseado na proposta de Alexandre Marcondes Filho no que diz respeito com a concordata, o Decreto exigia percentuais gradualmente mais elevados de concordância dos credores como mecanismo para acabar com as fraudes. Contudo, não logrou êxito em impedir conluíus entre credores e devedor.

Trajano de Miranda Valverde apresentou anteprojeto de Lei de Falências em 1939 em que suprimiu a participação dos credores para que fosse aprovada a concordata. De *consenso* entre credores e devedor, a concordata passaria a ser *favor legal* concedido pelo magistrado. O anteprojeto foi arquivado.

Em 1943 retomou-se o caminho para elaborar uma Lei de Falências, oportunidade em que Alexandre Marcondes Filho preparou anteprojeto baseado no anteprojeto de Trajano de Miranda Valverde.

Considerando o fracasso anterior de Alexandre Marcondes Filho em acabar com conluíus pela sua proposta original, acompanhou a ideia de Valverde para criar o modelo da *concordata-sentença*, alijando-se os credores do procedimento. Houve a publicação do Decreto-Lei n.º 7.661/1945 sem resistências doutrinárias quanto ao modelo de concordata escolhido.

Com a proposta aplicada à prática, doutrina e jurisprudência não criticaram o modelo, que atingiu o seu objetivo.

⁶⁹ Observa-se que o propósito hoje encontra-se esquecido. Na Lei n.º 11.101/2005 abandonou-se o modelo da concordata-sentença, após severas críticas ao modelo da concordata como favor legal. No entanto, isso remonta a outra época que aqui não interessa delinear.

5. BIBLIOGRAFIA

- AFONSO NETO, Augusto. Princípios de Direito Falimentar. São Paulo: Max Limonad, 1962
- ALBUQUERQUE, João de Sá e. Novíssima lei de fallencias. 2. ed. Rio de Janeiro: J. Ribeiro dos Santos, 1911
- AMARAL JÚNIOR, Aureliano. Lei de fallencias. São Paulo: O Estado de São Paulo, 1919
- Ante-projeto de lei de falências. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1943
- AUTRAN, Manoel Godofredo de Alencastro. Das fallencias. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1912
- BEVILAQUA, Achilles. Fallencias. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1933
- BONFANTE, Pedro. Instituciones de Derecho romano. Madri: Reus, 1929
- BUZAID, Alfredo. Do concurso de credores no processo de execução. São Paulo: Saraiva, 1952
- CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. Pareceres. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1933. v1
- COMPARATO, Fábio Konder. Aspectos jurídicos da macro-empresa. São Paulo: RT, 1970
- COROTTO, Suzana. Modelos de reorganização empresarial brasileiro e alemão. Porto Alegre: SAFE, 2009
- CRUZ, M. da Costa. Estudo de fallencias. Revista Forense, n.º 48. Belo Horizonte, 1927. p. 29-49
- DELUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord). Comentários à nova Lei de recuperação de empresas e de falências. São Paulo: Quartier Latin, 2005
- FARIA, Antonio Bento de. Das fallencias. 5. ed. Rio de Janeiro: J. Ribeiro dos Santos, 1913
- _____. Direito Comercial IV: falência e concordatas. Rio de Janeiro: A.Coelho Branco F., 1947, t. 1
- FRANCESCHINI, José Luiz V. de. Repertório de jurisprudência da Lei de Falências. São Paulo: Max Limonad, 1954. t. I e t. II
- GALGANO, Francesco. Lex mercatoria. Bolonha: Mulino, 2001
- GARDINER, Patrick. Teorias da História. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984
- GRAMSCI, Antonio. Os Intelectuais e a Organização da Cultura. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1982
- HESPANHA, António Manuel. Às vésperas do Leviathan. Instituições e poder político Portugal – séc. XVII. Coimbra: Livraria Almedina, 1994
- _____. Depois do Leviathan. Almanack Braziliense, n.º 05, 2007. Acessível em http://www.almanack.usp.br/PDFS/5/05_artigo_1.pdf
- KOSELLECK. Reinhard. The practice of conceptual history. Stanford: Stanford University Press, 2002
- LIMA, Adamastor. Nova lei das fallencias. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco, 1929
- LOPES, José Reinaldo de Lima. As palavras e a lei. Direito, ordem e justiça na história do pensamento jurídico moderno. São Paulo: FGV, 2005
- _____. O Direito na História. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012

-
- LYON CAEN, Ch. *Traité théorique et pratique des faillites, banqueroutes et liquidations judiciaires*. 5. ed. Paris: Librairie Générale de Droit & de jurisprudence, 1936, t. II
- LOPES, Americo Lopes e Cicero. *Nova Lei de Fallências*. 2. ed. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1930
- MARCONDES, Sílvio. *Anteprojeto de lei de falências*. Arquivos do ministério da justiça e negócios interiores, n.º 06, 1944. p. 11-15
- MENDES, Octavio. *Fallências e concordatas*. São Paulo: Saraiva, 1930
- PACCHI, Stefania. *Il concordato fallimentare* in BERTACCHINI, Elisabetta; GUALANDI, Laura; PACCHI, Stefania; PACCHI, Gaetano; SCARSELLI, Giuliano. *Manuale di Diritto Fallimentare*. Milano: Giuffrè, 2007
- POCOCK, J. G. A. *Linguagens do Ideário Político*. São Paulo: USP, 2003
- REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Falimentar*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1998
- ROCCO, Alfredo. *Il concordato nel fallimento e prima del fallimento: trattato teorico-pratico*. Turim: Fratelli Bocca, 1902
- SABINO JÚNIOR, Vicente. *A concordata preventiva e a nova lei de falências*. *Revista dos Tribunais*, n.º 169. São Paulo, 1947. p. 442-447
- _____. *Concordata preventiva*. *Revista Forense*, n.º 97. Rio de Janeiro, 1948. p. 21-23
- SAINT-ALARY-HOUIN, Corinne. *Droit des entreprises en difficulté*. 6. ed. Paris: Montchrestien, 2009
- SEARLE, John. *Mente, linguagem e sociedade: filosofia no mundo real*. Rio de Janeiro, 2000
- SILVA, Avelino Ferreira da. *Lei e formulario das fallências*. São Paulo: Zenith, 1928
- SILVA, Gustavo Teixeira Ferreira da. *As crises financeiras mundiais de 1929 e 2008: uma análise comparativa a partir da abordagem pós-keynesiana*. Dissertação de Mestrado, Porto Alegre, UFRGS, 2010
- SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A de Moraes (Coord). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. 2. ed. São Paulo: RT, 2007
- TAYLOR, Charles. *Meaning and Context*. Quentin Skinner and his Critics. Princeton: Princeton University Press, 1988
- VALVERDE, Trajano de Miranda. *A fallencia no Direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Ariel, 1934, vol. III
- _____. *Anteprojeto de lei de falências*. *Revista Forense*, n.º 99. Rio de Janeiro, 1944. p. 599-605
- _____. *Comentários à Lei de Falências*. Rio de Janeiro: Forense, 1948 e 1949. vol. I, II e III
- _____. *Justificação do ante-projeto de lei de falências*. *Revista Forense*, n.º 81. Rio de Janeiro, 1940. p. 239-249
- VAMPRÉ, Spencer. *Tratado elementar de Direito Comercial*. Rio de Janeiro: F. Briguiet & Cia, 1922, vol. III
- VIGIL NETO, Luiz Inácio. *Teoria falimentar e regimes recuperatórios*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008

ECOLOGIA E HISTÓRIA URBANA DA JAQUEIRA NO CAMPO DE SANTANA, NO RIO DE JANEIRO

André R. C. Fontes - Desembargador no Tribunal Regional Federal da 2ª Região (Rio de Janeiro e Espírito Santo) e Doutor em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ.

Ao principiar o século XVII, o Campo de Santa já era um dos espaços livres mais tradicionais do Rio de Janeiro. Era um imenso descampado, originalmente pantanoso, e que se encontrava aterrado, porque a população o usava para depositar seu lixo, entulho e esgoto. Se, no início daquele século, a imensa área recebeu o nome de Campo de São Domingos por causa de um templo construído pelos frades dominicanos, em 1753, seus limites mais reduzidos comportavam ainda assim as primeiras chácaras, nas quais se construiu uma igreja dedicada a Nossa Senhora de Santana, e desde então, passou a ser assim denominada.

A mudança do nome, em 1817, para Praça dos Curros por abrigar uma arquibancada para touradas, não impediu de continuar a ser chamado de Campo de Santana. Nem mesmo depois de receber lavadeiras em suas 22 bicas nos anos 1810, e, por isso ser chamado de Campo das Lavadeiras, ou Campo da Honra, em 1822, por causa da conclamação de Dom Pedro I a que a população se insurgisse contra o seu embarque a força para Portugal, e em seguida Campo da Aclamação, por ter sido ali aclamado Imperador do Brasil.

Voltou a ser chamado oficialmente Campo da Honra, a despeito de ter sido redenominado Campo da Redenção durante a Regência, e por alguns outros de Campo da Liberdade. Uma estação ferroviária foi construída

em 1858, no local da igreja que emprestou o seu nome mais conhecido. A proclamação da República conduziu-o a uma nova classificação, a de praça, ficando, assim, a denominar-se oficialmente de Praça da República.

Desde a proclamação da República outros tantos nomes foram dados, inclusive o de retomar a vetusta e comezinha designação de Campo de Santana, sua forma mais popular e mais conhecida.

O serviço de aterro dos pântanos marcou-lhe a essência como conceito e denominação, pois foi acompanhado do plantio de algumas árvores, realizado por vinte sentenciados militares presos na Fortaleza de Santa Cruz.

Se o plantio de árvores não obedeceu a critérios muito rígidos até então, em 1870 o naturalista francês Auguste François Marie Glaziou e o estudioso de jardinagem José Francisco Fialho apresentaram à municipalidade um plano de ajardinamento do campo. Em 3 de julho de 1871, a Câmara Municipal aprovou o projeto, mas Glaziou assumiu sozinho a responsabilidade pelo empreendimento.

O parque passou a ser protegido por grades de ferro e cruzado por caminhos variados, acompanhados por árvores, arbustos e vegetação exótica. Alguns lagos foram formados e um rochedo posicionado em seu interior para abrigar uma pequena cachoeira.

A abertura da Avenida Presidente Vargas marcou definitivamente o traçado urbano do Rio de Janeiro, e não poupou a histórica e única igreja de forma côncava no país, como reduziu de 142.421m² para meros 18.216m² a área total do parque.

De local sublime na história do país, serviu lamentavelmente aos militares golpistas de 1964, que não contentes com o mar de trevas que submeteram o país, julgaram ainda necessário entrincheirar tropas e emboscar estudantes da Faculdade Nacional de Direito que lá permaneceram, heroicamente, em resistência à ditadura implantada.

Esse refúgio verde na área urbana do Rio de Janeiro, palco das mais efervescentes manifestações do povo para independência, proclamação da República e de resistência à bota militar na sanha ditatorial, assinala, igualmente, outros elementos da dignidade do povo brasileiro: são eles a

exemplar existência de árvores centenárias como, por exemplo, figueiras e baobás, e, também, a proteção de diversas espécies animais, que vivem em total liberdade, como cutias, galinhas-d'angola, gatos e patos-do-mato.

O parque é marcado por elementos paisagísticos, arbóricos e embelezadores da cidade, uma combinação sem paralelos de acontecimentos históricos e patrióticos mencionados e ocorridos no mais característico oásis arbórico do Rio de Janeiro imprimiria um significado verdadeiramente nacional se não contrastasse com o plantio de várias plantas exóticas, ou seja, proveniente de flora diversa da nossa, como são, designadamente, figueiras, mangueiras e jaqueiras.

Em seu conjunto, os intentos de Glaziou em cumprir o contrato de embelezar o Rio de Janeiro com a figueira microcarpa trazida da Ásia, mais especificamente da Índia, muito além de dar o toque maravilhoso à cidade, provocou a disseminação de uma espécie arbórica, ou seja, uma árvore que se tornou uma verdadeira praga, que, para muitos, necessita ser dominada, a fim de que as espécies locais possam retomar seu lugar. A figueira religiosa cultivada ao longo das vias públicas do Rio de Janeiro, também trazida da Índia, sob a sombra da qual Buda atingiu o Nirvana, é outro bom exemplo que também não poderia ser esquecido.

Apesar da contínua disseminação de várias espécies vegetais não nativas, uma em especial adquiriu grande difusão e se tornou de tal maneira conhecida no país que faz parte dos sistemas biológicos instalados ao seu redor, assim como da cultura popular: a jaqueira.

Talvez não haja fruto mais apreciado ou que produza melhor doce ou geléia que o da jaqueira. Bagos ou frutículos de cor amarelada, de sabor doce que muito lembram uma mistura de manga com laranja, ou talvez maçã com abacaxi, de cheiro forte e perfeitamente perceptível a certa distância, e envoltos por uma camada grudenta, que formam o seu fruto sincarpado, de grande volume ou mais propriamente o sincarpo, assim entendida a infrutescência de forma oval produzida pela junção dos frutos formados pelo desenvolvimento do ovário de flores vizinhas. Em cada sincarpo encontram-se frutículos ou bagos em número que pode ultrapassar a uma centena.

A jaqueira é uma árvore morácea de grande porte, de folhas coriáceas e flores pequenas, que se acredita ser mais propriamente originária da Índia

e de Bangladesh, país que a elegeu como sua fruta nacional. Conhecida pelos portugueses desde quando chegaram a Calicute, em 1498, e que divulgaram a palavra *jaca*, partir do tamil *chakka*, e da qual os outros povos ocidentais encontraram a fonte para dar-lhe um nome. Daí *jackfruit*, *jack* ou *jak* em inglês, *giaca* em italiano, *jacque* em francês, *yaca* em castelhano, dentre outras.

De suas sementes extraem-se castanhas, remédios e alimento para os animais. De seu caule, madeira boa poderá ser extraída, e dela até instrumentos musicais são produzidos a partir de sua maciez. E por ser muito apreciada em todo o mundo pelo fruto e pela madeira de boa carpintaria, ela foi disseminada por todos os continentes, com exceção do antártico, de forma que, por exemplo, além do Brasil, também é encontrada no continente americano, nomeadamente nas Antilhas. A jaqueira é, sem dúvida, uma das mais proveitosas espécies vegetais. Seu cultivo é estimado por alguns estudiosos desde 3.000 a 6.000 anos.

Ao passo que espécies nacionais dependessem de muita água da Mata Atlântica, a jaqueira diferentemente não necessita de forte hidratação, embora não admita sombra de outra árvore para se desenvolver. E foi ideal para reflorestar a Floresta da Tijuca pelo Major Archer, a partir de mudas trazidas de sua fazenda no interior do Estado do Rio de Janeiro, porque não havia água no local e nenhuma outra espécie desenvolvia. Foi a primeira que conseguiu desenvolver-se nos limites do Parque Nacional da Tijuca.

Se um princípio geral de expansão das jaqueiras tem provocado necessidade de controle, e, conseqüentemente, a morte de muitas árvores por autoridades públicas, especialmente na Floresta da Tijuca, no Campo de Santana o aspecto paisagístico triunfou. As árvores são protegidas e observadas, e já interagem com espécies animais do Campo de Santana, que se alimentam de seus frutos.

A capacidade da jaqueira de disputar e vencer as espécies nativas, somadas à sua ampla ambientação no país deu origem a uma atenção das autoridades nacionais quanto à sobrevivência das espécies nativas, especialmente por causa do bloqueio de luz do sol, e pela dificuldade de suas folhas se decomporem, e, com isso, impedirem a germinação de outras árvores.

Espécie exótica e também espécie invasora, a jaqueira foi alvo de uma guerra que provocou não somente um ataque à sua proliferação, como,

também, o abate, o arranque de mudas e o anelamento, ou seja, a morte pelo impedimento da circulação da seiva. E se na Floresta da Tijuca a política tem sido contrária à jaqueira, no Campo de Santana as árvores são protegidas, sem que se intervenha em favor daquelas que são prejudicadas, especialmente as espécies locais.

A Floresta da Tijuca é marcada pelo retorno à biodiversidade e por um ataque secundário à superpopulação de quatis e micos-estrela, que por abundância de frutos da jaqueira multiplicaram-se de maneira desequilibrada. Essas são orientações estranhas ao Campo de Santana, que submetido a um perfil estético-paisagístico, não tem por vocação resgatar espécies nativas ou preservá-las no concurso com as jaqueiras, e não considera necessário manter vivo e limitado um grupo de animais típicos locais. Seja porque não toma a ecossistemologia como condição para permanência do parque, seja porque não se planeja qualquer iniciativa de se igualar à Floresta da Tijuca segue o Campo de Santana em sua história de integração com o desenvolvimento e expansão urbana do Rio de Janeiro.

De curta dimensão territorial, o Campo de Santana é marcado por uma vocação estético-paisagística, e pautada por uma desnecessidade de torná-lo funcional na preservação de algumas espécies de árvores, como, aliás, ocorre ao longo das vias de acesso do município, que com amendoieiras e figueiras que, a despeito de não atenderem aos requisitos de retorno às espécies locais, capturam o espaço público arborizável no Rio de Janeiro.

Os rumos dados, atualmente, pela Administração Pública às jaqueiras no Parque Nacional da Tijuca e, possivelmente, no restante do território do Município do Rio de Janeiro pode incluir a sua eliminação e controle, a fim de resgatar as espécies nativas e protegê-las. À medida que se aprofundam as técnicas e os recursos para a destruição das árvores nas áreas já delimitadas, submetem-se as jaqueiras do Campo de Santana a uma outra política, de cunho estético e paisagístico, na qual essa frondosa árvore é parte integrante e harmoniosa do mosaico de espécies vegetais lá encontradas.

A experiência mostra que no Campo de Santana os frutos da jaqueira integram o conjunto de medidas relacionadas à alimentação de alguns animais, e a colheita de seus frutos obedece a rígidos critérios delineados na política de convivência com os seres humanos.

As medidas de desenvolvimento que surgem a olhos vistos no Rio de Janeiro parecem não incluir o Campo de Santana, que se apresenta como algo aparentemente pronto e feito. Sua característica mais completa continua a ser de área destinada à estética, ao paisagismo e ao lazer. A questão do controle arbóreo parece não encontrar ali nenhum significado fora dos ideais urbanos (estético-paisagístico e de lazer), justamente porque, sua natureza de parque urbano, destinado preponderantemente ao ser humano e a sua qualidade de vida, e não ao tipo ambiental por excelência reflete os seus vínculos com a história e a essência do Centro da capital do Estado do Rio de Janeiro.

Cumprе assinalar que as forças transformadoras e urbanísticas do Rio de Janeiro ainda não encontraram motivação para retomar no parque alguns conceitos sobre o uso do subsolo como estacionamento ou área para trilhos de metrô, exatamente como ocorreu no passado. Esses exemplos superficiais podem não ter hoje nenhum significado para o desenvolvimento do município. Talvez se nós nos omitirmos das lembranças dessa área tão importante da capital do estado poderemos preservá-la de sua própria redescoberta ou de sua destruição!

BIBLIOGRAFIA

- ACKERMANN, Marcio. A cidade e o código florestal. São Paulo: Plêiade, 2010.
- AGRELLI, Vanusa Murta. SILVA, Bruno Campos. Direito urbanístico e ambiental. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2008.
- ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito ambiental. 13ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011.
- BANDEIRA, Carlos Manes. Parque Nacional da Tijuca. São Paulo: Makron, 1994.
- BARBIERI, José Carlos. Desenvolvimento e meio ambiente. 7ª ed. Petrópolis: Vozes, 2005.
- BERNARDO, Chustianne. Unidades de conservação. Rio de Janeiro: Letra Capital, 2007.
- CORREA, Marcos Sá. MARTINELLI, Gustavo. Parque Nacional da Tijuca. Rio de Janeiro: Ouro sobre Azul, 2001.
- COUTINHO, Ronaldo. ROCCO, Rogério. O direito ambiental das cidades. 2ª ed. Rio de Janeiro. Lúmen júris, 2009.
- CRUZ, G.L. Dicionário das plantas úteis do Brasil. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1982.

- FONSECA, Eurico Teixeira da. Dicionário de plantas brasileiras. Edição do autor, 1922.
- GOMES, Etienne Renata da Silva. Espécies exóticas invasoras em unidades de conservação do Estado do Rio de Janeiro – Estudo de população de jaqueiras (*Artocarpus heterophyllus*) no Parque Natural Municipal do Mendanha. Dissertação de mestrado apresentada perante o Instituto de Florestas da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro – UFRRJ, Seropédica, 2007.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito ambiental brasileiro. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- MARTINEZ, Paulo Henrique. História ambiental no Brasil. São Paulo: Cortez, 2006.
- MELO, Melissa Ely. Restauração ambiental do dever jurídico às técnicas reparatórias. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- MORAN, Emilio F. OSTROM, Elinor. Ecossistemas florestais. São Paulo: Edusp, 2009.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Introdução ao direito ecológico e ao direito urbanístico. Rio de Janeiro. Forense, 1977.
- PERLIN, John. História das florestas. Trad. Marija Mendes Bezerra. Rio de Janeiro: Imago, 1992.
- SILVA, José Afonso. Direito urbanístico brasileiro. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- Direito ambiental constitucional. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- SOUTO MAIOR, Amando. História do Brasil. 4ª ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1967.

VERDADE(S), JUSTIÇA(S) E MEMÓRIA(S) EM CONFLITO: A POLÍTICA DA RECONCILIAÇÃO NO CHILE, BRASIL E ANTIGA IUGOSLÁVIA.

Fernanda Barreto Alves - Bacharel em Relações Internacionais pela Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-RIO (2010). Mestre em Relações Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-RIO (2011). Atualmente, é doutoranda em Relações Internacionais e ministra a disciplina de Genocídio e Política Internacional na mesma universidade. Possui interesse nas áreas de conflitos contemporâneos, relações de gênero, justiça transicional e políticas de memorialização.

1. INTRODUÇÃO

O tema da justiça transicional ganhou destaque na sociedade civil e comunidades epistêmicas nos anos 90 devido às violações dos direitos humanos cometidas por agentes dos Estados contra suas populações. Seja em regimes ditatoriais na América Latina, seja em conflitos étnicos na antiga Iugoslávia, o Estado soberano territorial deixou de ser sinônimo de garantia da segurança para seus cidadãos. Nesse sentido, o presente artigo está inserido na discussão sobre a ampliação e aprofundamento da agenda de segurança, uma vez que se afasta das concepções tradicionais, enfatizando o estudo de novas fontes de ameaças não-militares e de novos atores que não só os Estados¹.

¹ Para um panorama mais detalhado acerca dos estudos críticos de segurança ver COLLECTIVE, c.a.s.e., 2006.

Cabe ressaltar que esta discussão apenas localiza o debate, mas a pesquisa tem como ponto de partida a escrutinização do trinômio verdade-justiça-reconciliação e a contestação de seu entendimento enquanto algo natural, não-problematizado. É nosso intuito desvelar o processo de reconciliação em sociedades assoladas por violações dos direitos humanos como uma política de Estado² e a concomitante dinâmica que permeia a construção de uma identidade coletiva por meio de práticas de memorialização.

Além desta breve introdução, o presente artigo está dividido em quatro seções³. A próxima seção buscará elucidar os debates presentes na literatura de Relações Internacionais sobre a possibilidade da realização de valores éticos universais que possam guiar a ação política. Nesta conjuntura, emergem debates sobre a boa governança e sobre a possibilidade de estabelecer uma moral universal válida para toda a raça humana. O intuito da seção é demonstrar como o projeto liberal é estabelecido como marco fundamental e princípio norteador no que tange à condução das práticas de realização plena da justiça, da verdade, dos indivíduos, por meio da análise do processo de reconciliação em países afetados por larga-escala de abusos de direitos humanos.

A segunda seção é dedicada ao estudo dos casos em análise. Deste modo, serão considerados aqui os casos das ditaduras na América Latina, mais especificamente, Chile e Brasil; e também o caso da Antiga Iugoslávia. Cabe destacar nesta seção que apesar das similaridades, as diferenças entre os casos são fundamentais, buscando dar conta das especificidades de cada um. Além disso, buscaremos apontar diferentes definições e mecanismos de justiça transicional, elucidando os principais desafios em harmonizar a reconciliação e a justiça a partir de uma análise centrada nos conceitos de justiça restaurativa e justiça retributiva.

² Cabe destacar que as escolhas adotadas neste artigo refletem claramente a inclinação teórica desenvolvida, nesse sentido, não são, em nenhuma medida inocentes ou neutras. Ao contrário, são escolhas políticas conscientes e estão amplamente imbricadas na argumentação que se pretende desenvolver. Este artigo se aproxima mais dos argumentos da abordagem pós-estruturalista, entretanto, não está esgotado nessa abordagem, muitas vezes havendo combinações entre outras abordagens. Além do fato de questionar categorizações, uma vez que estas excluem a possibilidade de nuances e sobreposições. Refere-se aos pós-estruturalistas como pós-positivistas que se identificam com a construção social e com a interpretação Foucaultiana do nexo entre poder e conhecimento operando por meio da linguagem e das práticas discursivas.

³ Na tentativa de atender às orientações delimitadas para a elaboração deste artigo, optou-se por fazer uma discussão ampla, envolvendo as questões mais latentes que perpassam os temas da reconciliação, verdade e justiça. Devido à delimitação do número de palavras, as discussões podem se tornar rasas e/ou superficiais, contudo, esta foi a estratégia escolhida para dar conta de cumprir todas as orientações propostas.

A terceira seção abarca o argumento central deste artigo, que apresenta uma visão crítica acerca da possibilidade de acomodação pacífica entre o trinômio verdade-justiça-reconciliação, enfatizando o constante embate entre estes. Destacaremos que a memória é parte inextricável do processo de reconciliação e que esta envolve a capilaridade das relações de poder, impedindo a justiça, verdade ou reconciliação plenas sem que se incorra em marginalizações e exclusões.

Por fim, a conclusão irá rever os argumentos centrais desenvolvidos ao longo do artigo, apresentando as considerações finais, bem como algumas chaves de investigação futuras.

2. ÉTICA/JUSTIÇA⁴ COMO IDEAL OU APORIA DA MODERNIDADE?

Os debates das décadas de 80 e 90 trazem importantes contribuições para a teoria de Relações Internacionais, na medida em que novos temas e abordagens ganham destaque, buscando superar as deficiências analíticas das teorias tradicionais acerca dos acontecimentos que vigoravam na política internacional. Nesse sentido, os chamados teóricos pós-positivistas⁵ contribuem enormemente para repensar pressupostos que antes eram tidos como naturais na disciplina. Dentre eles, destaca-se aqui a identidade como algo fixo e imutável, o Estado como provedor de segurança para seus cidadãos e como o lócus da realização da ética/justiça.

A discussão sobre verdade, justiça e reconciliação tangencia o debate mais amplo sobre a governança global, uma vez que envolve como indivíduos e instituições (públicas ou privadas) administram seus assuntos comuns (Weiss, 2000, p.796). Thomas Weiss (2000, p. 799-800) apresenta algumas mudanças que servem para contextualizar o tema em questão, destacando quatro mudanças relevantes na conjuntura internacional que servem de pano de fundo para este estudo. O autor destaca como

⁴ Entendemos que a ética esteja estritamente ligada à justiça; assim, consideramos que a ética seja o princípio que guia o bem comum e já a justiça seria a realização deste bem comum. No entanto, o objetivo do artigo é justamente problematizar a possibilidade da realização deste bem comum sem que esta traga consigo uma ampla gama de marginalizações, a serem exemplificadas com base no processo de reconciliação nos casos do Chile, Brasil e Antiga Iugoslávia.

⁵ TermocunhadoporYosefLapidem LAPID, Y. “The Third Debate: On the Prospects of International Theory in a Post-Positivist Era”. *InternationalStudiesQuarterly*, 1989, vol. 33, nº 3, p. 236-254.

relevantes: 1) o contexto do fim da Guerra Fria, quando se perde o incentivo de apoiar e financiar regimes autoritários para sustentá-los como áreas de influência; 2) a chamada terceira onda de democratização pela qual passaram os países do Leste Europeu e da América Latina (Huntington, 1991); 3) a crescente proliferação de atores não-estatais, principalmente as instituições internacionais, exercendo influência no que antes era tido como área exclusiva da política estatal e 4) um relaxamento da soberania Westfaliana, inserindo o componente da responsabilidade⁶ (Deng, 1995).

No âmbito dessas mudanças, o projeto da democracia liberal surge como modelo que guiará não só o *state-building*, como também o *individual-building* (Moreno, 2013, p. 3), sendo constantemente associado à evolução e ao “fim da história”. De acordo com Francis Fukuyama (1992, p. xii), “there would be no further progress in the development of underlying principles and institutions, because all of the really big questions had been settled”. Com isso, o autor afirma que não haveria nada mais evoluído do que as democracias liberais. Reus-Smit (2005) aponta para uma hierarquização formal da sociedade internacional na qual os Estados democráticos teriam direitos especiais de governança e ressalta que a teoria da paz democrática⁸ (Doyle, 1983) -- tem ameaçado as bases do que ele denomina o ‘regime igualitário’⁹. Com isso, temos que a subjetividade moderna é pautada no modelo liberal democrático e que, para ser incluído como um sujeito que importa, é necessário adotar este modelo para que seja reconhecido, esteja habilitado a participar das instituições internacionais, a receber ajuda e participar da governança global.

Este posicionamento implica em questões normativas, que discutem a possibilidade da existência de uma ética/justiça que oriente as ações políticas no Internacional moderno. Nos anos 90, houve um clamor pela

⁶ A soberania como responsabilidade implica em garantir os direitos e a segurança de seus cidadãos e, em troca, o respeito pela não intervenção nos assuntos internos. Ou seja, a garantia da soberania horizontal ocorre se a soberania vertical estiver garantida.

⁷ Ainda que Marta Moreno se refira especificamente às operações de paz em seu artigo, defendemos aqui que o projeto da modernidade impõe o padrão do sujeito liberal para que este seja reconhecido enquanto sujeito, de forma que os que não sigam este modelo são considerados desviantes e devem ser normalizados. Nesse sentido, a construção do sujeito moderno liberal também se faz presente nos processos de reconciliação em sociedades marcadas por abusos dos direitos humanos.

⁸ Doyle argumenta que democracias liberais seriam mais pacíficas em suas relações umas com as outras, mais confiáveis e protegeriam mais os direitos políticos e civis dos seus cidadãos.

⁹ Nesse sentido ver Reus-Smit, 2005, p. 71.

chamada virada normativa¹⁰ (Frost, 1998) na disciplina de RI, que visava ir contra a posição do *mainstream* em sua defesa de análises *value-free*, distinção entre sujeito/objeto e ceticismo com relação às teorias normativas. Frost aponta que os teóricos chamados pós-positivistas buscaram contribuir para a discussão desta virada, apontando para a importância das idéias e da construção social. Contudo, segundo ele, estes teóricos só apontam, mas não avançam no sentido de propor alternativas para como lidar com essa posição marginal que a ética ocupa nas RI¹¹ (Frost, 1998, p. 131).

Andrew Linklater (2007) contribui para esta discussão e argumenta que para uma emancipação é necessário recuperar a ética universal e o progresso da comunidade mundial e este é um objetivo político fundamental (p. 34). O autor apresenta então perspectivas universalistas e contractacionistas; enquanto os primeiros acreditam em uma ética universal que abarque toda a humanidade, os últimos acreditam que esta possa ser realizada no interior dos círculos concêntricos dos Estados. Linklater defende que o propósito de sua análise é entender como a interação entre diferentes formas de aprendizado social molda as fronteiras morais das comunidades interdependentes e compreender o potencial sistêmico para organizar as relações externas de acordo com princípios éticos universalistas opostos a normas exclusionárias e particularistas (p. 40). Nesse sentido, o autor acredita que seja possível encontrar valores éticos comuns que não sejam marginalizadores e excludentes.

Já Frost (1998), apesar de também propor uma alternativa, parece conceber as marginalizações que tal movimento engendra. De acordo com o autor, estes princípios e argumentos éticos não devem estar orientados para como devemos tratar os “Outros”, mas como devemos tratar a “Nós” mesmos. É o que ele denomina de *intra-practice arguments* (p. 130). Portanto, ele afirma que só podemos ter um argumento ético com aqueles que compartilham das mesmas práticas que nós, apontando também para dois loci nos quais a realização da ética/justiça parece ser realizável: 1) no âmbito dos Estados soberanos e 2) no âmbito da sociedade

¹⁰ Ver Frost, 1998.

¹¹ “Those many different post-positivist approaches to IR which have indicated to us the salience of norms in international life, now need to move beyond this ‘pointing out’ phase. They need to engage in the process of constructing ethical theories which reveal the coherences and display the incoherences between the norms we hold in common in our international practice. By doing so they would help guide action towards a more ethical world” (Frost, 1998, p. 131).

civil global, envolvendo a humanidade como um todo (p.130). Ao final de seu artigo, Frost destaca que duas razões podem frear a discussão sobre a ética nas RI, sendo uma o compromisso com a neutralidade e a outra o compromisso com a autonomia. Por fim, ele argumenta: “It is to be doubted that coercion is always ethically wrong (is it wrong if used against slavery, apartheid, tyranny, genocide?). Similarly, is autonomy always to be respected (should racist elites be accorded autonomy)?” apontando para um posicionamento que clamava por escolher um lado. Apesar de reconhecer que o imperativo da ação sempre engendra agir de uma forma que prioriza alguns valores em detrimento de outros, Frost (1998) propõe uma alternativa, ao passo que a argumentação aqui defendida rejeita tal posicionamento.

Michael Ignatieff (2012) traz uma contribuição importante, argumentando que imaginar uma ética global é pensar sobre os conflitos de princípios entre elas, que se dariam em três níveis: 1) as comunidades políticas (Estados) discordam sobre o conteúdo do que é ético/justo; 2) indivíduos dentro destas comunidades discordam sobre quais os princípios compartilhados para uma vida moral; 3) mesmo que haja acordo entre as comunidades políticas, os princípios que regulam a vida no Internacional estão em desacordo, como exemplo, soberania estatal versus direitos humanos. Assim, o autor se aproxima do ponto avançado nesta argumentação, afirmando que nem mesmo no interior das comunidades políticas é possível uma única ética/justiça que acomode a todos.

Rob Walker (1993) tece uma crítica ao modelo de teorização da disciplina, argumentando que a forma como a teoria de RI foi construída habilita uma oposição entre dois pólos: o inside e o outside. Segundo ele, o princípio da soberania estatal oferece uma resolução espacial e temporal para as questões sobre o que pode ser uma comunidade política, conferindo prioridade à cidadania e ao particular em detrimento de universalismos comuns a toda a humanidade (p.62). Assim, o princípio da soberania separa a vida no inside e restringe a defesa de universalismos apenas nestes círculos concêntricos, de acordo com os interesses e valores compartilhados por estes cidadãos (p. 62-63). Disso decorre que só haveria a possibilidade da ética/justiça no interior dos Estados, portanto, ele propõe desconstruir estes binarismos opostos e hierárquicos, demonstrando sua construção social. Com base nesta mesma lógica, argumentamos aqui que estes dualismos

ocorrem também no interior das comunidades políticas, na medida em que o pertencimento é demarcado por meio de fronteiras simbólicas e não apenas territoriais. É nesta conjuntura que práticas de normalização buscam conter os sujeitos desviantes, no intuito de construir um “Eu” homogêneo que represente toda a comunidade. Nesse tocante, o argumento aqui defendido aponta para as marginalizações decorrentes do processo de estabelecer uma ética/justiça que oriente o interior da comunidade, pautado na concepção de uma suposta homogeneidade interna¹².

Ainda que Ignatieff (2012) reconheça tal impossibilidade, divergimos do argumento do autor quando este busca solucionar tal embate ao optar por uma possível “viewfromnowhere”, que abarcaria todos os seres humanos (Ignatieff, 2012, p.3), sustentando que o ponto de interseção entre pluralismo e universalismo seria a razão humana. Segundo ele, essa competição entre particular e universal pode ser resolvida pela persuasão do argumento de cada um e isso decidiria quem iria prevalecer no que o autor chama de *adversarialjustification*, considerando que, como seres racionais, os indivíduos supostamente concordariam com o que é melhor para todos. Ignatieff propõe que o sistema do *buy-in*¹³ – uma espécie de prática que engendra um *trade-off* tanto para o local quanto para o global – seria a melhor maneira de resolver os dilemas éticos. O autor reconhece que tanto modelos particularistas quanto universalistas implicam em marginalizações e violência para ambos os lados, contudo, pauta seu argumento na capacidade de persuasão e na razão humana como fundações que guiarão a ética/justiça. Cabe enfatizar que afastamo-nos desta visão, uma vez que defende a existência de uma ética/justiça boa para todos, pressupondo um *common-ground* para a razão humana, revelando então as relações de poder que operam nesta narrativa e marginalizando os que não conseguem ter um discurso persuasivo o suficiente.

O objetivo principal desta seção foi revisar, brevemente, como a literatura de RI – enfocando na contribuição dos pós-positivistas – propõe

¹² Estas práticas de delimitação de pertencentes e dissidentes será objeto de escrutínio das próximas duas seções.

¹³ O autor exemplifica essa dinâmica com o caso da mutilação genital feminina. O ocidente aponta que muitas meninas morrem de septicemia devido à mutilação, criticando esta prática local. O *buy-in* ocorre, segundo ele, quando os locais decidem substituir a mutilação por outro rito de iniciação, sem que esta menina perca seu valor como esposa em potencial. No entanto, o ocidente também aceita os costumes locais, ainda que estejam em desacordo com os princípios de igualdade de gênero defendidos, assim, o *buy-in* implica *trade-offs* em ambos os lados (Ignatieff, 2012, p. 6).

saídas para se afastar do estadocentrismo do *mainstream*, preferindo uma opção menos discriminatória que pudesse envolver toda a humanidade. No entanto, consideramos igualmente marginalizador propor uma ética/justiça que se pretende cosmopolita e universal, pressupondo que todos os indivíduos compartilham de uma moralidade global, desconsiderando as especificidades de cada um. Portanto, argumentamos aqui pela impossibilidade de estabelecer fundações éticas que sirvam como norteador da vida política sem que isto incorra em exclusões, entendendo o binômio ética-justiça como uma aporia da modernidade¹⁴. No que concerne o tema em questão, avançamos o argumento que ‘verdade’, ‘justiça’ e ‘reconciliação’ são termos conflitivos, em constante embate, arraigados em relações de poder que estabelecem uma narrativa dominante que orienta a realização plena da verdade, da justiça e da história nacional a partir do estabelecimento de uma política de reconciliação que prima pela homogeneidade interna, seja com relação à identidade, seja com relação à narrativa que se pretende fixar. Dessa maneira, a análise se afasta da concepção de uma linearidade e progresso teleológico com relação ao papel da justiça transicional em alcançar a reconciliação, rompendo com o posicionamento de que haja um desenvolvimento claro que parta da verdade, passando pela justiça e atingindo o fim último da reconciliação. Ao contrário, sustentamos que o processo de (re)construção estatal por meio da reconciliação está arraigado em práticas disciplinares que buscam corrigir os sujeitos desviantes e que, muitas vezes, a reconciliação deve optar pela paz ou pela justiça. Cumpre salientar aqui nossa concepção de poder, enfatizando sua dimensão disciplinar e afastando-nos do poder baseado em cálculos materiais, tão estimado nas correntes convencionais da disciplina. Corroboramos do argumento de Edkins e Pin-Fat (2004) e entendemos que “power can more usefully be seen as dispersed, not centralized, as produced in social interactions, not possessed, and as productive of subjects, not merely controlling them” (p. 2).

A partir do exposto, a próxima seção discutirá como se dá a formação e manutenção estatal no período da reconciliação – focando nos casos do

¹⁴ Com isso, não buscamos ponderar que haja algo que desconsidere a ética, ao contrário, este posicionamento parte da negação de que haja um fundacionalismo mínimo, base para julgar as diferentes concepções de verdade, mas enfatiza a relação poder/conhecimento e argumenta que não há fundação fora da própria teoria que possa servir como árbitro neutro entre argumentos que competem entre si. Deste modo, a argumentação aqui desenvolvida também reflete comprometimentos normativos.

Chile, Brasil e antiga Iugoslávia – visando demonstrar as complexidades, contingências e contradições presentes na tentativa de construção de uma história comum por meio da justiça transicional.

3. ENTRE A PUNIÇÃO E O PERDÃO

A presente pesquisa tem como objeto de estudo o processo da reconciliação em sociedades marcadas por violações dos direitos humanos praticadas durante períodos políticos conflituos, focando, especificamente, nos casos do Chile, Brasil e antiga Iugoslávia¹⁵. Para tanto, necessário se faz examinar a definição, os objetivos e mecanismos de um conceito central para este debate: a justiça transicional.

Muitos autores¹⁶ se dedicaram a examinar esta temática, avaliando seus desafios e contribuições para o processo de reconciliação, contudo, observamos que o impacto de cada mecanismo de justiça transicional – comissões de verdade e reconciliação; tribunais penais internacionais e nacionais; anistia; outros tipos de justiça local¹⁷ – depende das idiosincrasias de cada contexto e, pouco se pode afirmar acerca da efetividade destes mecanismos em promover a reconciliação plena. Desde já, deixamos claro que a proposta avançada neste artigo não considera possível que esta aconteça em sua totalidade sem que esteja marcada por exclusões e contradições.

Segundo o relatório do secretário geral da ONU (S/2004/616)¹⁸,

"(...)transitional justice (...) comprises the full range of processes and mechanisms associated with a society's attempts to come to terms with a legacy of large-scale past abuses, in order to ensure accountability, serve justice and achieve reconciliation. These may include both judicial and non-judicial mechanisms, with differing

¹⁵ Devido ao compromisso de analisar o processo de reconciliação nestes países, optamos por não discutir os períodos de conflito aberto profundamente, enfocando na rearticulação do conflito por outros meios a partir da análise das violências que permeiam o processo de reconciliação.

¹⁶ Dentre eles, destacamos: Minow, 1998; Teitel, 1995; Hayner, 2010; Verdoolaege, 2008. Skaar, 2012.

¹⁷ Estes mecanismos funcionam no micro-level, buscando promover a reconciliação entre as comunidades, principalmente quando não há a justiça formal ou quando esta é ineficaz. Exemplos destas práticas são cerimônias ou ritos que buscam a reconciliação da vítima com seu perpetrador e o restabelecimento do link com a comunidade; a gacaca, em Ruanda; o mapooput, em Uganda; magamba, em Moçambique. Para uma maior escrutinização destas práticas ver Skaar, 2012; Clark; Kaufman, 2009; Latigo, 2008; Honwana, 2005.

¹⁸ Disponível em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N04/395/29/PDF/N0439529.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 11 de maio de 2013.

levels of international involvement (or none at all) and individual prosecutions, reparations, truth-seeking, institutional reform, vetting and dismissals, or a combination thereof.

Com efeito, a justiça transicional visa expandir o diálogo entre as partes, avançar no processo conciliatório, e uma ampla conscientização para que o ocorrido não se repita (Leebaw, 2008, p. 107). Além disso, conforme destaca a autora, esta também está associada ao compartilhamento de normas e reciprocidade democrática entre as partes conflitantes (2008, p. 105). Assim, o modelo do Estado democrático de Direito é a fundação sobre a qual será construído e/ou fortalecido o (novo) Estado. Nesse tocante, destacaremos também as tensões que permeiam o processo, visto que existe uma linha tênue entre lembrar o passado para evitar que se repita – visando a reparação, construção de confiança e estabilidade – e expor o passado para reviver um revanchismo, surtindo o efeito oposto do que se pretendia¹⁹. Com isso, buscamos desvelar as relações de poder presentes na dinâmica da reconciliação, afastando-nos da ingênua concepção de que o processo da justiça transicional seja algo progressivo e sempre positivo²⁰.

O termo reconciliação será analisado nos contextos específicos dos casos em análise e não em termos abstratos, uma vez que a definição de um conceito é também uma prática política²¹. Conforme destaca Gloppen (2005),

“Reconciliation refers to processes of different kinds and at different levels. It is about individuals forgiving each other; about societies torn apart by conflict mending their social fabric and reconstituting the desire to live together; and about peaceful coexistence and flexibility. It may refer to an ambitious goal of creating a shared comprehensive vision of a common future or common past; or to a situation where former enemies continue to disagree, but still respect each other as equal citizens” (p. 20).

Cabe ressaltar também que o processo de reconciliação se caracteriza pela formação e/ou manutenção do Estado por meio de práticas que engendam a (re)construção da identidade. Neste âmbito, queremos

¹⁹ No que tange aos objetivos irreconciliáveis da justiça de transição ver Leebaw, 2008.

²⁰ Com isso não queremos afirmar que mecanismos da justiça transicional não contribuam para o processo de reconciliação, mas evitar o uso do termo como algo a-político, que pressuponha indivíduos já dispostos a serem reconciliados, sem uma análise crítica sobre as relações de poder e as exclusões que tal dinâmica engendra.

²¹ Entendemos que a reconciliação se dá tanto no nível individual quanto no nível nacional. Por razões práticas, optamos por tratar apenas da reconciliação no âmbito nacional e demonstrar as relações de poder e marginalizações que tal processo engendra, uma vez que seria impossível analisá-las com base no nível individual.

destacar seu caráter performático, contingente, contextual, constituído na relação entre os significantes. Conformesustenta Campbell,

"(...) states are never finished identities; the tension between the demands of identity and the practices that constitute it can never be fully resolved, because the performative nature of identity can never be fully revealed. This paradox inherent to their being renders states in permanent need of reproduction: with no ontological status apart from the many and varied practices that constitute their reality, states are (and have to be) always in a process of becoming" (1992, p. 11).

Nesse sentido, o processo de reconciliação é permeado por práticas de representação moldadas por meio da economia discursiva, buscando construir um espaço moral (Campbell, 1992, p. 85) que demarque os pertencentes desta comunidade política imaginada (Anderson, [1983] 1991) a partir da delimitação de fronteiras artificiais. Estas fronteiras são construídas a todo tempo no cotidiano das relações sociais, demonstrando a capilaridade das relações de poder, e são também parte constitutiva do processo de reconciliação, na medida em que se busca estabelecer uma nova identidade estatal que, supostamente, conciliaria todos os indivíduos.

Como ressaltado, a proposta da justiça transicional é (re)construir a confiança entre as partes, tentando curar as feridas abertas pelo conflito e, para tal, é necessário que os divergentes desta proposta sejam silenciados. Assim, a reconciliação é também um processo marginalizador, na medida em que sua realização demanda que todos os indivíduos que compõem a comunidade política estejam comprometidos com sua implementação, não permitindo dissidentes. Como destaca Devetak,

"(...) to constitute a coherent singular political identity often demands the silencing of internal dissent. There can be no internal others that endangers a certain concept of the self, and must be necessarily expelled, disciplined or contained" (Devetak, 1996, p. 198).

Apesar de geralmente atrelada apenas ao período de embate aberto entre as identidades construídas como opostas – sejam elas com base na etnia, sejam com base em orientações políticas – argumentamos que o período de reconciliação, não se caracteriza pelo fim do conflito, mas se configura como uma rearticulação do conflito por outros meios²². Em

²² Foucault, 1999, p.23.

nossa visão, ele ainda é um período marcado pela violência, ainda que seu objetivo seja a estabilidade e a paz.

De modo geral, a reconciliação pode ter um caráter retributivo (punições), de busca pela verdade ou restaurativa (via comissões de verdade), restituição (restaurar as condições sociais e reabilitação para as vítimas), reforma (avanço de instituições democráticas) ou optar pelo esquecimento (encorajando a anistia) (Gloppen, 2005, p. 18). A fim de analisar cada caso e suas especificidades, discutiremos o modelo de justiça transicional adotado em cada um dos três casos que esta pesquisa comporta, enfatizando suas contribuições e dificuldades no que tange à reconciliação.

3.1 – Confrontando vozes silenciadas: O caso do Chile

De 1973 a 1989 o Chile viveu sob o regime ditatorial do General Augusto Pinochet, que tinha como pretexto para as violações dos direitos humanos a luta contra a ameaça comunista²³. Em 78, Pinochet instituiu a Lei da Anistia, que conseguia cobrir a maioria dos crimes cometidos durante seu governo (Hayner, 2010). Cabe ressaltar que tanto Chile quanto Brasil, à época do período ditatorial, possuíam constituições que garantiam ao presidente ampla latitude para declarar o estado de emergência e suspender direitos fundamentais em condições julgadas apropriadas (Loveman, 1993; Pereira, 2003). Um exemplo dos amplos poderes pode ser observado na Emenda que Pinochet fez na Constituição em 1980, instituindo que permaneceria comandante das forças do exército até 98 e estabelecendo-se como senador para o resto da vida (Hayner, 2010, p. 47).

Em 90, Patricio Aylwin assumiu a presidência e pelo Decreto Supremo nº 355, criou a Comissão Nacional de Verdade e Reconciliação, cujo objetivo principal era contribuir para o esclarecimento da verdade sobre as violações dos direitos humanos cometidas de 73 a 90²⁴. Não obstante, buscava apenas investigar desaparecimentos, execuções, torturas (por agentes ou pessoas a serviço do Estado) que levaram à morte, seqüestros e atentados contra

²³ Para maiores detalhes sobre os anos da ditadura no Chile ver Olavarria, 2003; Hayner, 2010.

²⁴ Disponível em: <http://www.ddhh.gov.cl/ddhh_rettig.html>. Acesso em: 11 de maio de 2013.

a vida por motivos políticos²⁵, deixando de fora os casos de tortura que não resultaram em morte. Sobre o relatório da comissão, Hayner destaca:

"(...) It is a powerful indictment of the practices of the Pinochet regime, describing both the brutality that took place and the response by domestic and international actors. Over 95 percent of rights violations were attributed to state agents, and 4 percent to leftist armed groups. However, the report debunks one of the central arguments of the military to justify its violent tactics, that the country had faced an 'internal war' that thus demanded significant force against opponents" (2010, p. 48).

Apesar da iniciativa de criar a Comissão de 90, e os preparativos para lançar comemorações para a reconciliação nacional, ataques da esquerda a políticos da elite direitista minaram o processo de reconciliação. Ademais, o assassinato do senador Jaime Gúzman, aliado e confidente de Pinochet, desviou a atenção para a "esquerda terrorista" (Hayner, 2010, p. 48).

Um silêncio pairou, a reconciliação estava estagnada. Não se discutia sobre o período ditatorial em público até a extradição de Pinochet em 98. Nesse âmbito, Hayner descreve:

"As one torture survivor told me in 1996, to bring up the subject of the abuses under Pinochet in any social context was considered to be 'in bad taste'. It was not until Pinochet stepped down as commander in chief of the army to take up his post in the Senate in early 1998, and was then arrested in London in late 1998 on an extradition request from Spain, that the issue of past human rights violations began to be widely discussed and debated in Chile" (Hayner, 2010, p. 49).

Somente em 2003 é estabelecida outra comissão para lidar com os sobreviventes de torturas. A Comissão Nacional sobre Prisão Política e Tortura foi um mecanismo importante no que tange à inclusão de todos os envolvidos no processo de reconciliação. Deixar de fora os torturados que sobreviveram seria excluí-los de sua própria história. A comissão identificou 14 formas de tortura e concluiu que, durante o regime ditatorial, a tortura foi uma política de Estado utilizada para reprimir e aterrorizar a população (Hayner, 2010, p. 61). Nesse sentido, se encaixa no que Heather Rae (2002) chama de práticas de homogeneização patológica. Segundo a

²⁵ Disponível em: <<http://www.derechoshumanos.net/paises/America/derechos-humanos-Chile/informes-comisiones/Creacion-Comision-Rettig.pdf>>. Acesso em: 11 de maio de 2013.

autora, estas se configuram como mecanismos de construção do Estado, pelas elites estatais, que se arrogam o direito de delimitar pertencentes e dissidentes, visando construir uma comunidade homogênea, por meio de práticas de assimilação, expulsão ou extermínio (p. 3).

Nesta conjuntura, destacamos que a reconciliação não foi alcançada nem mesmo com a instauração da Comissão de 90, ao contrário, um silêncio agudo tomou conta da sociedade chilena. Apenas com a extradição do principal arquiteto do regime ditatorial chileno, a sociedade caminhou com relação à reconciliação por meio do modelo de justiça restaurativa, promovendo amplo envolvimento da população em recontar suas histórias e implantando a cultura do “Nunca mais”²⁶.

3.2 – Contestação e conflito ou perdão e estabilidade? O caso da Antiga Iugoslávia

Durante os anos 90, quando a antiga Iugoslávia²⁷ iniciou sua fragmentação com as independências de Eslovênia, Croácia e Macedônia em 91 e Bósnia e Herzegovina em 92 (Stokes, 2009; Calic, 2009; Privitera, 2004), acirraram-se os embates na região, envolvendo conflitos internos, internacionais e uma combinação destes. A configuração identitária na região é bastante multifacetada e os embates são constantes. Não cabe no escopo de nossa pesquisa uma análise sobre os conflitos identitários, mas destacamos que a identidade deve ser vista como uma prática performativa, de auto-identificação estratégica, problematizando qualquer suposta essência ou características estabilizadas do sujeito (Campbell, 1992; Doty, 1993; Butler, 1997).

O modelo de justiça transicional adotado para lidar com as violações de direitos humanos nestes países foi a chamada justiça retributiva ou legal (Call, 2004; Bryan, 2010) com a criação, em 93, de um tribunal *ad hoc* – o Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia (TPIY)²⁸. Este modelo

²⁶ ‘Nunca Más’ foi o título do relatório da Comissão Nacional sobre o Desaparecimento de Pessoas (CONADEP) na Argentina em 1984.

²⁷ Antes da fragmentação a República Federal Socialista da Iugoslávia era composta por Bósnia e Herzegovina, Croácia, Macedônia, Montenegro, Sérvia e Eslovênia, além de duas províncias autônomas que eram parte da Sérvia: Voivodina e Kosovo. Para uma melhor contextualização sobre a fragmentação e conflitos na antiga Iugoslávia ver Wilmer, 2002; Pavkovic, 2000; Zimmerman, 1996; Rieff, 1996; Bryan, 2010.

²⁸ Para maiores informações sobre os casos ver ‘Key Figures of ICTY’. Disponível em: <http://www.icty.org/x/file/Cases/keyfigures/key_figures_en.pdf>. Acesso em: 11 de maio de 2013.

defende a punição dos responsáveis pelas violações e sustenta que a cultura da impunidade é o maior obstáculo para que a reconciliação seja atingida (Call, 2004; Bryan, 2010). Contudo, apenas a justiça retributiva pode ser contraproducente, uma vez que não comporta o julgamento de todos os criminosos, optando pelos do alto-escalão – os chamados “peixes-grandes” – enquanto outros envolvidos permanecem livres (Bryan, 2010, p. 59). Ademais, não contribuiu para estreitar os vínculos da sociedade, deixando de fora boa parte dos envolvidos. Conforme sustenta Bryan, “(...) *the concern is that trials do not provide victims with a sense of closure or healing, nor do they provide society with a common narrative about the recent past* (2010, p. 56).

Call (2004) ressalta ainda que os tribunais podem ser vistos pela população como um custo alto, com postura enviesada contra grupos não aliados ao ocidente, não trazendo benefícios para a sociedade como um todo (p. 105-106). Nesta esteira, Fatić e Bulatović (2008, p. 39) argumentam que para uma instância criminal internacional ter credibilidade é preciso que leve em consideração o fator da imparcialidade e da proporção. Por tratar-se de uma crise regional abrangendo diversos conflitos identitários, ao menos no início dos trabalhos, tal instância deve evitar julgar todos contra quais há evidências sem considerar o panorama geral dos acusados, uma vez que pode ser interpretada como inclinação política em favor de determinado grupo identitário. E foi exatamente isto que aconteceu com o TPIY, minando sua credibilidade como uma ferramenta importante para a reconciliação²⁹.

Cabe destacar que também houve uma tentativa de promover a justiça restaurativa. Em março de 2001, o presidente recém eleito, Vojislav Koštunica, anunciou a criação de uma Comissão da Verdade e Reconciliação para a República Federal da Iugoslávia (RFY), que àquela época, era constituída por Sérvia e Montenegro. No início, a tentativa era encorajar a busca pela verdade e evitar futuros conflitos; além disso, se comprometia em ajudar regionalmente o TPIY, já que a maioria das vítimas se encontrava fora das fronteiras da RFY (Hayner, 2010, p. 252). No entanto, foi uma tentativa frustrada, já que nem o governo nem a comissão conseguiram ouvir as vítimas ou conduzir investigações. Ademais, os protestos de organizações

²⁹ Os autores enfatizam que não atribuem a falha do TPIY ao seu caráter político (favorecendo algum grupo identitário), mas sim por seu modelo de justiça deontica, desconsiderando seu papel de promover políticas visando apoiar e minimizar o sofrimento e prevenir futuros conflitos. Para maiores detalhes ver Fatić; Bulatović, 2008.

de direitos humanos por falta de diversidade étnica (ICTJ, 2009; Hayner, 2010) também estiolaram o processo. No caso da Bósnia, o próprio TPIY (Promotora Karla del Ponte) ajudou a impedir a formação de uma comissão de verdade e reconciliação, argumentando que ela minaria o processo da justiça (Call, 2004, p. 112, nota 14; Fatić; Bulatović, 2008, p. 38). Isto se deve à crença de que a comissão apenas revive conflitos antigos, sem contribuir para a realização da justiça (Olsen et al, 2010).

Diferentes tipos de justiça transicional possuem concepções de verdade distintas. Enquanto a verdade forense dos tribunais busca investigar fatos – o que e onde ocorreram as violações, quantos foram mortos, onde os corpos estão localizados, quem são os responsáveis –, a verdade interpretativa das comissões é mais contextual, comprometida com a conciliação da sociedade como um todo³⁰.

Cumprir enfatizar outros dois mecanismos de justiça transicional em andamento na antiga Iugoslávia. O primeiro é a iniciativa de uma comissão regional não-judicial (REKOM³¹) – em funcionamento desde 2006 – para lidar com as violações passadas e trazer amparo para as vítimas, evitando a negação do passado.

O segundo, empreendido para estabilizar sociedades marcadas pelo conflito, foi implementado na Bósnia, a saber, o modelo consociacional (Aitken, 2010). Este visa à estabilidade política em sociedades assoladas por divisões identitárias por meio da garantia de participação e autonomia de todos os grupos da sociedade nos processos decisórios, nos acessos à educação e à cultura de forma igualitária³².

Com base no exposto, destacamos que a reconciliação na região da antiga Iugoslávia é marcada por tensões entre a opção pela justiça

³⁰ Destacamos que a busca pela verdade parece ser algo que transita em todos os níveis. Com relação às vítimas que querem escutar a história completa dos perpetradores e o que eles fizeram com suas famílias – numa inexplicável combinação de sofrimento e alívio da dor – como se ouvir todos os detalhes fizesse com que o ciclo fosse fechado, permitindo seguir em frente. Não saber o que ocorreu e revirar o passado pode significar nunca conseguir superar o trauma e ficar preso nele. Com relação aos juízes do TPIY, que buscam a totalidade da verdade nos testemunhos, clamando por uma linearidade e coesão nos argumentos das vítimas, desconsiderando a situação traumática na qual se encontram. Com relação à construção da história nacional, buscando revelar a existência de uma suposta verdade.

³¹ REKOM é uma rede de aproximadamente 1800 ONG's, associações e indivíduos comprometidos com a reconciliação regional na região da antiga Iugoslávia. Disponível em: <<http://www.zarekom.org/In-The-News.en.html>>. Acesso em: 13 de maio de 2013.

³² Nesse sentido ver Aitken, 2010.

retributiva e restaurativa. A partir das críticas agudas ao TPIY e à sua ineficácia em prover mecanismos que encorajem o restabelecimento do vínculo na sociedade, abordagens alternativas surgiram como opções que avançam pela via da justiça restaurativa. Contudo, sublinhamos que o processo de reconciliação não está isento de marginalizações nem mesmo nestas instâncias, uma vez que, por ser negociado socialmente, sempre estará permeado por relações de poder.

3.3 – Evitando o espelho retrovisor: O caso do Brasil

Mais de vinte anos passados³³ e o Brasil ainda tenta lidar com o legado do período ditatorial, não por dificuldades em superar o passado traumático e arquitetar um processo de reconciliação, mas pela política do silêncio. A maioria preferiu não tocar no assunto, ignorá-lo ou apenas não pensar nele (Reis, 2010, p. 173). Em nenhum outro país da América Latina a negação coletiva do passado ditatorial foi tão presente quanto no Brasil, tendo sido a memória reduzida às lembranças das famílias afetadas pela tortura ou assassinatos (Schneider, 2011, p. 199).

As peculiaridades do período ditatorial brasileiro acabam por dividir a sociedade, dificultando uma memória dominante sobre o passado. As instituições e processos democráticos foram mantidos, ainda que por meios distorcidos; o regime militar não tinha um único ditador, mas era governado com base em presidentes militares rotativos; o número de assassinatos não é muito extenso, como no Chile ou na Argentina, dificultando o envolvimento de toda a população; houve um crescimento econômico durante o período ditatorial (68-73); festas patrióticas e vitórias no futebol maquiam as perseguições e violações de direitos humanos (Reis, 2010; Schneider, 2011). Diante dessa conjuntura, a dificuldade em obter um posicionamento sobre os crimes cometidos no passado, minando a criação de um projeto de reconciliação, uma vez que não havia um debate público amplo com um objetivo concreto.

Além disso, a lei da Anistia, instituída em 79, parecia ter selado os embates sobre as violações. Reis ressalta a esquizofrenia latente nos discursos do Estado.

³³ Há divergências com relação ao fim da ditadura. Consideraremos aqui o ano de 88, pois a Comissão Nacional da Verdade apura violações até este período.

“(...) de um lado, a Comissão da Anistia, órgão do Estado, pede, em nome do Estado, desculpas aos torturados pelos prejuízos e males, materiais e morais, provocados pelas torturas e pelos torturadores, indenizando-os de acordo com a lei. De outro, as Forças Armadas, instituições deste mesmo Estado, onde se realizaram as torturas como política de Estado, negamter sequer existido torturas, salvo cometidas por indivíduos isolados, exceções lastimáveis à regra geral (Reis, 2010, p. 181).

De maneira geral, nos três casos em destaque, os agentes do Estado ressaltam que apenas cumpriam ordens dos seus superiores com relação a um inimigo supostamente ameaçador da ordem, seja ele o comunismo, sejam grupos identitários construídos como opostos. O depoimento de Ustra, em 10 de maio de 2013, retrata esta narrativa, na qual ele afirma que estava apenas combatendo terroristas³⁴.

Após grande repercussão sobre o caso da família Almeida Teles contra o coronel Carlos Alberto Brilhante Ustra em 2008 – no qual este não pode ser julgado devido a lei da anistia protegê-lo contra punição judicial – a discussão sobre a possível revogação da lei de Anistia permeou o debate público, caminhando em direção a seu questionamento. Entretanto, em Abril de 2010, o Supremo Tribunal Federal julgou improcedente ação proposta pela a Ordem dos Advogados do Brasil (7 votos para 2) com a justificativa de que ela opera em caráter bilateral, ou seja, serve tanto para agentes do Estado naquela época quanto para seus opositores³⁵.

Apesar disso, esforços avançaram no sentido de criar um mecanismo de justiça transicional por meio da instalação de uma comissão de verdade. Assim, a Comissão Nacional da Verdade (CNV) foi criada pela Lei 12528/2011 e instituída em 16 de maio de 2012. A CNV tem por finalidade apurar graves violações de Direitos Humanos ocorridas entre 18 de setembro de 1946 e 5 de outubro de 1988, se afastando do caráter punitivo³⁶.

Na ocasião da instalação da CNV, a presidenta Dilma Rousseff sublinhou:

“O Brasil merece a verdade, as novas gerações merecem a verdade e,

³⁴ <http://www.cnv.gov.br/index.php/outros-destaques/265-cnv-transmite-ao-vivo-depoimento-de-ustra-e-marival>

³⁵ Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,stf-rejeitou-revisao-da-lei-de-anistia-por-7-votos-a-2,544833,0.htm>>. Acesso em: 12 de maio de 2013.

³⁶ Disponível em: <<http://www.cnv.gov.br/index.php/institucional-acesso-informacao/a-cnv>>. Acesso em: 11 de maio de 2013.

sobretudo, merecem a verdade factual aqueles que perderam amigos e parentes e que continuam sofrendo como se eles morressem de novo e sempre a cada dia. É como se disséssemos que, se existem filhos sem pais, se existem pais sem túmulo, se existem túmulos sem corpos, nunca, nunca mesmo, pode existir uma história sem voz. E quem dá voz à história são os homens e as mulheres livres que não têm medo de escrevê-la”³⁷.

Apesar da opção pela justiça restaurativa, o Brasil ainda possui entraves em seu processo de reconciliação, principalmente por não julgar os acusados de crimes contra os direitos humanos cometidos durante o regime ditatorial. Por ser um caso ainda em andamento, não se pode afirmar se a não revogação da lei da anistia impossibilitará que a reconciliação se concretize, mas já se pode observar uma mudança na política do silêncio, uma vez que o debate vem ganhando destaque na sociedade.

Enquanto no Chile a opção pela justiça restaurativa – com as Comissões de 90 e 2003 – buscou o restabelecimento do vínculo da sociedade por meio das histórias das vítimas, criando uma memória coletiva, o Brasil, apesar de ter adotado também este modelo, não fomentou, até o presente momento, iniciativas que busquem uma aproximação entre as partes envolvidas, comprometida apenas em revelar as violações contra os opositores do regime ditatorial. Na antiga Iugoslávia houve uma tentativa de instaurar uma comissão de verdade e reconciliação, que não se completou e acabou primando pela justiça retributiva.

4. RECONCILIAÇÃO: A CONSTANTE (RE)NEGOCIAÇÃO DA MEMÓRIA

Em entrevista a alguns sobreviventes do genocídio ruandês³⁸, questionados sobre a política de Unidade e Reconciliação do governo ruandês e em que medida preferiam esquecer o passado ou lembrar para que não ocorresse novamente, responderam que lidar com o passado é algo que se faz no cotidiano. “O que ocorreu no passado nunca ficará contido nesse tempo, ele afetará nossas vidas para sempre, mas cabe a nós escolher como cada um lida com ele. Nós escolhemos lembrar para evitar que isso

³⁷ Disponível em: <<http://www.cnv.gov.br/index.php/institucional-acesso-informacao/a-cnv/57-a-instalacao-da-comissao-nacional-da-verdade>>. Acesso em: 11 de maio de 2013.

³⁸ Pesquisa de campo conduzida em Ruanda no período de Julho-Agosto/2011.

aconteça novamente, mas tentar esquecer os sentimentos de vingança e o sofrimento”, disse uma mulher Tutsi vítima de violência sexual durante o genocídio³⁹. Nesse tocante, salientamos que as práticas de memória são cruciais na reconstrução de sociedades assoladas pelo legado da violência e seu processo de reconciliação, sendo afetadas pela constante (re)negociação entre passado, presente e futuro(Henry, 2011, p. 13).

Disso decorre que a memória não é fixa num espaço-tempo que lhe é peculiar, ao contrário, ela é inextricável das práticas cotidianas e das relações de poder que visam estabelecer uma narrativa dominante ao delimitar “a verdade” sobre o evento ocorrido. No processo de reconciliação, a chamada política da memória (Henry, 2011; Edkins, 2003; Bell, 2010) aponta para a impossibilidade de resguardar a memória do evento violento no passado, como se ela pertencesse a esse lócus espaço-temporal. Em destaque aqui está o caráter performativo da memória, sempre relacionada às práticas sociais e relações de poder que a permeiam, salientando a impossibilidade de acessar a memória sem que a despolitizemos ao tentar fixá-la. Conformesustenta Hacking (1995, p. 247) “memory is not itself like a camcorder, creating, when it works, a faithful record...We touch up, supplement, delete, combine, interpret, shade”. Mais do que isso, defendemos que nunca se atinge sua essência última isenta de interpretações e relações de poder, sendo possível apenas “encirclingthe real” (Edkins, 2003, p. 15); ela é sempre um fragmento do real(Henry, 2011; Agamben, 2008; Ricoeur, 2004).

“Collective memory (...) consists of the stories or narratives that are told at particular points in time in particular spaces about past historical events. Collective memory is also about the interpretations of these narratives. (...) Memory is constantly within the grasp of politics and so it is crucial to look at the ‘politics of memory’ and (...) recognize that collective memory is ‘drastically selective’ and certain memories gain credence at certain points of time (Henry, 2011, p. 27).

A passagem acima enfatiza que a memória coletiva está sujeita ao embate entre as diferentes narrativas sobre o ocorrido, e que a tentativa de reconciliação, inevitavelmente, recairá em marginalizações, na medida em que será instituída uma narrativa dominante em prol do restabelecimento do vínculo da comunidade. Assim, ao mesmo tempo em que a memória

³⁹ Bernadette (nome fictício). Entrevista concedida a Fernanda Barreto Alves. Kigali, 01 ago 2011.

busca estabelecer uma ordem social justa e coesa, ela também legitima marginalizações e disciplinamentos para que esta ordem possa se sustentar. Portanto, conforme destaca Edkins (2003, p. 53), no processo de reconciliação “the memories of past struggles have been concealed in order to submerge conflicts and give the appearance of consensus”.

O objetivo desta seção é justamente destacar que a memória se configura como o ato constitutivo das identidades nestas sociedades assoladas pelo conflito; ela é, ao mesmo tempo, ato e efeito, produto e produtor destes sujeitos. A política da memória não só permeia o processo de reconciliação, como o constitui, orientando a constante (re)produção da comunidade política.

Nesta esteira, diversos loci são dedicados a memorialização, buscando (re)contar o evento traumático para que se evite sua recorrência. Dentre eles, destacamos, no Brasil, o Memorial da Resistência de São Paulo e o projeto que aguarda aprovação para construção de um memorial na antiga sede do Departamento de Ordem Política e Social (Dops) no Rio de Janeiro. Durante cerimônia de instalação da Comissão Estadual da Verdade, no último dia 8 de maio, o presidente da Comissão Estadual da Verdade, Wadih Damous propôs a mudança do nome de locais que homenageiam os, segundo ele, criminosos da ditadura, em uma clara tentativa de contestar a história destes locais, visando recontá-la aos olhos das vítimas.

“Reexaminemos os nomes de ruas, viadutos, escolas e estádios dados em homenagem a quem torturou e golpeou a sociedade democrática. Por que não dar ao nome de João Saldanha ao Engenho? Me causa repulsa passar na ponte Rio-Niterói e saber o nome que ela tem (Costa e Silva)”⁴⁰.

No Chile, o Museo de La memoria y los derechos humanos, conta com diversas mostras permanentes e atuais, que recontam os anos da ditadura militar e as lutas sociais pela democracia de uma maneira particular, que também obscurece outras leituras e narrativas alternativas. Em cartaz, atualmente, está a Mostra “Fragmentos/Memorias/Imágenes. A 40 años del golpe”, que traz uma exposição fotográfica de jornalistas e anônimos que registraram o contexto de repressão e as ações em defesa dos direitos humanos e da liberdade de expressão.⁴¹

⁴⁰ Disponível em: <<http://www.redebrasilatual.com.br/cidadania/2013/05/sede-do-dops-no-rio-sera-transformada-em-memorial-as-vitimas-da-ditadura>>. Acesso em: 11 de maio de 2013.

⁴¹ Disponível em: <<http://www.museodelamemoria.cl/exposiciones/actuales/>>. Acesso em: 11 de maio de 2013.

Na região da antiga Iugoslávia também existem diversos sites de preservação da memória e estes são mantidos com o objetivo de contar uma história sobre o passado, que, certamente, prioriza algumas visões em detrimento de outras. Em Sarajevo, na Bósnia, encontra-se o Museu do Túnel. Este túnel foi construído pelos moradores de Sarajevo para ligar a cidade ao aeroporto, este era o local por onde entravam comidas, remédios, roupas enquanto a cidade foi sitiada. Também em Sarajevo, nas ruas e calçadas, artistas e a população de modo geral desenharam rosas no lugar onde tinham marcas de bomba ou tiros. Já em Belgrado, na Sérvia, alguns prédios no centro da cidade foram mantidos destruídos pelos bombardeios da OTAN, em uma tentativa de fazer com que as pessoas não esqueçam⁴².

Com isso, notamos que a negociação do que se pretende lembrar e esquecer é produto das relações de poder e das narrativas que sempre engendram marginalizações⁴³. O acesso aos arquivos do período em que as violações foram cometidas é visto como a fonte ocultada da verdade. Entendemos o termo arquivo tanto como documentos históricos do governo como, principalmente, um modo de reconstruir e reinterpretar o passado para que o presente e o futuro tenham sentido. Verdoolaege (2008) adota também uma concepção foucaultiana de arquivo e afirma que:

"(...)an archive is not simply an institution, but rather the law of what can be said, the system of statements, or rules of practice, that give shape to what can and cannot be said. In this way, archives are often both documents of exclusion and avenues to particular configurations of power" (Verdoolaege, 2008, p. 32).

Nesse sentido, o acesso a estes arquivos implicaria no acesso à suposta verdade e em fazer justiça para as vítimas. Todavia, como demonstramos, estes arquivos também são memórias e quem determina sua abertura ou fechamento está operando uma relação de poder, moldando a história da comunidade política.

⁴² Devido à barreira lingüística ou à inexistência de um site oficial destes memoriais, optamos por consultar em artigos de jornais e/ou guias turísticos disponíveis na internet. Disponível em: <<http://www.visitsarajevo.biz/sightseeing/attractions/historical-sarajevo/war-tunnel/>>. Acesso em: 11 de maio de 2013; Disponível em: <<http://www.visitsarajevo.biz/sightseeing/attractions/pieces-of-sarajevo/sarajevo-roses/>>. Acesso em: 11 de maio de 2013; Disponível em: <<http://www.beograd.rs/cms/view.php?id=201271>>. Acesso em: 11 de maio de 2013.

⁴³ Cumpre enfatizar, que não se pretende aqui argumentar a favor ou contra tais práticas, apenas analisá-las à luz de nosso posicionamento com relação aos discursos e relações de poder.

Cumpramos ressaltar que, no escopo deste artigo, estamos analisando apenas a construção de uma memória coletiva, no processo de reconciliação, por meio de memoriais, museus, monumentos que se dedicam a publicizar o ocorrido não só para a sociedade, como também para todos que a visitam. Contudo, há outro tipo de memória latente no dia-a-dia dos indivíduos que sofreram maus tratos, torturas, violações centradas no corpo, dando origem à memória corpórea, que acompanhará este indivíduo até sua morte, dificultando ainda mais o processo de reconciliação⁴⁴.

Para que o vínculo da comunidade seja restabelecido, é necessário criar memórias coletivas que busquem estabilizar e impulsionar a construção de confiança na sociedade, visando a reconciliação; entretanto, é igualmente importante notar que este processo não se dará de forma serena, mas será sempre marcado pelo embate entre narrativas divergentes. Conformedestaca Bell (2006),

"(...) group identities require a relatively widely shared understanding of history and its meaning, the construction of a narrative tracing the linkages between past and present, locating self and society in time. It is this understanding that helps to generate affective bonds, a sense of belonging, and which engenders obligations and loyalty to the 'imagined community'. (...) Communal memories act as subtle yet powerful mechanisms for generating and sustaining social solidarity. While such memories can act as a social adhesive they are always contestable, and it is in the realm of conflict, and the complex power relations that underpin and structure it, that the politics of memory is enacted (p. 5, ênfasesminhas).

Nesta seção, buscamos destacar que a reconciliação e a memória coletiva estão sempre em processo de revisão, destacando seus aspectos contestes. Corroboramos da visão de Henry (2011, p. 17) de que a memória seja múltipla, móvel, não-consensual, intangível e uma representação imperfeita do passado. Com isso, temos que a relação verdade-justiça-reconciliação não é imediata, linear ou progressiva; ao contrário, ela é complexa, marcada por contradições e marginalizações e não é algo que se possa abstrair dos processos sociais e relações de poder que a permeiam.

⁴⁴ ConformesustentaMbembe, estassequêlas "(...) persist for a long time, in the form of human shapes that are alive, to be sure, but whose bodily integrity has been replaced by pieces, fragments, folds, even immense wounds that are difficult to close. Their function is to keep before the eyes of the victim – and of the people around him or her – the morbid spectacle of severing" (Mbembe, 2003, p. 35). Ver também Clastres, 1974; Mallot, 2006; Henry, 2011.

5. CONCLUSÃO

Este artigo buscou introduzir o debate sobre verdade, justiça e reconciliação por meio da revisão da literatura da disciplina de Relações Internacionais que lida com a discussão sobre a existência de um modelo de ética/justiça que sirva como princípio fundacional para guiar a governança. Destacamos que o modelo do Estado democrático de Direito está amplamente associado à justiça transicional, encorajando a adoção de instituições democráticas para lidar com o processo de reconciliação.

O próximo passo foi analisar os casos do Chile, Brasil e antiga Iugoslávia, destacando suas similaridades, diferenças e desafios no que tange aos modelos de justiça transicional adotados. Nesta seção, optamos também por apontar algumas definições com o intuito de situar o debate em torno da opção pela justiça restaurativa e justiça retributiva, elucidando os desafios em acomodar justiça e reconciliação.

A terceira seção abarcou o argumento central do artigo, destacando a impossibilidade de harmonização plena entre verdade, justiça e reconciliação sem que esta dinâmica esteja permeada por exclusões. A passagem abaixo resume o argumento que se pretendeu defender.

“While law can be a tool for regulating violence and exposing abuses of power, law is also utilized to obfuscate and legitimate abuses of power. Similarly, transitional justice institutions aim to challenge the legitimacy of prior political practices by confronting denial and transforming the terms of debate on past abuses, yet they also seek to establish their own legitimacy by minimizing the challenge that they pose to dominant frameworks for interpreting the past” (Leebaw, 2008, p. 96).

Por serem altamente contingentes, relacionais e não-consensuais, a verdade, a justiça e a reconciliação não são facilmente atingidas. Estas práticas sobre o estabelecimento de uma verdade, de um modelo de justiça e de um ideal de reconciliação variam não só entre os grupos em conflito, como também dentro deles, dificultando a delimitação de um modelo que se adéqüe a todos. Com efeito, a categorização de uma verdade sobre o evento traumático, um modelo de justiça para lidar com os crimes, um processo de reconciliação que crie laços de coesão para

a sociedade sempre implicarão em silêncios e marginalizações, uma vez que vigora uma narrativa dominante.

O moderno sistema de formação e manutenção estatal demanda a fixação de pertencentes e dissidentes por meio de processos violentos, no que Rae (2002) denominou práticas de homogeneização patológica. Cumpre enfatizar que esta dinâmica não é característica peculiar dos períodos de conflito aberto entre grupos, ao contrário, ela ocorre também, ainda que de forma mais sutil, no processo de reconciliação. Argumentamos então que a reconciliação é a rearticulação do conflito por outros meios, também marcada por relações de poder e violências.

Por serem sancionadas socialmente, a dinâmica da reconciliação e a estabilização de uma memória coletiva estão sempre em processo de revisão de acordo com o contexto no qual se situam, demonstrando a possibilidade de constante transformação da realidade social. Nesse sentido, este trabalho propõe que futuros projetos questionem e problematizem a visão linear e progressiva da relação verdade-justiça-reconciliação.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGAMBEN, G. O que resta de Auschwitz: o arquivo e a testemunha. São Paulo: Boitempo, 2008.
- AITKEN, R. "Consociational Peace Processes and Ethnicity: the implications of the Dayton and Good Friday Agreements for ethnic identities and politics in Bosnia-Herzegovina and Northern Ireland". In Adrian Guelke (ed.), *The Challenges of Ethno-Nationalism: Case Studies in Identity Politics*. Basingstoke, New York: Palgrave Macmillan, 2010.
- ANDERSON, B. *Imagined Communities: Reflections on the Origin and Spread of Nationalism*. New York: Verso, 1991.
- BELL, D. *Memory, Trauma and World Politics*. In: *Memory, Trauma and World Politics: Reflections on the Relationship between Past and Present*. New York: Palgrave Macmillan, 2006.
- BUTLER, J. *Performative Acts and Gender Constitution: An Essay in Phenomenology and Feminist Theory*. In: CONBOY, K.; MEDINA, N.; STANBURY, S. (Eds.). *Writing on the Body: Female Embodiment and Feminist Theory*. New York: Columbia University Press, 1997.
- CALIC, M. *Ethnic Cleansing and War Crimes, 1991-1995*. In C. Ingrao & T. Emmert (Eds.), *Confronting the Yugoslav Controversies: A Scholars' Initiative*. West Lafayette: Purdue University Press, 2009.

Verdade(s), Justiça(s) e Memória(s) em Conflito: A Política da Reconciliação no Chile, Brasil e Antiga Iugoslávia

- CALL, C. Is Transitional Justice Really Just? *Brown Journal of World Affairs*, vol. xi, n. 1, p. 101-113, 2004.
- CAMPBELL, D. *Writing Security: United States Foreign Policy and the Politics of Identity*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1992.
- CLARK, P.; KAUFMAN, Z. eds., *After Genocide: Transitional Justice, Post-Conflict Reconstruction and Reconciliation in Rwanda and Beyond*. New York: Columbia University Press, 2009.
- CLASTRES, P. *La Société Contre l'Etat: Recherches d'Anthropologie Politique*. Paris: Editions de Minuit, 1974.
- COLLECTIVE, c.a.s.e. *Critical Approaches to Security in Europe: a networked manifesto*. *Security Dialogue*, vol. 37, n.4, 2006.
- DENG, F. et al. *Sovereignty as Responsibility*. Washington, DC: Brooking Institution, 1995.
- DEVETAK, R. Postmodernism. In: BURCHILL, S.; LINKLATER, A. *Theories of International Relations*. New York: St. Martin's Press, 1996, p. 179-209.
- DOYLE, M. Kant, Liberal Legacies, and Foreign Affairs, Part I, *Philosophy and Public Affairs*, vol.12, n.3, p. 205-235, 1983.
- DOTY, R. The Bounds of 'Race' in International Relations. *Millennium: Journal of International Studies*, v. 22, n.3, p. 443-461, 1993.
- EDKINS, J. *Trauma and the Memory of Politics*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.
- EDKINS, J.; PIN-FAT, V. Introduction: Life, Power and Resistance. In: EDKINS, J., PIN-FAT, V.; SHAPIRO, M. *Sovereign Lives: Power in Global Politics*. New York: Routledge, 2004.
- FATIC, A.; BULATOVIC, A. JUSTICE AND RECONCILIATION IN THE INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. *Izborni naučni rad*, vol. ix, n. 1, p. 31-46, 2008.
- FOUCAULT, Michel. 1999. *Em defesa da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes.
- FROST, M. "A Turn Not Taken Ethics in IR at the Millennium". *Review of International Studies*, n. 24, p. 119-132, 1998.
- FUKUYAMA, F. *The End of History and the Last Man*. London: Penguin Books, 1992.
- GLENNY, M. *The Fall of Yugoslavia: The Third Balkan War*. Third revised edition. New York: Penguin Books, 1996.
- GLOPPEN, S. Roads to Reconciliation: A Conceptual Framework. In „ in *Roads to Reconciliation*, eds. Elin Skaar, Siri Gloppen, and Astrisuhrike. Lanham, MD: Lexington Books, 2005.
- HACKING, I. *Rewriting the Soul: Multiple Personality and the Sciences of Memory*. Princeton University Press, 1995.

- HAYNER, P. *Unspeakable Truths: Transitional Justice and the Challenge of Truth Commissions*. New York: Routledge, 2002.
- HENRY, N. *War and Rape: Law, Memory and Justice*. New York: Routledge, 2011.
- HONWANA, A. "Healing and Social Integration in Mozambique and Angola," in *Roads to Reconciliation*, eds. ElinSkaar, SiriGloppen, and AstriSuhrke. Lanham, MD: Lexington Books, 2005.
- HUNTINGTON, S. *The Third Wave: Democratization in the late twentieth century*. Oklahoma City, UK: University of Oklahoma Press, 1991.
- IGNATIEFF, M. "Reimagining global ethics". *Ethics & International Relations*, vol.26, n. 1, p. 7-19, 2012.
- LAPID, Y. "The Third Debate: On the Prospects of International Theory in a Post-Positivist Era". *International Studies Quarterly*, vol. 33, nº 3, p. 236-254, 1989.
- LATIGO, J. "Northern Uganda: tradition-based practices in the Acholi region," in *Traditional Justice and Reconciliation after Violent Conflict: Learning from African Experiences*, eds. Luc Huyse and Mark Salter. Stockholm: IDEA, 2008.
- LEEBAW, B. *The Irreconcilable Goals of Transitional Justice*. *Human Rights Quarterly*, 30, p. 95-118, 2008.
- LINKLATER, A. "The problem of community in international relations". *Critical Theory and World Politics: Citizenship, sovereignty and humanity*. New York: Routledge, 2007.
- LOVEMAN, B. *The Constitution of Tyranny*. Pittsburgh, PA: University of Pittsburgh Press, 1993.
- MALLOT, J. E. *Body Politics and the Body Politic: Memory as Human Inscription in What the Body Remembers*. *Interventions*, v. 8, n. 2, p. 165-177, 2006.
- MBEMBE, A. *Necropolitics*. *Public Culture*, v. 15, n. 1, p. 11-40, 2003.
- MINOW, M. *Between Vengeance and Forgiveness: Facing History after Genocide and Mass Violence*. Massachusetts: Beacon Press.1998.
- MORENO, M. *From State-Building to Individual-Building*. Artigo apresentado no Seminário Brown Bag, IRI, Puc-Rio, 2013.
- OLAVARRÍA, M. *Fractured Past: Torture, Memory And Reconciliation In Chile*. McGill University, Department of Anthropology, Montreal, 2003.
- OLSEN, T. et al. *When Truth Commissions Improve Human Rights*. *The International Journal of Transitional Justice*, vol. 4, p. 457-476, 2010.
- PAVKOVIC, A. *A Reconciliation Model for the Former Yugoslavia*. *Peace Review*, vol. 12, n. 1, p. 103-109, 2000.

-
- PEREIRA, A. Political Justice under Authoritarian Regimes in Argentina, Brazil, and Chile. *Human Rights Review*, vol. 4, n. 2, 2003
- Privitera, F. In J. Morton, S. Bianchini, C. Nation & P. Forage (Eds.), *Reflections on the Balkan Wars: Ten Years After the Break Up of Yugoslavia*. New York: Palgrave Macmillan, 2004.
- RAE, H. *State Identities and the Homogenisation of Peoples*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.
- REIS, D. Ditadura, anistia e reconciliação. *Estudos Históricos*, vol. 23, n. 45, p. 171-186, 2010.
- REUS-SMIT, C. Liberal Hierarchy and the License to use Force, *Review of International Studies*, n. 31, p. 71-92, 2005.
- RICOEUR, P. *Memory, History, Forgetting*. Chicago: Chicago University Press, 2004.
- RIEFF, D. *Slaughterhouse: Bosnia and the Future of the West*. New York: Touchstone, 1996.
- SCHNEIDER, N. Breaking the 'Silence' of the Military Regime: New Politics of Memory in Brazil. *Bulletin of Latin American research*, vol. 30, n. 2, p. 198-212, 2011.
- SKAAR, E. Reconciliation in a Transitional Justice Perspective. *Transitional Justice Review*, vol. 1, n. 1, p. 54-103, 2012.
- STOKES, G. Independence and the Fate of Minorities, 1991-1992. In C. Ingrao & T. Emmert (Eds.), *Confronting the Yugoslav Controversies: A Scholars' Initiative*. West Lafayette: Purdue University Press, 2009.
- TEITEL, R. 'How Are the New Democracies of the Southern Cone Dealing with the Legacy of Past Human Rights Abuses?' in *Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes*, ed. Neil J. Kritz. Washington, DC: US Institute of Peace Press, 1995.
- UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL. The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies, S/2004, 616. Disponível em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N04/395/29/PDF/N0439529.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 11 de maio de 2013.
- VERDOOLAE, A. *Reconciliation discourse: the case of the Truth and Reconciliation Commission/Discourse Approaches to Politics, Society and Culture*. Amsterdam, The Netherlands: John Benjamins Publishing Co., 2008.
- WALKER, R. B. J. "Ethics, modernity, community". *Inside/Outside: International Relations as Political Theory*. Cambridge: Cambridge University Press, 1993.
- WEISS, T., "Governance, Good Governance and Global Governance: Conceptual and Actual Challenges", *Third World Quarterly*, Vol. 21, No. 5, p. 795-81, 2000.
- WILMER, F. The social construction of conflict and reconciliation in the former Yugoslavia. *Social Justice*, vol. 25, n. 4, p. 90-113, 1998.
- Zimmerman, W. *Origins of a Catastrophe: Yugoslavia's Destroyers*. New York: Random House, 1996.

A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO¹ NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: ALGUMAS REFLEXÕES

Guilherme Magalhães Martins - Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro. Professor adjunto de Direito Civil da Faculdade de Direito da UFRJ. Doutor e mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da UERJ; e Gustavo Livio Dinigre - Graduando em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Integrante do grupo de pesquisa: O venire contra factum proprium na jurisprudência do STJ. Bolsista em projeto de iniciação científica financiado pela FAPERJ.

Resumo: A repugnância ao comportamento incoerente e a musicalidade do brocardo latino – *venire contra factum proprium* – tem encantado a comunidade jurídica brasileira. Nas últimas décadas, o princípio da proibição do comportamento contraditório ganhou destaque na doutrina e na jurisprudência pátrias. Contudo, observa-se que, não raras vezes, o *venire contra factum proprium* é utilizado como arma contra todos os comportamentos incoerentes, não se atentando para a configuração dos seus pressupostos de aplicação. Assim, fundamental se faz uma análise de seus fundamentos e requisitos, a fim de evitar as indesejadas consequências que a superutilização do instituto pode acarretar, tais como: o enrijecimento das relações sociais e a perda da verdadeira essência do instituto, que é a tutela da legítima expectativa fundada na confiança.

¹ No presente trabalho, será utilizada a nomenclatura de venire, venire contra factum proprium, Nemo potest venire contra factum proprium, teoria dos atos próprios e princípio de proibição do comportamento contraditório como sinônimos.

Palavras-chave: *venire contra factum proprium*; comportamento contraditório; superutilização; boa-fé objetiva; abuso de direito.

INTRODUÇÃO: O PROBLEMA DA SUPERUTILIZAÇÃO DOS INSTITUTOS JURÍDICOS - UM PARALELO COM A BOA-FÉ OBJETIVA NO DIREITO ROMANO

A proibição ao comportamento incoerente² constitui, pelo seu alto valor retórico, um instituto repleto de sugestividade, nas palavras de Paulo Mota Pinto³. Essa característica decorre naturalmente do equivocado estereótipo de que as condutas contraditórias devem ser coibidas a qualquer custo.

Se é verdade que o instituto vem ganhando força nas últimas décadas, é igualmente verídico que os julgados que o utilizam muitas vezes não atentam à verificação de seus pressupostos. Daí a necessidade de aprofundamento no tema, tendo em vista que a aplicação errônea do *venire* pode acarretar o esvaziamento de seu sentido teleológico, tal como ocorreu com a boa-fé objetiva milênios atrás.⁴

A boa-fé tradicionalmente é classificada em objetiva e subjetiva. A boa-fé objetiva remonta suas raízes aos primórdios do direito romano⁵, e pode ser conceituada como um princípio que zela por aquela conduta objetivamente tida como leal, digna de fidelidade, e pela mútua cooperação, “às quais logo correspondem os conceitos complementares de credibilidade e responsabilidade”.⁶

Contudo, a época de Justiniano assistiu inerte à queda da boa-fé objetiva. Sua superutilização, principalmente no tocante aos contratos, fez com que seu sentido passasse a ser meramente formal. Partia-se do

² Inicialmente, cabe assentar a origem canônica do instituto. Nesse sentido, MENEZES CORDEIRO, Antônio. Do abuso de direito: estado de questões e perspectivas, Disponível em <http://www.oa.pt/>. Acesso em 04 set. 2013, p. 8.

³ PINTO, Paulo Mota. Sobre a proibição do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) no direito civil. In. Revista Trimestral de Direito Civil, v.16, outubro/dezembro de 2003, p. 135.

⁴ NEVES, José Roberto de Castro. Boa fé Objetiva: Posição atual no ordenamento jurídico e perspectivas de sua aplicação nas relações contratuais. In. Revista Forense, vol.351, set. 2000.

⁵ PINTO, Paulo Mota. Sobre a proibição do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) no direito civil. In. Revista Trimestral de Direito Civil, v.16, outubro/dezembro de 2003, p. 139.

⁶ MACHADO, João Baptista; CASTANHEIRA NEVES, Antônio. Tutela da confiança e “*venire contra factum proprium*”. In, Revista de legislação e de jurisprudência, Coimbra Editora, nº 3718-3729, 1985, p. 231.

pressuposto que as partes sempre agiam com boa fé na execução de seus contratos. E se sempre agiam com boa fé, era dispensável verificar sua presença, seus fins e seu verdadeiro sentido.⁷

Nessa conjuntura, a boa-fé objetiva ficou jogada ao ostracismo durante milênios. Seu sentido foi esvaziado, justamente por ser utilizada em demasia.⁸ Assim, o direito romano assistiu à decadência da boa-fé objetiva, e em seu lugar, emergiu com força a boa-fé subjetiva, que, segundo Orlando Gomes, “se refere a um estado subjetivo ou psicológico do indivíduo”⁹, na crença sobre determinado estado de coisas.

Séculos se passaram, e a boa-fé subjetiva continuou soberana. A ideia de que o pensamento, a vontade do indivíduo em realizar algum ato sobrestava o ato em si continuava forte, e atingiu seu apogeu com o voluntarismo exacerbado do liberalismo econômico e político do pós revolução francesa.¹⁰

Coube aos alemães trazer à tona novamente a ideia da conduta objetivamente em si considerada. Em 1850 começaram a surgir decisões no Tribunal de *Lübeck* que revelavam uma respeitável compreensão da boa-fé objetiva.¹¹

No Brasil, o Código Civil de 1916, muito influenciado pelo voluntarismo do Código de Napoleão de 1804, deixou de dar o devido tratamento à boa-fé objetiva¹². Apesar da forte corrente jurisprudencial e doutrinária a favor de sua utilização, somente no Código de 2002 o Brasil passou a contar com dispositivos legais sobre a boa-fé objetiva.

⁷ “A época de Justiniano, última fase do direito romano, assistiu à decadência do conceito de boa-fé objetiva, com a banalização do instituto, cujo sentido passou a ser meramente formal. Partia-se do pressuposto de que as partes sempre atuavam de boa-fé”. NEVES, José Roberto de Castro. *Boa fé Objetiva: Posição atual no ordenamento jurídico e perspectivas de sua aplicação nas relações contratuais*. In Revista Forense, vol.351, set. 2000, p. 163.

⁸ NEVES, José Roberto de Castro. *Boa fé Objetiva: Posição atual no ordenamento jurídico e perspectivas de sua aplicação nas relações contratuais*. In Revista Forense, vol. 351, set. 2000.

⁹ GOMES, Orlando, *Contratos*, 26ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 43.

¹⁰ “Considerava-se e afirmava-se, de facto (sic), que a justa relação era automaticamente assegurada pelo facto (sic) de o conteúdo deste corresponder à vontade livre dos contraentes, que, espontânea e conscientemente, o determinavam em conformidade com os seus interesses” ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Livraria Almedina, 1988, p. 35.

¹¹ NEVES, José Roberto de Castro. *Boa fé Objetiva: Posição atual no ordenamento jurídico e perspectivas de sua aplicação nas relações contratuais*. In Revista Forense, vol. 351, set. 2000, p. 162.

¹² A boa-fé objetiva era então positivada em um único dispositivo do Código Civil de 1916, o artigo 1443, relativo ao contrato de seguro, nos seguintes termos: “o segurado e o segurador são obrigados a guardar no contrato a mais estrita boa-fé e veracidade, assim a respeito do objeto, como das circunstâncias e declarações a ele concernentes”.

O objetivo não é, entretanto, fazer uma abordagem histórica sobre a boa-fé. Tem-se por mira apenas demonstrar como a banalização de um instituto é perigosa para sua própria sobrevivência. À época do direito romano, a boa-fé objetiva (*bona fides*) era tão utilizada que sua presença passou a ser presumida entre os contratantes, o que acabou provocando seu desuso.

A superutilização de um instituto pressupõe justamente sua expansão indevida e injustificada. E os dias atuais, norteados pelo neoconstitucionalismo, caminham em uma forte tendência doutrinária e jurisprudencial na tendência de uma aplicação supérflua e desnecessária da boa fé-objetiva. Principalmente os tribunais vêm utilizando o referido princípio indiscriminadamente como solução para todos os litígios e resposta para todos os anseios.

Embora sua amplitude seja enorme, devido à positivação da cláusula geral¹³ da boa-fé objetiva contida no artigo 422 do Código Civil, é preciso soar o alerta sobre os riscos de sua superutilização. Necessário se faz um reexame sobre a extensão de sua atuação, de modo que não se restrinja demais seu campo de aplicação, e nem a utilize em demasia, em casos onde é supérflua sua aplicação.

Igual análise pode ser feita sobre o *nemo potest venire contra factum proprium*, não apenas porque este possui, como principal fundamento, a própria boa-fé objetiva. O instituto em questão encontra grande respaldo na jurisprudência, e a repugnância ao comportamento contraditório vem ganhando tamanha força, que os tribunais superiores o estão utilizando indiscriminadamente, como arma contra qualquer comportamento incoerente.¹⁴

A banalização do instituto, portanto, possui duas principais consequências: em primeiro lugar, esvazia seu sentido, como já ocorreu no direito romano em relação à boa-fé objetiva. Em segundo, acarreta a diminuição forçada e desnecessária da autonomia privada.

¹³ Trata-se de técnica legislativa que tem por finalidade justamente ampliar os horizontes de aplicação de um instituto, por meio de linguagens abertas. A aplicação de cláusulas gerais é a principal ferramenta para concretizar o princípio da operabilidade consagrada no código. Contudo, isso não significa uma atuação indiscriminada desta cláusula. MARTINS-COSTA, Judith. *O direito privado como um sistema em construção: As cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro*. Disponível em <http://www.ufrgs.br/>. Acesso em 04 set. 2013.

¹⁴ “O *venire* ficou a dever boa parte de sua carreira à musicalidade de sua forma latina”. MENEZES CORDEIRO, Antônio. *Do abuso de direito: estado de questões e perspectivas*. Disponível em <http://www.ufrgs.br/>. Acesso em 04 set. 2013.

Nem todo comportamento contraditório deve ser coibido. Muito pelo contrário, *a priori*, o comportamento incoerente é permitido, e só será proibido quando preencher os requisitos para a aplicação do princípio da proibição do comportamento contraditório.

Tudo muda o tempo todo no mundo, sendo a liberdade de evoluir (e por vezes se contradizer) inerente à ciência e à própria natureza humana, somente devendo ser restringida quando importar em prejuízo à confiança depositada por terceiros, não só no campo reparatório como também nas obrigações de fazer ou não fazer.

O próprio Código Civil vigente prevê algumas regras nas quais se entende que é razoável que o agente venha a se arrepender e tomar uma conduta contraditória à outra assumida por ele anteriormente. A título exemplificativo, confira-se o artigo 791, que assim dispõe sobre os contratos de seguro de vida: “Se o segurado não renunciar à faculdade, ou se o seguro não tiver como causa declarada a garantia de alguma obrigação, é lícita a substituição do beneficiário, por ato entre vivos ou de última vontade”. Neste caso, tem-se por lícita a contradição do segurado, na hipótese de prever um beneficiário em seu contrato de seguro, mas por disposição de última vontade ou ato entre vivos, manifesta o desejo de trocar de beneficiário, frustrando a expectativa do substituído de que nessa condição permaneceria.

Existem diversos outros dispositivos que permitem a contradição¹⁵. O que se pretende atentar é que o *venire contra factum proprium* deve ser utilizado com parcimônia¹⁶, e somente se preenchidos os seus requisitos.

Assim, necessário se faz uma análise sobre os fundamentos e requisitos do *venire*, para determinar qual a causa de sua aplicação, e em que casos deve ser invocado, a fim de evitar sua superutilização.

¹⁵ Como por exemplo, os artigos 428, inciso IV e do artigo 438.

¹⁶ Aliás, esta análise pode se estender para a superutilização dos princípios em geral. Os princípios não tinham, no passado, força normativa vinculante. Agora que o têm, o direito atual passou de um extremo a outro: se antes nem mesmo eram utilizados para resolver casos concretos, hoje as decisões principiológicas são aplaudidas de pé. Passamos de um extremo a outro. Nesse sentido, Daniel Sarmiento oferece oportuna crítica ao exagero oportunizado pelo ambiente neoconstitucionalista: “Hoje, instalou-se um ambiente intelectual no Brasil que aplaude e valoriza as decisões principiológicas, e não aprecia tanto aquelas calcadas em regras legais, que são vistas como burocráticas ou positivistas – e positivismo hoje no país é quase um palavrão”. SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Disponível em <http://isisbollbastos.wordpress.com/>. Acesso em 04 set. 2013.

1. O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO: CONCEITO, ÂMBITO DE APLICAÇÃO E FUNDAMENTOS

Em um primeiro olhar, poder-se-ia afirmar que o *venire* é um instituto destinado à tutela da coerência. Nesse sentido, vedaria todo e qualquer comportamento contraditório, buscando sempre a manutenção da coerência em todas as relações.

Contudo, tal assertiva não se mostra verdadeira. O *venire* supera a questão da coerência e, na verdade, protege algo mais importante, que é a legítima confiança criada em uma das partes. Desse modo, não há que se falar em um dever jurídico absoluto de coerência, o que, inclusive, acarretaria graves consequências à maleabilidade e volatilidade dos comportamentos humanos.¹⁷

Após esta primeira observação, indispensável analisar os três principais fundamentos do *venire*: o princípio da boa-fé objetiva, o princípio da solidariedade social e o valor da segurança jurídica.

Tendo por finalidade primordial a tutela da legítima confiança, o *venire contra factum proprium* possui seu principal fundamento no princípio da boa-fé objetiva¹⁸, já que existe uma nítida correlação entre boa-fé objetiva e confiança. Leciona Menezes Cordeiro: “o princípio da confiança surge como uma mediação entre a boa fé e o caso concreto. Ele exige que as pessoas sejam protegidas quando, em termos justificados, tenham sido levadas a acreditar na manutenção de um certo estado de coisas”.¹⁹

Segundo a melhor doutrina, a boa-fé objetiva possui tríplice função em nosso ordenamento: a primeira delas é a função interpretativa (ou hermenêutica), disposta no artigo 113 do Código Civil. A segunda é a função integrativa, contida na cláusula geral disposta no artigo 422 do Codex. Por fim, a boa-fé objetiva possui ainda uma terceira função, a de controle, consoante disposto no artigo 187²⁰ da Lei Civil vigente.²¹

¹⁷ SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 3. ed., rev e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

¹⁸ MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001.

¹⁹ MENEZES CORDEIRO, Antônio. *Do abuso de direito: estado de questões e perspectivas*, p. 8. Disponível em <http://www.oa.pt/>. Acesso em 04 set. 2013.

²⁰ Contra, entendendo que o artigo 187 não consagra o abuso de direito, MARTINS-COSTA, Judith. A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do *venire contra factum proprium*. In: *Revista Forense*, vol. 376, nov.\dez., 2004, Rio de Janeiro: “Autorizada doutrina vê no art.187 do Código Civil a consagração da velha figura do abuso de direito. Ousamos discordar desse entendimento, pois vemos estampado naquele texto as balizas do exercício inadmissível de posição jurídica”.

²¹ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008, pp. 44-45.

O *venire* se insere dentro da função de controle ao abuso do direito²². Nas palavras de Nelson Rosendal e Cristiano Chaves, “o abuso do direito revela a contrariedade da conduta ao elemento axiológico da norma, não obstante o comportamento do agente preencher a morfologia do direito subjetivo que se pretende exercer”.²³

Sob uma perspectiva funcional, considera-se que todo direito possui limites, uma vez que não existem direitos absolutos. Se o exercício deste direito ultrapassa os limites impostos pelo ordenamento, caracterizado está o exercício abusivo deste direito, e se este causar dano a outrem (ou tiver potencialidade para causá-lo), o ordenamento deve reprimir esta conduta.

Trata-se, portanto, de uma função negativa da boa-fé objetiva, já que objetiva impedir determinada ação que pode vir a causar dano a terceiros²⁴. O instituto em estudo impede comportamentos contraditórios a outros anteriormente assumidos e que violem a legítima confiança alheia. Desse modo, a finalidade do princípio de proibição ao comportamento contraditório é excluir ou evitar o ato incoerente, podendo, portanto, ter um caráter repressivo ou preventivo.

Contudo, o *venire* não se fundamenta apenas na boa-fé objetiva. Apesar do seu imenso campo de aplicação, ainda existe relutância quanto à sua utilização em outros ramos do direito, como por exemplo, o direito público²⁵. Dessa maneira, um dos obstáculos à aplicação do princípio da proibição do comportamento contraditório aos demais setores do Direito seria sua fundamentação exclusivamente pautada no princípio da boa-fé objetiva, uma vez que este somente poderia ser aplicado às relações privadas, configurando-se como um óbice à sua extensão ao campo do direito público.

²² MENEZES CORDEIRO, Antônio. *Do abuso de direito: estado de questões e perspectivas*. Disponível em <http://www.oa.pt/>. Acesso em 04 set. 2013.

²³ ROSENDA, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito dos Contratos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, pp. 181-182.

²⁴ SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 3. ed. rev e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 89.

²⁵ A jurisprudência pátria, por exemplo, no campo do direito público, utiliza diversas vezes o *venire contra factum proprium*, mas sem fazer necessariamente alusão à boa-fé objetiva. Para tanto, basta conferir SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 3. ed. rev e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 220. Já os tribunais portugueses não relatam em aplicar a boa-fé ao direito público, consoante leciona Antônio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, “o impulso decisivo para a transplantação da boa fé no direito público foi dada, mais uma vez, pela jurisprudência. Apesar de algumas decisões negativas iniciais, que não deixaram sequelas, breve surgiu uma jurisprudência convicta favorável à boa fé”. MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 384.

Assim, o segundo fundamento do *venire contra factum proprium* é o princípio constitucional da solidariedade social. Não se pode mais conceber o homem como um ser fechado, isolado. O agir humano, portanto, se encontra limitado pela atuação de seus iguais. A liberdade de ação somente é legitimada na medida em que os interesses da coletividade são respeitados. Ou melhor, a liberdade humana somente é protegida se seu exercício for merecedor de tutela, eis que o agir autônomo de cada pessoa pressupõe o necessário caráter relacional que lhe é intrínseco.

Segundo Maria Celina Bodin de Moraes, “a solidariedade como valor deriva da consciência racional dos interesses comuns, interesses esses que implicam, para cada membro, a obrigação moral de «não fazer aos outros o que não se deseja que lhe seja feito»”.²⁶

Portanto, o *venire contra factum proprium* apresenta intrínseca relação com esse princípio constitucional. A solidariedade social, assim, impõe deveres de mútua cooperação entre as partes, de modo que o respeito à palavra dada é premissa básica para que essa cooperação se desenvolva.

Contudo, é inevitável a tensão existente liberdade e solidariedade. De um lado, a enorme maleabilidade de condutas humanas se baseia no direito à autodeterminação. De outro, o princípio da solidariedade social impõe respeito às situações de fato e de direito alheias.

Nesta ponderação de interesses, a solidariedade social deve, em regra, prevalecer. Assim propõe Maria Celina Bodin de Moraes:

*Não se trata somente de impor limites à liberdade individual, atribuindo inteira relevância à solidariedade social: o princípio cardeal do ordenamento brasileiro é o da dignidade da pessoa humana, que se busca atingir através de uma medida de ponderação que oscila entre os dois valores, ora propendendo para a liberdade, ora para a solidariedade.*²⁷

Assim, o instituto se pauta, sobretudo, em um preceito constitucional, o que justifica sua aplicação em todos os ramos do ordenamento jurídico.²⁸

²⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. Na medida da Pessoa Humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 241.

²⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. Na medida da Pessoa Humana. Rio de Janeiro, Renovar, 2010, p. 264.

²⁸ Como ensina Anderson Schreiber, “Esta vocação constitucional do *nemo potest venire contra factum proprium* impõe, aliás, sua aplicação a outros ramos do direito, como o direito societário, o direito tributário, o direito do trabalho, o direito internacional público, e assim por diante”. SCHREIBER, Anderson. A proibição

Por fim, o *venire* também encontra sustentação no valor da segurança jurídica. Nas palavras de João Baptista Machado, existe uma nítida correlação entre “o direito, a paz, e a segurança das expectativas. Assegurar expectativas e direccionar (sic) condutas são indubitavelmente funções primárias do direito”.²⁹

A convivência social depende, em certa medida, da confiança no ato praticado por outrem. Tornar-se-ia inviável o convívio se toda informação fornecida tivesse de ser submetida a um exame prévio de veracidade para ter eficácia. Daí a importância que recai sobre a confiança gerada quanto à palavra dada.

O *venire* atende, portanto, às necessidades mais elementares para a convivência social. Permite a estabilização das confianças geradas e a promoção e manutenção de um estado de “paz jurídica”.³⁰

Uma vez analisados os fundamentos do instituto, imperioso realizar uma análise sobre os requisitos para a aplicação do *venire* no direito brasileiro.

2. DOS REQUISITOS DE APLICAÇÃO

Como anotado anteriormente, o princípio da proibição ao comportamento contraditório não atua sobre todo e qualquer comportamento incoerente.³¹ Existem requisitos específicos para sua aplicação, e somente com a presença de todos eles é possível proibir determinada contradição.

Segundo Anderson Schreiber, o *venire contra factum proprium* possui quatro pressupostos de aplicação: a ação inicial (o *factum proprium*), a legítima confiança, a ação posterior e o dano ou potencial de dano.³²

de comportamento contraditório: tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. 3. ed. rev e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 220.

²⁹ MACHADO, João Baptista; CASTANHEIRA NEVES, Antônio. Tutela da confiança e “*venire contra factum proprium*”. Coimbra, In. Revista de legislação e de jurisprudência, Coimbra Editora, nº 3718-3729, 1985, p. 229.

³⁰ A “paz jurídica” que, ao lado da “justiça”, é referida como uma das expressões da própria “ideia de direito”. MACHADO, João Baptista; CASTANHEIRA NEVES, Antônio. Tutela da confiança e “*venire contra factum proprium*”. Coimbra, In. Revista de legislação e de jurisprudência, Coimbra Editora, nº 3718-3729, 1985, p. 230.

³¹ “Não é possível ao direito vedar, de forma absoluta, as contradições da conduta humana” MARTINS-COSTA, Judith. *A boa fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 470.

³² SCHREIBER, Anderson. A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. 3. ed. rev e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 131.

Portanto, o *venire contra factum proprium* pressupõe, por sua própria definição, duas condutas diretamente contraditórias uma a outra, na qual a segunda viola a legítima confiança que a outra parte tinha na manutenção de um comportamento inicial, e com isso, vem a causar um dano ou tem potencial de causar um.

O exame de todos esses requisitos é fundamental para detectar em quais situações o *venire* deve ser utilizado, a fim de evitar, assim, sua banalização.

2.1 A ação inicial (o *factum proprium*)

A própria noção de contradição pressupõe a existência de duas condutas, uma oposta à outra. Sendo assim, o primeiro requisito do *venire* consiste em uma ação inicial, vale dizer, o *factum proprium*.

Inicialmente, cumpre destacar que o vocábulo “ação” deve ser entendido em sentido amplo, abrangendo a ação como ato positivo em sentido estrito, e a omissão, em seu sentido negativo.

No caso da ação positiva, determinada conduta é praticada, o que leva a crer na outra parte que este comportamento inicial seria mantido, mediante o depósito de uma confiança legítima na outra parte.

Quanto à omissão, o autor deixa de realizar uma determinada conduta, geralmente durante determinado lapso temporal, que leva a crer na contraparte que esse vazio continuaria, ou seja, que o autor continuaria sem realizar conduta alguma.

A omissão pode ser lícita ou ilícita. Será lícita quando a omissão não decorrer de qualquer dever de agir. A outro giro, será ilícita justamente quando este dever de agir estiver presente e o agente permanecer inerte.

Para o *venire*, apenas interessa o conceito de omissão lícita, já que para a ilícita são reservados outros remédios específicos, como a imposição de multas pelo descumprimento de obrigações.

A omissão, mesmo que inicialmente lícita, também é capaz de gerar na parte contrária a legítima expectativa de que este não agir persistiria.

Nesse caso, figurará o instituto da *supressio*, que nada mais é do que uma subespécie do *venire*.³³

Já tivemos a oportunidade de sustentar que “o passar do tempo pode fazer desaparecer situações jurídicas que não foram exercidas durante um certo lapso por seu titular, desde que o não exercício tenha gerado um benefício para a outra parte, por acreditar que aquela situação ou direito não seria mais usado”.³⁴

A título ilustrativo, a *supressio* poderia ser perfeitamente aplicável em matéria de inquilinato. Suponha-se que haja um grande lapso de tempo entre a notificação para o término do contrato de locação (por prazo determinado), e a propositura da ação de despejo. Este longo período de omissão do locador pode gerar uma legítima expectativa no locatário de que o locador teria desistido da denúncia. Isso pode induzir a ineficácia daquela notificação (aviso prévio), impondo a renovação do contrato, mesmo a lei não prevendo prazo para a propositura da ação de despejo. Em nome da boa-fé objetiva, poderia o autor perder seu direito de propor ação de despejo pela omissão por tempo exagerado.³⁵

Em outro exemplo, basta imaginar que, em um contrato de trato sucessivo firmado entre devedor e credor, a data escolhida para a realização do pagamento foi o dia 5 de cada mês. Contudo, durante dois anos, o pagamento se deu no dia 20 de cada mês, sem qualquer oposição do credor. Por um grande lapso de tempo, o credor tacitamente aceitou o pagamento fora da data e, dessa forma, não pode se insurgir dois anos depois, propondo o inadimplemento do contrato por esse motivo.

Ademais, o *venire* demonstra a insuficiência do direito positivo³⁶ para regular todas as situações presentes na vida humana. O comportamento

³³ MARTINS, Guilherme Magalhães. A *supressio* e suas implicações. In. Revista Trimestral de Direito Civil, v. 32, out./dez., 2009.

³⁴ MARTINS, Guilherme Magalhães. A *supressio* e suas implicações. In. Revista Trimestral de Direito Civil, v. 32, out./dez., 2009, p. 143.

³⁵ MARTINS, Guilherme Magalhães. A *supressio* e suas implicações. In. Revista Trimestral de Direito Civil, v. 32, out./dez., 2009, p. 151.

³⁶ Como leciona Norberto Bobbio, em crítica a respeito do dogma da completude do ordenamento, ou seja, na crença absoluta de que no sistema jurídico não faltam nem sobram normas, confira: “o programa da sociologia jurídica foi o de mostrar, principalmente no início, que o Direito era um fenômeno social, e que portanto a pretensão dos juristas ortodoxos de fazer do direito um produto do Estado era infundada e conduzia a vários absurdos, como o de acreditar na completude do Direito codificado”. BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. São Paulo: Polis; Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1989, p. 125.

humano é extremamente diversificado, de forma que é impossível, mesmo com a colossal quantidade de normas positivadas pelo ordenamento, regular especificamente todas as formas de atuação humana.

É sobre estes comportamentos, mantidos à margem das categorias vinculantes do direito positivo (em especial o ato jurídico e o negócio jurídico), que incide o instituto em estudo³⁷. O que se pretende dizer é que o *venire* deverá atuar apenas na ausência de norma específica regulando a situação³⁸. Logo, se, por exemplo, existir uma regra positivada pelo ordenamento regulando uma situação concreta específica, esta deve ser aplicada, e não o *venire*.

Significa que o *venire* deve ser aplicado de forma excepcional e subsidiária. Isto não quer dizer, contudo, que apenas deve ser invocado se pairar sobre a situação concreta um verdadeiro vazio normativo. No gigante arcabouço normativo atual, com a já pacífica tese da normatividade dos princípios, muito rara é a situação na qual não exista nenhuma norma regulando determinado fato.

A utilização do *venire* demonstra a insuficiência do direito positivo, mas o ordenamento não é composto apenas por normas positivadas, existindo aquelas que se leem implícitas (como o princípio constitucional da razoabilidade e o próprio *venire*). Não se está a afirmar, contudo, que o ordenamento é absolutamente completo, tal como queria a escola da exegese³⁹. O ordenamento possui lacunas, já que, como afirma Norberto Bobbio, “se existem duas soluções, ambas possíveis, e a decisão entre as duas cabe ao intérprete, uma lacuna existe e consiste justamente no fato de que o ordenamento deixou impreciso qual das duas soluções é a pretendida”.⁴⁰

Os princípios, geralmente, são normas abstratas e gerais, não regulando uma situação específica. Significa dizer que mesmo existindo um princípio vago e abstrato que incida sobre o caso concreto, o *venire*

³⁷ SCHREIBER, Anderson. A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e *venire* contra *factum proprium*. 3. ed. rev e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 126.

³⁸ Vale destacar trecho de SARMENTO, Daniel, O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades, Disponível em <http://isisbollbastos.wordpress.com/>. Acesso em 04 set.2013: “Neste contexto, os operadores do Direito são estimulados a invocar sempre princípios muito vagos nas suas decisões, mesmo quando isso seja absolutamente desnecessário, pela existência de regra clara e válida a reger a hipótese”.

³⁹ BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. São Paulo: Polis; Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1989, p. 121.

⁴⁰ BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. São Paulo: Polis; Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1989, p. 137.

poderá ser utilizado, porque específico para preencher a lacuna deixada pela imprecisão do ordenamento.⁴¹

Portanto, o uso subsidiário do *venire* deve ser interpretado como a ausência de uma norma específica e vinculante incidindo sobre a situação concreta. Se existir alguma norma específica, apta a regular a situação concreta, o instituto do *venire contra factum proprium* não deve ser aplicado.

Constata-se, portanto, a conhecida regra do predomínio da norma especial sobre a geral. Em certas situações, o *venire* será tido como específico, e nestes deve ser aplicado. Em outros, será classificado como geral, e sua invocação é dispensada.

É, portanto, um instituto não reconhecido de forma expressa pelo ordenamento, mas nem por isso necessita de um vazio normativo para sua aplicação. O ordenamento positivo não chega perto de contemplar todas as atividades humanas, razão pela qual hão de existir institutos extralegais para dar conta destas situações.

Fica claro, portanto, que, se determinado dispositivo de lei proíbe ou permite expressamente determinada conduta, não se faz necessário invocar o *venire*, pois já existe uma regulação legal específica e precisa para a questão. Igualmente, se uma parte praticar ato que fere determinada norma contratual, implicará em inadimplemento, e mesmo que esse descumprimento seja contraditório, o *nemo potest venire contra factum proprium* não deve ser invocado, pois já existe um acordo de vontades que regula a situação.

Como consequência, o *factum proprium* é uma conduta inicialmente não vinculante à luz do direito positivo, mas que, como nas palavras de Anderson Schreiber:

*[...]passa a ser vinculante apenas se e na medida em que gera uma confiança legítima na sua conservação. Não pode, por esta razão, ser definido, a priori, como "conduta vinculante", já que vinculante somente será se presentes os demais pressupostos de incidência da proibição do comportamento contraditório [...].*⁴²

⁴¹ Exemplificando, imagine dois comportamentos contraditórios, onde ambos, em tese, poderiam ser resolvidos com base no *venire*. Contudo, na primeira delas, além do *venire*, incide também o princípio da razoabilidade, que não regula precisamente a situação concreta. Estes dois, assim, podem ser utilizados em conjunto. Mas, se num segundo caso, houver expressa cláusula contratual proibindo a contradição, não há necessidade de se invocar o *venire*, tendo em vista a existência de norma específica.

⁴² SCHREIBER, Anderson. A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. 3. ed. rev e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 129.

Em princípio, o agente estava livre para optar por praticar qualquer conduta. Mas no momento em que a escolher, e esta gerar na outra parte a legítima confiança na sua manutenção, a conduta inicial se tornará vinculante.

O *factum proprium*, assim, possui o condão de fazer nascer na outra parte o principal requisito de aplicação do *venire*: a legítima confiança.

2.2 A legítima confiança

A grande finalidade do *nemo potest venire contra factum proprium* é justamente a tutela de uma confiança legítima⁴³. Assim sendo, a proibição ao comportamento contraditório só irá incidir a partir momento em que a conduta inicial gerar na parte contrária a legítima confiança na manutenção do comportamento inicial.

Nas palavras de Menezes Cordeiro, “a pessoa que confie, legitimamente, num certo estado de coisas não pode ser tratada como se não tivesse confiado: seria tratar o diferente de modo igual”.⁴⁴

Duas observações devem ser feitas sobre este requisito. A primeira delas é que não é qualquer confiança que deve ser tutelada, e sim a confiança específica de manutenção de um comportamento inicial.

Suponha-se que, por exemplo, alguém firme um contrato de financiamento com um banco para aquisição de uma casa. Junto com o contrato, a pessoa gera em si mesma a legítima confiança de que dias melhores virão. Em momento futuro, o devedor percebe que se endividara demais, o que frustra seus planos de melhoria de vida. No dado exemplo, o contrato fez gerar uma confiança de dias melhores que foi quebrada pelo endividamento. Nem por isso incide *venire contra factum proprium* no comportamento do banco.

Isso por que não foi quebrada a legítima confiança específica de manutenção de um comportamento inicial, que era contrair um

⁴³ Vale ressaltar que, como já foi dito, o princípio da confiança é necessário para assegurar a própria segurança do convívio social. Nesse sentido, “o pensamento da confiança aparece frequentemente associado à necessidade de segurança jurídica”. MACHADO, João Baptista; CASTANHEIRA NEVES, Antônio. Tutela da confiança e “*venire contra factum proprium*”. Coimbra, In. Revista de legislação e de jurisprudência, Coimbra Editora, nº 3718-3729, 1985, p. 294.

⁴⁴ MENEZES CORDEIRO, Antônio. Do abuso de direito: estado de questões e perspectivas. Disponível em <http://www.oa.pt/>. Acesso em 04 set. 2013.

financiamento naquela forma específica (este era o *factum proprium*). Houve aqui a quebra de uma confiança que é meramente consequência da ação inicial, e não ela própria.⁴⁵

Assim, somente a confiança específica de manutenção de um comportamento anterior, de que as coisas continuariam como estavam, pode atrair a incidência do *venire*.

A segunda nota é que essa confiança deve ser legítima. Como ensina Anderson Schreiber:

*[...] não basta, todavia, o estado de confiança; é preciso que tal confiança seja legítima, no sentido de que deve derivar razoavelmente do comportamento inicial. Assim, a ressalva expressa de possibilidade de contradição exclui, a princípio, a legitimidade da confiança [...]*⁴⁶

Não basta, contudo, um fato inicial que desperte na outra parte a legítima confiança na sua manutenção. É preciso haver um comportamento posterior que, contradizendo diretamente o *factum proprium*, quebra a legítima confiança na sua manutenção.

2.3 Comportamento Posterior

Não existe contradição com uma conduta apenas. Uma ação contraditória o é necessariamente à outra.

Deve existir uma ação inicial, um *factum proprium* que gere a legítima confiança na sua manutenção, mas também deve haver uma conduta posterior, apta a quebrá-la e então configurar o *venire*.

Posto que a ação inicial nasce não vinculante, mas se torna vinculante quando desperta na outra parte a legítima expectativa de sua manutenção, o agente se encontra obrigado, portanto, pela ação inicial, a manter sua conduta.

É aqui que surge, no mundo fático, o comportamento contraditório proibido, pois a vinculação à conduta inicial proibia que o agente tomasse uma conduta contraditória, e mesmo assim ele a pratica.

⁴⁵ O fato parece óbvio, mas é motivo de equívoco em alguns julgados do STJ, como será visto adiante.

⁴⁶ SCHREIBER, Anderson. A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e *venire* contra *factum proprium*. 3. ed. rev e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 143.

Cabe a observação de que o comportamento posterior deve ser mantido às margens do direito positivo e das regulamentações contratuais. Caso o agente pratique uma conduta posterior que possui proibição expressa no direito positivo, ela será combatida com muito mais propriedade pelas normas específicas que a proíbem.

Logo, a única vinculação deve ser a gerada pelo *factum proprium*. Se não fosse ele, o agente estaria livre para praticar qualquer conduta, mas deve se ater ao seu dever de manter o comportamento exercido inicialmente.

De acordo com Antônio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, “só se considera como *venire contra factum proprium* a contradição directa (*sic*) entre a situação jurídica originada pelo *factum proprium* e o segundo comportamento do autor”.⁴⁷

Sobre um mesmo ato, diversos tipos de confiança podem ser gerados, e todos estes podem ser rompidos. O *venire* incidirá como instrumento de proibição de ruptura apenas da legítima confiança de manutenção no *factum proprium*. Se assim o é, apenas a contradição direta entre duas condutas pode romper com essa confiança específica.

Não basta um leve desvirtuamento, ou uma mera incoerência. É necessária uma contradição direta, uma ação, e sua extrema oposição, um antagonismo direto entre o *factum proprium* e a ação posterior.

Por fim, não se exige o dolo de contradição. Basta apenas a conduta objetivamente analisada, pouco importando o *animus* do agente. O *venire* embarca na tendência de objetivação do Direito atual, na qual se dispensa a perquirição sobre os estados subjetivos que levaram à prática da ação, tendo por preferência a análise das condutas em si.

2.4 Dano ou potencial de dano

Por último, deve-se analisar a lesividade da conduta contraditória. Mesmo que os três anteriores requisitos estejam presentes, não se imputará uma responsabilidade àquele que, nem em tese, poderia causar dano com

⁴⁷ MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. Da boa fé no direito civil. Coimbra, Editora Almedina, 2001, p. 746.

a sua conduta contraditória. Ademais, este dano causado pode ser tanto moral quanto patrimonial.

O *venire*, ainda, pode atuar de forma preventiva ou repressiva, como ensina João Baptista Machado:

*A responsabilidade pela confiança funciona em regra em termos preventivos, paralisando o exercício de um direito ou tornando ineficaz aquela conduta declarativa que, se não fosse contraditória com a conduta anterior do mesmo agente, produziria determinados efeitos jurídicos. É teoricamente admissível, porém, que uma conduta declarativa destinada a produzir certo efeito jurídico, mas contrária à boa-fé, não veja recusada essa eficácia jurídica, mas em compensação, dê origem a uma obrigação de indenizar.*⁴⁸

3. O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: UM BALANÇO CRÍTICO

Analisados os fundamentos e os pressupostos de aplicação do *venire*, investiga-se a partir da análise alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça, a recepção deste princípio na jurisprudência brasileira. Tal empreitada se mostra relevante na medida em que revela os riscos da superutilização do princípio de proibição do comportamento contraditório. Tal constatação decorre da aplicação supérflua do *venire*, ou ainda, em situações onde não se mostram preenchidos seus requisitos.

Cabe salientar, contudo, a recente trajetória do instituto na jurisprudência pátria. Judith Martins-Costa aponta como *leading case*, um acórdão proferido pelo STF sob a lavra do Ministro Leitão Abreu, em 1978.⁴⁹

Como apontado anteriormente, a repugnância ao comportamento incoerente vem encantando a todos, e a “musicalidade de sua forma latina”, à luz da lição de Menezes Cordeiro, vem atraindo para si todos

⁴⁸ MACHADO, João Baptista; CASTANHEIRA NEVES, Antônio. Tutela da confiança e “*venire contra factum proprium*”. In Revista de legislação e de jurisprudência, Coimbra: Coimbra Editora, n. 3718-3729, 1985, p. 297.

⁴⁹ MARTINS-COSTA, Judith. A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do *venire contra factum proprium*. In Revista Forense, vol. 376, nov.\dez., 2004, Rio de Janeiro, p. 116. STF, RE nº 86.782-2/RS, jul. em 20.10.1978.

os olhares. Contudo, a superpopularidade do *venire* pode ocasionar um efeito colateral indesejado: a banalização do instituto.

3.1 O comportamento contraditório e a ausência de outorga uxória⁵⁰

O julgamento do Recurso Especial 95.539-SP, relatado pelo ministro Ruy Rosado de Aguiar, é um dos primeiros casos de aplicação do *venire* no direito pátrio. A despeito de não ser o pioneiro, certamente conferiu grande visibilidade ao instituto que, a partir deste momento, passou a ser mais estudado no Brasil.

Ademais, cabe ressaltar que neste caso, inequivocamente, o *venire contra factum proprium* foi aplicado de maneira paradigmática pelo ministro relator Ruy Rosado de Aguiar.

O caso concreto envolve a promessa de compra e venda de bem imóvel. Ocorre que, no ato do contrato, o promissário vendedor não requereu a outorga uxória do seu cônjuge. Como se sabe, no direito pátrio, é necessário a anuência do cônjuge para a alienação de bem imóvel. Essa anuência é denominada de “outorga uxória”, e encontrava-se presente no Código Civil vigente à época, e também no atual (artigo 1647).

Assim sendo, a esposa do promissário vendedor não assinou o contrato e, portanto, não deu seu consentimento formal e expresso à avença.

Mesmo assim o imóvel foi vendido. Permaneceu o comprador na posse mansa e pacífica do imóvel, sem qualquer oposição dos vendedores, durante o longo período de 17 anos. Eis que então, após este longo período de inércia, os vendedores (marido e esposa), se insurgem contra o negócio jurídico realizado, requerendo sua anulação justamente com base na ausência da outorga uxória do cônjuge virago.

Como bem entendeu o Ministro Ruy Rosado de Aguiar, os vendedores incorreram em *venire contra factum proprium* (mais precisamente, em *supressio*), já que aceitaram tacitamente aquele contrato como válido, por 17 anos, mesmo sem a outorga uxória.

⁵⁰ REsp 95.539 – SP – Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, quarta turma do STJ, data do julgamento 03/09/1996.

Cabe observar que, decorrido este longo período, a esposa aceitou tacitamente o contrato. Assim, gerou na outra parte a legítima confiança de que o contrato era válido e eficaz, e que podiam desfrutar livremente do novo imóvel. Ao requerer a anulação do contrato justamente por falta de um aceite que ela própria deveria ter dado, comete ato contraditório passível de proibição, já que é quebrada a legítima confiança de persistência daquela omissão ou inatividade.

Nas palavras do relator:

*Para ter o comportamento da mulher como relevante, lembro a importância da doutrina sobre os atos próprios. O direito moderno não compactua com o venire contra factum proprium, que se traduz em uma posição jurídica em contradição com o comportamento anteriormente assumido*⁵¹

Não há aqui outra regra específica que expressamente regule a situação. Portanto, extremamente precisa e necessária foi a utilização do *nemo potest venire contra factum proprium* para proibir a conduta contraditória nesse caso. Pelo contrário, se a regra positiva fosse interpretada literalmente, os vendedores incoerentes sairiam vencedores na causa, e conseguiriam a anulação do negócio mesmo 17 anos depois de celebrado.

Trata-se um julgado emblemático, de extrema importância para o instituto em questão, tendo em vista que o destacou no cenário doutrinário e jurisprudencial brasileiros.

Contudo, ainda há um número expressivo de julgados que utilizam o *venire contra factum proprium* de forma equivocada ou desnecessária, banalizando o instituto e mitigando seu real significado, como será visto a seguir.

3.2 O *venire* na seara do Direito Processual Penal.⁵²

Este caso versa sobre o julgamento de um *habeas corpus*, o que

⁵¹ Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. Recurso Especial 95.539/SP. 4ª Turma. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. CONSENTIMENTO DA MULHER. ATOS POSTERIORES. “VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM”. BOA-FE. PREPARO. FÉRIAS. Relator min. Ruy Rosado de Aguiar

⁵² Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. Habeas Corpus nº206.706/RR. 6ª Turma. HABEAS CORPUS. PECULATO E FORMAÇÃO DE QUADRILHA. ARGUIÇÃO DE SUSPEIÇÃO DE MAGISTRADO. IMPROCEDÊNCIA. Relator min. OG Fernandes. DJe 21 mar. 2012. DJ 14 out. 1996, p. 39015

demonstra o anteriormente afirmado, de que o *venire contra factum proprium* pode ser aplicado em todos os ramos do ordenamento jurídico, devido ao seu fundamento constitucional.

O caso trata, em origem, do julgamento de supostos delitos praticados pelo Governador de Roraima à época de seu mandato, acusado de ser o mandante de crimes praticados no desvio de verbas públicas.

Ocorre que, no desenvolver do processo, o político começa a pedir insistentemente para se reunir com o juiz fora do âmbito da Corte. Depois de várias tentativas fracassadas, o juiz acaba sucumbindo às investidas do político, e resolve promover a reunião.

Com isso, alega o impetrante que, diante do evento, a imparcialidade do juiz estaria comprometida, pelo simples fato de ter este se reunido com uma das partes fora do tribunal, para tratar de questões relativas ao processo, razão pela qual deveria ser declarada a suspeição do magistrado.

O STJ entendeu por bem negar provimento ao *habeas corpus*, mas, entre outros argumentos corretos, aduz ter ocorrido *venire contra factum proprium*, vez que fora o próprio réu que provocou a reunião, razão pela qual não pode se valer dela para se beneficiar da suspeição.

De fato, o *venire* poderia ser utilizado no caso, se não houvesse dispositivo expresse regulando certamente a situação. Trata-se da norma contida no artigo 256 do Código de Processo Penal. Este diz que “a suspeição não será declarada nem reconhecida, quando a parte injuriar o juiz, ou de propósito der motivo para criá-la”.

Como foi visto, o *nemo potest venire contra factum proprium* deve ser aplicado de maneira subsidiária, de modo que não haja nenhuma lei positiva regulando expressamente a situação.

É bom ser retomado que nem por isso o instituto ficará restrito aos casos de vazio normativo, tido como aqueles onde não há normas para regular o fato, já que tais casos são de rara existência.

Neste caso, o relator apresentou diversos argumentos, todos idôneos para embasar sua decisão. Para que então se invocar um instituto que deve ser aplicado de forma? Constata-se a desnecessidade da utilização do *venire* neste caso.

Se determinado instituto é aplicado em demasia, perde sua essência. No caso, a banalização pode gerar consequências drásticas. Estar-se-ia proibindo a contradição em casos onde ela não deve ser proibida. É lícito às partes virem a se arrepender de seus atos futuramente.

3.3 A aplicação do princípio de proibição ao comportamento contraditório e a responsabilidade civil do Estado⁵³

Trata-se, em origem, de ação indenizatória movida em face do Estado do Espírito Santo, pelo fato de ter sido a autora atingida por disparos em via pública após perseguição de policiais militares a criminosos, com consequente troca de tiros.

O Estado pauta sua defesa sobre a alegação de não existir nenhuma prova de que a bala que atingiu a vítima realmente saiu da arma de um policial.

Isso porque o Estado, competente para concluir o inquérito policial e o exame de balística, quedou-se inerte por longos anos, sem realizar as diligências necessárias para o esclarecimento dos fatos, a fim de confirmar de onde partiu o projétil que atingiu a autora.

Ainda, ficou constatado, por depoimentos, que o fugitivo estava impossibilitado de responder aos disparos, uma vez que se encontrava dirigindo um veículo.

O argumento da defesa do Estado, entretanto, é que, por não existir exame de balística apto a elucidar a verdade dos fatos, seria impossível imputar-lhe a responsabilidade, uma vez que não poderia se concluir de forma definitiva que o projétil realmente partiu da arma de um policial.

O STJ entendeu que haveria *venire contra factum proprium* no fato de o Estado alegar a inexistência (por 28 anos) do exame de balística para se eximir da culpa, sendo este próprio o competente para fazê-lo.

Contudo, um olhar mais atento revela que os requisitos de aplicação

⁵³ Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. Recurso Especial 1236412/ES. 2ª Turma. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DISPAROS EM VIA PÚBLICA EFETUADOS EM PERSEGUIÇÃO POLICIAL. “BALA PERDIDA” QUE ATINGIU ADOLESCENTE. DANOS ESTÉTICOS. VENIRE CONTRA FACTUM PRÓPRIUM. Relator min. Castro Meira. DJe 17 fev. 2012.

do instituto não se encontram presentes. Falta aqui o elemento essencial para a caracterização do *venire*: a ruptura de uma legítima confiança na manutenção do comportamento inicial.

Ao não proceder, por 28 anos, ao exame de balística, nenhuma confiança específica é depositada, no sentido de que o Estado persistiria em não realizá-lo. Se o aparelho estatal falhou em matéria de segurança pública, inviabilizando dito exame pericial, incorre contradição a ser imputada à administração pública.

Ainda, a contradição entre as duas condutas não é direta. Contradição direta haveria, se o Estado não realizasse o exame por 28 anos, quando, subitamente, decide fazê-lo. Caso a realização do exame violasse a legítima confiança de alguém e causasse um dano, aí sim poderia incidir o *venire*. Mas não é essa a hipótese do julgado.

Falta, portanto, o requisito da legítima confiança de manutenção de um comportamento inicial, e o do comportamento posterior que entre em contradição direta com o *factum proprium*.

3.4 *venire* e a oportunidade de emenda à petição inicial⁵⁴

Neste caso, é discutida a possibilidade de revisão contratual de um negócio jurídico firmado entre uma sociedade comercial e um banco.

O tribunal estadual indeferiu a petição inicial por falta de um documento essencial à demanda: o próprio contrato que se pretendia revisar. Entretanto, o autor alegou que deveria ter sido intimado para emendar a inicial antes de vê-la indeferida por inépcia, trazendo ao juízo, assim, o documento reputado como essencial.

Ocorre que em determinado momento do processo, aquela pessoa jurídica alegou não possuir cópias do referido instrumento contratual. Tal fato, na visão do julgador, consistiria *venire contra factum proprium*, já que, num primeiro momento, a sociedade alegou não possuir cópias

⁵⁴ Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. Recurso Especial nº 1.094.223/MG. 4ª Turma. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FEITO. EXTINÇÃO. EMENDA. INICIAL. INTIMAÇÃO PRÉVIA. DOCUMENTO FALTANTE. ALEGAÇÃO DA PARTE DE NÃO POSSUÍ-LO. IMPROVIMENTO. Relator min. Aldir Passarinho Junior. DJe, 10 set. 2010.

do contrato, e depois quer ser intimada para trazer a juízo o referido instrumento, que alegou não possuir.

Contudo, o fato de a autora alegar que, naquele momento, não possuía consigo o contrato, não significa que nunca o teria. É plenamente possível a obtenção do instrumento contratual junto à instituição bancária em momento posterior ao ajuizamento da demanda.

Neste sentido, nenhuma confiança pode ser quebrada, já que nem chegou a ser gerada. O fato de não ter consigo, naquele momento, o instrumento contratual, não faz nascer legítima confiança de que a sociedade nunca o conseguiria.

Além disso, o STJ entendeu que, tendo o juízo *a quo* se omitido quando à possibilidade de o banco trazer a juízo o contrato, não poderia o Tribunal Superior opinar nessa matéria, já que a súmula 7 daquele tribunal veda o reexame do material fático-probatório.

Contudo, isso nada tem a ver com o argumento do *venire* utilizado para negar procedência ao recurso. As provas, é verdade, não podem ser reexaminadas no Superior Tribunal de Justiça, mas isso não gera a impossibilidade de emenda à inicial, pois é perfeitamente possível a anulação do julgado *a quo*, para que então seja a parte intimada a emendar a inicial.

A vedação ao reexame de provas em nada afeta a possibilidade de anulação do acórdão estadual. Ou seja, o STJ aceita que é possível a anulação do julgado estadual, embora inútil, como se percebe do seguinte trecho do acórdão:

[...] Como se vê, ainda que a jurisprudência deste Superior Tribunal seja assente no sentido de que é direito da parte ser intimada para emendar a petição inicial antes de tê-la indeferida, a anulação do acórdão estadual para tal fim, ante as peculiaridades do caso concreto, seria providência inútil e procrastinatória, haja vista que a própria autora alega não possuir os documentos reputados essenciais pela instância recorrida. (...) Desse modo, a pretensão de anular o julgado combatido para que a parte seja intimada a emendar a inicial com documentos que alegou não possuir é comportamento contraditório, que atenta contra o princípio do nemo potest venire contra factum proprium, amplamente aceito na jurisprudência pátria⁵⁵

⁵⁵ Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. Recurso Especial nº 1.094.223/MG. 4ª Turma. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FEITO. EXTINÇÃO. EMENDA. INICIAL. INTIMAÇÃO PRÉVIA. DOCUMENTO FALTANTE. ALEGAÇÃO DA PARTE DE NÃO POSSUÍ-LO. IMPROVIMENTO. Relator min. Aldir Passarinho Junior. DJe, 10 set. 2010.

Assim, a vedação ao reexame de provas em nada afeta o mau uso do *venire*. Se não é possível reexaminar as provas, é possível anular o julgado estadual para então ser a parte intimada a emendar a inicial, como admite o próprio julgado.

E nesse sentido, ao afirmar, em dado momento, que não se possui determinado documento, não se gera na outra parte a legítima expectativa de que nunca o teria. Se nenhuma confiança é gerada, não pode haver a incidência do *venire contra factum proprium*.

A partir da análise de alguns julgados, pode-se constatar que o STJ tem aplicado o princípio da proibição ao comportamento contraditório sem atentar à presença dos requisitos essenciais para sua configuração. Cabe ressaltar, ainda, que a legítima confiança – justamente o requisito mais importante, que fundamenta a proibição do comportamento contraditório – tem sido o pressuposto menos observado.

CONCLUSÃO

Conforme visto, não existe uma proibição geral ao comportamento contraditório. Apenas circunstâncias especiais podem levar à sua vedação.⁵⁶

Não se pode proibir todos os comportamentos contraditórios. Caso contrário, nas lições de Menezes Cordeiro, “todo o relacionamento social converter-se-ia em um edifício rígido de deveres irrecusáveis”⁵⁷. Seria sempre vedado o arrependimento, quando “faz parte da natureza humana o ‘voltar atrás’, a faculdade de poder rever seus conceitos e determinações”⁵⁸.

Porém, a mutabilidade das decisões humanas não é compatível com a rigidez causada pela superutilização do *venire*. A própria concepção de ciência possui intrínseca a ideia de mutabilidade. Como já afirmou Heráclito, filósofo grego pré-socrático “No mundo tudo flui, tudo se transforma, pois a essência da vida é a mutabilidade, e não a permanência”.

⁵⁶ MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Editora Almedina, 2001, p. 751.

⁵⁷ MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Editora Almedina, 2001, pag. 750

⁵⁸ PASINI, Fabíola. *Venire contra factum proprium como limite positivo à autonomia da vontade*: elementos característicos. Brasília, 2007, p. 100.

Uma dose de segurança jurídica é necessário para o próprio funcionamento do sistema. Por outro lado, uma rigidez inflexível dos comportamentos humanos tornaria inviável a convivência humana. O *venire*, se corretamente utilizado, tutela exatamente o meio termo: fornece segurança no tocante à manutenção da conduta que desperte na outra parte a legítima confiança na sua manutenção, mas também permite o arrependimento.

É razoável que, em alguns casos, a pessoa possa se arrepender de seus atos, e tomar atitudes incoerentes com outras tomadas anteriormente, desde que isso não atente contra a legítima confiança da outra parte.

Em síntese, os tribunais pátrios, ao não utilizar o *venire* atentando para seus requisitos, provocam seu desvirtuamento, além de enrijecer indevidamente a enorme gama de comportamentos humanos, causando desequilíbrio no binômio liberdade-responsabilidade.

The application of the principle of prohibition of contradictory behavior in Superior Court of Justice: some reflections

Abstract: the repugnance to the incoherent behavior and the musicality of the latin expression *venire contra factum proprium* has delighted everyone. In the last decades, the principle of forbiddance the contradictory behavior is gaining prominence in doctrine e jurisprudence of Brazil. However, the *venire contra factum proprium* has been used as a weapon against all contradictory behaviors, don't noting their specific requirements. Therefore, crucial is to analyses their foundations and requirements, in order to avoid the grievous consequences of the overutilization of the institute could have, such as: the stiffening of social relations, and the lost of the true essence of the institute.

Key-words: *venire contra factum proprium*; contradictory behavior; overutilization; objective good faith; abuse of rights.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. São Paulo: Polis; Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1989.

GOMES, Orlando. Contratos. 26. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MACHADO, João Baptista; CASTANHEIRA NEVES, Antônio. Tutela da confiança e “venire contra factum proprium”. In. Revista de legislação e de jurisprudência, Coimbra: Coimbra Editora, n. 3718-3729, 1985.

MARTINS, Guilherme Magalhães. A supressio e suas implicações. In Revista Trimestral de Direito Civil, v. 32, out./dez., 2009.

MARTINS-COSTA, Judith. A boa fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. O direito privado como um sistema em construção: As cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. Disponível em <http://www.ufrgs.br/>. Acesso em 04 set. 2013.

_____. A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do venire contra factum proprium. In Revista Forense, vol. 376, Rio de Janeiro, nov.\ dez., 2004.

MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. Da boa fé no direito civil. Coimbra: Almedina, 2001.

_____. Do abuso de direito: estado de questões e perspectivas. Disponível em <http://www.oa.pt/>. Acesso em 04 set. 2013.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Na medida da Pessoa Humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

NEVES, José Roberto de Castro. Boa fé Objetiva: Posição atual no ordenamento jurídico e perspectivas de sua aplicação nas relações contratuais. In Revista Forense, vol. 351, set., 2000.

PASINI, Fabíola. Venire contra factum proprium como limite positivo à autonomia da vontade: elementos característicos. Brasília, 2007.

PINTO, Paulo Mota. Sobre a proibição do comportamento contraditório (venire contra factum proprium) no direito civil. In Revista Trimestral de Direito Civil, v.16, out./dez., 2003.

ROPPO, Enzo, O contrato. Coimbra: Livraria Almedina, 1988.

ROSENVALD, Nelson e FARIAS; Cristiano Chaves de. Direito dos Contratos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SARMENTO, Daniel, O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. Disponível em <http://isisbollbastos.wordpress.com/>. Acesso em 04 set. 2013

SCHREIBER, Anderson. A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium. 3. ed., rev. e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

A INTERPRETAÇÃO É O ÚNICO JOGO NA CIDADE?

*José Alfredo dos Santos Júnior - Doutorado pela Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra, Portugal*

INTRODUÇÃO

Poderíamos iniciar nosso percurso invocando o seguinte trecho: *“Perchè gli episodi sono pur necessari, anzi costituiscono la parte principale di un racconto storico, vi abbiamo introdotto la esecuzione di cento cittadini impiccati sulla pubblica piazza, quella di due frati abbruciati vivi, l'apparizione d'una cometa, tutte descrizioni che valgono per quelle di cento tornei, e che hanno il pregio di sviare più che mai la mente del lettore dal fatto principale”*¹. E porque razão? Simplesmente porque tentaremos discutir a relação entre direito e literatura no universo da pragmática da leitura, que a partir dos anos 60 tem formulado muitas teorias sobre o Leitor e o Autor². Elegemos como interlocutor privilegiado Stanley Fish, que no decorrer das laudas compartilharemos algumas de suas angústias e frustrações, sem evidentemente excluir o seu discurso das *“comunidades interpretativas”*, a crítica ao *“chain novel”* (Dworkin), a *intentio operis* (Eco), a negação de existência de uma posição textualista e todo o seu esforço retórico para descortinar o véu da ignorância que supostamente envolveria os princípios.

Na verdade, este arremedo de introdução não passa de um convite ao leitor para explorarmos as dificuldades decorrentes da aproximação entre o direito e a literatura, sobretudo no campo da interpretação jurídica.

¹ TENCA, Carlo, *La ca' dei cani*, Guida Editore apud ECO, Umberto, *Il Cimitero di Praga*, Romanzo Bompiani, Milano, 2010, p. 6

² ECO, Umberto, *I Limiti Dell'Interpretazione* (1985), tradução de José Colaço Barreiros, Difel, Lisboa, p. 21.

1. O desafio da interdisciplinariedade no universo do direito e da literatura

Tornouse um lugar comum dizer-se que as relações entre Direito e Literatura devem ser exploradas numa perspectiva de desafio de *interdisciplinariedade*. Mas será possível uma verdadeira *interdisciplinariedade* entre Direito e Literatura? Se por um lado a experiência da modernidade denuncia uma tentativa de domínio metodológico das ciências sociais empírico-explicativas, por outro o que pode dar errado, “*when a legal scholar tries to escape confinement and write about constitutional law from the perspective of the humanities?*”³. A própria expressão *Law and* pode dar causa a alguns questionamentos “‘*law and*’ paradoxically signifies both law’s welcoming of other disciplines and its continued separation from them”⁴.

Balkin sugere que a interdisciplinariedade ocorre quando diferentes disciplinas tentam colonizar umas as outras e que a colonização do conhecimento jurídico nunca poderá ser inteiramente bem-sucedida, porque o direito está fundado na lei, e não na academia⁵. Ora precisamente, a partir de uma leitura muito particular, se não surpreendente Balkin invoca Foucault para definir a disciplina não como uma simples escolha individual ou como uma procura individual pela verdade, mas como o produto de forças sociais de normalização e educação. Se tal assertiva for verdadeira, em qualquer disciplina, as relações seriam de poder e autoridade tendentes a preservar sua autonomia e reprodução em outras⁶. Assim as disciplinas ofereceriam formas de conhecimento cultural, o que Balkin denomina “*cultural software*”⁷. As disciplinas seriam tão somente mecanismos de reprodução tendencialmente comprometidos com a transmissão do “*cultural software*” aos seus membros para que este possam transmitir aos seus sucessores. Deste modo, o “*cultural software*” que constitui

³ BALKIN, J. M., *Interdisciplinarity as Colonization* in Wash & Lee L. Rev. 949 (1996), p. 1.

⁴ Ibid., p. 2

⁵ Ibid., p. 3. BALKIN, Jack. M. e LEVINSON, Sanford. V., *Law and the Humanities: An Uneasy Relationship*, in Yale Journal of Law and the Humanities, Vol. 18, p. 173174, 2006. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=939068>

⁶ Ibid., p. 4.

⁷ Ibid., p. 5. Quanto à metáfora “*cultural software*” ver *Ideology as Cultural Software*, in Cardozo L. Rev. 16 (1995), p. 12211225 e principalmente, BALKIN, Jack, *Cultural Software: A Theory of Ideology*, New Haven e London: Yale University Press, 1998, p. 15. A metáfora sugere uma analogia entre o conhecimento cultural (“*cultural know-how*”) e um programa de computador (“*computer software*”) que formaria o “*cultural software*” que seriam as informações culturais que as pessoas podem assimilar. Se por um lado o programa cultural representa a informação cultural individualmente experimentada, por outro, sugere o reconhecimento da possibilidade desse *software* evoluir, modificar-se numa aceção assumidamente coletiva.

cada disciplina seria produzido e reproduzido através da educação e dos rituais da disciplina. Portanto cada disciplina participaria da sobrevivência e da reprodução do seu próprio “*cultural software*”⁸. Nesta leitura quase darwiniana é improvável um diálogo construtivo entre Direito e Literatura!

Para Balkin a disciplina não é uma unidade homogênea e sempre num fluxo contínuo e unidirecional. Além disso, a disciplina é produto da interação dos seus diversos membros. Sem excluir evidentemente que esta interação será distinta, em razão da exposição dos membros à diferentes influências. Também e ainda o seu “*cultural software*” é reproduzido nos outros membros com expressiva ariação e transformação⁹. O modelo de interdisciplinariedade que Balkin nos propõe tem como ponto de partida o conflito entre grupos “*selfreplicating*” que estariam lutando pela manutenção de seus próprios e conquista de novos domínios. Nesta perspectiva bélica, a interdisciplinariedade seria “(...) *attempt by disciplines to expand their empires, to colonize and to take over other disciplines by extending their sphere of influence over them*”. De tal modo que, a disciplina colonizadora absorve a disciplina colonizada, que passa integrar a metodologia geral da primeira¹⁰.

Quanto à colonização do direito, o diagnósticotestemunho de Balkin é decerto negativamente surpreendente, pois sugere que a “*Academic Law*” poderia ser continuamente colonizada porque o direito não seria uma disciplina acadêmica. E, sugere mais claramente ainda, que o estudo jurídico seja parte de uma prática profissional ensinada em escolas que preparam, retoricamente, os seus alunos para serem advogados¹¹. Neste terrível quadro o ensino jurídico seria eminentemente profissional. Suavindo o tom, mas não menos paroquial, Balkin positivamente sugere que o direito tornouse o ponto de encontro de idéias e tendências, como nunca antes visto na história americana. E eloquentemente conclui: “*Law’s encounter with other disciplines has not replaced law, nor could it; but it has made law deeper, richer, more exciting, as well as more puzzling and more exasperating*”¹².

⁸ Ibid., p. 5.

⁹ BALKIN, J. M., *Interdisciplinarity as Colonization*, p. 7.

¹⁰ Ibid., p. 8.

¹¹ Ibid., p. 12.

¹² Ibid., p. 14.

Quando Balkin explica que a colonização do conhecimento jurídico nunca poderá ser inteiramente bem-sucedida, porque o direito está alicerçado na lei. E sem excluir evidentemente, a afirmação de que o estudo jurídico seja parte de uma prática profissional, retoricamente orientada, para a formação de advogados reflete uma visão minimalista do fenômeno jurídico. Pois excessivamente arraigada a consolidação do positivismo jurídico que teve lugar no século XIX, quer sob a perspectiva metodológica (paradigma lógico-dedutivo), quer sob a perspectiva teórica – parece assumir o normativismo jurídico do século XVIII como única mediação possível.

No debate entre Direito e Literatura há interlocutores das mais distintas e inconciliáveis matizes teóricas. O que torna desafiador, se não penoso o esforço de reconstituição destas várias vozes num possível “*common ground*”¹³. Num esforço absurdamente redutor da complexidade do pensamento jurídico somos capazes de reconhecer duas unilateralidades. Se por um há aqueles que desejam efetivar as profecias de Holmes, “[*for the rational study of the law the blackletter man [i.e., the master of legal case law] may be the man of the present, but the man of the future is the man of statistics and the master of economics*”¹⁴, ou seja, comprometidos com o domínio metodológico das ciências sociais empírico-explicativas. Por outro, há aqueles que confessadamente ou não, altruisticamente inspirados ou não, acabam por diluir a especificidade do direito no reino elevado das letras.

Duas características da realidade jurídica americana comprometeriam uma efetiva interdisciplinariedade entre direito e as humanidades¹⁵. A primeira é o legado *Langdelliano*, ainda presente na educação jurídica norteamericana. Christopher Columbus Langdell foi nomeado em 1870 para ser decano da *Harvard Law School* com a missão de transformar o ensino jurídico numa “*scientific analysis*”. Para ele, a análise científica do direito significava a leitura de materiais jurídicos encontrados nas

¹³ AROSO LINHARES, José Manuel, *Law in/as Literatura as Alternative Humanistic Discourse. The Unavoidable Resistance to Legal Scientific Pragmatism or the Fertile Promise of a Communitas Without Law?*, in Online Review of the Italian Society for Law and Literature, published in September 16, 2010, p. 2242. Disponível em: <http://www.lawandliterature.org/index.php?channel=PAPERS>

¹⁴ HOLMES, Oliver Wendell Jr., *The Path of the Law*, 10 Harv. L. Rev. 469 (1897) apud BALKIN e LEVINSON, op.cit. p. 157.

¹⁵ BALKIN e LEVINSON, *Law and the Humanities ...* p. 155-187.

bibliotecas, sobretudo as decisões dos tribunais superiores¹⁶. A outra resistência às humanidades estaria “*legal services industry*” prestada por “*law firms*” que acabam por reduzir os advogados a mera engrenagem da “*globalizing technocracy*”. Sem evidentemente excluir, a coresponsabilidade das faculdades de direito na formação desses novos “*cultores das humanidades*”. Uma vez expostos a esta crua realidade ou a promessa de inserção no mercado, os estudantes desenvolveriam uma propensão maior de se familiarizem com economia a literatura ou filosofia¹⁷.

Balkin e Levinson, mesmo reconhecendo as dificuldades supracitadas esforçam-se para reconstituir historicamente aspectos da experiência jurídica e política norteamericana que teriam contribuído para a *interdisciplinarietà* no estudo jurídico, como o excesso de doutores nas décadas de 60 e 70, o “*boom*” de movimentos de direitos civis (“*legal feminism*”, “*critical race theory*” e “*gay legal studies*”), a emergência de novas e complexas demandas surgidas no seio do estadoadministração (“*governance*” e “*regulatory*”), um certo ativismo judicial (“*as agents of social transformation and promoters of social policies*”), os progressos limitados do realismo e do procedimentalismo. A referida abertura à *interdisciplinarietà*, entretanto, não aproximou o estudo do direito das humanidades, muito pelo contrário: “*Legal realism and legal process were much less likely to produce humanists and renaissance persons than lawyeconomists and technocrats*”. Numa atitude de quase desespero, os referidos interlocutores clamam pela recuperação do humanismo – como uma resposta à tendência tecnocrata da *American Law School’s*¹⁸.

A reconstituição realizada por Balkin e Levinson, mesmo sendo um diagnóstico paroquialmente centrado a realidade norteamericana – permitenos, sem dúvida, extrair algumas pistas na difícil relação entre o direito e as humanidades. Apesar de não estarmos em condições de reconhecer um único grande eixo de instrumentalismo ou de pragmatismo jurídicos, pois este universo teórico tem sido explorado por irreconciliáveis interlocutores. Desde a “*engenharia social*” de Pound, o “*juiz pragmático*”

¹⁶ LANGDELL, Christopher Columbus, *Preface to the First Edition*, in Christopher Columbus Langdell, *A Selection on the Law of Contracts* (2d ed. 1879) apud BALKIN e LEVINSON, *op. cit.* p. 160.

¹⁷ BALKIN E LEVINSON, *Law and the Humanities* ... p. 157158. A respeito da “*profissionalização da advocacia*” nos Estados Unidos consultar: Alison Frankel, *Growing Pains*, *The American Lawyer*, May 1, 2006, p. 94 e *The AList*, *The American Lawyer*, Sept. 1, 2005, p. 106.

¹⁸ 18 BALKIN E LEVINSON, *Law and the Humanities* ... p. 166173.

de Posner; sem evidentemente esquecer, o “*teleologismo tecnológico*” de Hans Albert, o “*novo textualismo*” de Vermeule, até o “*juiz político*” executor de tarefas constitucionais¹⁹. A denúncia evidencia um dos “*fronts*” que ameaçam a autonomia e o sentido do direito²⁰.

Balkin e Levinson propõem o “*internalism and externalism*” como modelo de análise das relações entre o direito e as humanidades, a partir da convocação de métodos ou conhecimentos internos ou externos ao direito. O referido modelo investiga quais são os métodos, técnicas e formas de conhecimento suficientes para as discussões e soluções de controvérsias jurídicas. Eles sugerem que o pensamento jurídico norteamericano é marcado pelo predomínio histórico de uma atitude internalista com o uso de competências e materiais internos ao direito. Apesar de reconhecerem que hoje há uma forte tendência de adoção de uma postura internalista com a utilização de materiais externos às práticas tradicionais. Não menos importante, é o diagnóstico que esta tendência é constantemente esvaziada pelo “*professionalism*”, que insiste em assumir uma atitude internalista com uso de competências e materiais internos ao direito²¹.

1.1. A impossibilidade da interdisciplinariedade na retórica das “comunidades interpretativas” de Stanley Fish

Pintado o quadro com cores tão cinzas será possível uma efetiva interdisciplinariedade? Stanley Fish sugere impossível a interdisciplinariedade

¹⁹ AROSO LINHARES, *Law in/as Literatura* ... p. 23.

²⁰ Ver exemplarmente CASTANHEIRA NEVES: “(...) ao falar de «autonomia» (autonomia do direito) pretendo naturalmente referir-me a uma sua autossustentação de sentido e não menos à sua autoafirmada especificidade já intencional nos fundamentos, já teleológica nos critérios, já de material determinação nos conteúdos” (CASTANHEIRA NEVES, Antônio, *O Direito Hoje e com que Sentido? O problema actual da autonomia do direito*, Lisboa, Instituto Piaget, 2002, p. 21. O autor reconhece “(...) uma intencionalidade normativomaterial autónoma no direito” (*A Redução Política do Pensamento Metodológico Jurídico*, in *Digesta*, vol. 2, Coimbra Editora, 1995, p. 410). Assim o projeto regulativo direito é uma solução humana para problemas humanos (e não meramente textuais). Para um estudo mais detido sobre o direito como resposta possível ao problema humano ver muito especialmente CASTANHEIRA NEVES, *Coordenadas de uma Reflexão sobre o Problema Universal do Direito – ou as Condições de Emergência do Direito como Direito*, in *Estudos em Homenagem à Professora Isabel de Magalhães Collaço*, vol. 2, org.: Rui Manuel de Moura Ramos, Coimbra: Almedina, 2002). O autor sugere que o projeto regulativo direito é possível ostentar “uma autonomia axiológica normativa e materialmente fundamentante da juridicidade” (CASTANHEIRA NEVES, *O Direito Hoje e com que Sentido?*, p. 61).

²¹ BALKIN E LEVINSON, *Law and the Humanities* ... p. 161166.

em sentido estrito, pois os membros de quaisquer disciplina estariam sempre nos limites da própria disciplina num processo de assimilação e/ou de alimentação de informações de ou sobre outras disciplinas. Haveria sempre uma disciplina préexistente como matriz²². Mas porque Fish rejeita a proposta da interdisciplinariedade em termos tão absolutos? Parece que a resposta para essa pergunta passa necessariamente pela compreensão das “comunidades interpretativas”. Entretanto, para compreendermos a retórica de Fish devemos inicialmente localizá-la no universo do “*reader-response criticism*”, que em linhas gerais nega a objetividade do texto e muito especialmente na obra de Fish parece reduzi-lo às “estratégias interpretativas”. O autor igualmente repudia a legitimidade de conceitos como “*direct speech act*”²³ ou “*literal meaning*”²⁴, este último será explorado no decorrer da investigação. Sem evidentemente excluir suas características “*antifoundationalisms*”, que confessadamente assume a exigência interpretativa como possibilidade de pesquisa e compreensão²⁵. Sem afastarmos do núcleo de nossa problematização inicial, isto é, a reconstituição de discursos atinentes à interdisciplinariedade no universo da “*Law and Literature*”, cumpre agora explorarmos o texto “*Interpreting the Variorum*”²⁶. Num horizonte assumidamente de *experimentação* Fish analisa alguns textos de Milton, com o “*Variorum Commentary*”, “*Lawrence of virtuous father virtuous sort*” e “*Avenge O Lord thy slaughtered saints*” (sendo os dois últimos sonetos) e explica que é neste “contexto experimental”, com

²² FISH, Stanley, *Being Interdisciplinary Is So Very Hard to Do*, in *Issues in Integrative Studies* 9 (1991), p. 97125.

²³ Idem., *How to Do Things With Austin and Searle; Speech Act Theory and Literary Criticism*, in *MLN*, nº 91, p.983-1025.

²⁴ Idem., *Normal Circumstances, Literal Language, Direct Speech Acts, the Ordinary, the Everyday, the Obvious, What Goes Without Saying, and Other Special Cases*, in *Critical Inquiry* vol. 4 nº 4, p. 625644.

²⁵ Ver muito especialmente a crítica de SHUSTERMAN: “(...) in the traditional foundationalist framework, interpretation marks the realm of partial, perspectival, and plural ways of human understanding in essential contrast to some ideal understanding that grasps things as they really are univocally, exhaustively, and absolutely. Rejecting the very possibility and intelligibility of such univocal and complete understandings (...), the universalists infer that all understanding is thereby reduced to interpretation” (SHUSTERMAN, Richard, *Beneath Interpretation*, in HILEY, D. / BOHMAN, J. and SHUSTERMAN, R. eds., *The Interpretive Turn*, Ithaca (New York), Cornell University Press, 1991, p. 111). SKEEL David denuncia que atitude antifundacionista apenas substitui um fundacionismo por outro (interpretação), in *Practicing Poetry, Teaching Law*, in *Michigan Law Review*, vol. 92, May, 1994, p. 1769. Por seu turno PATTERSON, Dennis provoca: “(...) se todo o conhecimento é interpretativo, para cada interpretação necessitará uma nova interpretação, regressando ad infinitum” (PATTERSON, *Law and Truth*, p. 88). Muito especialmente NUSSBAUM: “(...) Even if it should be shown that we lack extrahistorical standards for public and legal reasoning, this should not disturb us very much, for the law has always based its reasoning on history and social context and has rarely attached importance to establishing an eternal basis for its judgments” destaque nosso (NUSSBAUM, *Poetic Justice, The Literary Imagination and Public Life*, Beacon Press Boston, p. 84).

²⁶ FISH., *Interpreting the Variorum*, in *Critical Inquiry*, vol. II, nº 3, Spring, 1976, p.

todos os contornos e constrangimentos que os significados são construídos, tanto no ato de leitura quanto e sobretudo na análise deste ato²⁷.

Fish afastase da idéia de que os significados podem ser especificados independentemente da atividade de leitura, quer dizer, significados previamente “empacotados para presente” disponíveis à partida pela simples consulta de dicionários, gramáticas e história²⁸. Sem evidentemente excluir que a idéia de existência de um sistema prévio de significados (“positivo”, “estável”, “normativamente informado”, “publicamente reconhecido”) neutralizaria a experiência do leitor, que é *prius* face à estrutura sintaxe e sentido²⁹. Levar a sério tais argumentos significa muito especialmente valorizar a realização do *texto* na experiência do leitor, atitude ostensivamente ignorada ou desvalorizada pela análises formais (positivistas) que enxergam o texto como auto suficiente³⁰. Mas quem é este leitor? É aquele que realiza a partir do texto associações mentais precisas, que decerto permitirá valorizar ainda mais as suas experiências. Um pormenor da retórica de Fish mas nem por isso menos importante refere-se ao fato de não se trata de buscar “*optimal reader*”, na verdade o autor se propõe a explorar a “*estrutura da experiência do leitor*” (como se aqui estivessemos em condições de falar em *estrutura*), ou de forma mais precisa, a sua empresa consiste em descrever os esforços dos leitores a partir da análise de suas decisões sobre as intenções do autor³¹. De tal forma que ao mesmo tempo se caracterizariam a intenção do autor e do leitor. Decerto há certa circularidade nesse raciocínio, mas Fish defendese argumentando que “o que estaria em jogo aqui seria a especificação da sentença ou enunciado, quer para especificar as condições contemporâneas do enunciado, quer para se tornar membro de uma comunidade interpretativa que compartilha as mesmas estratégias interpretativas”³².

²⁷ Ibid., p. 465.

²⁸ Ibid., p. 468.

²⁹ 29 Ibid., p. 470.

³⁰ Ibid., p. 473474. Ver muito especialmente o texto “*Literature In The Reader: Affective Stylistics*”, in Reader Response Criticism From Formalism to PostStructuralism, ed. Jane P. Tompkins, The Johns Hopkins University Press, 1980, p. 70100. O referido texto explora a “linguagem mais como experiência do que como um repositório de significados” (Ibid., p. 99)

³¹ “*To describe that experience is therefore to describe the reader’s efforts at understanding, and to describe the reader’s efforts at understanding is to describe his realization (in two senses) of an author’s intention. Or to put it another way, what my analyses amount to are descriptions of a succession of decisions made by readers about an author’s intention; decisions that are not limited to the specifying of purpose but include the specifying of every aspect of successively intended worlds; decisions that are precisely the shape, because they are the content, of the reader’s activities*” (Ibid., p. 476) .

³² Ibid., p. 476.

Levar a sério tais argumentos significa ainda reconhecer que as estratégias interpretativas, que se manifestam no ato de leitura são responsáveis pelas diferentes leituras, mas não pelos os *textos em si*. Fish leva as últimas consequências o discurso das “estratégias interpretativas” quando considera “*that the notions of the “same” or “different” texts are fictions*”. Mas também e especialmente que a sua predisposição para executar diferentes estratégias interpretativas culminará em diferentes estruturas formais³³. Para o autor, as comunidades interpretativas são compostas por aqueles que compartilham as mesmas estratégias interpretativas não apenas para a leitura no sentido convencional, mas sobretudo para “*writing texts, for constituting their prop erties and assigning their intentions*”³⁴. Neste sentido, as estratégias interpretativas existem antes do ato de leitura e determinam a *forma*, quer dizer o próprio texto. Isto explica porque há constantes mudanças no texto, “não porque eles estão sendo lido diferentemente, mas porque são diferentemente escritos”³⁵. Além disso, ele explica que a estabilidade de interpretação entre diferentes leitores ou mesmo a regularidade com que um único leitor emprega diferentes estratégias interpretativas podem ser explicadas pelo pertencimento a uma comunidade interpretativa, sem evidentemente excluir a possibilidade de os indivíduos migrarem de uma para outra e a existência de limites temporários entre elas³⁶. Levar a sério tais argumentos significa muito especialmente assumir que o texto desapareceu (sumiu!), não existe na sua imanência e que não há diferença entre atitude autoral e atitude autoral inferida pelo leitor, isto é, o leitor e o autor tornamse indistinguíveis. Por outro lado, Fish assumidamente desconsidera a diferença entre a metalinguística e outros uso da linguagem³⁷.

³³ “If I read *Lycidas* and *The Waste Land* differently (in fact I do not), it will not be because the formal structures of the two poems (to term them such is also an interpretive decision) call forth different interpretive strategies but because my predisposition to execute different interpretive strategies will produce different formal structures” (Ibid., p. 482).

³⁴ “Interpretive communities are made up of those who share interpretive strategies not for reading (in the conventional sense) but for writing texts, for constituting their properties and assigning their intentions. In other words these strategies exist prior to the act of reading and therefore determine the shape of what is read rather than, as is usually assumed, the other way around” (Ibid., p. 483).

³⁵ Ibid., p. 484.

³⁶ Ibid., p.

³⁷ GARCIA LANDA, Jose Angel, *Deconstructive Intentions: On the Critique of the Hermeneutics of Understanding*, in Bells, vol. 5, p. 1938, 1994. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1621009> (consultado em 28 de janeiro de 2011).

Fish no texto “*Is There a Text in This Class*”³⁸ defende que a interpretação de um texto pode ser verdadeira ou válida apenas à luz das estratégias interpretativas que definem uma determinada comunidade interpretativa e sobretudo que as estratégias interpretativas não ostentariam nenhuma superioridade (quanto à verdade e validade) face as demais. Para o autor a forma que lemos um texto teria muito mais a ver com os interesses das comunidades interpretativas do que os textos em si mesmos, parece que Fish enxerga a interpretação como o resultado de uma experiência coletiva e institucional e não apenas como fruto de uma experiência individual.

O autor denuncia que temos sido treinados para acreditar que sem regras fixas e estáveis a interpretação degenerar-se-ia num relativismo insuperável. Para Fish o “risco de relativismo” pode até ser um problema teórico mas jamais prático, pois temos alguns “sistemas de inteligibilidade” como bússola para nos orientar³⁹. Para ele o entendimento ou interpretação decorre sobretudo do fato de as palavras serem ouvidas ou lidas dentro de um mesmo sistema de inteligibilidade. O que isto significa? Precisamente que nunca teremos acesso de “fora” da situação ou da comunidade interpretativa. Mas pertencer a uma determinada comunidade é suficiente para produzir conhecimento? Há sobreposições de comunidades interpretativas? Como identificar as fronteiras de uma comunidade interpretativa?⁴⁰ Parece que a dificuldade de se identificar os limites das comunidades interpretativas ou mesmo uma sobreposição caótica entre elas não são suficientes para ilidir o argumento de Fish, pois no fundo todas estas reflexões aceitam a premissa da existência das referidas comunidades⁴¹.

Para Fish somente é possível compreender na imanência da situação. Ele repudia qualquer tentativa de compreensão “above or across situations”⁴². Igualmente os significados não poderiam ser encontrados

³⁸ Idem, *Is There a Text in This Class?*, in *The Stanley Fish Reader*, ed. H. Aram Veese, Blackwell Publishers, 1999, p. 3954.

³⁹ GRAFF, Gerald, Headnote to “*Is There a Text in This Class*”, in Aram Veese (ed.), *The Stanley Fish Reader*, *op. cit.*, p. 38.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 39.

⁴¹ Ver FISH, *Resistance and Independence: A Reply to Gerard Graff*, in *New Literary History*, vol. 17, nº 1, 1985, p. 119127. Meyer Abram acusa Fish de “(...) introducing his own interpretive strategy when reading someone else’s text, but tacitly relying on communal norms when undertaking to communicate the methods and results of his interpretations to his own readers”, in *Partisan Review*, nº 4, 1979, p. 587 apud FISH, *Is There a Text ...* p. 40.

⁴² “A system of intelligibility cannot be reduced to a list of the things it renders intelligible. What Abrams and those who agree with him do not realize is that communication occurs only *within* such a system (or context,

no texto e apenas no texto. Fish parece assumir a instabilidade do texto e a indisponibilidade de significados determinados [“(...) there are not determinate meanings and that the stability of the text is an illusion”]⁴³ como pressupostos para a formulação da metáfora das “comunidades interpretativas”. Inicialmente, como “readerresponse theorist” defendia que o significado não poderia ser encontrado no texto, mas criado pelo leitor individual, posteriormente passou a argumentar que o significado depende “interpretive communities”⁴⁴. Deste modo, o significado não reside no leitor individual, mas em grupos de leitores, isto é, grupos de pessoas que compartilham determinadas estratégias interpretativas.

Se por um lado para Fish não é possível encontrar um único significado literal, mas vários a depender das circunstâncias, por outro as “(...) *interpretive activities are not free, but constrains them are the understood practices and assumptions of the institution and not the rules and fixed meanings of a language system*”. Sem evidentemente excluir que *na estrutura institucional as sentenças são organizadas com referência a certos “purposes and goals”* manifestamente assumidos⁴⁵. Parece que o autor apresenta a própria *situação* como instância limitadora dos riscos de uma pluralidade infinita de significados. Mas ele não para por aqui. Ele ainda considera que “*sentences emerge only in situations*” e somente nestas os significados aparecem. Mas também exemplarmente reconhece que em alguns contextos a literalidade é óbvia e os significados mais disponíveis (“*institutional nesting*”) do que noutros⁴⁶. Para Fish a introdução desta última categoria não enfraqueceria seu discurso, pois o seu argumento

or situation, or interpretive community) and that the understanding achieved by two or more persons is specific to that system and determinate only within its confines. Nor do they realize that such an understanding is enough and that the more perfect understanding they desire – an understanding that operates above or across situations – would have no place in the world even if it were available, because it is only in situations – with their interested specifications as to what counts as a fact, what it is possible to say, what will be heard as an argument – that one is called on to understanding” destaque do original, FISH, *Is There a Text ...* p. 41.

⁴³ Ibid., p. 48.

⁴⁴ FISH, *Is There a Text in This Class?* Cambridge and London: Harvard University Press, 1980, p. 1314 e 322. Fish como “readerresponse theorist” ver muito especialmente PATTERSON, Dennis, *Law & Truth*, Oxford and New York: Oxford University Press, 1996, p. 99101; PATTERSON, *The Poverty of Interpretive Universalism: Toward the Reconstruction of Legal Theory*, Texas Law Review 72, 19931994, p. 3441.

⁴⁵ Idem., *Is There a Text in This Class?*, in *The Stanley Fish Reader*, ed. H. Aram Veese, Blackwell Publishers, 1999, p. 43.

⁴⁶ Ibid., p. 44. Ver também: “Whenever a critic prefaces an assertion with a phrase like ‘without doubt’ or ‘there can be no doubt’, you can be sure that you are within hailing distance of the interpretive principles which produce the facts that he presents as obvious” (Idem., *Is There a Text in This Class?* Cambridge and London: Harvard University Press, 1980, p. 341)

é institucional e não transcendental, muito pelo contrário contribui para fortalecer o argumento institucional de que os significados são produtos das circunstâncias⁴⁷.

Levar a sério os argumentos em causa é reconhecer que as palavras não tem significado no sistema linguístico (que é independente do contexto) e assumir que elas só terão significado no contexto (“lugar”), pois seria “impossível pensar uma sentença independentemente de um contexto e se este não for especificado, o significado será aquele que com mais frequência é encontrado”⁴⁸.

Levar a sério tais argumentos é no entanto também reconhecer que as estratégias interpretativas existem antes do ato de leitura, ou seja, as pessoas encontrariam no texto o que estão procurando. De forma mais precisa, as pessoas “enxergam” no texto o que suas estratégias interpretativas permitem ver. Assim, nós enxergaríamos as palavras já incorporadas dentro de uma estrutura institucional que torna possível atribuí-las algum significado⁴⁹. Levar a sério tais argumentos significa ainda muito especialmente aceitar que as palavras não possuem nenhum significado em si e sobretudo que estão sujeitas à *vertigem* desconstrutivista⁵⁰.

As dificuldades do discurso de Fish crescem no entanto quando

⁴⁷ Ibid., p. 45;

⁴⁸ “That is, it is impossible even to think of a sentence independently of a context, and when we are asked to consider a sentence for which no context has been specified, we will automatically hear it in the context in which it has been most often encountered” (Ibid., p. 46).

⁴⁹ “An assignment no more compels its own recognition than does a poem; rather, as in the case of a poem, the shape of an assignment emerges when someone looks at something identified as one with assignment-seeing eyes, that is, with eyes which are capable of seeing the words as already embedded within the institutional structure that makes it possible for assignments to have sense. The ability to see, and therefore to make, an assignment is no less a learned ability than the ability to see, and therefore to make, a poem. Both are constructed artifacts, the products and not the producers of interpretation, and while the differences between them are real, they are interpretive and do not have their source in some bedrock level of objectivity” destaque nosso (FISH, *Is There a Text in This Class?* p. 330331).

⁵⁰ “Of course, one might want to argue that there is a bedrock level at which these names constitute neither an assignment nor a poem but are merely a list. But that argument too fails because a list is no more a natural object—one which wears its meaning on its face and can be recognized by anyone—than an assignment or a poem. In order to see a list, one must already be equipped with the concepts of seriality, hierarchy, subordination, and so on, and while these are by no means esoteric concepts and seem available to almost everyone, they are nonetheless learned, and if there were someone who had not learned them, he or she would not be able to see a list. The next recourse is to descend still lower (in the direction of atoms) and to claim objectivity for letters, papers, graphite, black marks on white spaces, and so on; but these entities too have palpability and shape only because of the assumption of some or other system of intelligibility, and they are therefore just as available to a deconstructive dissolution as are poems, assignments, and lists” destaque nosso (Ibid., p. 331).

alargamos um pouco mais o seu espectro. Ele repudia a idéia de *conferir* significado as sentenças, porque pressupõe um processo em dois estágios, onde o leitor examina o enunciado e, em seguida, dálhe um significado. Fish veementemente nega este primeiro estágio, pois para ele não existe este momento capaz de permitir preliminarmente o conhecimento sobre o conteúdo da sentença. O conhecimento só estará disponível na *situação*, quer dizer, o conhecimento só estará disponível quando da *identificação do contexto* e da *elaboração de sentido* que ocorrem simultaneamente⁵¹. Portanto, não há um momento anterior à interpretação em si. Sem excluir evidentemente, a consideração de que as palavras só serão claras se forem ouvidas ou lidas dentro de um mesmo sistema de inteligibilidade⁵². Para o autor a linguagem é sempre percebida dentro de uma estrutura de normas. De forma mais precisa, a inteligibilidade não decorre da incorporação de normas à linguagem e sim porque a linguagem é sempre percebida dentro de uma estrutura normativa, que é social e flexível à mudança “*of practices, purposes and goals*” das comunidades interpretativas⁵³.

Mas também é decerto não menos problemática, Fish afastase da compreensão de que a autoridade do texto dependa da existência de um núcleo determinado de significados, que decerto gerará uma interpretação normativa e publicamente reconhecida (estável). Ele parece renunciar qualquer referência à situação dos sistemas de significação que a sentença remonta. Portanto, para o autor as sentenças não possuem um significado determinado, ou de forma mais precisa, as sentenças não possuem um significado que sobreviva a mudança de *situação*⁵⁴. Quer dizer que “*there is no single way of reading that is correct or natural, only ‘ways of reading*

⁵¹ Idem., *Is There a Text in This Class?*, in *The Stanley Fish Reader*, ed. H. Aram Veesser, Blackwell Publishers, 1999, p. 46 e 48.

⁵² “It is when such strategy has been successful that the import of her words will become clear; not because she has reformulated or refined them but because they will now be read or heard within the same system of intelligibility from which they issue” (Ibid., p. 50).

⁵³ “What I have been arguing is that meanings come already calculated, not because of norms embedded in the language but because language is always perceived, from the very first, within a structure of norms. That structure, however, is not abstract and independent but social; and therefore it is not a single structure with a privileged relationship to the process of communication as it occurs in any situation but structure that changes when one situation, with its assumed background of practices, purposes, and goals, has given way to another” (Ibid., p. 52).

⁵⁴ “But the point of my analysis has been to show that while “Is there text in this class?” does not have a determinate meanings, a meanings that survives the sea change of situation, in any situation we might imagine the meaning of the utterance is either perfectly clear or capable, in the course of time, of being clarified” (Ibid., p. 51).

*that are extensions of community perspectives*⁵⁵. Mais uma vez insiste que a comunicação ocorre apenas na *situação* onde os interlocutores estão de posse das premissas e das práticas entendidas relevantes em relação aos objetivos da sentença⁵⁶. Como já vimos, as “comunidades interpretativas são constituídas por aqueles que compartilham estratégias interpretativas não apenas para a leitura (no sentido convencional), mas também para a *escrita* de textos”⁵⁷. Cumprenos ainda dizer que o modelo de crítica literária que o autor defende é o da persuasão em que os fatos só estão disponíveis porque uma interpretação, ainda que preambular já foi assumida⁵⁸. Levar a sério tais argumentos significa muito especialmente reconhecer que os fatos relevantes para a interpretação dependem para sua existência das “estratégias interpretativas”, quer dizer, os fatos não existem em si, mas são constituídos pela atividade crítica.

A retórica de Fish é acusada de traduzir uma versão sofisticada de

⁵⁵ Idem., *Is There a Text in This Class?* Cambridge and London: Harvard University Press, 1980, p. 16.

⁵⁶ “The answer, implicit in everything I have already said, is that communication occurs within situations and that to be in a situation is already to be in possession of (or to be possessed by) a structure of assumptions, of practices understood to be relevant in relation to purposes and goals that are already in place; and it is within the assumption of these purposes and goals that any utterance is *immediately heard*” destaque do original (Idem., *Is There a Text in This Class?*, in *The Stanley Fish Reader*, p. 5152).

⁵⁷ “Interpretive communities are made up of those who share interpretive strategies not for reading (in the conventional sense) but for writing texts, for constituting their properties and assigning their intentions. In other words, these strategies exist prior to the act of reading and therefore determine the shape of what is read rather than, as is usually assumed, the other way around. If it is an article of faith in a particular community that there are a variety of texts, its members will boast a repertoire of strategies for making them. And if a community believes in the existence of only one text, then the single strategy its members will employ will be forever writing it. The first community will accuse the members of the second of being reductive, and they in turn will call their accusers superficial. The assumption in each community will be that the other is not correctly perceiving the “true text,” but the truth will be that each perceives the text (or texts) its interpretive strategies demand and call into being” destaque nosso, (Idem., *Is There a Text in This Class?* Cambridge and London: Harvard University Press, 1980, p.171).

⁵⁸ “In the more familiar model of critical activity (codified in the dogma and practices of New Criticism) the procedure is exactly the reverse: evidence available apart from any particular belief is brought in to judge between competing beliefs, or, as we call them in literary studies, interpretations. This is a model derived from an analogy to the procedures of logic and scientific inquiry, and basically it is a model of demonstration in which interpretations are either confirmed or disconfirmed by facts that are independently specified. The model I have been arguing for, on the other hand, is a model of persuasion in which the facts that one cites are available only because an interpretation (at least in its general and broad outlines) has already been assumed. In the first model critical activity is controlled by free standing objects in relation to which its accounts are either adequate or inadequate; in the other model critical activity is constitutive of its object. In the one model the self must be purged of its prejudices and presuppositions so as to see clearly a text that is independent of them; in the other, prejudicial or perspectival perception is all there is, and the question is from which of a number of equally interested perspectives will the text be constituted. In one model change is (at least ideally) progressive, a movement toward a more accurate account of a fixed and stable entity; in the other, change occurs when one perspective dislodges another and brings with it entities that had not before been available” destaque nosso (Ibid., p. 365366).

relativismo mas ele nega: "*In other words, while relativism is a position one can entertain, it is not a position one can occupy*"⁵⁹. Não constitui objetivo desta investigação discutir o relativismo na obra de Stanley Fish, sendo certo que tal desafio exorbitaria (e em muito) as nossas estreitas pretensões. Por outro lado, quanto à acusação de solipsista ele explica: "(...) categorias individuais do pensamento não tem nenhum valor público, isto é, estão alheias a qualquer sistema de significados estáveis e compartilhados"⁶⁰. A simples consideração de que a comunicação tem por base uma compreensão compartilhada numa situação já seria suficiente para refutar às acusações de formulação de um discurso solipsista. No texto "*Is There a Text in This Class?*" Fish identifica que integrar uma determinada situação (instituição) fará com que os seus integrantes compartilhem *naturalmente* os seus interesses e objetivos, isto é, "(...) *interests and goals that are the particular property of no one in particular but which link everyone for whom their assumption is so habitual as to be unthinking*"⁶¹. Deste modo, o autor considera "tão difícil para alguém cuja própria existência é definida pela sua posição dentro de uma instituição explicar a alguém de fora uma prática ou um significado que lhe parece que não precisa de explicação, porque ele considera natural"⁶². Levar a sério tais argumentos significava reconhecer que as práticas ou os significados são constituídos pelas comunidades interpretativas e muito especialmente que as próprias pessoas de certo modo também. Levar a sério tais argumentos significa ainda assumir os intérpretes como *extensões* das comunidades institucionais e confessar aos olhos de toda gente a impossibilidade de atuar de forma independente dos pressupostos institucionais. A "*interpretation is the only game in town*"?^{63 64}

O discurso de Fish põe em causa alguns problemas. Se as estratégias interpretativas são as que definem uma comunidade interpretativa (de certo anteriores ao sentido) como poderemos compreender as estratégias interpretativas, uma vez que devemos ser capazes de formulá-las? Como

⁵⁹ FISH, *Is There a Text in This Class?*, in *The Stanley Fish Reader*, p. 53.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 53.

⁶¹ *Ibid.*, p. 53.

⁶² *Ibid.*, p. 54.

⁶³ FISH, Stanley, *Doing What Comes Naturally*, Durham and London: Duke University Press, 1989, p. 141-142.

⁶⁴ "We see then that (1) communication does occur, despite the absence of an independent and contextfree system of meanings, that (2) those who participate in this communication do so confidently rather than provisionally (they are not relativists), and that (3) while their confidence has its source in a set of beliefs, those beliefs are not individualspecific or idiosyncratic but communal and conventional (they are not solipsists)" (FISH, *Is There a Text in This Class?*, in *The Stanley Fish Reader*, p. 54).

podemos identificar as estratégias interpretativas no *vácuo* de significados? Os significados estão tão disponíveis quanto a retórica de Fish faz pressupor?⁶⁵ Como assumir a instabilidade do texto e a indisponibilidade de significados determinados num *projeto regulativo* fundado numa axiologia fundamentante, que se exterioriza em princípios práticos normativos tendencialmente vocacionados a se materializarem numa decisão? A instabilidade do texto permitirá “abertura interpretativa” que levará em consideração a perspectiva do intérprete com sua história e ideologias? Trata-se de uma abertura às experiências dos indivíduos? As “nossas” crenças são mais comuns e convencionais do que pensávamos? As crenças são tão só sistemas consistentes e monolíticos reduzidos a lógica ‘*inside and outside*’?⁶⁶ Há quem defenda que o conceito de comunidades interpretativas é *substancialmente vazio*⁶⁷, mas parece que o conceito de comunidade interpretativa não se propõe a ser um discurso normativo, mas tão só descritivo.

1.2. As “comunidades interpretativas” e o “*chain novel*”

O discurso das comunidades interpretativas pode ser muito especialmente sentido nas críticas formuladas por Fish à *teoria da interpretação* de Dworkin. Este último considera que podemos melhorar a compreensão do direito comparando a interpretação jurídica com a interpretação literária⁶⁸. Não deixa de ser curiosa a sugestão de Dworkin considerando positivo que os juristas estudem a interpretação literária e

⁶⁵ SPAAK, Torben, *Relativism in Legal Thinking: Stanley Fish and the Concept of an Interpretive Community*, p. 12, workshop on Legal Argumentation and Rational Reconstruction at the 22nd Conference for Legal and Social Philosophy in Granada, Spain in May 2005, disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=923432 (consultado em 18 de janeiro de 2011).

⁶⁶ GRAFF, Gerald, Headnote to “Is There a Text in This Class”, in Aram Veese (ed.), *The Stanley Fish Reader*, *op. cit.*, p. 40. Exemplarmente desenvolvido em DASENBROCK, “*Do We Write the Text We Read?*”, in *College English* n° 53/1, January, 1991, p. 717.

⁶⁷ “The concept of interpretative communities is attractive for the simple reason that it leaves the self as the final adjudicator of its own acts without responsibility for the choice. The self cannot choose its interpretative constructs. It is always already within them. But at the same time (and quite conveniently) very little can be known about these interpretive constructs so the self need not feel closeted by an overly determined objectivity. The concept of interpretive communities offers the self a *formal closure* against the claims of theory, reason and history. But at the same time, the concept is *substantively empty*, só that the self can project into «interpretive communities» just about anything it wants” destaque do original (SCHLAG, Pierre, *Fish v. Zapp: The Case of the Relatively Autonomous Self*, 76 Geo. L. J. p. 37 e 45, 1985 apud PATTERSON, Dennis, *Law and Truth*, Oxford University Press, 1996, p. 100.

⁶⁸ DWORKIN, *How Law Is Like Literature*, in *A Matter of Principle*, Clarendon Press, Oxford, p. 146.

outras formas de interpretação artísticas, mesmo reconhecendo que o campo da crítica literária seja caracterizado por dissensos insuperáveis⁶⁹. A curiosidade só aumenta, principalmente pela consideração de que a principal consequência de sua “*aesthetic hypothesis*” é que as “teorias sobre interpretação deixam de ser vistas como análises da própria idéia de interpretação e passam a ser candidatas à melhor resposta para a questão substantiva colocada pela interpretação⁷⁰.

O que mais diretamente nos interessa explorar no texto de Dworkin é o seu modelo de “*chain novel*”⁷¹ como ponto de partida para formular críticas tanto ao positivismo quanto ao realismo jurídicos⁷². Resta saber se de fato ele consegue superar os seus dois principais objetos de crítica. De qualquer forma parecemos que a aproximação que Dworkin empreende com a literatura não consegue ultrapassar a “*aesthetic hypothesis*” e a metáfora inspirada do “romance em cadeia”. Fish considera adequada a aproximação formulada por Dworkin das práticas jurídicas com a prática da crítica literária, pois explica que em ambas o problema central é: “*What is the source of interpretative authority?*”⁷³ Sem evidentemente excluir que a teoria literária e a crítica literária poderiam fornecer uma série de recursos aos profissionais forenses. Mas também muito especialmente ele considera atraente o modelo interpretativo proposto em razão de algumas

⁶⁹ Ibid., p. 148.

⁷⁰ Ibid., p.152.

⁷¹ “Suppose that a group of novelists is engaged for a particular project and that they draw lots to determine the order of play. The lowest number writes the opening chapter of a novel, which he or she then sends to the next number; who adds a chapter, with the understanding that he is adding a chapter to that novel rather than beginning a new one, and then sends two chapter to the next number; and so on”. (Ibid., 158); “But in my imaginary exercise the novelists are expected to take their responsibilities seriously and to recognize the duty to create, so far as they can, a single, unified novel rather than, for example, a series of independent short stories with characters bearing the same names. (...) Each of the novelists in the chain can have some idea of what he or she is asked to do, whatever misgivings each might have the value or character of what will then be produced. Deciding hard cases at law is rather like this strange literary exercise. The similarity is most evident when judges consider and decide commonlaw cases; that is, when no statute figures centrally in the legal issue, and the argument turns on whlawich rules or principles of law “underlie” the related decisions of other judges in the past. Each judge is then like a novelist in the chain. He or she must read through what other judges in the past have written not simply to discover what these judges have said, or their state of mind when they said it, but to reach an opinion about what these judges have collectively done, in the way that each of our novelists formed an opinion about the collective novel so far written” destaque nosso (Ibid., 159).

⁷² Ibid., p. 162.

⁷³ FISH, *Working on the Chain Gang: Interpretation in Law and Literature*, in *Doing What Comes Naturally: Change, Rhetoric and the Practice of Theory in Literatura and Legal Studies*, University of Oxford, 1989, p. 87102.

semelhanças com o seu próprio discurso de “comunidades interpretativas”, não obstante reconheça diferenças marcantes entre eles⁷⁴.

A teoria da interpretação formulado por Dworkin tenta se afastar das compreensões positivistas e do realismo jurídico, ele enxerga a interpretação como o resultado de uma história institucional, onde “*each judge must regard himself (...) as a partner in a complex chain enterprise of which these innumerable decisions, structures, conventions, and practices are the history*”⁷⁵. Para Dworkin os juízes devem interpretar o direito sem alterá-lo fundamentalmente, sob pena de comprometer sua legitimidade. Sendo certo que esta preocupação decorreria do caráter quase objetivo do direito⁷⁶. Aqui a interpretação pode ser entendida como um esforço coletivo dos juízes para preservar a coerência e a integridade do direito. Decerto tal concepção pode ser problematizada. Se por um lado a preservação da integridade estabeleceria limites para a interpretação jurídica legítima, por outro articularia elementos para avaliar a interpretação dos juízes. Portanto, para Dworkin: “*A judge’s duty is to interpret the legal history he finds, not to invent a better history*”⁷⁷. Levar a sério tais argumentos significa assumir um modelo de interpretação que não é puramente objetiva, porque cabe aos juízes interpretar os vários elementos da história institucional e formular uma resposta jurisdicional atual para o novo caso. Sendo certo que nesta tarefa há espaços para discordâncias. Mas também não é inteiramente subjetiva, pois os juízes deverão ter em consideração todos constrangimentos institucionais existentes⁷⁸.

Mais do que a crítica, importamos no entanto o diagnóstico que a sustenta. Decerto será instigante explorar as críticas de Fish à teoria interpretativa de Dworkin, sobretudo porque elas são desferidas num horizonte de inteligibilidade de *experimentação* do próprio discurso das “comunidades interpretativas”. A primeira crítica é dirigida à posição diferenciada do primeiro romancista na cadeia⁷⁹ que para Fish é similar aos

⁷⁴ Ibid., p. 87.

⁷⁵ DWORKIN, *op.cit.* p. 159.

⁷⁶ Idem., *Law’s Empire*, 9th printing, Cambridge: The Bknap Press of Harvard University Press, 1995, p. 112

⁷⁷ Idem., *How Law Is Like Literature*, p. 160.

⁷⁸ “*Interpretation so conceived is not purely objective since its results will not “wring assent from a stone” (there is still “room for disagreement”), but neither is it wholly subjective, since the interpreter does not proceed independently of what others in the institution have done or said*” (FISH, *Working on the Chain Gang: Interpretation in Law and Literature*, p. 87).

⁷⁹ “*Now every novelist but the first has the dual responsibilities of interpreting and creating because each*

demais coautores, quer dizer o primeiro autor é constrangido nos mesmos termos que os demais, pois a própria noção de “iniciar um romance” só se dá no contexto de um conjunto de práticas previamente existentes⁸⁰. Todos os autores da cadeia são igualmente livres e limitados, uma vez que eles “criam” dentro dos limites de uma prática (“leitura de romances”)⁸¹. Aqui, Fish claramente reitera o seu entendimento de que é impossível atuar de forma independente dos pressupostos institucionais. Em outro momento, Fish assume a instabilidade do texto e a indisponibilidade de significados determinados quando considera que havendo desacordo no desenvolvimento do romance segundo Dworkin deve-se apelar para o texto, mas o texto aparece de forma diferente em função das diferentes hipóteses interpretativas. Sendo perfeitamente possível os coautores invocarem o mesmo trecho da linguagem com formas de leituras distintas⁸².

Para Fish não obstante todo o esforço de Dworkin de elaborar uma distinção entre o positivismo e o realismo jurídicos, ele acabaria se rendendo as duas posições criticadas. Pois o primeiro romancista goza de uma liberdade que é equivalente ao entendimento daqueles que consideram que os juízes e outros intérpretes estariam apenas vinculados por suas preferências e desejos pessoais ou políticos. O que certamente evidencia que as considerações pretensamente técnicas e “jurídicas” destes intérpretes não passam de um invólucro de suas predisposições e preconceitos. Sem evidentemente excluir, o fato de que os coautores da cadeia só estariam ligados pelo capítulo anterior se a *forma* e o seu *significado* fosse evidentes⁸³. Na verdade, “*chain novel*” apenas mostramos como os juízes estão impedidos de seguir um novo caminho, isto é, de decidir um caso de tal forma que não tenha

must read all that has gone before in order to establish, in the interpretivist sense, what the novel has created is” (DWORKIN, *How Law Is Like Literature*, p. 158).

⁸⁰ “In short, he is neither free nor constrained (if those words are understood as referring to absolute states), but free constrained. He is free to begin whatever kind of novel he decides to write, but he is constrained by the finite (although not unchanging) possibilities that are subsumed in the notions “kind of novel” and “beginning a novel” (FISH, *Working on the Chain Gang* ... p. 90).

⁸¹ “Just as the first novelist ‘creates’ within the constraints of ‘novel practice’ in general, so do his successors on the chain interpret him (and each other) within those same constraints. (...) The last author is as free, within those constraints, to determine what ‘the characters are really like’ as is the first” destaque do original (Ibid., p. 92); “Again, this does not mean that a later novelist is free to decide anything he likes (or that there is no possibility of adjudicating a disagreement), but that within the general parameters of novelreading practice, he is as free as anyone else, which means that he is as constrained as anyone else” (Ibid., p. 92).

⁸² Ibid., p. 90.

⁸³ Ibid., p. 93.

relação com a *história* institucional (com todos os seus constrangimentos institucionais e corporativos)⁸⁴.

Como já vimos, para Dworkin a interpretação deve ser o resultado de uma história institucional onde os juízes devem “encontrar” na cadeia de decisões uma história semelhante. Aqui Fish mais do que confirmar o modelo de interpretação como persuasão, que considera que os fatos só estão disponíveis porque uma interpretação ainda que preambular já foi assumida. Sem esquecer evidentemente que os fatos relevantes para a interpretação dependem para sua existência das “estratégias interpretativas”. O autor põe à prova o próprio discurso. Para ele “não se traria de ‘encontrar’ uma história, mas o que efetivamente ocorre é o contato com um conjunto de materiais que se pressupõe que tenham sido organizados a partir de preocupações judiciais”⁸⁵. Se para Fish a interpretação é constitutiva do fato, o simples “encontrar” já seria responsável pela atribuição de forma. O que significa que nem todos os juízes e intérpretes vão “encontrar” da mesma maneira, por não compartilharem das mesmas “estratégias interpretativas”. Além disso, “a semelhança não se ‘encontra’, mas é estabelecida”, ou de forma mais precisa, “a semelhança não é uma propriedade de textos, mas uma propriedade conferida por um argumento relacional”⁸⁶. Portanto, a similiariedade é construída retoricamente (portanto discutível), e não identificada numa imanência que o discurso de Dworkin parece pressupor. Esta “(...) is a function of the law’s conservatism, which will not allow a case to remain unrelated to the past, and so assures that the past, in the form of the history of decisions, will be continually rewritten”⁸⁷

Fish ainda denuncia que o projeto de interpretação de Dworkin estaria fundado em dois pressupostos: por um lado a *história institucional* que ele invoca possuiria em algum momento o *status* de um “fato bruto” e por outro a assunção de que o comportamento arbitrário por parte dos

⁸⁴ “Presumably, the judge who is tempted to strike out in ‘some new direction of his own’ will be checked by his awareness of his responsibility to the corporate enterprise; he will then comport himself as a partner in the chain rather than as a free and independent agent” destaque do original (Ibid., p. 94).

⁸⁵ “First of all, one doesn’t just find a history; rather one views a body of materials with the assumption that it is organized by judicial concerns. It is that assumption which gives a shape to the materials, a shape that can be described as having been “found.” Moreover, not everyone will find the same shape because not everyone will be proceeding within the same notion of what constitutes a proper judicial concern, either in general or in particular cases” (Ibid., p. 94)

⁸⁶ Ibid., p. 95.

⁸⁷ Ibid., p. 96.

juízes é uma “possibilidade institucional”. Deste modo, Dworkin acabaria se rendendo tanto ao positivismo quanto ao realismo jurídicos⁸⁸. Fish ainda considera que Dworkin não compreende a natureza da interpretação, pois insiste na distinção entre “explicar” e “mudar” um texto. Para o primeiro “explicar” ou “mudar” não são atividades em oposição porque são as mesmas atividades: “explicar um trabalho é apontar algo sobre ele que não tinha sido atribuído a ele antes, portanto, para mudá-lo, desafiando outras explicações que já foram mudanças por sua vez⁸⁹. Como já vimos, no discurso de Fish os intérpretes são apenas *extensões* das comunidades institucionais, aceitar tal premissa significa muito especialmente confessar aos olhos de toda gente a impossibilidade de uma interpretação livre dos pressupostos institucionais. Neste sentido, a interpretação é por si só uma restrição, uma estrutura onde o leitor independente e a livre interpretação é impossível. Por outro lado, Dworkin rigifica a idéia de que a interpretação é uma atividade que precisa de restrições. Fish ironiza: “*Dworkin is searching for something he already has and could not possibly be without*”⁹⁰.

A teoria da interpretação de Dworkin se propõe a não ser subordinada à intenção, no “*chain novel*” não haveria uma única intenção que pudesse ser considerada decisiva⁹¹. O autor propõe um modelo de interpretação que se por um lado repudia à idéia de reconstituir a intenção dos “pais fundadores” em sentido *lato* (interpretação intencionalista), por outro não deseja uma compreensão inteiramente nova da *história institucional* em termos ideais⁹². Toda a retórica de Dworkin ao tratar da intenção parece pressupor que ela seja uma “propriedade privada” ou mesmo uma finalidade individual. Fish explica que basta realizar qualquer ato, no contexto da “*chain novel*” para

⁸⁸ “He repeatedly makes two related and mutually reinforcing assumptions: he assumes that history in the form of a chain of decisions has, at some level, the status of a brute fact; and he assumes that wayward or arbitrary behavior in relation to that fact is an institutional possibility. Together these two assumptions give him his project, the project of explaining how a free and potentially irresponsible agent is held in check by the self-executing constraints of an independent text. Of course, by conceiving his project in this way that is, by reifying the mind in its freedom and the text in its independence he commits himself to the very alternatives he sets out to avoid, the alternatives of legal realism on the one hand and positivism on the other” (Ibid., p. 96).

⁸⁹ Ibid., p. 97.

⁹⁰ Ibid., p. 97.

⁹¹ “This must be interpretation in a nonintention bound style because, at least for all novelists after the second, there is no single author whose intentions any interpreter can, by the rules of the project, regard as decisive” (DWORKIN, *How Law Is Like Literature*, p. 159).

⁹² “That judgement, in each case, requires a fresh exercise of interpretation which is neither brute historical research nor a cleanstate expression of how things ideally ought to be” (Ibid., p. 164).

ter *ipso facto* a intenção específica da empresa. A intenção não é “privada” mas contextual e identificar a intenção não significa necessariamente explorar as profundezas da psique⁹³. A intenção aqui estaria no contexto, situação ou circunstância. Decerto estamos diante da rigificação da própria idéia das “comunidades interpretativas” como legítimas titulares da intenção. Para Fish não se pode compreender uma sentença sem ter em consideração a intenção, parece que Dworkin separa “interpretação” da intenção: “um autor é capaz de separar o que escreveu de suas intenções e crenças anteriores, e de tratá-lo como um objeto em si”⁹⁴. Na verdade, o argumento invocado por Dworkin só demonstra que o autor é capaz de se tornar o seu próprio leitor, quando isto ocorre o autorleitor não está ignorando a intenção, mas apenas recaracterizando-a a partir de uma nova compreensão. Para Fish não se pode *ler* ou *reler* independentemente da intenção, sem considerar a intenção é impossível interpretar o *sentido*. Levar a série tais argumentos significa assumir a intenção como um “fato interpretativo”, só que paradoxalmente “(...) *is impossible to construe it and therefore impossible to oppose it either to the production or the determination of meaning*”⁹⁵.

1.3. Entre a *intentio operis* e o intencionalismo de Fish

Por seu turno, Umberto Eco identifica três tipos de intenções, a *intentio auctoris*, a *intentio operis* e a *intentio lectoris*, quer dizer “a interpretação como pesquisa da *intentio auctoris*, a interpretação como pesquisa da *intentio operis* e a interpretação como imposição *intentio lectoris*”⁹⁶. Na fronteira entre uma “ética da infinita interpretabilidade” e uma “semiótica da dependência da interpretação do autor” Umberto Eco apresenta a *intentio operis* como único parâmetro capaz de impor limites à liberdade do leitor⁹⁷. Isto decerto não significa excluir a colaboração do leitor. Se

⁹³ “That is to say, the act of reading itself is at once the asking and answering of the question, ‘What is it that is meant by these words?’, a question asked not in a vacuum, but in the, context of an already in place understanding of the various things someone writing a novel or a decision (or anything else) might mean (i.e., intend)” destaques do original (FISH, *Working on the Chain Gang* ...p. 99).

⁹⁴ DWORKIN, *How Law Is Like Literature*, p. 157.

⁹⁵ FISH, *Working on the Chain Gang* ...p. 101.

⁹⁶ ECO, Umberto, *I Limiti Dell’Interpretazione* (1985), tradução de José Colaço Barreiros, Difel, Lisboa, p. 27.

⁹⁷ Ver muito especialmente como as preocupações de Eco continuavam a ser a “abertura interpretativa”, contudo com perspectiva diferente: *Trinta anos atrás (...) eu me preocupava em definir uma espécie de oscilação ou de equilíbrio instável entre iniciativa do intérprete e fidelidade à obra. No correr desses*

por um lado, Eco admite a impossibilidade de uma interpretação como um sistema fechado⁹⁸, por outro reconhece que “tem de se iniciar qualquer discurso sobre a liberdade da interpretação por uma defesa do sentido literal”⁹⁹. A teoria da interpretação de Eco reconhece que o texto trata de algo de uma determinada maneira e não de qualquer coisa de acordo com a *intentio lectoris*. Aqui a *intentio lectoris* não deve se sobrepor a *intentio operis*, quer dizer, ao que a obra permite inferir¹⁰⁰.

Para Umberto Eco o texto produz o seu leitormodelo¹⁰¹. O texto possui espaços que precisam ser preenchidos pelo leitor, a partir de conjecturas e proposição de hipóteses (vê-se aqui a marcante influência de Charles Peirce na teoria da interpretação de Eco)¹⁰². Neste sentido, o texto demandaria uma *atitude cooperante* do leitor voltada para preenchimento do sentido do texto (“leitura como um ato de colaboração”). Para explicar este processo o autor cria as figuras do autormodelo e do leitormodelo, que decerto não constituem sujeitos individuais, mas estratégias discursivas¹⁰³. O autor-

trinta anos, a balança pendeu excessivamente para o lado da iniciativa do intérprete. O problema agora não é fazê-la pender para o lado oposto e, sim, sublinhar uma vez mais a ineliminabilidade da oscilação” (Ibid., Introdução, p. XXII); “Pode existir portanto uma estética da infinita interpretabilidade dos textos poéticos que se concilia com uma semiótica da dependência da interpretação do autor; assim como pode existir uma semiótica da interpretação unívoca dos textos que, no entanto, nega a fidelidade à intenção do autor e remonta antes a um direito da intenção da obra” (Ibid., p. 30). “Igualmente uma semiótica da interpretação (teorias do leitormodelo e da leitura como um ato de colaboração) costuma procurar no texto a figura do leitor a constituir e, assim, também procura na *intentio operis* o critério para avaliar as manifestações da *intentio lectoris*” destaque do original (Ibid., p. 3031).

⁹⁸ “Consequentemente, a interpretação é indefinida. A tentativa de procurar um significado final inatingível leva à aceitação de uma interminável oscilação ou deslocamento do significado. Uma planta não é definida em termos de suas características morfológicas e funcionais, mas com base em sua semelhança, embora apenas parcial, com outro elemento do cosmos. Se ela se parece vagamente com uma parte do corpo humano, então tem significado porque se refere ao corpo. Mas aquela parte do corpo tem significado porque se refere a uma estrela, e esta tem significado porque se refere a uma escala musical e isso porque esta, por sua vez, refere-se a uma hierarquia de anjos, e assim por diante *ad infinitum*” (Idem., *Interpretação e Superinterpretação*, p. 3738).

⁹⁹ ECO, *I Limiti Dell' Interpretazione*, p. 31; “Não há ninguém mais favorável do que eu a abri as leituras, mas o problema é, contudo, o de estabelecer o que se deve proteger para abrir e não o que se deve abrir para proteger” destaque do original (Ibid., p. 33).

¹⁰⁰ “Agostinho no *De doctrina christiana* dizia que uma interpretação, se em determinado ponto de um texto parecer plausível, só poderá ser aceite se for reconfirmada – ou pelo menos se não for posta em causa – por outro ponto do texto. É isto que entendo por *intentio operis*” (Ibid., p. 37).

¹⁰¹ Ibid., p. 38.

¹⁰² Para Peirce há três tipos de raciocínios: a dedução, a indução e a abdução. O raciocínio dedutivo “prova, que algo deve ser, a indução mostra que alguma coisa é realmente operativa; a abdução sugere simplesmente que alguma coisa pode ser” (PEIRCE, Ch. S., *Semiótica*, São Paulo, Perspectiva, 2003, p. 220). Entenda a abdução como a invenção de hipóteses imaginativas.

¹⁰³ ECO, *Os limites da Interpretação*, 2ª ed., Perspectiva, São Paulo, 2004, p. 46; “A configuração do Autor-Modelo depende de traços textuais, mas põe em jogo o universo do que está atrás do texto, atrás do

modelo não deve ser confundido com o autor empírico, Eco no seu “*Pós Escrito a O nome da Rosa*” afirmou: “O autor deveria morrer depois de escrever. Para não perturbar o caminho do texto”¹⁰⁴. Além disso, o leitor-modelo não se limita a apenas preencher os vazios do texto, mas também muito especialmente o atualiza, analisando nas condições históricas em que foi criado e trazendo para o nosso tempo (“estética da recepção”).

Na teoria da interpretação de Eco nem todas as interpretações são legítimas, não é verdade que todas leituras sejam igualmente válidas. Como parâmetro da interpretação formula como hipótese a existência de uma “metalinguagem crítica” (não no sentido derridiano) que permitiria a comparação do texto (“com toda a sua história”, no sentido da “estética da recepção”) e a nova interpretação. O autor ao discutir os limites da interpretação se utiliza da lógica da abdução, na verdade essa “metalinguagem crítica” é uma hipótese que deriva da abdução¹⁰⁵. Por outro lado, Eco distingue *interpretação* de *uso* de um texto. Tal distinção tem por objetivo separar o que significa compreender o texto com vistas a gerar uma

*destinatário e provavelmente diante do texto e do processo de cooperação (no sentido de que depende da pergunta: “Que quero fazer com este texto?”) (Ibid., p. 49); “Um texto é um artifício destinado a produzir o seu próprio leitor-modelo. O leitor empírico é o que faz uma conjectura sobre o leitor-modelo postulado pelo texto. O que significa que o leitor empírico é o que tenta conjecturas não sobre as intenções do autor empírico, mas sim sobre as do autormodelo. Este é o que, como estratégia textual, tem a tendência para produzir um certo leitor-modelo. E é neste ponto que coincidem a investigação sobre a intenção do autor e a que assenta sobre a intenção da obra. Coincidem pelo menos no sentido que o autor (modelo) e a obra (como coerência do texto) são o ponto virtual que fica sob a mira da conjectura. Mais que parâmetro a usar para validar a interpretação, o texto é um objeto que a interpretação constrói na tentativa circular de se validar com base no que constitui. Círculo hermenêutico por excelência, claro. Há o leitor-modelo do horário dos comboios e há o leitor-modelo de *Finnegans Wake*. Mas o facto de *Finnegans Wake* prever um leitor-modelo capaz de descobrir infinitas leituras possíveis não significa que a obra não tenha um código secreto. O seu código secreto está nesta sua vontade oculta, que se tornará evidente quando for traduzida em termos de estratégias textuais, de produzir este leitor, livre de ousar avançar todas as interpretações que quiser, mas obrigado a render-se quando o texto não aprovar as suas ousadias mais libidinais” destaque do original (ECO, *I Limiti Dell’Interpretazione*, p. 38).*

¹⁰⁴ Idem., *Pósescrito a O nome da Rosa*, Nova Fronteira, Rio de Janeiro, 1985, p. 12.

¹⁰⁵ “Assim um texto tem de ser tomado como parâmetro das suas interpretações (mesmo se cada uma das novas interpretações enriquecer a nova compreensão desse texto, ou seja, mesmo se todos os textos forem sempre a soma da sua própria manifestação linear e das interpretações que dele forem feitas). Contudo, para tomar um texto como parâmetro das suas interpretações, temos de admitir, pelo menos por um instante, que há uma linguagem crítica que actua como metalinguagem e que permite a comparação entre o texto, com toda a sua história, e a nova interpretação. (...) Mas não estou a dizer que haja uma metalinguagem diferente da linguagem normal. Digo sim que a noção de interpretação exige que se possa usar um pedaço de linguagem como interpretante de outro pedaço da mesma linguagem. No fundo é este o princípio peirciano de interpretação de semiose ilimitada” (ECO, *I Limiti Dell’Interpretazione*, p. 39).

crença sobre ele e o que age apenas como “gígolô da interpretação”¹⁰⁶. Sendo certo que todas as leituras contêm estes dois modelos abstratos de comportamento¹⁰⁷. Num encontro imaginário entre Fish e Eco, numa biblioteca ou num congresso internacional sobre Filosofia e Linguagem, realizase o seguinte diálogo. Eco: “*Buongiorno, Fish!*” E ele responde: “*Hi! I don’t know ... depends on the context or situation, depends on the interpretive community to which it refers*”. Eco provoca: “*Aspetta un attimo, ti prendo e ti porto la mia intentio operis !*”.

Se por um lado Eco faz uma defesa lúcida do sentido literal, reconhecendo-o como o primeiro nível de significado de qualquer mensagem, evidentemente não parando por aqui¹⁰⁸. Por outro lado, Fish reafirma a sua posição de que o texto sozinho não pode produzir significado, as palavras só teriam significado dentro dos pressupostos das intenções, quer dizer: “*Words alone, without an animating intention, do not have power, do not have semantic shape, and are not yet language*”¹⁰⁹. Levar a sério tais argumentos significa assumir que as palavras por si só não conseguiriam transmitir sentido e que as palavras devem ser entendidas como veículos da intenção. Deste modo *intenção* e *significado* seriam inseparáveis. Levar a sério tais argumentos significa ainda reconhecer que o texto não é independente e muito especialmente que o texto não ocupa uma posição intermédia na qual seria fonte parcial de significado, inclusivamente com “vontade”, “história” e “contexto”¹¹⁰. Fish defende um certo *intencionalismo* que não possui pretensões metodológicas, quer dizer, não deseja se constituir num método, mas tão somente ser uma resposta para questão: “Qual é o significado do texto?”¹¹¹ Para Fish

¹⁰⁶ Inspirado na crônica “*O gígolô das palavras*” de Luiz Fernando Veríssimo, in LUFT, C.P., Língua e liberdade: por uma nova concepção de língua materna e seu ensino. Porto Alegre: L & PM, 1985.

¹⁰⁷ “O uso e a interpretação são certamente dois modelos abstractos. Todas as leituras resultam sempre de uma mistura destes dois comportamentos. Por vezes acontece que um jogo, iniciado como sendo uso, acabe por produzir uma criativa e lúcida interpretação – ou viceversa. Por vezes interpretar mal um texto significa descascão de muitas interpretações canônicas anteriores, descobri-lhe novos aspectos e, neste processo, o texto resulta muito melhor e muito mais produtivamente interpretado, de acordo com a sua própria *intentio operis*, atenuada e obscurecida por muitas *intentiones lectoris* anteriores camufladas de descobertas da *intentio auctoris*” (ECO, *I Limiti Dell’Interpretazione*, p. 42).

¹⁰⁸ Ibid., p. 3132.

¹⁰⁹ “*I stand by my position: text alone, no matter how long and dense, can never yield meaning, whereas intention, whether assumed, discovered, or revealed, can always alter a meaning that had previously been in place*” (FISH, Stanley, *There Is No Textualist Position*, in San Diego Law Review, vol. 42, 1, 2005, p. 4).

¹¹⁰ Ibid., p. 7.

¹¹¹ Ibid., p. 15.

o *texto* significa o que o autor pretende que ele signifique, isto é, o texto é a *intentio auctoris*¹¹².

Natalie Stoljar apresenta três objeções à tese intencionalista no texto *"Survey Article: Interpretation, Indeterminacy and Authority: Some Recent Controversies in the Philosophy of Law"*¹¹³. A primeira é a objeção epistemológica (*"epistemological objection"*) que considera que a "evidência da intenção é equivocada, incompleta ou obscura, será difícil para intérprete oferecer justificativa convincente para uma certa interpretação correspondente à intenção atual do autor"¹¹⁴. Para Fish esta consideração não é uma objeção à tese da intencionalidade, mas apenas a denúncia da dificuldade de se identificar a intenção do autor. Além disso, Fish explica que o fundamento de sua tese intencionalista não é empírico, mas conceitual. Neste sentido, ela compromete-se apenas a ter coerência conceitual e não investigar e superar dificuldades empíricas derivadas da experiência¹¹⁵. A segunda objeção é a da nãoexistência (*"nonexistence objection"*) explica que os indivíduos no seio das órgãos colegiados possuem diferentes objetivos e intenções em mente e questiona: *"How should the individual intentions be combined to form a group intention that is plausibly the intention 'behind' the legislation?"*¹¹⁶. Argumento que se assemelha em parte ao desenvolvido por Dworkin de que a intenção do legislador é complexa¹¹⁷. Fish acusa Stoljar de confundir *intenção* como *motivo*, decerto os diferentes legisladores possuem diferentes motivos, mas o parlamento manifestase com uma única intenção, não obstante os diferentes motivos¹¹⁸. A terceira objeção é a da indeterminação (*"indeterminacy objection"*) ela sustenta que os autores costumam ter várias intenções ao mesmo tempo¹¹⁹. Mas decerto esta objeção não é robusta o suficiente para ilidir o argumento de Fish de que o *texto* é a *intentio auctoris*.

¹¹² Ibid., p. 16.

¹¹³ STOLJAR, Natalie, *Survey Article: Interpretation, Indeterminacy and Authority: Some Recent Controversies in the Philosophy of Law*, in Journal of Political Philosophy, December, 2003, vol. 11, p. 369-501 *apud* FISH, There Is No Textualist Position, p. 1720.

¹¹⁴ Ibid., p. 479.

¹¹⁵ FISH, *There Is No Textualist Position*, p. 18.

¹¹⁶ STOLJAR, *Survey Article* ... p. 479.

¹¹⁷ "But just as we noticed that a novelist's intention is complex and structured in ways that embarrass any simple author's intention theory in literature, we must now notice that a legislator's intention is complex in similar ways" (DWORKIN, *How Law Is Like Literature*, p. 163).

¹¹⁸ FISH, *There Is No Textualist Position*, p. 19.

¹¹⁹ STOLJAR, *Survey Article* ... p. 479.

Ao discutir sua tese da intencionalidade Fish sugere algumas conclusões, a saber: a) um texto significa o que o autor pretende que ele signifique; b) não há significado separado da intenção; c) não há uma posição textualista porque a intenção é anterior ao texto (*"no intention, no text"*); d) a intenção dos leitores, exceto para o propósito de determinar a intenção do autor, não conta como interpretação, mas como reescrituras; e) a tese da intenção não se propõe a ser um método. Mais do que a provocação em si, importamos finalizar esta seção com as palavras de Fish: *"Interpretation is not a theoretical issue, but an empirical one, and, therefore, all debates about the nature of interpretation should stop"*¹²⁰. Sem que isso importe assumir o ponto de vista de Fish.

1.4. Com a palavra o jurista Fish ...

Fish no texto *"The Law Wishes to Have a Formal Existence"*, denuncia a moralidade e a interpretação como as ameaças constantes à autonomia do direito¹²¹. De uma forma muito clara, Fish oferece a sua própria narrativa como "tribunal" na disputa entre formalistas normativistas e *"critical legal scholars"*¹²².

A partir do diagnóstico de um cenário de "expansionismo moral" Fish considera que o formalismo tem se mostrado bastante atraente e surpreendentemente invoca Kelsen: *"Kelsen's last clause says it all: the realms of the ethical, the political, and of value in general are the threats to the law's integrity"*. Mas reconhece que o direito não obstante queira ter uma existência formal acabe contaminado pela interpretação. Sem excluir que num certo sentido o sucesso do direito não deixa de

¹²⁰ FISH, *There Is No Textualist Position*, p. 22.

¹²¹ Idem., *The Law Wishes to Have a Formal Existence*, in *The Stanley Fish Reader*, edited by H. Aram Veese, Blackwell Publishers, 1999, p. 166. Quanto à ameaça da moralidade salienta: *"(...) in place of a single abiding standard to which disputing parties might have recourse, we would have many standards with no way of adjudicating between them. In short, many moralities would make many laws, and the law would lack its most saliently desirable properties, generality and stability"* (ibid., p. 167). Quanto a uma certa interpretação: *"Interpretation, in this view, is the effort of a morality, of a particular, interested agenda, to extend itself into world by inscribing its message on every available space"* (ibid., p. 167), *"Interpretation is the name for the activity by which a particular moral vision makes its hegemonic way into places from which it has been formally barred"* (ibid., p. 183).

¹²² ROOF, Judith, Headnote to *"The Law Wishes ..."*, in Aram Veese (ed.), *The Stanley Fish Reader*, op. cit., p. 166. Ela acentua um certo paradoxo: *"Fish, through his merciless deconstructive readings, is perhaps the most critical of legal theorists, but also the most conciliatory and perhaps the most judicial, appealing to the sophisticated logic of the law's use of narrative as a way to adjudicate the dispute between formalists and critical legal scholars"*.

ser, indissociavelmente, uma realização políticoretórica¹²³. Para Fish a identidade é forjada pela prática¹²⁴. O que nos importa acentuar aqui é que a identidade do direito estaria precisamente na imanência de suas práticas. Para ele a história da doutrina legal decorre das transformações reclamadas por '*urgencies social, political, and economic*', neste sentido o direito forjaria sua própria identidade com base em materiais externos e aos olhos de toda gente¹²⁵. Se tal assertiva for verdadeira, a apropriação realizada pelas práticas jurídicas de materiais alheios não comprometeria a autonomia do jurídico, como demonstraria sua "imunidade" face às tentativas de colonização. Decerto a defesa da autonomia e do sentido do direito não se confunde com a exaltação, via imanência de suas práticas, do formalismo jurídico. A construção de Fish parece apontar expressamente neste sentido. Sem evidentemente considerar que o Método Jurídico não mais ostenta a força de outrora, sendo não mais que uma concepção concorrente dentre diversas possíveis¹²⁶.

Stanley Fish identifica precisamente os '*spaces opened*' deixado pela justaposição de tendências irreconciliáveis [*'(...) to be purely formal and intuitively moral*'] como o lugar em que o direito é capaz de exercer o seu papel¹²⁷. Ele confessadamente aproximase de James Boyd White quanto ao conceito de direito, como "*a set of resources for thought and argument*", no entanto afastase dele no que tange à proposta de procura de uma nova forma de prática jurídica, pois para Fish não se trataria de buscar um novo recorte para o processo judicial, mas sim argumentos convincentes e eficazes dentro do modelo atual (contingente e temporalmente localizado)¹²⁸. Uma crítica que nos importa desde já acentuar é a formulada por Fish à "retórica" de White "*(...) is a strange rhetoric that imagines conflict finally dissolved in the wash of a manyvoiced pluralism. The truth is that White's hopes for the law are not rhetorical, but transcendental*"¹²⁹.

Fish a partir do diagnóstico da impossibilidade de se fundamentar o

¹²³ FISH, Stanley, *The Law Wishes* ... p. 168169.

¹²⁴ Idem., *Looking Elsewhere* ... p. 79.

¹²⁵ Idem., *The Law Wishes* ... p. 181.

¹²⁶ Neste sentido: AROSO LINHARES, *Constelação de discursos ou sobreposição de comunidades interpretativas? A caixa negra do pensamento jurídico contemporâneo*, Instituto da Conferência, Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, nº 7, Os espaços curvos do direito, p. 62 e 65.

¹²⁷ FISH, Stanley, *The Law Wishes* ... p. 185.

¹²⁸ Ibid., p. 197.

¹²⁹ Ibid., p. 199.

direito em abstrações imutáveis, conclui terrivelmente que “*That leaves us with law as it is, something we believe in because it answers to, even as it is the creation of, our desires*”¹³⁰. Parecenos que Fish, a partir de uma compreensão retóriconarrativa da realização do direito, ou seja, partindo da imanência das práticas jurídicas forja o seu discurso de autonomia do direito, intencionalmente antiformalista mas que acaba por se constituir em ultraformalista. Tal formulação peca por não investigar os critérios em que se baseiam as práticas jurídicas, aceitaos aproblematicamente sem investigar sua validade e adequação¹³¹. Mas por outro lado, de certa forma privilegia a autonomia do direito face a *vertigem* da pluralidade e dos riscos de indiferenciação do jurídico, ainda que permanentemente fiel a uma representação formalista das práticas jurídicas¹³².

Decerto a obra que Fish aprofunda muitas das suas reflexões sobre o direito é “*The Trouble With Principle*”¹³³. Convém alertar ao leitor que não constitui nosso objetivo realizar um estudo exaustivo sobre a obra citada, pois exorbitaria (e em muito) as nossas modestas pretensões. Apenas por *dever de ofício* compartilharemos de algumas preocupações de Fish a respeito dos princípios, tão *ordinariamente* invocado na retórica jurídica, sobretudo naquela de compromissos assumidamente liberais. Fish procura denunciar o “*forum of principle*”, que internalizamos ao longo de nossa formação (cultural) e invocamos diuturnamente na nossa prática, como um repositório de normas abstratas quase sempre indiferentes aos seus resultados¹³⁴. Ele exortanos que “*(...) nowadays many bad things are done in its name*”¹³⁵, portanto os chamados “*neutral principles*” defendidos pelos teóricos liberais e invocados como estratégia argumentativa quase sempre escondem interesses políticos não confessados. Além disso, os princípios não se realizam em abstrato, mas sempre num contexto: “*The fact that the*

¹³⁰ Ibid., p. 203.

¹³¹ Cfr. AROSO LINHARES, J. M. *Constelação de discursos* ... p. 41.

¹³² Ibid., p. 65.

¹³³ FISH, Stanley Eugene, *The Trouble With Principle*, Harvard University Press, 1999, p. 1328.

¹³⁴ “*Each of these maxims urges us to enter a perspective wider than that formed by our local affiliations and partisan goals; each gestures toward a morality more capacious than the morality of our tribe, or association, or profession, or religion; each invites us to inhabit what the legal philosopher Ronald Dworkin calls ‘the forum of principle’, the forum in which our allegiances are not to persons or to wishedfor outcomes but to abstract norms that neither respect nor disrespect particular persons and are indifferent to outcomes*” (Ibid., p. 2).

¹³⁵ “*The trouble with principle is, first, that it does not exist, and, second, that nowadays many bad things are done in its name. The claim is that abstractions like fairness, impartiality, mutual respect, and reasonableness can be defined in ways no hostage to any partisan agenda*” (Ibid., p. 2).

game of neutral principles is really a political game"¹³⁶. Para Fish o problema central no argumento de princípio é que as tentativas tendentes a lhe conferir conteúdo (substância) procedem a partir de um ponto de vista em que os pressupostos não tem sido contestados¹³⁷. Se por um lado, não existe um princípio neutro, pois só podem ser considerados princípios porque estão informados por conteúdo – substância retoricamente construído¹³⁸ (...*"principle and substance come always mixed"*)¹³⁹. Por outro lado, *"a real neutral principle, even if it were available, wouldn't get you anywhere in particular because it would get you anywhere at all"*¹⁴⁰. Na escrita de Fish a invocação do argumento de princípio serviria apenas como estratégia argumentativa (*"Let's be fair"* ou *"We must be consistent"*). Os *"neutral principles"* são quase sempre invocados para facilitar a vida dos agentes políticos, quer dizer torna-se mais fácil persuadir as pessoas, os cidadãos, os juizes a partir do manuseio de um vocabulário dignificador de suas agendas políticas¹⁴¹. Quando alguém inicia o discurso invocando princípios, normalmente só mais tarde conheceremos suas posições¹⁴². Há ainda um outro risco, invocar princípios em abstrato com a sua demasiada generalidade permitirá um orador habilidoso a chegar a qualquer conclusão¹⁴³. Sem evidentemente excluir que *"a generalidade de um princípio é diretamente proporcional à extensão do que este ignora: not only race, gender, class, religious affiliation, ethnic identity, sexual orientation (the usual list), but accomplishments, failures, value to society, moral worth"*¹⁴⁴.

Uma parte significativa do esforço de Fish na obra *"The Trouble With Principle"* é confessadamente voltado para retirar o véu da ignorância

¹³⁶ *"The fact that the game of neutral principles is really a political game the object of which is to package your agenda in a vocabulary everyone, or almost everyone, honors is itself neutral and tells you nothing about how the game will be played in a particular instance. The truth, as I take it to be, that neutral principles, insofar as they are anything, are the very opposite of neutral, and are filled with substance, won't tell you what substance they are filled with or whether or not you will like it"* destaque nosso (Ibid., p. 7).

¹³⁷ Ibid., p. 3.

¹³⁸ Ibid., p. 4.

¹³⁹ Ibid., p. 9.

¹⁴⁰ Ibid., p. 4.

¹⁴¹ *"Indeed, it is crucial that neutral principles not exist if they are to perform the function I have described, the function of facilitating the efforts of partisan agents to attach an honorific vocabulary to their agendas"* (Ibid., p. 7)

¹⁴² Ibid., p. 8.

¹⁴³ Ibid., p. 3, 810, 4445, 115117, 142146,

¹⁴⁴ Ibid., p. 10.

(não no sentido de Rawls) sobre os princípios. Para ele “princípios e abstrações não existem exceto como acompanhamento retórico das práticas em busca de boas relações no espaço público”¹⁴⁵. Não obstante, todas as reservas que a retórica de Fish pode suscitar (e efetivamente suscita), a sua prosa é complexa e por vezes não muito clara, o que gera equívocos e incompreensões do verdadeiro sentido de seu discurso. Fish exemplarmente retira o véu do argumento de princípios e expõe uma certa “desilusão” experimentada, mas decerto não confessada no universo jurídico. O universo de experimentação eleito pelo autor é bastante diverso e sobretudo sensível as mais imprevisas suscetibilidades, explorando desde as ações afirmativas¹⁴⁶, passando pela liberdade acadêmica¹⁴⁷ e os discursos de ódio¹⁴⁸ até a religião¹⁴⁹. Fish ao discutir liberdade de expressão passa a ser alvo de críticas dos mais diversos quadrantes, para ele o que está em jogo nas disputas da Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América normalmente não é um princípio, não obstante reconheça que seja utilizado um vocabulário que invoque o argumento de princípio. *“Pornographers, Holocaust deniers, and crossburners are not for free speech but for pornography, the denial of the Holocaust, and the intimidation of minorities”*¹⁵⁰. Se por um lado, Fish se esforça para denunciar que a agenda política não precisa continuar camuflada pela invocação de princípios, deve-se sim formular argumentos para as políticas preferenciais com base em razões públicas, quer dizer, assumir o esforço de demonstrar porque certa política é boa em detrimento das demais. Por outro lado, advertenos que precisamos superar o costume de batizar nossas políticas preferenciais nas *“waters of principle”*, como se a invocação do princípio por si só conferisse o privilégio do “sagrado”¹⁵¹. Em tom de desfecho parcial, o autor sem afivelar nenhuma máscara considera que as abstrações formais não teriam conteúdo próprio e para obtê-lo

¹⁴⁵ Ibid., p. 45.

¹⁴⁶ Ibid., p. 4, 2021, 2633, 310.

¹⁴⁷ Ibid., p. 3445.

¹⁴⁸ Ibid., p. 75100.

¹⁴⁹ Ibid., p. 153284.

¹⁵⁰ Ibid., p. 8890. *“Indeed, I would go further and say that what is at stake in First Amendment disputes is almost never a principle, even though it is in the vocabulary of principle that the argument is conducted. Moreover, it is the habit of framing everything in terms of principle that makes people confused about what they really want and renders them vulnerable to certain argumentative ploys”* (Ibid., p. 88). Ver muito especialmente: FISH, *There’s No Such Thing As Free Speech and it’s a Good Thing, Too*, Oxford University Press, 1994, p. 102119.

¹⁵¹ Ibid., 8990.

devem obrigatoriamente mergulhar no reino das disputas partidárias¹⁵². E muito especialmente que *“politics, interest, partisan conviction, and belief are locations of morality. (...) Immorality resides in the mantras of liberal theory – fairness, impartiality, and mutual respect – all devices for painting the world various shades of gray”*¹⁵³.

1.5. A inteligibilidade imanente das disciplinas, a interdisciplinariedade e os estudos culturais

Fish radicaliza o seu discurso das “comunidades interpretativas” e dos respectivos códigos quando explica que papel do advogado seria um exercício constante de “tradução”, ou num sentido mais preciso *“transubstantiating”* o que significa extrair do discurso da vida categorias jurídicas apropriadas. Tal prática atuaria como instância críticoreflexiva, que permitiria reconhecer um caso jurídico ou quando apenas se estivesse diante de um problema sem repercussão no universo do direito. A tradução não passaria de uma tentativa de distorção da realidade através da invocação de um vocabulário específico¹⁵⁴. A radicalização do discurso das comunidades interpretativas também pode ser sentida na percepção de Fish a respeito da interdisciplinariedade, pois ele a enxerga como que movida por uma intencionalidade unitarista, constituidora de uma supradisciplina ou de uma verdade acima das demais. Decerto o desafio para Fish consiste em enfrentarsuperar o aparente paradoxo do seu discurso, que por um lado é contrário à ideia de interdisciplinariedade (entendida como unificação de conhecimento) e por outro, festeja a unidade e a inteligibilidade imanente das disciplinas. Fish ao mesmo tempo que nega a unidade como esperança, a mobiliza quando discorre sobre literatura ou direito¹⁵⁵.

¹⁵² Ibid., p. 142.

¹⁵³ Ibid., p. 242.

¹⁵⁴ FISH, Stanley, *Looking Elsewhere: Cultural Studies and Interdisciplinarity*, in *Professional Correctness, Literary Studies and Political Change*, Harvard University Press, 1999, p. 71. Para corroborar o entendimento da “tradução” como uma tentativa de distorção da realidade via vocabulário específico, Fish acaba por desferir duras críticas à American Legal Realists: *“This was the mistake made en masse by American Legal Realists, who believed that if they could only get rid of machinery of the legal culture – with its terms of art, constructed entities, and artificial rules – they would be closer to seeing what was really going on when someone was in search of a legal remedy”*, (Ibid., p. 71) e grifo nosso. Ele considera que tal esforço de reforma não melhora o direito, mas apenas o substitui por uma outra disciplina estruturalmente informada.

¹⁵⁵ Ibid., p. 73.

A unidade das disciplinas seria alcançada por meio da retórica, ou seja, a partir de uma compreensão retórica internamente assumida e não pela natureza ou por um imperativo lógico. A unidade das disciplinas teria existência material que lhe permitiria produzir efeitos no mundo sensível, que nenhuma análise teórica pode dissipar¹⁵⁶. A compreensão imanente das disciplinas parece assumidamente renunciar ou mesmo desencorajar um olhar para além das suas estreitas fronteiras¹⁵⁷. O desejo de enxergar a disciplina tão somente na sua imanência parece conduzi-la inexoravelmente a um “sepulcro caiado”¹⁵⁸. Aqui a “miopia” é duplamente consagrada: quer quando não se olha para além, quer quando não se olha para dentro das disciplinas. A proposta de apreender a realidade apenas como ela se apresenta, se por um lado é louvável, pois demonstra a vontade de se ver livre das distorções da realidade intencionalmente assumidas ou não pelas “comunidades interpretativas”, por outro, constitui uma visão exterior e compartimentada das disciplinas. Isto sem falar que a apreensão da realidade como ela é em si mesma é irrealizável, pois no mínimo haverá a mediação da linguagem. Portanto, um projeto de apreensão do mundo sensível a partir de sua própria imanência constitui um desafio decerto inexecutável. Esta compreensão imanente significa ainda repudiar qualquer foro ou dimensão reflexiva das disciplinas, quer no que respeita sua coerência interna, autonomia e validade.

A referência nas linhas acima a um certo paradoxo não exclui outras oscilações discursivas menos evidentes ou confessadas, como a que sugere a compreensão imanente das disciplinas ao lado do reconhecimento de se levar a sério o que tenha sido historicamente constituído, realçando o *constituído* em detrimento do *historicamente*¹⁵⁹. Ou mesmo a denúncia do cariz autoritário das disciplinas acadêmicas¹⁶⁰. Ou quando reconhece que as idéias de síntese e conhecimento geral tem sido importantes para o ideal

¹⁵⁶ Ibid., p. 74.

¹⁵⁷ Ibid., p. 76.

¹⁵⁸ Cfr. Mateus 23.2528

¹⁵⁹ FISH, *Looking Elsewhere ...* p. 76.

¹⁶⁰ Ibid., p. 77, “(...) for the hegemony of academic disciplines operates not only to obscure our view of the objects of our analytical attention, but to obscure our view of the forces that oppress us and prevent us from being truly free”. Neste sentido Ben Agger: “(...) the fragmentation and specialization of knowledge leads to its hierarchization” e considera também que as disciplinas acadêmicas são cúmplices na “the reproduction of historical domination”, in *Cultural Studies as Critical Theory*, London, 1992, p. 18 *apud* Fish Stanley, *Looking Elsewhere* p. 77.

de interdisciplinariedade nos estudos literários¹⁶¹. Ou quando sugere que a interdisciplinariedade depende de atos que exorbitem "*locally intelligible*" e "*locally consequential*" via "*public intellectual*"¹⁶² ao mesmo tempo que reconhece que "isto não representará a vitória da interdisciplinariedade, mas o triunfo de uma disciplina ou projeto sobre os demais"¹⁶³.

Fish é um crítico implacável das propostas de estudos culturais e da interdisciplinariedade. Quanto aos primeiros considera que o seu contributo culminaria apenas na formulação de um novo objeto, de um novo e diferente texto "*cultural text*". Sendo certo que este novo texto não ostentaria nenhuma superioridade ontológica e epistemológica face aos demais¹⁶⁴. Sem evidentemente excluir que os textos culturais em nada podem contribuir para as rotinas das práticas¹⁶⁵. Os textos culturais são parciais. Esta "parcialidade" decerto será em alguns momentos mais útil do que outras parcialidades, quer da crítica literária, quer da filosofia ou da história da arte, quer da estética. O que nos importa acentuar é que Fish nega qualquer superioridade do "*cultural text*" face outros textos parciais. Para além disso ele explica que se os textos culturais ou os estudos interdisciplinares não fossem parciais não estariam "situados". Após reconhecer as limitações dos seres humanos no próprio horizonte da existência, Fish com um sarcasmo inconfundível provoca: "*We do not wake up in the morning and announce as our programme for the day 'I will now see beyond my horizons'*"¹⁶⁶.

O ceticismo de Fish face aos estudos culturais pode ser sentido na crítica de que estes conteriam um projeto de reestruturação social¹⁶⁷. Projeto exemplarmente assumido por Henry Giroux quando considera que

¹⁶¹ Ibid., p. 136.

¹⁶² Para Fish: "*In short, the public intellectual is another professional, practising another discipline and enacting a vision no more or less grand than the vision of any other professional in any other discipline*" (*The Folger Papers*, p. 139).

¹⁶³ FISH, *The Folger Papers*, in *Professional Correctness* ... p. 139.

¹⁶⁴ Idem., *Looking Elsewhere* ... p. 79.

¹⁶⁵ "*The practice of cultural studies will not make you good, it will make you proficient in the routines that are its content*" (FISH, *Why Literary Criticism is Like Virtue*, in *Professional Correctness* ... p. 106).

¹⁶⁶ Idem., *The Folger Papers*, p. 81, "*A text that was adequate to every detail as seen from every possible angle would be unsituated; Human beings, however, cannot be in such a condition of dispersion. Human beings are always in a particular place. (...) For human beings the formula 'as far as I can see' is more than a ritual acknowledgement of fallibility; it is an accurate statement of our horizonbound condition*"

¹⁶⁷ FISH, *Why Literary Criticism is Like Virtue*, in *Professional Correctness* ... p. 99

*"(...) cultural studies offers the possibility for extending the democratic principles of justice, liberty, and equality to the widest possible set of social relations and institutional practices that constitute everyday life"*¹⁶⁸. E muito especialmente na promessa de que os estudos culturais poderiam levarnos à reflexão¹⁶⁹. O que nos importa inicialmente acentuar é que para Fish os estudos culturais não ostentariam nenhuma superioridade em relação aos demais modelos de reflexão¹⁷⁰.

Mas onde está a reflexão e qual o seu papel na escrita de Fish? A reflexão é uma atividade no interior de uma prática ou uma atividade baseada em suas próprias premissas normativas?¹⁷¹ O autor sugere que não existiria uma "critical selfconsciousness" capaz de se abstrair das rotinas diárias e avaliar criticamente o que estamos fazendo, assim a reflexão seria uma atividade da prática¹⁷². Transpondo ou tentando projetar criticamente esta construção para o universo da "*Law and Literatura*", aqui o ponto de encontro parece ser o problema da linguagem (e tudo o que esta envolve). Na hipótese desta reflexão trazer respostas serão decerto respostas aos desafios postos em causa pelo direito e não pela literatura. Levar a sério tais argumentos no universo do direito significa aceitar aproblematicamente os sucessos e os insucessos das situações institucionais decorrentes da *práxis* jurídica. Levar a sério tais argumentos significa ainda renunciar toda reflexão atinente ao ideal de justiça que deve balizar as práticas jurídicas? Ou muito especialmente assimilar tais argumentos como apenas uma renúncia de atuar estritamente no campo do *pensamento teórico* e assumir

¹⁶⁸ GIROUX, Henry, *Cultural Studies Times*, Fall, 1994, A15, apud FISH, Why Literary Criticism is Like Virtue, p. 105.

¹⁶⁹ FISH, *Why Literary* ... p. 104.

¹⁷⁰ "Cultural studies is not larger or more penetrating than the modes of interrogation it seeks to displace. (...) Moreover, what is true of cultural studies is true of reflection in general, that mode of mental activity of which cultural studies is supposedly the institutional form" (Ibid., p. 105106).

¹⁷¹ Ibid., p. 106.

¹⁷² Exemplarmente desenvolvido em *Doing What Comes Naturally*, Oxford, 1989, p. 19. "(...) is that there is no such thing as critical selfconsciousness, no separate 'muscle of the mind' that can be flexed in any situation, no capacity either innate or socially nurtured for abstracting oneself from everyday routines in the very act of performing them, no buffer zone that allows us to assess critically what we are doing, no possibility of a discipline's thinking through 'the issue of its own grounding', no strategy for loosening the constraints that bind us whenever we set ourselves a particular task. And what that means is that any rewards or pleasures we might look for will come from particular tasks and not from their transcendence" (Ibid., p. 107). "For me the reward and pleasure of literary interpretation lie in being able to perform analyses like this. Literary interpretation, like virtue, is its own reward. I do it because I like the way I feel when I'm doing it" (Ibid., p. 110). "(...) and each practice is answerable to the norms implicit in its own and conventions, then justification can only proceed within that history and in relation to those conventions" (destaque do original, Ibid., 112).

os desafios da *prática* (no sentido Aristotélico)¹⁷³, o que decerto imporá realizar a justiça em cada tarefa específica do direito?

Fish ao mesmo tempo que admite a possibilidade de reconstituir o sentido de um texto, exemplarmente evidencia a impossibilidade de apreensão de seu sentido literal, pois numa comunidade de leitores haverá apenas a identificação dos significados possíveis. Mas também muito especialmente denuncia que os estudos culturais “pervertem” o texto literário ou o texto jurídico, pois as referências extraídas dos mesmos são sempre produzidas a partir de uma perspectiva de interesse e não a partir dos próprios textos¹⁷⁴. Mais será possível extrair o sentido literal do texto tão somente a partir de sua imanência? Existe um tal “sentido literal”? Ou estaremos condenados a identificar apenas significados possíveis face a diversidade de comunidades interpretativas, que forjam os seus códigos a partir de suas práticas numa circularidade e autoreferencialidade insuperável?

Para Fish a interdisciplinariedade apenas forneceria “*a map of the routes going in and out of particular disciplines*”, isto é, demonstraria as interconexões com outras disciplinas. Ora a resistência sustentada por Fish é no sentido de que a desocultação dessas relações constituiria uma “*offesa*” à inteligibilidade imanente das disciplinas¹⁷⁵. Uma crítica que nos importa desde já acentuar, é que esta compreensão imanente das disciplinas consagra um “círculo compreensivo” auto referenciado, pois as práticas são assumidas como condição de possibilidade de sua própria compreensão. Por outro lado, a interdisciplinariedade não precisa

¹⁷³ ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, tradução do grego e notas de António de Castro Caeiro, Quetzal Editores, Lisboa, 2006, 2ª ed., Livro VI, As formas da excelência do pensamento teórico.

¹⁷⁴ Exemplarmente desenvolvido em *Doing What Comes Naturally*, Oxford, 1989, p. 19. “(...) is that there is no such thing as critical selfconsciousness, no separate ‘muscle of the mind’ that can be flexed in any situation, no capacity either innate or socially nurtured for abstracting oneself from everyday routines in the very act of performing them, no buffer zone that allows us to assess critically what we are doing, no possibility of a discipline’s thinking through ‘the issue of its own grounding’, no strategy for loosening the constraints that bind us whenever we set ourselves a particular task. And what that means is that any rewards or pleasures we might look for will come from particular tasks and not from their transcendence” (Ibid., p. 107). “For me the reward and pleasure of literary interpretation lie in being able to perform analyses like this. Literary interpretation, like virtue, is its own reward. I do it because I like the way I fell when I’m doing it” (Ibid., p. 110). “(...) and each practice is answerable to the norms implicit in its own and conventions, then justification can only proceed within that history and in relation to those conventions” (destaque do original, Ibid., 112).

¹⁷⁵ FISH, *Looking Elsewhere ...* p. 80

ser pensada nos moldes de um projeto ilusório de unidade¹⁷⁶. Ou num cepticismo insuperável assumido por Fish quando considera que as tentativas interdisciplinares, na verdade, não conseguem exorbitar das fronteiras das disciplinas¹⁷⁷. Sem excluir evidentemente a circunstância de quando um material externo é invocado apropriado por uma disciplina ocorrer-se-ia instantaneamente a sua transformação pela disciplina apropriadora¹⁷⁸. Estaríamos diante de um “novo” código¹⁷⁹. Isto sem falar que a invocação de um vocabulário específico não desnudará a face interna do objeto, mas tão somente constituirá diferentes objetos¹⁸⁰. O tom do discurso cético de Fish face aos estudos culturais e à interdisciplinariedade é suavizado no reconhecimento de que “*feminism, black studies, and gay and lesbian studies*” possuem um imenso potencial transformador nos contextos referidos¹⁸¹.

Igualmente a interdisciplinariedade não precisa de pensada nos moldes de “*interdisciplinary transcendence*”: “*the literary historian and the critic need to work together and... the ideal case is that in which both functions are united in one and the same man*”¹⁸². Fish dispara que as “pessoas não possuem uma essência integrada que surgirá somente após s constrangimentos disciplinares desaparecerem”¹⁸³.

¹⁷⁶ Neste sentido: BROOKS, Cleanth, in *Interdisciplinarity: History, Theory, Practice*, ed. Julie T. Klein, Detroit, 1989, p. 19 apud FISH, *Looking Elsewhere* ... p. 83. De certa forma também Fish: “*It is in the name of difference of the recognition of perspective, materials, and interests excluded from the disciplinary focus that one calls for interdisciplinary work, for work that insists on looking into the other fellow’s back yard; but when the call for interdisciplinary work takes on a political, and usually utopian, cast, difference becomes something to be transcended at that happy moment when all partial and distorting views will be exchanged for the larger and inclusive view of a general wisdom*” (Ibid., p. 136).

¹⁷⁷ FISH, *Looking Elsewhere* ... p. 86.

¹⁷⁸ Ibid., p. 83.

¹⁷⁹ Cfr. Os teóricos de qualquer área utilizam um vocabulário específico, apenas compreensível em restritos círculos acadêmicos. Fish denuncia o caráter normativo dos vocabulários, que são normativamente assimilados e constitui requisito de entrada nos referidos círculos. (Ibid., p. 91). Fish ratifica: “(...) *but vocabularies are specific to and constitutive of particular tasks and acquire whatever force and usefulness they have in relation to specific purposes*” (*The Folger Papers*, p. 138).

¹⁸⁰ FISH, *The Folger Papers*, in *Professional Correctness* ... p. 138.

¹⁸¹ Idem., *Looking Elsewhere* ... p. 86. Ver muito especialmente o texto “*Why Literary Criticism is Like Virtue*”, onde Fish exemplarmente explora a relação entre a produção acadêmica e o universo político, o papel de nossas “histórias” na academia e sobretudo a relação entre as práticas acadêmicas e as transformações sociais e políticas.

¹⁸² BUSH, Douglas, in Marvell’s “*Horatian Ode*” in W. R. Keast, ed., *Seventeenth Century English Poetry*, London, 1962, p. 355 apud FISH, *The Folger Papers*, in *Professional Correctness* ... p. 135. Muito especialmente no universo da literatura, ou de forma mais precisa no campo da história e da crítica literária.

¹⁸³ FISH, *The Folger Papers*, in *Professional Correctness* ... p. 137.

Se Fish por um lado denuncia que os trabalhos literários (mas não só) podem se render à política, comprometendo sua própria forma¹⁸⁴. Por outro lado, exemplarmente reconhece que os esforços interdisciplinares (entendidos como esforços políticos) “*are continually being absorbed and domesticated by their supposed object*”¹⁸⁵. De uma forma menos exemplar Fish parece conduzir as propostas de interdisciplinariedade para a arena política¹⁸⁶. Decerto a crítica política, quer de direita ou de esquerda, quer conservadora ou progressista, quer neoliberal ou social democrata não é o plano adequado para as análises dos projetos interdisciplinares. Sem que isso importe assumir uma atitude ingênua de acreditar que a academia seja imune as disputas políticas ou mesmo acreditar que a virtude da academia seja sua pureza neutralidade política. Decerto a crítica política pode ser uma aliada ou mesmo uma inimiga dos discursos nem tão hegemônicos de interdisciplinariedade. O que parecemos relativamente claro é que os debates projetos interdisciplinares não devem ser movidos por aspirações predominantemente políticas.

Uma outra percepção da interdisciplinariedade que nos importa desde já repudiar é aquela que a considera tributária de “problemas acadêmicos existenciais”, muito especialmente dos acadêmicos humanistas que desejariam ser o que não são¹⁸⁷. O que decerto importa assumir um dos fronts de resistência face ao discurso fatalista de Fish “*(...) if we really learn to live with ourselves and not for self we dream of becoming, we may even find satisfaction in our satisfaction*”¹⁸⁸. Será que devemos assumir a imanência das práticas como única razão plausível e suficiente para a existência das disciplinas ou de qualquer outra empresa?¹⁸⁹

Parece que a doutrina da *inteligibilidade imanente* de Fish foi decisivamente influenciada pelo artigo de Ernest J. Weinrib, intitulado “*Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law*”, onde o autor faz uma defesa apaixonada da compreensão imanente do direito: “*Nothing*

¹⁸⁴ Idem., *Looking Elsewhere* ... p. 82.

¹⁸⁵ Idem., *The Folger Papers*, p. 140.

¹⁸⁶ Ibid., p. 135.

¹⁸⁷ Ibid., p. 140.

¹⁸⁸ Ibid., p. 141.

¹⁸⁹ Ibid., p. 141, “*When all is said and done, there is no reason for any discipline or enterprise to exist except for what is brought into the world by the possibility of its practice*”.

is more senseless than to attempt to understand law from a vantage point extrinsic to it"¹⁹⁰. Ao mesmo tempo que rejeita a compreensão do direito na senda das explicações da ciência sugere que os fenômenos jurídicos só seriam acedíveis sob as lentes do próprio direito, ou de forma mais precisa a partir de sua imanência¹⁹¹. Levar a sério tais argumentos significa assumir a circularidade e a autoreferencialidade deste raciocínio como maisvalia face à fragilidade das descrições externas ao direito e aos riscos de perda de forma. E muito especialmente admitir uma regressão infinita, que mesmo a invocação do direito como ideal não pode dissipar. Levar a sério tais argumentos é no entanto também assumir a autonomia do direito como decorrente única e exclusivamente das suas práticas (*autonomia pragmática*).

O ceticismo de Fish face aos projetos interdisciplinares também pode ser sentido no discurso do *professionalism*¹⁹². Mesmo quando a profissão confrontase com o *novo* não compromete sua inteligibilidade imanente, porque quando uma disciplina amplia suas categorias de modo a alcançar materiais que se pensava estar para além de suas fronteiras o faz através de *referência* ao código da disciplina. Decerto esta *referência* pressupõe uma posição definida numa determinada comunidade de intérpretes¹⁹³. A defesa do *professionalism* também muito especialmente repercute no universo da interpretação, ao ponto de afastar qualquer risco subjetivista, dada existência dos constrangimentos institucionais¹⁹⁴.

¹⁹⁰ WEINRIB, Ernest J., *Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law*, in Yale Law Journal, 97/6, May 1988, p. 953 apud Fish, *Distinctiveness: Achievement and Costs* (Lecture II da obra *Professional Correctness ...*), p. 20. Segundo Weinrib: "When we seek the intelligibility of something, we want to know what that something. The search for 'whatness' presupposes that something is a *this* and not a *that*, that it has, in other words a determinate content. That content is determinate because it sets the matter apart from other matters, and prevents it from falling back into the chaos of unintelligible indeterminacy that its identification as a something denies" (Ibid., p. 958).

¹⁹¹ Ibid., p. 964.

¹⁹² "Talk of 'foreign ideals' and 'immanent intelligibility' is of course the language of professionalism, and professionalism is a suspect concept in this era of interdisciplinary hopes", Fish, *Distinctiveness: Achievement and Costs*, in *Professional Correctness*, p. 23. Alan Sinfield considera que: "the tendency of a profession is to become selfreferential" (*Faultlines*, Berkeley, Los Angeles, 1992, p. 287 apud Fish, *Distinctiveness ...* p. 22).

¹⁹³ "(...) so long as the key terms in the enterprise are defined by reference to one another and not to the terms of some other enterprise" (Ibid., p. 24).

¹⁹⁴ Ver especialmente: WEST, Robin, *Narrative, Authority and Law*, The University of Michigan Press, 1993, p. 149 e ss.

1.6. _____ e perspectivas no horizonte da “*Law and Literatura*”

Diante da dificuldade de escolher um título para esta seção da investigação optamos por deixá-lo parcialmente aberto, a primeira palavra pensada foi “dilemas”, mas decerto criaria uma grande expectativa no leitor, como se estivéssemos em condições de formular respostas precisas para questões tão nucleares na relação entre o direito e a literatura. Outra palavra que poderia perfeitamente completar o título seria “esperanças”, todavia a escolha desta palavra poderia deixar transparecer um certa desilusão reinante no universo do direito, que faz com que algumas pessoas bem intencionadas depositem as esperanças do projeto regulativo (direito) nos estudos literários. Não há evidência nenhuma que os estudos literários tornem as pessoas melhores, para além disso devemos nos interrogar se tal empresa não estaria *instrumentalizando* o valor das obras literárias? A literatura vale “*em si*” e não “*para*”. O valor da literatura não pode ser mensurado por parâmetros externos. As obras literárias valem por si só, não podemos fazer delas ferramentas para a cura da desilusão jurídica. Sem que isto signifique abandonar o projeto regulativo direito a sua própria sorte.

Como é cediço, Posner é um dos principais opositores da aproximação entre os estudos jurídicos e os literários. Ele considera que o caráter aberto das grandes obras literárias permitem que as interpretações sejam influenciadas pelas ideologias do intérprete. Além disso, ele explica que o interesse dos autores literários pelo fenômeno jurídico é diverso daquele experimentado por um jurista. Para os autores literários significa a possibilidade de utilização de mais um recurso dramático¹⁹⁵. Posner considera que uma “concepção ecumênica” poderia comprometer a própria coercibilidade do direito: “*the danger of too ecumenical a conception of the field is that the scholar will pick the words he likes or knows best, however attenuated their relevance of law*”¹⁹⁶. Para Posner a pretensão dos teóricos literários da pósmodernidade seria se engajar numa ação política revolucionária e curiosamente neste momento ele invoca Fish¹⁹⁷: “(...) the language of literary theory is not subversive, but irrelevant:

¹⁹⁵ POSNER, Richard A. *Law & Literatura*, Third Edition, Harvard University Press, 2009, p. 546.

¹⁹⁶ *Ibid.*, p. 548.

¹⁹⁷ *Ibid.*, p. 26 nota nº 15. Ver muito especialmente também: “*Radical literary critics would like their literary interpretations to have consequences in the political world*”. Aqui Posner mais uma vez invoca Fish:

it cannot be heard except as the alien murmurings of a galaxy far away”¹⁹⁸. Para Fish o ceticismo de Posner pode ser explicado por sua preocupação de assegurar a autonomia acadêmica do direito face aos atuais desafios que “interpelam” constantemente o sentido e a autonomia do direito¹⁹⁹.

Mas os problemas dos textos literários devem ou podem ser transpostos para as práticas e discursos que se assumem jurídicos? A racionalidade narrativoliterária pode ser irrefletidamente associada à juridicidade? A racionalidade narrativoliterária estará em condições de solucionar ou mesmo de concorrer na resolução de problemas do mundo da vida (ou de forma mais precisa, de uma realidade que lhe é extralinguística)? Os compromissos de sentido, a intencionalidade e a especificação da literatura a coloca em condições de contribuir para normatividade jurídica, que se assume e se realiza fundamentalmente judicativa? Poderá a racionalidade do normativo ser assimilada pela racionalidade do narrativo? Ou a literatura terá apenas um valor heurístico geral? Poderá a juridicidade ser tomada apenas como pretexto para uma escrita que lhe é verdadeiramente exterior, quer de índole ficcional, quer críticoideológica, quer estética, quer crítico-literária, etc? Será que apenas a racionalidade narrativa está em condições de dar atenção à singularidade e à diferença? Singularidade e diferença são exigências filosóficas para além do direito ou constituem exigências do próprio direito?²⁰⁰ Será que devemos concentrar os nossos esforços reflexivos e metodológicos no texto jurídico? Será o problema do direito um problema de textos (interpretação)? A prática do direito não é feita somente a partir da leitura de textos, mas sobretudo da aplicação e implementação dos seus textos²⁰¹. O direito e a literatura possuem diferentes finalidades, o que decerto mobiliza habilidades igualmente distintas. O direito está

“(…) as things stand now in our society, interpretations of literary works, no matter what their emphasis and independently of the motives of those who produce them, do not connect up strongly with the issues being debated in the larger political arena” (FISH, *Disciplinary Tasks and Political Intentions*, in *Professional Correctness, Literary Studies and Political Change*, p. 51).

¹⁹⁸ FISH, Stanley, *Looking Elsewhere: Cultural Studies and Interdisciplinarity*, in *Professional Correctness, Literary Studies and Political Change*, Harvard University Press, 1999, p. 91.

¹⁹⁹ Para uma análise detida deste diálogo ver muito especialmente: FISH, Stanley, *Don't Know Much About the Middle Ages: Posner on Law and Literature*, in *Doing what Comes Naturally*, Oxford, Clarendon Press, 1989, p. 294 e ss.

²⁰⁰ Inspirado nas considerações de CASTANHEIRA NEVES, *Arguição de doutoramento de José Manuel Aroso Linhares*, in *Digesta*, v. III, p. 584604.

²⁰¹ BALKIN e LEVINSON, *Law as Performance*, in *Law and Literature*, org. Michael Freeman e Andrew D. E. Lewis, Oxford University Press, 1999, p. 7 disponível em <http://www.yale.edu/lawweb/jbalkin/articles/london21.html> (consultado em 28 de janeiro de 2011).

fundado numa axiologia fundamentante consubstanciada num *projeto regulativo* que se exterioriza em princípios práticosnormativos²⁰², que decerto a literatura e os estudos da crítica literária não estão em condições de realizar e sequer intencionam realizar²⁰³. As relações entre o direito e a literatura não devem perspectivar o direito a partir do paradigma da linguagem (o jurídico inserido apenas numa dimensão textual), sob pena de comprometer sua autonomia e sentido. O direito não é só *texto*! Não se constituirá a aproximação do direito e a literatura apenas uma experiência íntima e pessoal entre leitor e a obra?²⁰⁴ Sem evidentemente excluir, que a referida aproximação não leva em consideração as propriedades do auditório diante de uma interpretação, na verdade esses possíveis espectadores não são sequer considerados pela analogia do direito com literatura²⁰⁵.

Em que sentido a aproximação entre o direito e a literatura contribuiria ou comprometeria a autotranscendentalidade do direito? Na escrita de Castanheira Neves o jurídico é assumido dentro de uma prática cultural²⁰⁶. Ele exemplarmente reconhece o direito como um projeto, a partir de uma prática históricocultural e direcionado para essa mesma prática. Se por um lado, este projeto já seria *em si* transcendente por estar em construção, por outro lado é a sua própria realização que orientará sua constituição. É precisamente nestes termos a autotranscendência do direito. Como já vimos, o direito é um projeto regulativo que está fundado numa axiologia fundamentante que se exterioriza

²⁰² Inspirado nas considerações de CASTANHEIRA NEVES, *Arguição de doutoramento de José Manuel Aroso Linhares*, in *Digesta*, v. III, p. 599.

²⁰³ Para Fish: “*The purpose of literature, we have come to believe, is to problematize, to disturb the settled surface of commonly received truths*” (*Distinctiveness: Achievement and Costs*, in *Professional Correctness* ... p. 28). No mesmo sentido John Beverley: “(...) *tend to think of literature as a sanctioned space for the expression of social dissidence*” (*Against Literature*, Minneapolis, 1993, p. 25 apud Fish, *Distinctiveness* ... p. 28). O trabalho literário atua no plano da análise conceitual o que decerto não convoca nenhuma agenda política específica (*Ibid.*, p. 3334). Com o alcance defendido por Fish: “*My introduction of a historical dimension at this point should not be taken to suggest that if we could only recover the conditions obtaining in the Renaissance, literary activity and political activity could again be one and the same*” (*Ibid.*, p. 33).

²⁰⁴ BALKIN, Jack e LEVINSON, Sanford, *Interpreting Law and Music, Performance Notes on “The Banjo Serenader” and “The Lying Crowd of Jews”*, in *Cardozo Law Review*, vol 20, nº 5, New York: 1999, p. 17 disponível em <http://www.yale.edu/lawweb/jbalkin/articles/interp1/pdf> (consultado em 28 de janeiro de 2011).

²⁰⁵ *Ibid.*, p. 18

²⁰⁶ O autor exemplarmente entende o direito como “uma resposta *possível* para um problema *necessário* e” e reconhece as condições – mundanal, antropológicaexistencial, ética – de emergência do direito. Ver muito especialmente CASTANHEIRA NEVES, *Coordenadas de uma Reflexão sobre o Problema Universal do Direito – ou as Condições da Emergência do Direito como Direito*, in *Estudos em Homenagem à Professora Isabel de Magalhães Collaço*, vol. 2, Coordenador: Rui Manuel de Moura Ramos. Coimbra: Almedina, 2002, p. 11 e 13.

em princípios práticos normativos. Portanto, trata-se de um projeto de validade comunitária (porque é construído pelos sujeitos) com uma intencionalidade histórica e culturalmente confessada. Não obstante se perceba uma certa circularidade entre a validade comunitária e a sua realização, Castanheira Neves assume o direito dentro de uma prática cultural que vai construir os valores de uma prática e realizar na prática sua constituição. Ele explica que será na própria realização práticocultural que esses valores vão ser constituídos, ao mesmo tempo disponibilizados para as pessoas para novas projeções (“vinculação recíproca”), “numa autotranscendência ou transcendentalidade práticocultural, em que ela reconhece os seus fundamentos de validade e os seus regulativos normativos de constituição”²⁰⁷.

Não poderíamos terminar esta investigação sem fazer alusão a um novo horizonte de experimentação que se apresenta: o do direito enquanto linguagem e mesmo o prenúncio da superação (ou tentativa de superação) dos caminhos percorridos pela relação entre direito e literatura. Estamos a falar da proposta do *direito como performance*²⁰⁸, o direito como uma arte performática numa insuperável relação triangular entre criadores, intérpretes e auditório²⁰⁹. Parece que os desafios que insistem em confrontar as relações entre direito e literatura ainda provocarão aclamados debates. Respostas decerto são poucas, perguntas centenas, o suficiente para encher toda a extensão do rio Douro. Se por um lado o único compromisso que podemos assumir nesse universo é o da *experimentação*, por outro a certeza com que nos despedimos é que esta conversa não para por aqui... Terminaremos com Fabio Pusterla: “*Ne ha viste troppe per spaventarsi o perdere coraggio. È stato lungo il cammino, arduo il viaggio. Ora procede, un passo dopo l’atro. Quasi allegro*”²¹⁰.

²⁰⁷ CASTANHEIRA NEVES, *Uma Reflexão Filosófica sobre o Direito “o deserto está a crescer ...” ou a Recuperação da Filosofia do Direito?*, in *Digesta*, vol. 3, Coimbra Editora, 2008, p. 99.

²⁰⁸ A proposta do direito como performance foi inicialmente sugerida por Balkin e Levinson no artigo *Law, Music, and Other Performing Arts*, in *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 139, Philadelphia, 1991, disponível em <http://www.yale.edu/lawweb/jbalkin/articles/lawmusic.pdf> (consultado em 28 de janeiro de 2011) Posteriormente, outros dois artigos completam o percurso: *Law as Performance*, in *Law and Literature*, org. Michael Freeman e Andrew D. E. Lewis, Oxford University Press, 1999, disponível em <http://www.yale.edu/lawweb/jbalkin/articles/london21.html> (consultado em 28 de janeiro de 2011) e *Interpreting Law and Music: Performance Notes on ‘The Banjo Serenader’ and ‘The Lying Crowd of Jews’*, in *Cardozo Law Review*, vol 20, nº 5, New York: 1999, p. 17 disponível em <http://www.yale.edu/lawweb/jbalkin/articles/interp1/pdf> (consultado em 28 de janeiro de 2011).

²⁰⁹ “*Like other performing arts, legal performance is more than the interpretation of the a text by a performer: it involves a triangle of reciprocal influences between the creators of texts, the performers of text, and the audiences affected by those performances*” (BALKIN e LEVINSON, *Interpreting Law and Music ...* p. 7.

²¹⁰ PUSTERLA, Fabio, *Corpo stellare*, Editore: Marcos y Marcos, Milano.

BIBLIOGRAFIA:

ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, tradução do grego e notas de António de Castro Caeiro, Quetzal Editores, Lisboa, 2006.

AROSO LINHARES, José Manuel, *Constelação de discursos ou sobreposição de comunidades interpretativas? A caixa negra do pensamento jurídico contemporâneo*, Instituto da Conferência, Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, nº 7, Os espaços curvos do direito.

_____, José Manuel, *Law in/as Literatura as Alternative Humanistic Discourse. The Unavoidable Resistance to Legal Scientific Pragmatism or the Fertile Promise of a Communitas Without Law?*, in *Online Review of the Italian Society for Law and Literature*, published in September 16, 2010.

BALKIN, J. M., *Interdisciplinarity as Colonization* in *Wash & Lee L. Rev.* 949 (1996).

BALKIN, Jack. M., LEVINSON, Sanford. V., *Ideology as Cultural Software*, in *Cardozo L. Rev.* 16 (1995).

_____, *Interpreting Law and Music, Performance Notes on "The Banjo Serenader" and "The Lying Crowd of Jews"*, in *Cardozo Law Review*, vol 20, nº 5, New York: 1999,

_____, *Law and the Humanities: An Uneasy Relationship*, in *Yale Journal of Law and the Humanities*, Vol. 18, p. 173174, 2006.

_____, *Law as Performance*, in *Law and Literature*, org. Michael Freeman e Andrew D. E. Lewis, Oxford University Press, 1999.

CASTANHEIRA NEVES, *Arguição de doutoramento de José Manuel Aroso Linhares*, in *Digesta*, v. III.

_____, *Coordenadas de uma Reflexão sobre o Problema Universal do Direito*

- *ou as Condições da Emergência do Direito como Direito*, in *Estudos em Homenagem à Professora Isabel de Magalhães Collaço*, vol. 2, Coordenador: Rui Manuel de Moura Ramos. Coimbra: Almedina, 2002.

_____, *Uma Reflexão Filosófica sobre o Direito "o deserto está a crescer ..."* ou *a Recuperação da Filosofia do Direito?*, in *Digesta*, vol. 3, Coimbra Editora, 2008. DASENBROCK, *"Do We Write the Text We Read?"*, in *College English* nº 53/1, January, 1991.

DWORKIN, *How Law Is Like Literature*, in *A Matter of Principle*, Clarendon Press, Oxford.

_____, *Law's Empire*, 9 th printing, Cambridge: The Beknap Press of Harvard University Press, 1995.

ECO, Umberto, *I Limiti Dell'Interpretazione* (1985), tradução de José Colaço Barreiros, Difel, Lisboa.

- ____, *Interpretação e Superinterpretação*. Martins Fontes, 2005.
- ____, *Os limites da Interpretação*, 2ª ed., Perspectiva, São Paulo, 2004.
- ____, *Umberto, Pósescrito a O nome da Rosa*, Nova Fronteira, Rio de Janeiro, 1985.
- FISH, Stanley, *Being Interdisciplinary Is So Very Hard to Do*, in *Issues in Integrative Studies* 9 (1991).
- ____, *Disciplinary Tasks and Political Intentions*, in *Professional Correctness, Literary Studies and Political Change*.
- ____, *Doing What Comes Naturally*, Durham and London: Duke University Press, 1989.
- ____, *Don't Know Much About the Middle Ages: Posner on Law and Literatura*, in *Doing what Comes Naturally*, Oxford, Clarendon Press, 1989.
- ____, *How to Do Things With Austin and Searle; Speech Act Theory and Literary Criticism*, in *MLN*, nº 91.
- ____, *Interpreting the Variorum*, in *Critical Inquiry*, vol. II, nº 3, Spring, 1976.
- ____, *Is There a Text in This Class?* Cambridge and London: Harvard University Press, 1980.
- ____, *Is There a Text in This Class?*, in *The Stanley Fish Reader*, ed. H. Aram Veeseer, Blackwell Publishers, 1999.
- ____, *Literature In The Reader: Affective Stylistics*, in *ReaderResponse Criticism From Formalism to PostStructuralism*, ed. Jane P. Tompkins, The Johns Hopkins University Press, 1980.
- ____, *Looking Elsewhere: Cultural Studies and Interdisciplinarity*, in *Professional Correctness, Literary Studies and Political Change*, Harvard University Press, 1999.
- ____, *Normal Circumstances, Literal Language, Direct Speech Acts, the Ordinary, the Everyday, the Obvious, What Goes Without Saying, and Other Special Cases*, in *Critical Inquiry* vol. 4 nº 4, p. 625-644.
- ____, *Resistance and Independence: A Reply to Gerard Graff*, in *New Literary History*, vol. 17, nº 1, 1985.
- ____, *The Folger Papers*, in *Professional Correctness, Literary Studies and Political Change*.
- ____, *The Law Wishes to Have a Formal Existence*, in *The Stanley Fish Reader*, edited by H. Aram Veeseer, Blackwell Publishers, 1999.
- ____, *The Trouble With Principle*, Harvard University Press, 1999.
- ____, *There Is No Textualist Position*, in *San Diego Law Review*, vol. 42, 1, 2005.
- ____, *Why Literary Criticism is Like Virtue*, in *Professional Correctness*.

_____, Will the Humanities Save Us?, in The New York Times, The Opinion Pages, January 6, 2008.

_____, Working on the Chain Gang: Interpretation in Law and Literature, in Doing What Comes Naturally: Change, Rhetoric and the Practice of Theory in Literatura and Legal Studies, University of Oxford, 1989.

GARCIA LANDA, Jose Angel, Deconstructive Intentions: On the Critique of the Hermeneutics of Understanding, in Bells, vol. 5, p. 1938, 1994.

GRAFF, Gerald, Headnote to "Is There a Text in This Class", in Aram Veeseer (ed.), The Stanley Fish Reader, ed. H. Aram Veeseer, Blackwell Publishers, 1999.

NUSSBAUM, Poetic Justice, The Literary Imagination and Public Life, Beacon Press Boston.
PATTERSON, Dennis, Law & Truth, Oxford and New York: Oxford University Press, 1996.

_____, The Poverty of Interpretive Universalism: Toward the Reconstruction of Legal Theory, Texas Law Review 72 , 1993/1994.

PEIRCE, Ch. S., Semiótica, São Paulo, Perspectiva, 2003.

POSNER, Richard A. Law & Literatura, Third Edition, Harvard University Press, 2009.

ROOF, Judith, Headnote to The Law Wishes to Have a Formal Existence, in The Stanley Fish Reader, edited by H. Aram Veeseer, Blackwell Publishers, 1999.

SHUSTERMAN, Richard, Beneath Interpretation, in HILEY, D./BOHMAN, J. and SHUSTERMAN, R. eds., The Interpretive Turn, Ithaca (New York), Cornell University Press, 1991.

SKEEL, David, Practicing Poetry, Teaching Law, in Michigan Law Review, vol. 92, May, 1994.

SPAACK, Torben, Relativism in Legal Thinking: Stanley Fish and the Concept of an Interpretive Community, workshop on Legal Argumentation and Rational Reconstruction at the 22nd Conference for Legal and Social Philosophy in Granada, Spain in May 2005.

TENCA, Carlo, La ca' dei cani, Guida Editore apud ECO, Umberto, Il Cimitero di Praga, Romanzo Bompiani, Milano, 2010.

VERISSIMO, Luiz Fernando, O gigolô das palavras, in LUFT, C.P., Língua e liberdade: por uma nova concepção de língua materna e seu ensino. Porto Alegre: L & PM, 1985.

WEST, Robin, Narrative, Authority and Law, The University of Michigan Press, 1993.

COMENTÁRIOS SOBRE O PROJETO DE LEI Nº 3234 DE 2012: A RESPONSABILIDADE CIVIL DA FRANQUIA EMPRESARIAL

Julio Guidi Lima da Rocha¹ e Rafael Meireles Saldanha²

RESUMO: Este trabalho tem como objetivo realizar breves considerações acerca da responsabilidade civil para a reparação de danos oriundos de vícios da franquia empresarial e por danos decorrentes da perda da distintividade ou extinção de marca licenciada em franquia. Primeiramente, buscar-se-á tecer comentários acerca da responsabilidade civil e as franquias empresárias, ressaltando-se o sistema de franquia no Brasil regido pela Lei 8.955/95 e o Projeto de Lei nº 3234 de 2012 que dispõe sobre a sua revogação, bem como analisar as jurisprudências acerca do assunto. Além disso, observar-se-á a reparação por danos decorrentes da perda da distintividade ou extinção de marca licenciada em franquia. Por fim, utilizar-se-á do direito comparado para analisar interessante ótica da doutrina espanhola sobre o objeto de um contrato de licenciamento de propriedade intelectual.

Palavras-chave: propriedade intelectual; regulação; franquia empresarial.

1. INTRODUÇÃO

Com a crescente oferta de formas de negócios, as franquias empresariais,

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – UNIRIO (2009). Especialista em Direito da Propriedade Intelectual pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-RIO (2012). E-mail: guidi@cfgadvogados.com.br

² Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – UNIRIO (2009). Especialista em Segurança Pública, Cultura e Cidadania pela Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ (2011). Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro - UNIRIO. E-mail: saldanha.rafael@hotmail.com

principalmente as de negócio formatado, são criadas e ofertadas ao público em geral quase como um produto embalado em uma prateleira, uma fórmula preparada e pré-moldada para o sucesso.

As franquias de negócio formatado, além de transferir ao franqueado conhecimentos sobre a gerência do negócio, *know-how*, técnicas de vendas, também licencia propriedade intelectual, ou seja, marcas empresariais, e, eventualmente, patentes e desenhos industriais.

E neste ponto que, às vezes, encontramos a fragilidade do ordenamento e da segurança jurídica, porque nem sempre uma propriedade intelectual concedida ou reconhecida pelo Estado é sólida o suficiente para gerar uma rede de franquias com direito envolvendo exclusividade ou domínios territoriais.

Apesar de grande parte da doutrina e jurisprudência não considerar relação entre franqueador e franqueado como uma relação de consumo, onde se poderia aplicar o Código de Defesa do Consumidor, percebe-se uma relação que muitas das vezes se pauta na hipossuficiência econômica, técnica e informacional do franqueado.

Para que se entendam as responsabilidades para a reparação de eventuais danos causados por algum tipo de vício ou defeito de um sistema de franquia, principalmente no que concerne a propriedade intelectual, deve-se analisar algumas considerações sobre responsabilidade civil e como funciona o contrato de franquia.

2. A RESPONSABILIDADE CIVIL E A FRANQUIA EMPRESARIA

A ideia de responsabilidade civil remonta à época do império romano inexistindo, naquele tempo, a distinção entre responsabilidades civis e penais, sendo, na verdade, mais uma espécie de vingança estipulada ao violador ou uma punição relacionada a um delito.

Nesta época, era comum a troca de agressões e mutilações como uma forma de punição a ser escolhida pela própria vítima de um determinado ato ilícito. Com o tempo, o legislador daquela época resolveu estipular e fixar as penas tarifadas por ilicitudes, conforme relata Adriana Mandim Thedor de Mello (MELLO, 2001:71-73).

Ainda segundo a autora, seguiu-se este modelo taxativo por algum tempo, com aplicações apenas nos casos específicos e taxativos da lei, surgindo no direito justinianeu o conceito da culpa subjetiva.

Apenas no direito francês, no Código Napoleônico, houve o surgimento de um princípio geral da responsabilidade civil pautado na noção de culpa subjetiva, nascendo daí uma obrigação indenizatória quando da existência de um ato ilícito, ou seja, da ocorrência de uma lesão à norma com culpabilidade, devendo-se reparar danos causados a terceiros.

Atualmente, a responsabilidade civil pode ser encarada como uma forma de se reparar um dano causado por um agente a outrem, uma vez extrapolado o exercício regular de um direito.

A culpa continua como um fator decisivo nesta noção de responsabilidade civil. É estatuída como uma regra geral de modo a ser um fator crucial para o reequilíbrio de uma relação jurídica abalada.

Para a doutrina (PEREIRA, 1992:16-17), a “responsabilidade civil consiste na efetivação da reparabilidade abstrata do dano em relação a um sujeito passivo da relação jurídica que se forma”.

Ainda segundo o mestre, o sujeito e a reparação formam um binômio da responsabilidade civil, traduzindo-se na incidência da reparação na pessoa do causador do dano. Segundo Sérgio Cavalieri Filho (CAVALIERI, 2005:39), a culpa em sentido lato está necessariamente ligada a responsabilidade.

Tem-se assim, uma teoria geral da reparação civil, sendo aplicável caso a caso, conforme lecionam alguns (ALVIM, 1980:195): “a teoria da reparação do dano exige que se tenham em vista todas as circunstâncias que rodeiam o caso, não sendo possível traçar, a priori, regras fixas, que invariavelmente se ajustem a todas as hipóteses”.

O sistema de franquia no Brasil é regido pela Lei 8.955/95, vinda do Projeto de Lei n. 318 de 1991 de autoria do Dep. Magalhães Teixeira, originado na Câmara dos Deputados.

Apesar de ser uma lei enxuta, que não prevê um sistema de responsabilidade civil diferente do que já é praticado pelo Código Civil entre franqueado e franqueador, e sim, diretivas para que haja transparência na

circulação de informações, principalmente precontratuais, na época, serviu ao seu fim e regulamentou o início de uma era crescente de franquias no Brasil, especialmente as de negócio formatado.

Desde 1991, ou seja, desde o nascimento do projeto, já havia previsão de que, necessariamente, na Circular de Oferta da Franquia, seria necessária a informação acerca da “situação perante o Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI), das marcas ou patentes, cujo uso estará sendo autorizado pelo franqueador”³

A princípio, cumpre analisar o que seria esta “situação” a que se refere à Lei de Franquias. Seria apenas informar o status, ou seja, se é depósito, se é registro e o seu período de vigência?

Ou será que há o dever também de informar que durante o curso do processo de registro de uma marca, houve uma oposição de terceiro, que foi negada? Ou mesmo que há pendência de um PAN – Processo Administrativo de Nulidade, ou que houve um PAN como provimento negado?

A princípio pode parecer sem importância que tenha havido uma oposição negada durante o curso do processo administrativo, mas aquela oposição mal sucedida tem grandes chances de se transformar em uma ação judicial de nulidade marcária a ser proposta em até cinco anos da concessão da marca.

Se houve a apresentação de uma oposição é possível, ou até provável, que haja algum tipo de colidência entre a marca franqueada e outra de terceiro, suscetível de causar a nulidade do registro. Seria essa informação dispensável ao franqueado?

De igual modo, caso o franqueador já tenha ingressado com uma ou com mais de uma ação judicial visando à abstenção de uso de marca similar, por reprodução total ou parcial, de outrem e não obteve êxito pelo fato de sua marca, apesar de concedida e com certificado de registro válido perante o INPI, não possuir suficiente distintividade ou de já estar em processo de diluição ou generificação, também é dispensável informar isso ao franqueado?

³ Inc. XIV, do Art. 3º do Projeto de Lei n. 318/1991 da Câmara dos Deputados.

Soa estranha a existência de um título marcário que não possui aplicação prática e, em tese, seria um direito de exclusiva. Mas este fato, ao contrário do que se pensaria, é bastante comum na jurisprudência.

3. ESTUDOS JURISPRUDENCIAIS

Há posicionamentos, inclusive no Superior Tribunal de Justiça, que em ações de abstenção de uso pautadas em um registro marcário de uma expressão generificada ou diluída, não se pode obrigar empresas ou pessoas de não utilizarem tal nome em seu ramo de atividade, sob pena de se monopolizar algo que se encontra livre ao uso a todos.

Sendo assim, trazem-se à baila os entendimentos obtidos em duas decisões do STJ, onde ficam reconhecidos que o registro marcário não é absoluto no sentido de conferir a exclusividade de uma expressão comum.

O primeiro caso, refere-se a uma ação judicial ajuizada por OffPrice Comércio de Roupas Ltda. e Off Price Shopping Center do Vestuário Ltda. contra Pro-Mall Empreendimentos e Participações Ltda. e New Concept Shoppings S/A, afirmando possuírem “direito de uso exclusivo sobre a expressão OFF PRICE”, seja como marca, seja como nome em razão de possuírem registros da expressão de uso comum OFF PRICE junto ao INPI, pleiteando a condenação das rés para cessarem o uso de tal expressão a qualquer título.

Por se tratar de um termo genérico e de uso comum por Shoppings e centros comerciais, a Turma votou⁴ no sentido de relativizar o registro marcário, não conferindo a este poderes absolutos, principalmente pelo uso comum do termo, sendo desnecessária a anulação do registro concedido pelo INPI para se reconhecer a inaplicabilidade da apropriação exclusiva de um termo genérico.

O Ministro Relator assim se pronunciou em seu voto: “Em outras palavras, não obstante o registro como marca, a expressão ‘OffPrice’ pode ser usada no contexto da denominação de um centro comercial.”

Nesta esteira de raciocínio o STJ no julgamento de outro Recurso Especial

⁴ RECURSO ESPECIAL Nº 237.954 - RJ (1999/0102350-5), Relator MINISTRO ARI PARGENDLER, 3ª Turma do STJ, publicado no DJe de 15/03/2004.

nº. 128.136/RJ, emanou o mesmo entendimento sobre a relativização do registro marcário de termo de uso comum e genérico, não reconhecendo o direito exclusivo de uso da expressão BANK NOTE, mesmo com um registro válido em nome da autora da ação.

No supramencionado caso, a demanda ordinária foi ajuizada por CALCOGRAFIA CHEQUES DE LUXO BANKNOTE LTDA em face de AMERICAN BANK NOTE COMPANY GRÁFICA E SERVIÇOS LTDA., visando à abstenção do uso de marca, onde a Autora comprovou ser titular da denominação “BANKNOTE” desde 05/01/92, através do Certificado de Registro de Marca emitido pelo INPI. Mais uma vez, o entendimento do STJ foi o mesmo.⁵

Percebe-se uma tendência da Corte Superior em relativizar o poder de um certificado de registro de marca, onde o registro de uma expressão generificada ou diluída não significa a possibilidade de apropriação exclusiva deste termo, independentemente do registro estar válido, não sendo necessária a sua anulação.

Tal entendimento surge para se evitar macular a livre concorrência. Os agentes de um determinado ramo mercadológico não podem se ver compelidos a não utilizar um termo necessário e descritivo de sua atividade econômica.

Assim sendo, mesmo que já esteja formada uma rede de franquias, o franqueador em sua circular de oferta deve informar a existência e o resultado deste tipo de ação, principalmente se não houver obtido êxito na caracterização de sua exclusividade, para que o franqueado não seja induzido a adquirir uma exclusividade territorial inexistente.

A rigor, e por meio de interpretação do texto legal da Lei de Franquias, apenas há a necessidade de informar situações, procedimentos judiciais ou administrativos, que atentem contra a validade do registro no INPI.

4.PROJETO DE LEI Nº 3234 DE 2012

Há em trâmite, na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei n. 3.234 de 2012 do Dep. Valdir Colato, que está aguardando parecer na Comissão de

⁵ RECURSO ESPECIAL Nº 128.136 - RJ (1997/0026610-9), Relator MIN. WALDEMAR ZVEITER, 3ª Turma do STJ, publicado no DJe de 09/10/2000.

Finanças e Tributação (CFT), que pretende revogar a atual Lei de Franquias e, sobre o tema em específico, traz em seu inciso IV do Art. 3º a previsão de que o franqueador deverá indicar as ações judiciais que este ou os titulares de marca da franquia seja parte, que questionem o sistema de franquia ou que possa comprometer a operação de franquia no país⁶.

A diferença é sutil em relação à atual redação que prevê a necessidade de informar ações judiciais que questionem o sistema de franquias ou que possam diretamente impossibilitar o seu funcionamento.

Sob essa nova ótica trazida pelo projeto, pode-se entender que a existência de sentença de mérito, onde se demonstra o fracasso do poder de exclusividade de uma marca em um determinado território é algo que compromete a operação da franquia, mesmo que não seja de forma direta.

E ainda, fica evidenciada a má-fé do franqueador, caso haja a venda ou licenciamento contratual de uma exclusividade que este já sabia ser inexistente ou inaplicável, apesar do contraditório título de certificado de registro emitido por uma Autarquia Federal.

Já se o suposto *enforcement* da marca nunca tiver sido colocado à prova pelo franqueador, mas se um dia for e se perceber que não há exclusividade para aquele termo naquele território, não teria o franqueador agido de má-fé, cabendo nesse caso uma revisão contratual dos valores ou *royalties* pagos pela suposta exclusividade.

Também existiria a possibilidade de se requerer a rescisão contratual pelo franqueado, uma vez que não haveria mais as mesmas condições fáticas e até jurídicas do objeto do contrato.

Não seria o caso de esconder a informação ao franqueado de uma ação judicial já proposta objetivando a nulidade do registro marcário em face do franqueador, pois se tal fato acontecesse, já estaria sendo violado o Inciso II Artigo 3º da Lei de Franquias.

⁶ Art. 3º Para a implantação da franquia, o franqueador deverá fornecer ao interessado uma Circular de Oferta de Franquia, escrita em língua portuguesa de forma objetiva e acessível, contendo obrigatoriamente: (...)

IV - indicação das ações judiciais em que sejam parte o franqueador, as empresas a ele ligadas, o subfranqueador e os titulares das marcas e demais direitos de propriedade intelectual relativos à franquia, que questionem o sistema ou que possam comprometer a operação da franquia no país;

Igualmente, são inúmeros os exemplos de marcas que são concedidas pelo INPI e após isso, são anuladas no mérito de uma demanda perante a Justiça Federal. Com a evolução ao longo desses mais de vinte anos entre o projeto da Lei de Franquias e a fase atual do sistema de propriedade intelectual e com o amadurecimento de teorias, de decisões judiciais, de maiores estudos na área e uma nova lei de propriedade industrial em vigor desde 1996, apresenta não ser suficiente apenas que se informe a “situação” da marca perante o “INPI”.

O franqueado fará investimentos que podem consumir recursos e tempos preciosos, sendo necessário detalhamento e parecer minucioso em cima dos direitos de propriedade intelectual, explicados de forma clara pelo franqueador, sob pena de responder por perdas e danos sobre futuros prejuízos que aquele venha a ter, por vício em propriedade intelectual licenciada.

5. A REPARAÇÃO POR DANOS DECORRENTES DA PERDA DA DISTINTIVIDADE OU EXTINÇÃO DE MARCA LICENCIADA EM FRANQUIA

No caso de uma posterior anulação de uma marca que fora validamente concedida pela existente de marca anterior colidente, importante será analisar os efeitos da anulação de um dos objetos principais, se não o principal, em cláusula de licenciamento inserida em contrato de franquia.

O mais lógico seria pensar que a anulação da marca, ou de qualquer propriedade intelectual, como gera efeitos retroativos ou “extunc”, anularia o contrato de licenciamento em sua raiz e este também nunca teria produzido seus efeitos.

Entretanto, durante o prazo de existência do registro válido, o contrato produziu efeitos e a exclusividade da exploração econômica fora legitimamente explorada e aplicada.

É interessante que se analise sobre esta ótica, tendo em vista o que a doutrina espanhola (BAEZA, 2000:483-485) leciona sobre o objeto de um contrato de licenciamento de propriedade intelectual. O objeto seria, na verdade, uma licença sobre uma propriedade formalmente concedida e não uma propriedade substantivamente válida.

Esta distinção é de suma importância, pois leva a concluir pela produção dos efeitos de um contrato fundado em uma marca anulável pela colidência marcária, pois enquanto não seja anulada, teria sido exercido seu direito de exclusividade, a não ser que o contrato tenha sido fundado sobre marca manifestamente enganosa (SCHRICKER, 1980) ou registrada de má-fé.

Há também a posição diametralmente oposta que afirma ser o contrato de licenciamento fundado em marca anulável, também nulo em sua origem, nunca tendo existido seus efeitos, ocasionando uma maior insegurança jurídica nas relações derivadas⁷.

Na jurisprudência pátria encontramos exemplo⁸ de situação em que durante a validade de um negócio jurídico celebrado para instalação de franquias, o franqueado interrompe o pagamento de qualquer quantia de royalties ao saber que a marca objeto da franquias, após análise do INPI, veio a ser julgada improcedente.

A ação fora movida pelo próprio franqueador que, diante da interrupção dos pagamentos, pleiteou abstenção de uso da marca em desfavor do franqueado, pois conseguira inverter administrativamente no INPI a decisão que lhe fora negativa.

Na decisão adotada ao caso, o des. Relator afirma que não poderia o franqueado ter interrompido os pagamentos pelo fato de que licença fora firmada sobre o pedido depositado na Autarquia tendo sido informada sua situação na COF, que apesar de indeferido, após recurso administrativo, veio a ser deferido e validamente concedido.

O mesmo já não ocorre quando uma marca não tem poder distintivo, pois a suposta exclusividade não terá sido exercida, ou será exercida de forma precária.

No caso de um registro já representar uma marca diluída ou generificada, percebe-se uma negligência do franqueador em gerir e manter aquela propriedade, podendo até ser caracterizada uma má-fé se já tiver ciência da ausência da exclusividade e de domínio territorial que promete ao franqueado.

⁷ “Por tanto, la posición de exclusiva detentada por el titular de la marca, objeto del contrato de licencia, nunca tuvo validez.” (BAEZA, 2000, p. 485)

⁸ Apelação Cível n. 2005.001.21564 – Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Apontam-se duas situações que podem ocorrer na relação franqueador-franqueado que dizem respeito a questões temporais relativas à perda da distintividade e à oferta da franquia: a franquia é ofertada tendo por objeto uma marca que já se encontra comprovadamente com sua distintividade e oponibilidade abalada perante terceiros e não consta informação na circular de oferta -COF enviado ao franqueado; ou quando tal diluição ou generificação, por negligência do franqueador, ocorre durante o prazo de vigência do contrato da franquia.

Não se conseguiria aplicar a teoria espanhola de que a licença produziu seus efeitos, quando não houver aproveitamento pelo franqueado do benefício econômico que seria gerado pela exclusividade marcária, podendo este requerer a rescisão unilateral do negócio.

6. CONCLUSÕES

A rescisão contratual é solução que visa resolver um desequilíbrio entre as partes, que nas palavras do mestre Araken de Assis (ASSIS, 1999:69) é o meio pelo qual se tenta “corrigir um desequilíbrio, que por diversas razões, ataca o curso do itinerário contratual”.

Frise-se que, apesar da existência da vulnerabilidade do franqueado em relação ao franqueador, em sua maioria nos sentidos técnico e econômico, não é a simples existência de um poder econômico superior a outro em uma relação contratual que irá autorizar a intervenção judicial (COMPARATO, 1975:65).

Ou seja, não se pode tentar esconder a existência de diferentes poderes econômicos nas relações jurídicas e principalmente a discrepância, pois ela existe entre franqueados e franqueadores, ou entre qualquer relação da sociedade.

O que se deve procurar combater é o fato de essa discrepância ter gerado um proveito econômico exagerado a uma das partes e uma onerosidade excessiva a outra.

Não deve o Poder Judiciário, via de regra, interferir nas vontades das partes de um contrato. Sendo as partes livres para contratar, assumir obrigações e criar direitos, seriam também livres para extingui-los, atuando

excepcionalmente o Juiz na ruptura de um negócio jurídico que se encontra em desequilíbrio, conforme ensina José Frederico Marques (MARQUES, 1987:158-160).

O Novo Código Civil brasileiro é claro ao estabelecer em seu artigo 389, que não cumprida a obrigação de uma das partes contratantes responderá esta por perdas e danos, juros, atualização monetária e honorários de advogado.

Assim sendo, o contrato deve ser tomado como estipulação legal para as partes envolvidas e as obrigações devem ser de acordo com as palavras e modos prometidos (GOMES, 1990:78-79).

Deve-se ter em mente que a indenização apenas é possível diante da existência de um dano, ou seja, diante da comprovação de que efetivamente o vício causou um dano ao franqueado, e na lição de Silvio Rodrigues (RODRIGUES, 1995:183), indenizar significa cobrir o prejuízo sobre todo o dano experimentado pela vítima.

A *quantum* indenizatório deve-se levar em conta o estágio da implantação da franquia quando da ocorrência do prejuízo ao franqueado, ou seja, quando ocorrida a perda do objeto contratual ou se declarada sua nulidade.

No caso em estudo, o desequilíbrio poderá ser percebido diante do fato de haver pagamento de *royalties* por uma marca sem o poder de *enforcement* perante terceiros, podendo vir a ser declarada extinta, ou, se for manifestamente inválida, que vier ser declarada nula.

Outro ponto importante é analisar se a informação contida na COF deu plena e total ciência dos fatos ao franqueado, da situação legal da propriedade intelectual e dos riscos existentes ao se adentrar na rede de franquia.

Pois como visto, a aplicação da responsabilidade objetiva é exceção a regra, tendo que ser a culpa subjetiva analisada de acordo com a intenção ou não do franqueador em esconder informações do futuro franqueado.

Em conclusão, pode o franqueado rescindir judicialmente o contrato de franquia, requerer o retorno ao *status quo* original e ainda pleitear indenização caso tenha tido prejuízos maiores do que os valores pagos ao franqueador, por ato que este venha a cometer em desfavor daquele.

7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVIM, Agostinho. Da inexecução das obrigações e suas consequências. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 1980.
- ASSIS, Araken de. Resolução do contrato por inadimplemento. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- BAEZA, Maria Teresa Ortuño. La licencia de marca. Madri. Barcelona: MarciaPons, 2000.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- COMPARATO, Fábio Konder. Franquia e concessão de venda no Brasil: da consagração ao repúdio? Revista de Direito Mercantil, v. 19, ano XIV, São Paulo, 1975.
- GOMES, Orlando. Contratos. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.
- MARQUES, José Frederico. Manual de direito processual civil. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- MELLO, Adriana Mandim Theodoro de. Franquia Empresarial: responsabilidade civil na extinção do contrato. Rio de Janeiro, Forense: 2001.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade Civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- RODRIGUES, Silvio. Direito civil. v. 4. Responsabilidade civil. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- SCHRICKER, G. Lizenzverträge überlöschbare Warenzeichen. GRUR, num. 6. 1980. p. 650-660 apud BAEZA, Maria Teresa Ortuño. La licencia de marca. Madri; Barcelona: MarciaPons, 2000.

O USO DISFUNCIONAL E ANTICONCORRENCIAL DO DIREITO DE AÇÃO¹

Karina Almeida Guimarães Pinhão - Bacharel em Direito pela PUC-Rio.

"A paz é o fim que o direito tem em vista, a luta é o meio de que se serve para o conseguir. Por muito tempo pois que o direito ainda esteja ameaçado pelos ataques da injustiça - e assim acontecerá enquanto o mundo for mundo - nunca ele poderá subtrair-se à violência da luta. A vida do direito é uma luta: luta dos povos, do Estado, das classes, dos indivíduos."

(JHERING, Rudolf Von. A luta pelo direito. 15ª edição. Tradução de João Vasconcelos. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1995.).

Resumo: O presente trabalho visa à demonstrar como a perpetuação da concepção privilegiada do direito de ação acaba por servir de salvo-conduto à práticas abusivas em relação à ao seu uso, especificadamente, enquanto instrumento prejudicial à livre concorrência. Para tanto, propôs-se uma análise objetiva das características à luz dos casos norte-americanos precursores da doutrina conhecida como "sham litigation" de que cuida este trabalho.

Primeiramente propôs-se uma releitura do direito de ação à luz dos valores do ordenamento jurídico como sistema unitário e sob hierarquia da Constituição.

No capítulo seguinte verificou-se a insuficiência da aplicação da litigância de má-fé para a proteção aos danos causados pelo uso disfuncional do direito de ação, como o vem propondo a doutrina os tribunais.

Por conseguinte, parte-se à uma análise do abuso do direito em oposição ao à litigância de má-fé, como instrumento eficaz em relação àquele face a conduta

¹ Artigo adaptado da monografia apresentada ao departamento de Direito como condição para obtenção do título de bacharel, orientada pelo professor Pedro Marcos Nunes Barbosa.

analisada, que cuida de verdadeiro uso disfuncional do direito de ação.

Por fim, observou-se como o uso disfuncional do direito de ação pode gerar infrações à Ordem Econômica tutelada pela Constituição e, por consequência, à concorrência protegida pela Lei Antitruste, as quais visam o bem-estar do consumidor.

Palavras-chave: Direito de Ação. Litigância de Má-fé. Abuso do Direito. Concorrência. “Sham Litigation”.

1. INTRODUÇÃO AO *SHAM LITIGATION* À LUZ DE ALGUNS PRECEDENTES NORTE-AMERICANOS: UMA BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO.

Antes de se analisar os institutos que circundam o objeto do presente trabalho, cumpre contextualizar o leitor à que tipo de conduta ficou conhecida nos Estados Unidos por *sham litigation*. Com este intuito, passa-se a analisar os precedentes da Suprema Corte Norte-Americana que contribuíram para a construção desta doutrina no referido país.

1.1 Doutrina Noerr-Pennington e o ‘sham exception’

A doutrina “*Noerr-Pennington*”² é construída a partir dos dois primeiros casos decididos pela Suprema Corte Norte-Americana - o “*Eastern R. Presidents Conference V. Noerr Motor Freight Inc.*” (Noerr) e o caso “*United Mine Workers of America v. Pennington*” (“Pennington”) - pelos quais se vislumbrou a possibilidade de violação antitruste através do exercício do direito de ação.

O caso Noerr (1961) iniciou-se através de uma queixa realizada pela “*Pensilvânia Motor Truck Association*” (grupo de empresas de transporte rodoviário) apresentada ao Tribunal Distrital dos Estados Unidos no estado da Pensilvânia, em face de 24 ferroviários, uma associação de presidentes dos ferroviários - “*Eastern Railroad Presidents Conference*” - e de uma empresa de relações públicas - “*Carl Byoir & Associates, Inc.*”. Nesta queixa alegavam que os acusados haviam violado o §1º e 2º “*Sherman Act*”³(lei antitruste estadunidense), por lançarem campanha publicitária com

² Ou “Noerr-Pennington Doctrine” como é conhecida nos Estados Unidos.

³ “§ 1 Trusts, etc., in restraint of trade illegal; penalty. (Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy

conteúdo depreciativo com vistas a obter a aprovação de leis estaduais às quais gerariam efeitos anticompetitivos no mercado de serviço de frete de longa distância⁴.

Em contrapartida, os ferroviários defenderam-se das acusações alegando que a campanha foi realizada em prol dos seus direitos:

“para informar o público e aos legisladores de vários estados da verdade sobre o enorme dano causado às estradas pelos operadores

hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$10,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court.) § 2. Monopolizing trade a felony; penalty. (Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$10,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court.)”. Tradução livre: Trustes, etc., impedimento ilegal do livre comércio; pena. (Todo contrato, combinação na forma de truste ou outra qualquer, ou conspiração que restrinja o negócio ou comércio entre os diversos estados, ou entre nações estrangeiras, é declarado ilegal. Toda pessoa que realizar qualquer contrato ou engajar-se em qualquer acordo ou conspiração declarada ilegal por meio desta, deverá ser julgada culpada por cometer crime, e, em sua condenação, deverá ser punida com multa não superior a \$ 10.000.000 caso pessoa jurídica, ou, sendo qualquer outra, \$ 350.000, ou por prisão não superior a três anos, ou por ambas as punições descritas, dentro do entendimento da corte. § 2. Crime de monopolização de negócio; pena. (Toda pessoa que monopoliza, ou tenta monopolizar, ou combine ou conspire com qualquer outra pessoa ou pessoas, qualquer ramo de negócio ou comércio entre os diversos estados, ou entre nações estrangeiras, deverá ser julgada culpada por cometer crime e, em sua condenação, deverá ser punida com multa não superior a \$ 10.000.000 caso pessoa jurídica, ou, sendo qualquer outra, \$ 350.000, ou por prisão não superior a três anos, ou por ambas as punições descritas, dentro do entendimento da corte.

⁴ “The gist of the conspiracy alleged was that the railroads had engaged Byoir to conduct a publicity campaign against the truckers designed to foster the adoption and retention of laws and law enforcement practices destructive of the trucking business, to create an atmosphere of distaste for the truckers among the general public, and to impair the relationships existing between the truckers and their customers. The campaign so conducted was described in the complaint as “vicious, corrupt, and fraudulent,” first, in that the sole motivation behind it was the desire on the part of the railroads to injure the truckers and eventually to destroy them as competitors in the long-distance freight business, and, secondly, in that the defendants utilized the so-called third-party technique, that is, the publicity matter circulated in the campaign was made to appear as spontaneously expressed views of independent persons and civic groups when, in fact, it was largely prepared and produced by Byoir and paid for by the railroads.” (Page 365 U. S. 129) Disponível em <http://supreme.justia.com/us/365/127/>. Acesso em 4 Set. 2011. Tradução livre: A essência da suposta conspiração alegada foi que as ferrovias empenharam-se para que a Byoir conduzisse uma campanha publicitária contra os caminhoneiros designados a promover a adoção e retenção de leis e práticas jurídicas destrutivas para o mercado de transporte cominhoneiro, com a finalidade de criar um atmosfera de desgosto para com os caminhoneiros pelo público em geral, e para prejudicar a relação existente entre os caminhoneiros e seus clientes. A campanha conduzida fora descrita na denúncia como “maligna, corrupta e fraudulenta”, inicialmente, por de trás dessa única motivação estava o desejo por parte dos ferroviários em lesar os caminhoneiros e eventualmente em destruí-los enquanto competidores no ramo de frete à longa distância, e em segundo lugar, nessa os réus usaram a chamada intervenção de terceiro, que é, a matéria da publicidade circulada na campanha foi feita para parecer uma expressão espontânea da visão independente das pessoas e de grupos civis, quando, de fato, ela foi laramente preparada e produzida pela Byoir e paga pelos ferroviários.

de veículos pesados e especialmente de caminhões com excesso de peso, em relação às suas violações reiteradas e deliberadas que limita o peso e velocidade de caminhões grandes, em relação à incapacidade destes caminhoneiros de pagarem sua parte justa dos custos de construção, manutenção e reparação das estradas, e levando-se em consideração os riscos de condução que eles criam...⁵.

Os ferroviários, em reconvenção, argumentaram que, na realidade, eram os caminhoneiros que tinham violado os §§1º e 2º do “*Sherman Act*” abusando do direito de petição em conspiração à concorrência ferroviária.

Apresentados as teses das partes neste primeiro caso, a Suprema Corte Norte-Americana, não reconheceu qualquer violação ao “*Sherman Act*” por mera tentativa de influenciar a aprovação ou aplicação de uma lei. De acordo com este Corte, o “*Sherman Act*” não proíbe duas ou mais pessoas de associarem-se em uma tentativa de convencer o legislativo ou executivo de tomarem medidas específicas no que diz respeito a uma lei, mesmo que esta produza algum efeito de concentração ou mesmo de diminuição do nível de competição⁶.

⁵ “to inform the public and the legislatures of the several states of the truth with regard to the enormous damage done to the roads by the operators of heavy and especially of overweight trucks, with regard to their repeated and deliberate violations of the law limiting the weight and speed of big trucks, with regard to their failure to pay their fair share of the cost of constructing, maintaining and repairing the roads, and with regard to the driving hazards they create. . . .” (Page 365 U. S. 131). Disponível em <http://supreme.justia.com/us/365/127/>. Acesso em 4 Set. 2011. Tradução livre: “Informar ao público e aos legisladores dos estados da verdade no que diz respeito ao enorme dano causado pelas estradas aos operadores de caminhões pesados e especialmente os com sobre carga, no que tange as repetidas e deliberadas violações das leis que limitam o peso e velocidade de caminhões de grande porte, no que tange a falha em pagar a respectiva cota no custo de construção, manutenção e reparação de estradas, e no que tange os perigos de trânsito que criam...” (Página 365 U.S. 131)

⁶ “It has been recognized, at least since the landmark decision of this Court in *Standard Oil Co. v. United States*, that the Sherman Act forbids only those trade restraints and monopolizations that are created, or attempted, by the acts of “individuals or combinations of individuals or corporations.” Accordingly, it has been held that, where a restraint upon trade or monopolization is the result of valid governmental action, as opposed to private action, no violation of the Act can be made out. These decisions rest upon the fact that, under our form of government, the question whether a law of that kind should pass, or, if passed, be enforced, is the responsibility of the appropriate legislative or executive branch of government so long as the law itself does not violate some provision of the Constitution.” (P. 365 U. S. 136). Disponível em <http://supreme.justia.com/us/365/127/>. Acesso em 4 Set. 2011. Tradução livre: Foi reconhecido, pelo menos desde a marcante decisão desta Corte em *Standard Oil Co. V. United States*, que o Sherman Act proíbe apenas as restrições de comércio e monopólios que são criados, ou tentados, por atos de “indivíduos ou grupo de indivíduos ou corporações”. De acordo com tal, é sustentado que, onde restrição de comércio ou monopólio é resultado de ação legítima do governo, oposto a ação privada, nenhuma violação do Ato poderá ser levantada. Estas decisões residem no fato de que, sob nossa forma de governo, a questão de lei de tal natureza deveria passar, ou, se aprovada, executada, é responsabilidade do legislativo ou do poder executivo do governo contanto que a lei por si só não viole o disposto na Constituição.

A corte norte-americana atentou que o entendimento contrário poderia trazer à tona importantes questões constitucionais⁷. Além disso, esta Corte marcou que não se justifica uma limitação a este direito frente ao Poder Legislativo pelo fato de gerar uma desvantagem concorrencial. Isto porque uma lei defendida por alguém é naturalmente vantajosa para ele e será desvantajosa à outrem que não concorde com a sua aprovação ou que tenha propostas opostas aos seus interesses. Concluindo que o interesse na lei não é elemento suficiente para a restrição da defesa da realização de uma lei⁸.

Não obstante a Suprema Corte afastar a aplicação da lei antitruste⁹ no caso concreto em relação ao exercício do direito de petição, não afasta a aplicação desta em absoluto para todo e qualquer caso¹⁰.

⁷ Secondly, and of at least equal significance, (Page 365 U. S. 138) such a construction of the Sherman Act would raise important constitutional questions. Disponível em <http://supreme.justia.com/us/365/127/> . . Acesso em 4 Set. 2011. Tradução livre: Em segundo lugar, porém de igual relevância, (Página 365 U.S. 138) tal construção do Sherman Act iria levantar importantes questões constitucionais.

⁸ “The right of petition is one of the freedoms protected by the Bill of Rights, and we cannot, of course, lightly impute to Congress an intent to invade these freedoms. Indeed, such an imputation would be particularly unjustified in this case in view of all the countervailing considerations enumerated above. For these reasons, we think it clear that the Sherman Act does not apply to the activities of the railroads, at least insofar as those activities comprised mere solicitation of governmental action with respect to the passage and enforcement of laws. We are thus called upon to consider whether the courts below were correct in holding that, notwithstanding this principle, the Act was violated here because of the presence in the railroads’ publicity campaign of additional factors sufficient to take the case out of the area in which the principle is controlling.”. Disponível em <http://supreme.justia.com/us/365/127/> Acesso em 4 Set. 2011. Tradução livre: O direito à petição é um dos “privilégios” protegidos pela Bill of Rights, e não podemos, é claro, atribuir de forma branda ao Congresso uma invasão nessas liberdades. De fato, tal imputação seria particularmente injustificada neste caso em face de todas as considerações compensatórias enumeradas acima. Por estas razões, pensamos estar claro que o Sherman Act não se aplica às atividades ferroviárias, ao menos na medida que tais atividades compreendem mera solicitação de ação governamental com respeito à passagem e execução das leis. Desta forma somos aqui convocados para considerar se as cortes abaixo estavam corretas em afirmar que, não obstante este princípio, o Ato fora cá violado em decorrência da existência de, em campanhas publicitárias das ferrovias, fatores adicionais suficientes para levar a caso para fora desta área na qual tal princípio é controlador.

⁹ Sherman Act.

¹⁰ “There may be situations in which a publicity campaign, ostensibly directed toward influencing governmental action, is a mere sham to cover what is actually nothing more than an attempt to interfere directly with the business relationships of a competitor and the application of the Sherman Act would be justified. But this certainly is not the case here. No one denies that the railroads were making a genuine effort to influence legislation and law enforcement practices. Indeed, if the version of the facts set forth in the truckers’ complaint is fully credited, as it was by the courts below, that effort was not only genuine, but also highly successful. Under these circumstances, we conclude that no attempt to interfere with business relationships in a manner proscribed by the Sherman Act is involved in this case.”. Tradução livre: Pode haver situações em que uma campanha publicitária, ostensivamente dirigida à influenciar uma ação governamental, é uma mera farsa para encobrir o que é, na verdade, nada mais do que a tentativa de interferir diretamente nos negócios do concorrente, o que justificaria a aplicação da Lei Antitruste (Sherman Act). Porém, certamente este não é o caso aqui. Ninguém nega que as ferrovias estavam fazendo um esforço genuíno para influenciar a legislação e a aplicação do direito. De fato, se a versão dos fatos alegados pelos caminhoneiros é totalmente

No caso seguinte, *United Mine Workers of America v. Pennington* discutiu-se acerca da licitude do esforço despendido entre um sindicato de mineiros e grandes mineradoras para influenciar o órgão administrativo estadual em prol do estabelecimento de um alto salário mínimo uniforme para os mineiros, significativamente superior aos das outras industriais. Neste caso, à título de defesa, as empresas de carvão de pequeno porte alegaram que isto aumentaria o custo de se manterem no mercado o qual claramente elas não suportariam; motivo pelo qual restaria demonstrado o intuito de prejudicá-las. Em reconvenção, requereram que as grandes empresas do setor de carvão fossem imputadas de conspirarem para impedir e para monopolizar o comércio¹¹ no momento em que ajuizaram esta ação.

A Suprema Corte, no caso acima, apesar de compreender a responsabilidade existente pelas condutas praticadas em prejuízo a concorrência, ressalva que o alegado esforço para influenciar o órgão administrativo não viola a lei antitruste por si só, em outras palavras, não é ilegal, mesmo que tenha por finalidade a eliminação da concorrência¹².

digno de crédito, como o foi pelos tribunais inferiores, esse esforço não foi apenas genuíno, mas, da mesma forma, bem sucedido. Sob essas circunstâncias, podemos concluir que qualquer tentativa de interferir nos negócios, é conduta expressa na Lei Sherman e por isso está envolvido no caso.

¹¹ §§1º e 2º do Sherman Act.

¹² “It is true that wages lie at the very heart of those subject about which employers and unions must bargain, and the law contemplates agreements on wages not only between individual employers and a union, but agreements between the union and employers in a multiemployer bargaining unit. *Labor Board v. Truck Drivers Union*, 353 U. S. 87, 353 U. S. 94-96. The union benefit from the wage scale agreed upon is direct and concrete and the effect on the product market, though clearly present, results from the elimination of competition based on wages among the employers in the bargaining unit, which is not the kind of restraint Congress intended the Sherman Act to proscribe. *Apex Hosiery Co. v. Leader*, 310 U. S. 469, 310 U. S. 503-504; see *Adams Dairy Co. v. St. Louis Dairy Co.*, 260 F.2d 46 (C.A.8th Cir. 1958). We think it beyond question that a union may conclude a wage agreement with the multiemployer bargaining unit without violating the antitrust laws, and that it may, as a matter of its own policy, and not by agreement with all or part of the employers of that unit, seek the same wages from other employers. (...) This is not to say that an agreement resulting from union-employer negotiations is automatically exempt from Sherman Act scrutiny simply because the negotiations involve a compulsory subject of bargaining, regardless (Page 381 U. S. 665) of the subject or the form and content of the agreement. Unquestionably, the Board’s demarcation of the bounds of the duty to bargain has great relevance to any consideration of the sweep of labor’s antitrust immunity, for we are concerned here with harmonizing the Sherman Act with the national policy expressed in the National Labor Relations Act of promoting “the peaceful settlement of industrial disputes by subjecting labor-management controversies to the mediatory influence of negotiation,” *Fibreboard Paper Prods. Corp. v. Labor Board*, 379 U. S. 203, 379 U. S. 211. But there are limits to what a union or an employer may offer or extract in the name of wages, and because they must bargain does not mean that the agreement reached may disregard other laws. *Teamsters v. Oliver*, 358 U. S. 283, 358 U. S. 296; *Carpenters v. United States*, 330 U. S. 395, 330 U. S. 399-400. (...) We have said that a union may make make wage agreements with a multiemployer bargaining unit and may, in pursuance of its own union interests, seek to obtain the same terms from other employers. No case under the antitrust laws could be made out on evidence limited to such union behavior. But we think a union forfeits its exemption from the antitrust laws when it is clearly

Em síntese, o que se extrai dos casos supracitados é a prevalência, de certo modo, do direito de ação¹³ constitucionalmente protegido sobre qualquer limitação que possa lhe ser imposto pela aplicabilidade, por exemplo, da lei antitruste ("*Sherman Act*"). No entanto, não se pode negligenciar as ressalvas realizadas pela Suprema Corte em ambos os casos, o que ficou conhecido nos Estados Unidos por "*sham exception*".

O "*sham exception*", construída a partir da interpretação das ressalvas supramencionadas, compreendem condutas que apesar de direcionada à produção de uma ação governamental favorável, representam por si só uma farsa ("*sham*"), empregada como meio de impor custo e demora. Tais premissas resultariam uma exceção aos precedentes acima, justificando a aplicabilidade da responsabilidade por violação a lei antitruste.

shown that it has agreed with one set of employers to impose a certain wage scale on other bargaining units. One group of employers may not conspire to eliminate competitors from (Page 381 U. S. 666) the industry and the union is liable with the employers if it becomes a party to the conspiracy. This is true even though the union's part in the scheme is an undertaking to secure the same wages, hours or other conditions of employment from the remaining employers in the industry." Disponível em: <http://supreme.justia.com/us/381/657/case.html> Acesso em 4 Set. 2011. Tradução livre: É verdade que os salários estão no cerne da matéria sobre a qual os empregadores e sindicatos devem barganhar, e a lei contempla acordos nos salários não somente entre os empregadores individuais e o sindicato, mas acordos entre o sindicato e os empregadores em uma unidade de barganha de múltiplos empregadores. (...) O benefício do sindicato do acordo de escala salarial é direto e concreto e o efeito no produto no mercado, claramente, como resultado da eliminação da competição baseada nos salários entre os empregadores na unidade de barganha, a qual não é modalidade de restrição à que o Congresso contemplou na Lei Sherman. (...). Nós pensamos que está fora de questão de que o sindicato deva concluir um acordo salarial com a unidade de barganha de múltiplos empregadores sem violar a lei antitruste, e que é possível, como uma questão de sua própria política, e não pelo acordo com todo ou parte de empregadores daquela unidade, buscando os mesmos salários para outros empregadores. (...) Isto para não dizer que um acordo resultante das negociações entre sindicato e empregador é automaticamente excepcionada pelo escrutínio do Sherman Act simplesmente porque as negociações envolvem matéria compulsória, indiferente (Página 381 U. S. 665) da matéria ou da forma e do conteúdo do acordo. Inquestionavelmente, a demarcação de fronteiras de limitação da matéria para barganha tem grande relevância para qualquer consideração no afastamento da imunidade do trabalho antitruste, para nós estamos aqui preocupados com a harmonização da Lei Sherman com a política nacional expressa no Ato Nacional das Relações de Trabalho na promoção "da resolução pacífica de conflitos laborais, submetendo à um trabalho de gestão de controvérsias para mediar a influência na negociação," (...). Mas há limites dos quais o sindicato ou um empregador precisam oferecer ou extrair em nome dos salários, porque a obrigação de negociar não significa que o acordo alcançado possa desrespeitar outras leis. (...) Temos dito que o sindicato pode fazer acordos salariais com uma unidade de negociação de múltiplos empregadores e pode, nos termos de seus interesses próprios do sindicato, procurar obter as mesmas condições de outros empregadores. No caso sob as leis antitruste poderia ser feita em evidência limitada ao comportamento de tal sindicato. Mas achamos que um sindicato perde sua isenção nas leis antitruste quanto é mostrado claramente que concordou com um conjunto de empregadores para impor uma tabela salarial determinando em outras unidades de barganha. Um grupo de empregadores não pode conspirar para eliminar concorrentes a partir de (Página 381 666 EUA) a indústria e o sindicato são responsáveis com os empregadores de fazerem parte da conspiração. Isto é verdade, embora parte do sindicato no esquema é uma empresa para garantir os mesmos salários, horas ou outras condições de emprego no restante dos empregadores na indústria.

¹³ Ou direito de petição como a melhor tradução sugere.

1.2 O Teste PRE (1993): Professional Real Estate Investors (PRE), inc., et. al. vs. Columbia Pictures Industries, inc., et. al.

A partir do caso “*Professional Real Estate Investors, Inc., e Kenneth F. Irwin (PRE) vs. Columbia Pictures Industries, Inc., et. al.*”¹⁴, a Suprema Corte dos EUA construiu um teste para a identificação de quando o exercício do direito de petição não estará imune à aplicação da Lei Antitrustes do país. Este teste ficou conhecido por “Teste PRE”. Assim sendo, neste caso, a Suprema Corte afastou a imunidade Noerr-Pennington. Esta Corte Judicial, entendeu que a imunidade referida pode ser afastada nos casos em que o ato de peticionar tem por objetivo claro influenciar a atuação governamental e, ainda, quando encobre mera intenção de interferir diretamente nos negócios de sua concorrente.

No caso ora examinado, um grupo de rede hoteleira, mais especificadamente, de *resorts*, possuía um serviço de aluguel de fitas cassete. Este grupo hoteleiro, instalou nos quartos de hotéis aparelhos de vídeo cassete e dispunham de uma biblioteca com várias fitas para que seus hóspedes pudessem assistir. A partir deste ato, a *Columbia Pictures Industries, Inc., et. al.* ajuizou ação na qual alegava que tinha sido violado seus direitos autorais em relação ao aluguel dos vídeos cassetes para exibição nos quartos do hotel. Em defesa, a PRE alegou que o ajuizamento da ação pela Columbia não passava de simulação (“*mere sham*”), cuja finalidade era de camuflar atos subjacentes de monopolização e conspiração no mercado, em violação aos §§1º e 2º do *Sherman Act*.

De forma bem sistemática, neste caso, a Suprema Corte Norte-Americana vislumbrou a conduta ilícita de “*sham litigation*”, afastando a imunidade Noerr. Nesta análise sistemática construiu 2 etapas¹⁵ para a

¹⁴ Disponível em: <http://supreme.justia.com/us/508/49/case.html>. Acesso em 4 de setembro de 2011.

¹⁵ Rather, to be a “sham,” litigation must meet a two-part definition. First, the lawsuit must be objectively baseless in the sense that no reasonable litigant could realistically expect success on the merits. Only if challenged litigation is objectively meritless may a court examine the litigant’s subjective motivation. Under this second part of the definition a court should focus on whether the baseless suit conceals “an attempt to interfere directly” with a competitor’s business relationships, Noerr, supra, at 144, through the “use [of] the governmental process—as opposed to the outcome of that process—as an anticompetitive weapon,” *Columbia v. Omni Outdoor Advertising, Inc.*, 499 U. S. 365, 380. This two-tiered process requires a plaintiff to disprove the challenged lawsuit’s legal viability before the court will entertain evidence of the suit’s economic viability. (P. 55–61). Disponível em <http://supreme.justia.com/us/508/49/case.html>. Acesso em 4 Set. 2011. Tradução livre: Em vez disso, ser uma “fraude”, o processo deve cumprir uma definição de duas partes. Primeiro, o processo deve ser objetivamente infundadas no sentido de que nenhum litigante razoavelmente poderia realisticamente esperar o sucesso sobre o mérito. Só se o processo rejeitado é objetivamente sem

verificação do “*sham litigation*”, na seguinte ordem:

(i) um de cunho objetivo: verificar se a ação esta desprovida de qualquer fundamento, no sentido de que nenhum litigante razoável poderia esperar obter provimento em seu mérito;

(ii) uma de cunho subjetivo: intenção de interferir de forma direta nos negócios de um concorrente, em outras palavras, se almeja um fim anticoncorrencial e não um processual baseado em seu pedido na lide proposta, que tenha causado uma infração antitruste.

Em suma, conclui esta Suprema Corte que haverá “*sham litigation*” sempre que a ação busque interferir no negócio da concorrente, utilizando-a como arma anticompetitiva, sem que se apresente qualquer compromisso com o resultado almejado no final do processo. A intenção, portanto, é verificada através de uma não preocupação por parte do autor da ação com o resultado do processo.

1.3 O testecomplementar USS-POSCO: United States of America U.S. Court of Appeals, Ninth Circuit. USS-POSCO Industries vs. Costa Building & Construction Trade Council.

Neste último caso a ser examinado, a Corte de Apelação dos Estados Unidos do Nono Circuito concluiu que o Teste PRE somente é satisfatório na verificação do “*sham litigation*” que se apresenta em uma única ação judicial. Contudo, surgem casos em que ha múltiplas ações ajuizadas pelo mesmo demandante sobre mesmo demandado as quais se encaixam com as características de *sham litigation*.

Assim sendo, nos casos de propositura de uma série de ações, de maneira sistemática e reiterada, mesmo havendo um pequeno grupo dentre estas ações que tenham sido bem-sucedidas, não se deixará de caracterizar o “*sham litigation*”, quando, repita-se,

mérito pode um tribunal examinar a motivação subjetiva do litigante. Sob esta segunda parte da definição o tribunal deve se concentrar em saber se as ações infundadas escondem “uma tentativa de interferir diretamente” nos negócios de um concorrente, Noerr, supra, em 144, através do uso “[do] governamental processo, em oposição ao resultado deste processo, como na arma anticompetitiva, “v Columbia Omni publicidade exterior, Inc., EUA 499 365, 380. Este processo de dois níveis exige que o requerente ao refutar a viabilidade jurídica da ação antes de contestada o tribunal vai entreter a evidência de viabilidade econômica do traje.

“as disputas legais são aventadas de acordo com uma política de instauração de litígios sem preocupação com a razoabilidade, ou não, de seu mérito e com o propósito de prejudicar seu concorrente”.

Neste caso, as partes alegaram que estavam sendo vítimas de uma estratégia dos sindicatos que entravam com uma série de ações visando, na realidade, excluir as empresas não sindicalizadas do mercado. Aplica-se, portanto, o conhecido Teste USS-POSCO, complementarmente ao Teste PRE. Uma questão, todavia, permanece: quantas ações seriam suficientes para a verificação do *“sham litigation”*? À esta pergunta não há uma resposta que seja exata. Contudo, a Suprema Corte deste país ressaltou que o número de ações seriam aquele pelo qual se permita concluir que sirva de uma “política de instauração de litígios”.

1.4. O que é *ShamLitigation*?

Através dos casos acima examinados, nota-se que a doutrina estadunidense intitulada *“ShamLitigation”* avalia liminarmente¹⁶ a possibilidade do uso do direito de ação ou do acesso à justiça como instrumento anti-competitivo. Face a esta verificação, passa-se a analisar se este direito, com proteção constitucional, pode ou não sofrer limites e quais seriam estes.

No precedente *Noerr* não se vislumbrou qualquer limite do direito de ação uma vez que tido por um dos mais importantes direitos protegidos pela Constituição nos EUA; motivo pelo qual conclui-se pela sua imunidade à lei Antitruste. Portanto, face a esta imunidade, o direito de ação não observaria os princípios que norteiam a livre concorrência protegida pela Lei Antitruste (*ShermanAct*).

Com razão, no caso *Pennignton*, a Corte muda de posição e observa que o direito constitucional de acesso à justiça não pode ser um permissivo à criação de obstáculos à livre concorrência. Em outras palavras, não pode o direito de acesso à justiça criar barreiras à concorrência de forma a perpetuar ou criar monopólios (ilegítimos) no mercado. Portanto, esse direito não estaria imune aos princípios norteadores da Lei Antitruste do país; porém, somente de forma excepcional por isso denominado *“shamexpection”*. Em síntese, via de regra, o direito de ação deve ser

¹⁶ Liminarmente, aqui, em sentido ordinário e não jurídico.

exercido de forma plena, salvo se seu uso tiver por finalidade estratégias anti-concorrenciais.

A discussão, todavia, esta longe de terminar e perpassa ainda os casos tratados em seguida. Na realidade, o que merece destaque nos casos seguintes é a criação de “testes” (procedimentos) para a identificação da conduta que se apresenta a fim de garantir a segurança jurídica de todos os aplicadores do direito.

Por outro lado, esses testes são, justificadamente, criticados por seu alto nível de subjetividade que não cumpre com a segurança que pretende impor. O que seria possível frente a uma análise mais objetiva da problemática que não focasse na intenção ou desejo do sujeito do direito de ação.

Isto posto, sob esta perspectiva norte americana, observou-se que o *shamlitigation* é conduta voltada para o uso do direito de ação (ou do acesso à justiça) como instrumento para obstaculizar a entrada de novos e futuros competidores no mercado. Motivo pelo qual optou-se no presente trabalho por chamar de uso disfuncional¹⁷ e anti-concorrencial¹⁸ do direito de ação.

Portanto, em um primeiro momento, se verificará que o direito de ação no Brasil, assim como ficou reconhecido nos EUA, não é um direito absoluto. Com isso, se buscará diferenciar seu uso legítimo do ilegítimo, este último não protegido pelo ordenamento jurídico. A partir da identificação do seu uso ilegítimo se passará a analisar os instrumentos dispostos pelo nosso ordenamento jurídico para a sua coibição e a proteção face aos danos gerados pelo seu exercício. Posteriormente, enfatizando a incidência dos casos de *shamlitigation* na área da Propriedade Intelectual observa-se que um dos focos do uso ilegítimo do direito de ação é o seu uso com o fim à obtenção ao uso anticoncorrencial. Este elemento, uso anticoncorrencial, é de grande relevância pro tema e com ele fecha-se a análise do *shamlitigation* a luz do ordenamento jurídico brasileiro, vez que serve de norte para sua identificação de forma objetiva pelos aplicadores do direito. Por fim, ilustra-se o temas com casos concretos ocorridos no âmbito do poder judiciário e do CADE.

¹⁷ Porque de exercício anômalo ao sentido da norma constitucional.

¹⁸ Porque contrário à livre concorrência.

2. DIREITO DE AÇÃO: UMA ANÁLISE A PARTIR DA GARANTIA CONSTITUCIONAL DE ACESSO À JUSTIÇA.

2.1 - Uma metodologia civil-constitucionalista para a compreensão do direito de ação ou o acesso à justiça.

As Constituições Democráticas que surgem no contexto pós 2ª Guerra Mundial¹⁹, passam a apresentar valores morais e sociais que mudam a forma pelo qual o mundo interpretava o Direito. Observou-se a superação da doutrina positivista clássica em que se fundavam as Constituições anteriores, que apesar de possuírem legalidade, careciam de legitimidade.

É sob esse contexto que nasce uma “nova” visão doutrinária de supremacia da Constituição em relação aos demais textos jurídicos²⁰, como critério de validade²¹ destes enunciados. Como consequência os valores contidos nesta passam a contaminar ou à radiar-se na interpretação nos vários ramos do direito. Passa a Constituição a ser um filtro do direito infra-constitucional e norte para a construção de um ordenamento jurídico coerente e uno.

A partir dessa escola jurídica, sobre tudo a civil-constitucionalista, que se propõe uma leitura do Direito de Ação em concordância com os ditames constitucionais. Em outras palavras, propõe-se a aplicação imediata dos preceitos constitucionais nas relações inter-privadas do processo civil.

Para tanto, em um primeiro momento, é importante estudar o Direito de Ação sob o seu aspecto funcional²² e não estrutural, sendo este o ponto de partida para a análise a seguir.

¹⁹ Importante ressaltar no que se refere a Constituição Estadunidense na qual já se encontravam os valores morais e sociais expressamente inseridos.

²⁰ Conforme preconizava a doutrina positivista a qual é superada por esta corrente civil-constitucionalista, ou neoconstitucionalista.

²¹ “(...) Questionar-se, em relação a cada norma, sobre sua legitimidade constitucional e comunitária é um imperativo categórico para o intérprete. O controle de conformidade das normas ordinárias à Constituição e à normativa comunitária é uma exigência da unidade de um ordenamento complexo.” PERLINGIERI, Pietro. O direito civil na legalidade constitucional. Tradução: Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2008. P.220.

²² “9. A necessária funcionalização dos institutos de direito privado não serve de apoio a qualquer tendência comunitarista que vinculava, no passado, a iniciativa privada a interesses estatais ou institucionais supraindividuais. Ao revés, traduz o reconhecimento dos valores existenciais constitucionalmente estabelecidos, que privilegiam a pessoa humana e impõem deveres aos titulares de situações jurídicas patrimoniais. Desse modo, de acordo com a função que a situação jurídica desempenha, serão definidos os poderes atribuídos ao titular das situações jurídicas subjetivas. Os legítimos interesses individuais dos titulares da atividade econômica só merecerão tutela na medida em que interesses socialmente relevantes, posto que alheios à esfera individual, venham a ser igualmente tutelados. Vincula-se, assim, a proteção dos interesses privados ao atendimento de interesses sociais, a serem promovidos no âmbito da atividade econômica (socialização das situações jurídicas subjetivas).” Ibid. p. 3

2.2. Garantias Constitucionais do Processo Civil ou Direito Processual-Constitucional de Ação.

Lesados ou ameaçados de lesão um ou mais direitos subjetivos materiais, surge ao titular deste(s) direito(s) o poder, faculdade ou direito²³ de exigir uma prestação por parte daquele que poderá se tornar réu (ou acusado), o qual é diverso do direito de prestação jurisdicional, sendo este último dirigido ao Estado-Juiz. Em outras palavras, confere a Constituição Brasileira, através do seu art. 5º, XXXV, o direito ou o poder de exigir a prestação jurisdicional, poder este que traduz uma pretensão, neste caso, processual²⁴.

Nessa perspectiva, não há de se confundir o direito subjetivo material de exigir do réu ação ou omissão, sobre a qual recairá a tutela jurisdicional, da prestação jurisdicional de demandar a inafastabilidade de apreciação pelo juiz daquele dever jurídico alegado²⁵. De acordo esta tese, doutrina processualística majoritária, é inegável, portanto, a autonomia do direito de ação do direito subjetivo material o qual comporá a demanda²⁶.

Desta maneira, o direito de ação é aquele que tem por finalidade tirar o Poder Judiciário de sua inércia²⁷, através da apresentação à este de uma demanda que se propõe em face do réu. Mais que isto, através do seu exercício forma-se uma relação jurídica pela qual o réu encontra-se em verdadeira posição de sujeição. Por este estado de sujeição que apresente, parte da doutrina destaca o direito de ação como potestativo de agir²⁸. Esta doutrina, conhecida por teoria concreta da ação defende sinteticamente:

“Para a teoria do direito potestativo de agir, a ação seria um direito voltado contra o réu, em face de quem se produz o efeito jurídico da

²³ Considera-se parte da doutrina que entende que poder é diferente de direito. FONTES, André. A pretensão como situação jurídica subjetiva. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 11 e 12.

²⁴ Não confundir pretensão “*latu sensu*” com pretensão processual. “Descumprido um dever jurídico, duas consequências se produzem: (a) o nascimento da responsabilidade; e (b) o surgimento de um poder de exigir a prestação. A essa segunda consequência, a literatura alemã designou por pretensão (“*Anspruch*”). Ela não se confunde com o direito à prestação (direito subjetivo), tampouco com o direito à jurisdição (ação); é categoria originária e autônoma, determinada por natureza e características próprias.” (grifos originais). Ibid. p. 9 e 10.

²⁵ Ibid. p. 40 e 41.

²⁶ Destaca-se, à título exemplificativo: André Fontes, Humberto Theodoro, Cândido Dinamarco, Leonardo Greco, Fredie Didier Junior, José Miguel Garcia Medina, Teresa Arruda Alvim Wambier, Cassio Scarpinell Bueno, Alexandre Freitas Câmara, Chiovenda, Liebman, entre outros.

²⁷ Da inércia do Poder Judiciário, ver o que estabelece o art. 2º do Código de Processo Civil.

²⁸ Por exemplo: Chiovenda. Apud. CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. Vol. I. 21ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. P. 113-130.

*atuação da lei, não tendo o demandado nenhuma obrigação diante desse poder; simplesmente, estar-lhe-ia sujeito.*²⁹

No entanto, a teoria supra apresenta uma lacuna conceitual levantada pela teoria abstrata da ação ao considerar o direito de ação como direito potestativo. Esclarece André Fontes:

*“O titular do direito potestativo sujeita e não exige de ninguém um comportamento, e o faz interferindo na esfera jurídica alheia, independente de qualquer cooperação do titular do estado de sujeição na produção de um efeito jurídico. (...). A cooperação é a base existencial da pretensão, pois possibilidade o agir por quem tem o dever de prestar.”*³⁰

Ou seja, ao compreender-se o direito de ação como direito potestativo ou poder de sujeição³¹ significa conferir-lhe conteúdo unilateral, ou seja, direitos do demandado sem deveres, e imaginar a possibilidade de uma ação sem pretensão. Tal compreensão acabaria por excluir o dever de cooperação entre as partes. Por esta razão, sustenta-se as críticas realizadas pela teoria abstrata da ação a qual classifica o direito de ação enquanto direito subjetivo, ou “direito com prestação”³².

Outro ponto acerca das críticas diferidas à teoria apresentada anteriormente se põe em relação às ações declaratórias negativas e à improcedência do pedido. Ocorrida a ação declarativa negativa ou a improcedência do pedido, pelo que argumenta esta teoria, não haveria direito de ação. Uma vez que inexistente o direito de ação restariam nulos todos os atos praticados pelo Poder Judiciário, por conseguinte este não poderia sequer ter saído de sua inércia. Nesse sentido, expressa Pietro Perlingieri:

“Isso não obstante, o exame dessa concepção é particularmente importante porque verte sobre a relação entre o direito substancial e o momento de sua tutela (por via) processual, relação que não pressupõe necessariamente a efetiva existência de um direito substancial (...). Nem sempre o interesse se qualifica como direito subjetivo no momento em que é acionado: existem interesses

²⁹ Ibid. p. 115 e 116.

³⁰ FONTES, André. Op. Cit. P. 44

³¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. 25ª edição revista e atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2012. P.30.

³² Ibid. p. 30.

*protegidos nem por meio de ação, nem simplesmente no momento da ação.*³³

Para a teoria abstrata do direito de ação tal poderia ser qualificado como o direito de ir à juízo³⁴, através da evocação do Estado-juiz para que exerça a jurisdição³⁵, cujo conteúdo independe da análise de existência ou não do direito material, este último conteúdo da demanda.

Por outro lado, a teoria abstrata da ação não é a dominante na doutrina processual brasileira atual, e sim a teoria eclética da ação, cuja grande influência advém da tese de Liebman³⁶.

A não dominância da doutrina da teoria abstrata da ação advém do fato dela conferir tamanha amplitude ao direito de ação, que em última análise possibilitaria a arbitrariedade ou o abuso no exercício do direito de ação. Nesse sentido, uma demanda, por exemplo, em que se pede o adimplemento de uma dívida já paga seria exercível. Todavia, faltar-lhe-ia legitimidade, a qual só pode ser observada através de uma leitura sistemática das garantias constitucionais³⁷ e dos demais artigos do Código de Processo Civil³⁸.

Cumpramos destacar ainda entendimento observado para a análise do direito de ação para além do aspecto processual. Nesse sentido, defendem o direito de ação enquanto garantia constitucional à jurisdição e não ao processo³⁹, cuja finalidade é a de dirimir os conflitos através de Tribunal competente, na defesa da proibição da autotutela ou autodefesa, como postulado da ordem jurídica e paz social⁴⁰.

³³ PERLINGIERI, Pietro. Op. Cit. p. 676.

³⁴ DIDIER JÚNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil - Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento. Volume I. 13ª ed. Salvador: Editora JusPODIVM. 2011. P. 200 e 201.

³⁵ Exige obrigação de dar, fazer e prestar do Estado-juiz. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 25ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Ed. Malheiros, 2009. P. 273 e 274.

³⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. Op. Cit. p. 117.

³⁷ Como, por exemplo, a garantia do devido processo legal, garantia a um processo equitativo e justo, garantia a duração razoável do processo, garantia a tutela jurídica efetiva.

³⁸ Sobre tudo o que dispõe o art. 267 do Código de Processo Civil, a cerca das condições da ação e pressupostos processuais.

³⁹ GRECO, Leonardo. Instituições de Processo Civil - Introdução ao Direito Processual Civil - Volume I. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010. p.195

⁴⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil - Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. Volume I. 51ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2010. P. 66

As divergências, todavia, não terminam aqui. Levando-se em consideração as doutrinas acima expostas e ainda doutrina mais atualizada, o direito de ação é tido ainda no rol de situações jurídicas subjetivas⁴¹, esta última enquanto cláusula aberta. De acordo com esta linha de pensamento, não há que se falar, portanto, em titular da ação, uma vez que não se apresenta aqui qualquer relação de viés patrimonial. Especificadamente, o direito de ação está entre uma nova modalidade⁴² de situação jurídica subjetiva. Seu conteúdo, nesta visão, é o de fazer exigir, através da subordinação de um interesse alheio⁴³ ao interesse próprio⁴⁴(do demandante); sendo este último o provimento jurisdicional final sobre a pretensão trazida pelo autor na busca da tutela jurisdicional⁴⁵.

Todavia, a par dessas divergências mas sem perdê-las de vista, uma perspectiva não pode ser negligenciada pelos interpretes do direito ao lidar com o direito de ação: a perspectiva constitucional. Ou seja, o direito de ação somente será legítimo se o seu conteúdo normativo for concebida a partir dos valores constitucionais.

2.3 O exercício legítimo direito de ação

Anteriormente, observou-se, portanto, que a doutrina se divide enquanto a natureza jurídica do direito de ação. Parte dela considera a ação como poder jurídico, outra com direito subjetivo público e uma terceira como situação jurídica subjetiva.

De acordo com a primeiras corrente⁴⁶ a ação possui natureza jurídica de poder jurídico,

“... já que entre seu titular⁴⁷ e o Estado inexistente conflito de interesses, elemento essencial para a configuração de um direito subjetivo (já que neste os interesses do titular do direito e do titular de dever jurídico que lhe corresponde são, necessariamente, contrários).”⁴⁸

⁴¹ PERLINGIERI, Pietro. Op. Cit. p. 672.

⁴² Conforme defende André Fontes em “A pretensão como situação jurídica subjetiva”.

⁴³ Parte passiva da relação jurídica que nasce com o exercício do direito de ação e terceiros que possam ser afetados por ela.

⁴⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. Cit. p. 106.

⁴⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. Volume I. 6ª ed. rev. atual. Editora Malheiros, 2009. P. 305-306.

⁴⁶ À título exemplificativo: CÂMARA, Alexandre Freitas, Op. Cit. p. 118-121 e DINAMARCO, Cândido Rangel, Id. Vol. II, p. 332 e 333.

⁴⁷ (sic). Conforme já abordado, no item 2.2 não há que se falar em titular da ação.

⁴⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. Op. Cit. p. 118.

Segundo a corrente supra destacada, o entendimento de que o direito de ação é direito subjetivo, lhe confere pequena importância. Dessa forma, entendo a sua natureza jurídica de direito subjetivo, a ação significa mero poder de dar início ao processo⁴⁹, ou mera promessa de tutela, por este motivo, desconstituído de exigibilidade⁵⁰.

O direito subjetivo, em apreensão ao que expõe a doutrina civilística, é compreendido sob duas perspectivas diversas⁵¹, como: poder de vontade e interesse protegido⁵². Nas palavras de Pietro Perlingieri⁵³:

“A definição corrente salda dois aspectos: o direito subjetivo é, afirma-se usualmente, o poder reconhecido pelo ordenamento a um sujeito para a realização de um interesse próprio do sujeito.”

O direito subjetivo, todavia, compõe-se de poder-dever, ou seja, do seu exercício em “harmonia com o princípio da solidariedade política, econômica e social”⁵⁴, de forma a não causar danos à terceiros. Assim sendo, seu poder de vontade deve estar dirigido ao interesse próprio mas somente o interesse protegido juridicamente. A partir desta compreensão, pode-se concluir que o direito subjetivo deve ser lido pelos aplicadores do direito em compatibilidade com o que dispõe a Constituição Brasileira em seus art. 3º, principalmente no que dispõe no inciso I⁵⁵. Conforme, portanto, ao que propõe a metodologia civil-constitucionalista destacada no início deste capítulo.

Assim sendo, o exercício de um direito subjetivo, e nesse caso, do direito de ação deve observar o interesse não somente do particular, mas igualmente de toda a sociedade, mediante um juízo de ponderação dos princípios da solidariedade e da liberdade (de exercício dos direitos), uma vez que se forma uma situação subjetiva complexa na qual se apresentam poderes e deveres⁵⁶.

⁴⁹ Ibid. p. 118.

⁵⁰ FONTES, André. Op. Cit. p. 42.

⁵¹ Destaca-se: PERLINGIERI, Pietro. Op. Cit. P. 674; e PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. Cit. P. 25 e seguintes.

⁵² Interesse este que de acordo com o que defende Pietro Perlingieri é conteúdo do direito protegido pelo ordenamento jurídico. PERLINGIERI, Pietro. Op. Cit. p. 674.

⁵³ Ibid. p. 675.

⁵⁴ Ibid. p. 677. Ver item 3.2.3.1.

⁵⁵ “Art.3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. Inciso I - constituir uma sociedade livre, justa e solidária.”

⁵⁶ Ibid. p. 677 e 678.

A partir da análise através da doutrina mais atualizada acerca do direito subjetivo, e compreendendo o direito de ação sob esta perspectiva e de ordem pública, abre-se caminho para o que sustenta a teoria mista sobre a natureza jurídica do direito de ação; ou seja, de que o direito de ação é ação oponível a outrem para a realização de um interesse legítimo o qual pressupõe direito e deveres extraídos do ordenamento jurídico. Portanto, não é o direito de ação um meropoder jurídico.

Ha ainda posições doutrinárias que destacam o direito de ação como “poder de exercer posições jurídicas ativas no processo jurisdicional”⁵⁷. No entanto, tal tese cuida mais de um direito de peticionar, garantido constitucionalmente através do art. 5º, XXXIV, alínea a da CF/88; do que do direito de ação (art. 5º, XXXV da CF/88) propriamente analisado supra. Neste diapasão, não ha vários direitos de ação exercidos no curso do processo que se exige a formação, mas sim um único que restará concluso com a decisão transitado em julgado.

Assim sendo, o direito de ação legítimo é aquela extraído a partir da hermenêutica constitucional supra destacada a qual pondera o seu exercício com os demais valores constitucionais, sobre tudo o da liberdade e o da solidariedade⁵⁸ (art. 3º, I da CF/88). À contrário sendo, o exercício que viole os princípios constitucionais é ilegítimo e por este motivo destituído de proteção pelo ordenamento jurídico.

Nesse sentido, observa-se que não se estar a excluir o direito de ação mas a restringi-lo vez que não há mais espaço no atual contexto constitucional para a compreensão de direitos absolutos. Ao analisar o direito de ação, o jurista português António Menezes Cordeiro ⁵⁹, afirma que:

“III. A sujeição à ação é o preço a pagar pelo direito de Ação. Restringir uma é coatar o outro: impossível. Todavia: terá de haver limites, uma pessoa, guiada pela simples malquerença, pode provocar danos incommensuráveis a outra, invocando o seu direito à ação.”

Do contrário admitiria-se ao sujeito ativo do direito de ação (demandante)

⁵⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. Op. Cit. p. 119.

⁵⁸ “O princípio solidarista << não permite um exercício do direito de modo a não realizar uma proporcionalidade entre o efeito vantajoso a favor do titular e o efeito desvantajoso para terceiros que o ato é destinado a produzir >>”. CÂMARA, Alexandre Freitas. Op. Cit. P. 119.

⁵⁹ CORDEIRO, António Menezes . Litigância de Má-Fé, Abuso do Direito de Ação e Culpa “In Agendo” -. 2ª edição aumentada e atualizada. Almedina, 2011. p. 30.

prejudicar gratuitamente a outra parte (demandado) que se sujeita à ação, com o intuito de evitar resultado que não lhe seria favorável ou vantajoso⁶⁰. Portanto, o acesso a justiça, garantido constitucionalmente, não pode servir de chantagem jurídica⁶¹, uma vez que:

“Como foi antecipado, o direito de ação não é absoluto. Uma ação pode ser intentada dolosamente, sem quaisquer fundamentos ou com alegações falsas, apenas para incomodar e causar danos. Além disso, no decurso da ação, qualquer uma das partes pode adular a verdade, pode usar expedientes dilatórios, pode desconsiderar ou ofender as pessoas ou pode causar a confusão e o protelamento dos autos. E isso seja para prejudicar gratuitamente a outra parte, seja para evitar um resultado que lhe seria desfavorável.”⁶².

Para tanto, diversas são as garantias inseridas na Constituição Brasileira as quais não se limitam estritamente ao direito à tutela jurisdicional, com o qual o aplicador do direito deverá observar e conhecer. Outrossim, quando o legislador constitucional garante o direito de ação e as garantias processuais como o devido processo legal, o direito de defesa, ou o princípio da economia processual não está a se contradizer, mas a assegurar, constitucionalmente, àquele que for lesionado ou que esteja ameaçado, o exercício de seu direito de ação. Exercício este, contudo, que não poderá ser usado de forma a sujeitar o demandado injustamente, ou de modo a onerar o serviço público desnecessariamente; ou seja, contrário à boa-fé ou contrário à funções sócio econômicas à que deve ser dirigido seu exercício.

Conclui-se que se impõe ao exercício do direito de ação legítimo não somente as condições da ação⁶³ previstas no art. 3º do Código de Processo Civil e os demais limites de conduta das partes impostas neste Código, mas um limite geral imposto a todo e qualquer direito contido da cláusula geral contida no art. 187 do Código Civil acerca do abuso do direito.

Por fim, cabe ressaltar que a assertiva acima não expressa uma completa inaplicação do instituto processual da litigância de má-fé. O que aqui se

⁶⁰ Nesse sentido, não há de se admitir ação que gere dano injusto ao demandado, conforme esclarece Cândido Rangel Dinamarco, no clássico Instituições de Direito Processual Civil. Vol. II. 6ª edição rev. e atual. Ed. Malheiros, 2009. P. 309-311.

⁶¹ AMERICANO, Jorge. Do Abuso do direito no exercício da demanda. 2ª edição muito melhorada. São Paulo: Ed. Saraiva & Comp., 1932. p. 51

⁶² CORDEIRO, Antônio Menezes. Op. Cit. p. 30 e 31.

⁶³ Ou seja, a possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade “ad causam” e o interesse legítimo de agir.

argumenta é uma insuficiência na sua aplicação exclusiva, especialmente no caso do “sham litigation”, onde danos ocasionados especificamente por esta conduta podem fugir a aplicação da litigância de má-fé.

3. OS LIMITES DA “LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ” E A CONTEMPLAÇÃO DO ABUSO DO DIREITO COMO CLÁUSULA GERAL.

3.1 A Litigância de Má-fé

Conforme destacado no item antecedente, o direito de ação não é exceção aos demais direitos subjetivos e, por isso, repita-se, não é absoluto.

*“É da natureza dos governos e dos povos livres tal facilidade, mas não deve ir a ponto de converter o exercício da acção numa verdadeira tyrannia de individuo sobre individuo, amparada pelo Estado.”⁶⁴
(conforme o original)*

Por esta via, atenta-se para a necessária mudança conceitual que deve sofrer esse direito em abandono ao conteúdo patrimonial que se insiste à conferir-lhe de forma absoluta, quase que como se ele fosse um ‘privilégio’, intocável. Nesse sentido é que à ele se impõe limites (extrínsecos e intrínsecos) sem os quais não merece tutela, o que não significa uma restrição a liberdade de defender-se em justiça⁶⁵.

Pelas razões expostas, uma vez ocorridos danos em razão do exercício do direito de ação que extrapole os limites impostos pelo ordenamento, este protege a vítima desses danos imputando-lhe uma multa e responsabilidade. É o que se depreende da leitura dos artigos 16, 17 e 18 do Código de Processo Civil⁶⁶

⁶⁴AMERICANO, Jorge. Do Abuso do direito no exercício da demanda. 2ª edição muito melhorada. São Paulo: Ed. Saraiva & Comp., 1932. p. 52.

⁶⁵ “A liberdade de se defender em justiça é essencial à própria liberdade de pensamento e de ação, sem a qual a sociedade se envilece e regride. Onde a justiça falha, a infelicidade humana se insinua; onde se cerceia a defesa, estrangula-se a liberdade humana, antes mesmo que a justiça falhe. Assim, o abuso do direito processual só existe quando se compõem os seus pressupostos segundo o texto legal; e nunca se aprecia antes de ter produzido os seus efeitos, porque então se estariam a peneirar, liminarmente, a pretensão à tutela jurídica, a pretensão processual, a ação e a prática dos atos processuais.” MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil. Tomo I: arts. 1º a 45. 5ª ed. rev. e aumentada. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1996. p.358.

⁶⁶Art. 16. Responde por perdas e danos aquele que pleitear de má-fé como autor, réu ou interveniente.

Art. 17. Reputa-se litigante de má-fé aquele que:

I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; II - alterar a verdade dos

No artigo 17, do CPC o legislador impõe àquele que pleitear de má-fé a obrigação de ressarcir (por perdas e danos), podendo ser o titular da obrigação tanto o autor quanto réu ou o interveniente. Motivo pelo qual quando à expressão “pleitear de má-fé” é compreendida aqui como qualquer ato que estes sujeitos realizem no curso do processo judicial.

Em relação à referência expressa ao termo “má-fé” aduz a doutrina majoritária que esta não há de ser presumida, e sim a boa-fé⁶⁷⁶⁸. Do contrário, estar-se-ia a imputar uma obrigação à todo e qualquer sujeito ativo do direito de ação de provar que esta de boa-fé. Portanto, é punível em perdas e danos por litigar de má-fé aquele que ao agir com dolo ou culpa⁶⁹ contrariamente a boa-fé. De acordo com esta mesma tese, seguida por jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça⁷⁰, um entendimento contrário à esta doutrina, geraria limitações prejudiciais aos princípios do duplo grau de jurisdição e da ampla defesa protegidos constitucionalmente no artigo 5º, inciso LV.

Contrariamente à este entendimento da doutrina e do STJ, Márcio Mello Casado defende a possibilidade de presunção de má-fé. Segundo este autor:

“A má-fé como norma de conduta, dever ser presumida daqueles que guardarem as características acima indicadas. Os exemplos referidos representam pessoas jurídicas que são invulneráveis (jurídica, econômica ou tecnicamente) e ultrainformadas. São

fatos; III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal; IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo; V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; VI - provocar incidentes manifestamente infundados. VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.” Art. 18. O juiz ou tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a pagar multa não excedente a um por cento sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou. § 1º Quando forem dois ou mais os litigantes de má-fé, o juiz condenará cada um na proporção do seu respectivo interesse na causa, ou solidariamente aqueles que se coligaram para lesar a parte contrária. § 2º O valor da indenização será desde logo fixado pelo juiz, em quantia não superior a 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa, ou liquidado por arbitramento.”.

⁶⁷ **Ibid. p. 358.**

⁶⁸ Cumpre destacar que a presunção mencionada é defendida pela doutrina carioca.

⁶⁹ “Conceito de litigante de má-fé. É a parte interveniente que, no processo, age de forma maldosa, com dolo ou culpa, causando dano processual à parte contrária.” JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante. 7ª ed. rev. e ampliada. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. p. 371

⁷⁰ “3. A aplicação de penalidade por litigância de má-fé exige dolo específico, perfeitamente identificável a olhos desarmados, sem o qual se pune indevidamente a parte que se vale de direitos constitucionalmente protegidos (ação e defesa).” (STJ, EmDI em Resp 906.269-BA, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Brasília, 19 dez. 2007).

*aqueles que ditam as regras da relação obrigacional e são clientes constantes do Poder Judiciário, mercê de reclamações - procedentes - de seus clientes. Basta que se consulte o site do STJ para verificar a enorme quantidade de julgados que há acerca de cada uma dessas pessoas e suas práticas. São constantes, repetidos e, alguns, em recursos repetitivos.*⁷¹

Os inúmeros recursos atualmente presentes nos tribunais brasileiros e a demora nos processos nos faz procurar soluções que pesem ambas as posições anteriores. Nesse ínterim, concorda-se com a tese majoritária de que não pode-se de forma ampla aplicar-se a presunção de boa-fé. Por outro lado, presentes determinados elementos é de defender-se o seu afastamento, devendo-se averiguar dessa forma uma possível má-fé. Sendo estes elementos à serem analisados objetivamente: (i) o desequilíbrio entre as partes, onde uma apresenta uma vulnerabilidade frente a outra parte do processo; (ii) interposição de recurso onde não se obedecem nenhum dos requisitos específicos de sua interposição em conjunto com a repetição de argumentos de recurso vencido; e (iii) erro inescusável, em observação ao princípio da razoabilidade; (iv) vantagem extraprocessual e antijurídica daquele que age de forma abusiva; (v) impossibilidade ou grande dificuldade da vítima fazer prova da má-fé da outra parte.

Contudo, mesmo se compreendo unicamente pela aplicação da presunção de boa-fé, é de se cogitar nos casos de recursos com intuito protelatório a aplicação do disposto no art. 17, VIII do CPC. Cabe ressaltar, que as hipóteses acima sugeridas não são somente para os casos em que a conduta esteja inserida nas hipóteses dos incisos do art. 17, mas sobretudo nos casos em que aqui não estejam compreendida e onde a má-fé confira-se como abuso do direito⁷² e cuja prática reiterada justifique uma majoração na indenização pelos danos causados.

Tais hipóteses supra mencionadas e contidas nos incisos do art. 17

⁷¹ CASADO, Márcio Mello. A cláusula geral da vedação ao abuso de direito e sua aplicação ao processo civil. In Revista de Processo. Coordenada por Teresa Arruda Alvim Wambier. Ano 37. Vol. 209. Julho/ 2012. Ed. Revista dos Tribunais. p. 298.

⁷² “A interposição descabida de recursos (ou outro remédio processual) acaba por configurar abuso do poder de recorrer.” Foi o que afirmou o ministro Felix Fischer ao decidir sobre o esgotamento da prestação jurisdicional do STJ no caso da condenação de réus do episódio conhecido como “Massacre de Carajás”, ocorrido no Pará, em 1996 (EREsp 818.815). Disponível em: http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=108253&utm_source=agencia&utm_medium=email&utm_campaign=pushsco. Acesso em 19.02.2013.

do CPC são consideradas descrições taxativas por parte da doutrina. Contudo, não é unânime este entendimento⁷³. Contrariamente e este posicionamento, defende-se que as hipóteses dos incisos do art. 17 do CPC são exemplificativas, em leitura do art. 17 combinada com o do art. 16 do mesmo Código. Assim sendo, de acordo com esta doutrina a má-fé é conceito indeterminado e genérico o qual não se pode limitar às condutas do art. 17 e seus incisos; por isso não se pode concebê-las como *numerus clausus*⁷⁴. Há, ainda uma terceira corrente que compreende que os incisos do art. 17 do CPC são rol de condutas relativamente taxativas, ou seja, seus incisos serão interpretados não restritivamente, mas devendo os casos concretos ali se encaixarem⁷⁵. A terceira corrente parece ser a que melhor interpreta estes dispositivos.

Portanto, reprime Código de Processo Civil conduta de má-fé face ao procedimento processual os quais são reprimíveis pelas sanções punitivas e ressarcitórias expressas no art. 18, *caput*, deste código. Para tanto, estabelece obrigação de pagar multa⁷⁶ e a indenizar a parte contrária nos prejuízos sofridos por ela no curso do processo, sanções estas que independem do resultado do processo⁷⁷. Ainda no que se refere à este dispositivo, observa-se que não é necessário que haja o dano para que

⁷³ “A propósito da lei, é num primeiro momento, responsabilizar por perdas e danos todo aquele que pleitear de má-fé, o que é feito no art. 16, reputando, implicitamente, litigante de má-fé, todo aquele que adota qualquer conduta contrária à boa-fé tout court. Portanto, ao dizer no art. 17 que se reputa de má-fé o litigante que adota uma das condutas descritivas nos seus diversos incisos, contempla expressamente estas e, implicitamente, toda aquela que vista a mesma túnica, o que faz com que o preceito assuma um caráter de *numerus apertus* (número ilimitado) e não de *numerus clausus* (número limitado).” ALVIM, J. E. Carreira. Comentários ao Código de Processo Civil Brasileiro. Volume I. 1ª ed. Curitiba: Ed. Juruá, 2009. p. 68.

⁷⁴ A título exemplificativo: “Danos pode, ocorrer sem ter havido má-fé do figurante no processo; e então há a responsabilidade pelos danos. Daí ter tido o legislador o propósito de enumerar, detidamente, os atos que revelam a má-fé, revelação essa, ex lege.” MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Op. Cit. p. 362.

⁷⁵ “4. Rol taxativo. As hipóteses de caracterização objetiva de litigância de má-fé, estão arroladas em *numerus clausus*, taxativamente, na norma ora comentada, não comportando ampliação (Arruda Alvim, CPCC, II, 149; Borges, Coment., v.I, p.28; Leão, O litigante de má-fé, p. 37). A taxatividade é relativa às hipóteses caracterizadoras da litigância de má-fé, mas não à incidência restrita do instituto, porque o preceito da norma comentada pode ser aplicado nos processos regulados por leis extravagantes, como por exemplo na ação popular (....).” JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. Op. Cit. p. 371

⁷⁶ A multa é um avanço na modificação do CPC de 73 para o de 39, vez que ao assim determinar o legislador processual impõe ao Estado-juiz um dever de condenar, e não mera faculdade, quando observadas as hipóteses dos incisos do art. 17 do CPC. Nesse sentido: Ibid. p. 375.

⁷⁷ “Se o litigante de má-fé ganhou a causa, mas ficaram provados que atos positivos ou negativos foram de má-fé, tem-se de atender a que a vitória do litigante se limita ao mérito da ação e, a despeito do ganho da causa, ter havido algum dos casos de má-fé que levou a danos processuais.”. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Op. Cit. p. 369.

reste configurado a litigância de má-fé⁷⁸, na medida em que se dispõe que aplicar-se-á a multa e adicionalmente a indenização caso se verifique dano.

Pelo acima exposto só será compensável pelo estabelecido no art. 16 à 18 do CPC, o dano ocasionado que seja processual. Os prejuízos à que se referem nestes dispositivos do CPC são aqueles que afetam o prejudicado pelo fato do processo ⁷⁹, motivo pelo qual o art. 18 em seu parágrafo 2º limita a compensação ao valor desde logo fixado pelo juiz; em exclusão dos que sejam indiretos⁸⁰. Assim sendo, restaria àquele quem sofre com os danos ajuizar ação autônoma de responsabilidade civil frente aos danos indiretos. A par de tal possibilidade, continua sendo este um dos fatores limitadores na aplicação da litigância de má-fé na medida em que retardaria a reparação dos danos. Tal atraso na reparação, além de injusta, acaba por incentivar a prática de “*sham litigation*”, uma vez que mesmo frente à uma condenação posterior por responsabilidade civil, sua conduta gerará lucros tão altos para o autor do dano que lhe compensa o pagamento de uma indenização da qual não contemplará todos os danos sofridos à vítima face a sua limitação legal.

Nos casos de conduta reiterada de interposição de recursos, por exemplo, com intuito meramente protelatório, conforme mencionado anteriormente, não poderão ser agravados em sua responsabilidade. Por consequência, a indenização não será majorada uma vez que possui limites expressos no art. 18, parágrafo 2º ⁸¹.

⁷⁸ “Assim, enquanto que, no direito civil, não há reparação sem dano, no direito processual o agente pode ser responsabilizado ainda que da sua atuação nenhum dano tenha resultado à parte contrária, porque, então, na hipótese de haver a parte vencedora ou vencida, procedido com dolo, fraude, violência ou simulação, mesmo sem comprovação do dano, cabe a condenação no décuplo das custas. (...)”. CASTRO FILHO, José Olímpio. *Abuso do Direito no Processo Civil*. 2ª edição rev. e atual. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1960. p. 191. No mesmo sentido se observa o que dispõe Menezes Cordeiro em relação a legislação processual portuguesa acerca da litigância de má-fé: “O dano não é pressuposto da litigância de má fé.”. CORDEIRO, António Menezes. Op. Cit. p. 56.

⁷⁹ “Registre-se que a indenização por litigância de má-fé só compreende prejuízos que afetam o prejudicado pelo fato do processo - trata-se de prejuízo resultante “da responsabilidade das partes por dano processual” - não podendo alcançar danos outros que não sejam dele consequência direta ou imediata. Daí, determinar o novo § 2º que o valor da indenização seja desde logo fixado pelo juiz ou liquidado por arbitramento, liquidação esta que só tem lugar nas hipóteses previstas no art. 475-C, I e II, quando a sua apuração depender de perícia (art. 475-D).” (grifos do autor). ALVIM, J. E. Carreira. Op. Cit. p. 77.

⁸⁰ “Excluídos ficam, assim, os prejuízos que apenas indiretamente possam advir do processo, de modo que, se a parte se sentir prejudicada pelo litigante de má-fé - deixando, por exemplo, de obter um empréstimo bancário, pelo abalo de crédito na praça - deverá buscar a reparação pela via própria do processo de conhecimento.” (grifos do autor). Ibid., p. 78.

⁸¹ Este limite pode ser observado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o qual mesmo nos

Assim sendo, além da limitação aos danos compensados, o Código de Processo Civil, estabelece limitação em 20% sobre o valor da causa; tratamento este que vai de encontro com o princípio da reparação integral disposta no art. 944⁸² do Código Civil. Segundo este princípio, colorário dos valores constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CF/88) e da solidariedade (art. 3º, I da CF/88)⁸³, todos os danos devem ser compensados em sua integralidade, independente do juízo de reprovação da conduta⁸⁴. Injustificado resta o tratamento compensatório dado os danos ocasionados por litigar de má-fé, pelo CPC. De modo que, o melhor seria abarcar a ideia contida no ordenamento, em observância aos valores constitucionais destacados. Cumpre esclarecer que a aplicação do art. 944 se dá no estabelecido no caput e não no disposto no parágrafo único, este, aplicável somente à título de exceção nas circunstâncias estabelecidas em seu texto normativo⁸⁵.

No entanto, poderia se cogitar ainda do ajuizamento de uma ação autônoma de responsabilidade civil sobre os danos indiretos não contemplados pela litigância de má-fé. Dessa forma, não seria a litigância de má-fé um impeditivo para a reparação integral que restaria observada através desta ação autônoma. Mesmo sendo este argumento válido, ainda assim mais eficaz e ágil seria a reparação em um mesmo processo, uma vez que: primeiro, a agilidade nos casos aqui abordados são fundamentais para um benefício no ajuizamento da ação mesmo que esta corra em improcedência e condenação do sujeito ativo; segundo, os danos seriam

casos em que vislumbra a aplicação de litigância de má-fé e pretende aumentar a punição, sempre cuida de observar o limite de 20% disposto no CPC. Para tanto, ver notícia no site do STJ acerca da litigância de má-fé, disponível em http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=108253&utm_source=agencia&utm_medium=email&utm_campaign=pushsco. Acesso em 19.02.2013.

⁸² “Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.”

⁸³ FILHO, Carlos Edison do Rêgo Monteiro. Artigo 944 do Código Civil: O problema da mitigação do princípio da reparação integral. In *O direito e o Tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas - estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin (coordenadores). Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 763 e 764.

⁸⁴ *Ibid.* p. 764.

⁸⁵ Por cuidar-se de exceção, confere-lhe interpretação restritiva pela qual, exemplifica Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho que: (a) deve levar em consideração a pluralidade de aspectos que não somente o grau de culpabilidade à que se atém o dispositivo brasileiro; (b) deve-se observar uma desproporção que seja significativa e não aquelas ordinária de pequena monta; (c) se na aplicabilidade contida na regra do caput do dispositivo significar um comprometimento patrimonial do agente deve este ser inaplicável; (d) a análise de redução parte da indicação prévia do valor base correspondente à restituição integral; e por fim que (e) deve-se realizar uma ponderação das circunstâncias do caso concreto à luz dos valores constitucionais sem que signifique supressão de danos ou do regime de responsabilidade. *Ibid.* p. 796.

remediados de forma mais ágil não permitindo que se agravassem ao longo do tempo⁸⁶.

Apesar do final do parágrafo 2º do art. 18 do CPC dispor sobre a possibilidade de liquidação por arbitramento em relação a indenização e os separar aos aplicáveis honorários advocatícios e despesas judiciais, observa-se na jurisprudência uma tendência à condenação que se limita aos valores sucumbências, os quais nem de longe são suficientes para restabelecer o equilíbrio econômico afetado pela conduta aqui descrita.

Nessa ordem de ideias, a litigância de má-fé se mostra um sistema sobretudo sancionatório uma vez que apresenta no seu enunciado normativo aspectos limitadores de reparação dos danos que tenham ocorridos no curso do processo e, ainda, aqueles gerados em decorrência objetiva (ou direta) deste. Ademais, apresenta limites ao ressarcimento, em 20% sobre o valor da causa. Portanto, não se observa, por parte da legislação processual, um integral ressarcimento pelo malefícios perpetrados, em observância a que se propõe a responsabilidade civil de retorno ao “status quo ante” (ao dano), tornando a litigância de má-fé mais pública que privada. O que não significa, entretanto, que deve-se o reconduzir à responsabilidade civil por completo⁸⁷.

Apesar de todo o aqui exposto, não seria mais efetivo a inutilização deste instituto reconduzindo-o à responsabilidade civil como se poderia argumentar. Ele apresenta eficácia mas das quais não contemplam os casos de *sham litigation*, até mesmo porque é instituto que não se aplica ao exercício de direitos (o que é contemplado pelo abuso do direito por violação da boa-fé⁸⁸) mas à comportamentos do curso do processo.

⁸⁶ Tais danosque concernem especificadamente à conduta estudada serão analisados no capítulo 4.

⁸⁷ “O instituto da litigância de má-fé não chega para enfrentar o problema. É restritivo; é interpretado e aplicado em moldes deprimidos; depende de uma iniciativa e de uma energia judiciais que falecem. Pretender reconduzir-lhe a responsabilidade civil geral é, de facto, neutralizar mais esta arma: ao serviço das pessoas e do próprio processo!” “II. Um dos grandes problemas da responsabilidade civil reside na incapacidade dos grandes tribunais em arbitrar indemnizações dignas. O estudioso deve ponderar esta dimensão: tudo o que contribua para aligeirar as indemnizações, deixando danos por indemnizar, é dogmaticamente de evitar. Leva a soluções inadequadas, quer social, quer humanamente. CORDEIRO, António Menezes. Op. Cit. p. 63.

⁸⁸ “O sistema alemão, baseado no dever de verdade e na responsabilidade decorrente da responsabilidade civil é, em si, insuficiente para assegurar um uso normal e equilibrado do processo. Por isso, como veremos ele é complementado com abuso do direito, por violação da boa-fé.” Ibid. p.74.

3.2 Abuso do Direito - teorias e posicionamento no ordenamento jurídico brasileiro

3.2.1 A construção do abuso do direito: teorias

O abuso do direito nasce de uma perspectiva dos Tribunais através dos quais apresentava-se exercício do direito de propriedade formalmente lícitos⁸⁹. Em outras palavras, o abuso do direito tem origem judicial através dos quais envolviam o exercício aparentemente lícito de direitos subjetivos⁹⁰, sobretudo o direito de propriedade, de modo à prejudicar o sujeito de um outro direito⁹¹.

Frente à tais condutas, em um primeiro momento, entendeu-se pela aplicação do princípio da equidade e a ideia de que não é lícito a ninguém causar danos a outrem⁹², cujo objetivo fim é a convivência pacífica no corpo social. Todavia, tais limites às condutas à uma prática de convivência pacífica através do não prejuízo ao direito de outrem, não significava a configuração do abuso do direito, como os compreendemos atualmente.

O “abuso do direito” é expressão cuja autoria é atribuída a Laurent, segundo o qual levou em consideração diversas decisões em que se apresentavam condutas como a acima destaca⁹³. Este instituto tem por origem a teoria do ato emulativo construído pela escola francesa. Segundo esta teoria o abuso do direito é o exercício do direito pelo seu titular com a intenção (única) de causa prejuízo a outrem, sem proveito próprio⁹⁴. Portanto, teria o direito que procurar “impedir o uso do direito com finalidade antijurídica de causa um mal, em obediência ao princípio básico do não lesar.”⁹⁵.

⁸⁹ Ibid. p. 671 a 673.

⁹⁰ Ou ainda, o exercício indevido, anormal, ou irregular. Expressões comumente usadas pela doutrina.

⁹¹ CARDOSO, Vladimir Mucury. O Abuso do Direito na Perspectiva Civil-Constitucional. In *Princípios do Direito civil contemporâneo*. MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.61 e 62.

⁹² “A figura do abuso do direito, se não chegou a ser teorizada pelos romanos, pelo menos foi conhecida do ponto de vista doutrinário, como se pode inferir da frase do jurisconsulto Gaio: “Male enim nostro jure uti non debemus” (não devemos usar mal de nosso direito - Inst. 1,53). NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 29ª edição revista e atualizada de acordo com o Código Civil, Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 347.

⁹³ CARDOSO, Vladimir Mucury. *Op. Cit.* p. 64.

⁹⁴ “O fundamento ético da teoria pode, pois, assentar em que a lei não deve permitir que alguém se sirva de seu direito exclusivamente para causar dano a outrem.”. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 25º edição revista e atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2012. p. 673.

⁹⁵ CARDOSO, Vladimir Mucury. *Op. Cit.* p.64.

Contudo, a teoria dos atos emulativos foi vedada pela legislação francesa, não se conformando com a acepção do abuso do direito adotada pela jurisprudência⁹⁶. Muitas eram as críticas que se faziam à ela, críticas estas das quais se destaca a de Planiol, pelo qual não admitir-se-ia a ideia de abuso do direito por serem os termos “abuso” e “direito” excludentes entre si. Para Planiol, o abusar do direito equivaleria a agir sem direito⁹⁷, de forma que o exercício do direito não pode ser conforme e contrário ao direito ao mesmo tempo, sendo, desta via⁹⁸, a supressão do próprio direito subjetivo⁹⁹.

Claro fica na crítica do autor acima, a perspectiva absolutista que preponderava sobre os direitos subjetivos. Por outro lado, apontava Josseland para o equívoco de Planiol em sua suposta contradição dos termos “abuso” e “direito”, uma vez que o termo “direito” possui uma multiplicidade de significados à que lhe são atribuídos:

“A contradição apontada pela corrente negativista cairia, portanto, diante da evidência de que um ato pode ser de acordo com o direito subjetivo, cujos limites (formais) não tenham sido ultrapassados, mas contrário ao “complexo de regras sociais obrigatórias”, ao direito objetivo.”¹⁰⁰

Várias são as teses que surgiram acerca do abuso do direito. Pela doutrina subjetivista que se baseia na “*aemulatio*”, o abuso do direito tem por elementos: o exercício de um direito, a intenção de causar dano (elemento subjetivo), a inexistência de interesse econômico¹⁰¹ e a aparência do direito¹⁰².

Já a teoria objetivista avança em relação à anteriormente destacada, na medida em que descarta de sua análise o elemento subjetivo daquela - a indisponibilidade de indagação da intenção do agente. Nessa perspectiva, o

⁹⁶ “Ora a doutrina francesa não recorre, na justificação do abuso do direito, à lei - nem podia fazê-lo - tão pouco realizando qualquer esforço para amparar o abuso do direito em antecedentes históricos ou para o tratar com esquemas oriundos da tradição romanística”. CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. Op. Cit. p. 679.

⁹⁷ “Esta curiosa fraqueza do abuso do direito - e isso no seu próprio espaço de origem! - ficaria clara na conhecida afirmação da natureza logomáquia do instituto, proferida por Planiol: o direito cessa onde começa o abuso.” (grifos nossos). Ibid. p. 79

⁹⁸ CARDOSO, Vladimir Mucury. Op. Cit. p.67.

⁹⁹ CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. Op. Cit. p. 680.

¹⁰⁰ CARDOSO, Vladimir Mucury. Op. Cit. p.67.

¹⁰¹ CARVALHO NETO, Inacio de. Abuso do Direito. 3ª ed. Curitiba: Ed. Juruá, 2004. p. 58 e 59.

¹⁰² CARDOSO, Vladimir Mucury. Op. Cit. p.68 e 69.

ato danoso é analisado nas circunstâncias em que foi praticado para qualificar a intenção. Análise, esta, oposta à que fazia a teoria subjetivista na qual se partia de uma concepção psicológica da intenção¹⁰³. Por outro lado, peca a teoria objetivista ao separar totalmente o ato abusivo ao seu elemento subjetivo¹⁰⁴¹⁰⁵.

Do que surge a teoria mista, contrabalanceando as duas correntes anteriores, não excluindo o elemento subjetivo - a intenção ¹⁰⁶ do titular do direito ¹⁰⁷ - mas fazendo análise objetiva deste elemento. Desta forma, abstrai qualquer análise psicológica pela qual o direito não alcança. Por outro lado, para a teoria mista o abuso do direito é o exercício irregular de um direito.

Josserand argumentava que os direitos subjetivos devem ser exercidos legitimamente, sendo esta legitimidade direcionada ao uso em concordância com a função conferida à este direito a qual justifica a sua atribuição pelo ordenamento jurídico¹⁰⁸. Diferentemente da doutrina que se aproximava da dos atos emulativos, para este autor francês o abuso do direito não se limitava à intenção maléfica de causar dano e à aparência do direito. Em outras palavras, não significava apenas um limite externo (moral) ao exercício do direito subjetivo; o qual neste sentido continuava apoiada na concepção absolutista dos direitos subjetivos. Ele vai além, via no abuso do direito um limite interno do direito subjetivo baseado na ideia de Jhering para o qual os direitos subjetivos representavam “interesses juridicamente protegidos”¹⁰⁹. Portanto, para esta teoria denominada

¹⁰³ “o próprio desenvolvimento da humanidade é causa dos males que afligem os homens, como se torna evidente nos diversos meios de locomoção, no aproveitamento das forças naturais, no exercício das indústrias químicas, etc. E, portanto, quem executa uma ação qualquer embora exerça o próprio direito, deve indenizar o dano que porventura causar, porque o abuso é inerente ao próprio exercício do direito.”. (sic). AMERICANO, Jorge. Op. Cit. pág. 24 e 25.

¹⁰⁴ CARVALHO NETO, Inacio de. Op. Cit. p. 60.

¹⁰⁵ “O direito não pôde sancionar os factos de domínio exclusivo da moral, mas por isso mesmo deve negar sanção aos que o invocam em contrario à moral, embora tenham por si, aparentemente, a facultas agendi.”. AMERICANO, Jorge. Op. Cit. pág. 28.

¹⁰⁶ CARVALHO NETO, Inacio de. Op. Cit. p. 61.

¹⁰⁷ “E, sob este aspecto, torna-se evidente que a norma, que nos é dada em uns casos pela lei, e noutros pela moral social, nem pôde desatender aos fins do direito, nem pôde contrariar a própria moral, e si a contrariar, ha abuso no exercício do direito, ou, mais simplesmente abuso do direito.” (sic). “Incide, porém, no estudo da psicologia das médias humanas, para propor-se de fôrma a indagar si o acto realiado está em conformidade com o modo pelo qual os homens costumam proceder, em harmonia com as regras de boa fê e da moral social.”. AMERICANO, Jorge. Op. Cit. pág. 28.

¹⁰⁸ “Observa-se que não há de se investigar o elemento subjetivo do ato, porque não é dado ao juiz penetrar no recôndito da alma humana. Não importam o dolo ou a culpa, mas o fato material, somente; causado o dano mediante a prática de um ato abusivo, está o agente obrigado a reparar o dano, é responsável pelo prejuízo ocorrido.”. CARVALHO NETO, Inacio de. Op. Cit. p. 71

¹⁰⁹ “Ou seja: Jhering inverte o flanco definidor do direito subjetivo, passando-o do seu funcionamento para o seu escopo; em simultâneo, atribuindo-lhe o papel de assegurar o aproveitar de bens pelo sujeito, numa

finalista ou interna, o abuso do direito representava um “desvio da função social do espírito do direito”¹¹⁰.

A corrente finalista, por sua vez, parte da ideia de que não há direitos absolutos, e sim relativos, e esta relatividade recai sob o aspecto objetivo do direito subjetivo formado pela sua função econômica e social, explica Vladimir Cardoso¹¹¹:

“Como o direito espelha um certo interesse que a norma jurídica visa a proteger, torna-se relativo, na medida em que o seu exercício não pode se dar de forma contrária ao próprio interesse que lhe é imanente. Tal situação, desprovida de tutela, consistiria, justamente, no abuso do direito: o exercício deste de modo incompatível com o interesse protegido - logo, incompatível com o próprio subjetivo.”

Isso não significa, todavia, que a doutrina parou por aqui. Apesar da ampla aceitação da perspectiva finalística, muito ainda se discutiu a cerca da definição do abuso do direito. Motivo pelo qual se observa diversas acepções acerca deste instituto, enquanto: exercício contrário ao fim social e econômico¹¹² protegido pelo ordenamento, ou, como exercício contrário à estes fins¹¹³ (ou interesses), ou, ainda, como anormalidade do dano¹¹⁴ (causado).

Apesar de suas nítidas diferenças, todas as teorias acima partem do mesmo pressuposto, ou seja, de que todo e qualquer direito protegido pelo ordenamento jurídico tem como fim o bem comum¹¹⁵, e tem como finalidade a convivência harmoniosa em sociedade. Portanto, ao Estado se impõe o dever de sancionar a ordem jurídica e aprimorá-la com vista à este fim, do contrário afasta-se o direito de sua legitimidade¹¹⁶.

visão defensiva ou conservadora do que fora o pensamento activo de SAVIGNY.” (CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. Da Boa-Fé no Direito Civil. Coleção Teses. Coimbra: Almedina, 2011. p. 663 e 664). O escopo à que se refere é aquele reconhecimento pelo ordenamento jurídico que lhe permite, traduzido ainda em poder jurídico ou poder da vontade, ou ainda, interesse protegido.

¹¹⁰ R. F. PINHEIRO, O abuso do direito e as relações contratuais, Rio de Janeiro, Renovar, 2002, p. 78 citado por CARDOSO, Vladimir Mucury. Op. Cit. p.71. Ou ainda, contrário ao fim socialmente relevante.

¹¹¹ Ibid. p. 72.

¹¹² CARVALHO NETO, Inacio de. Op. Cit. p. 62 e 63.

¹¹³ Ibid. p. 65 a 66.

¹¹⁴ Ibid. p. 67 a 69.

¹¹⁵ Termo que remete à filosofia aristotélica.

¹¹⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira. O Direito - Introdução e Teoria Geral. 13ª ed. refundida, 5ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2011. p. 221 e 222.

Recai, portanto, para a compreensão do abuso do direito, necessária análise do conteúdo valorativo do direito subjetivo, conforme destaca Vladimir Mucury Cardoso em “O Abuso do Direito na Perspectiva Civil-Constitucional”¹¹⁷.

No capítulo 2, acerca do direito de ação, estabeleceu-se o conteúdo valorativo deste direito, a fim de se estabelecer o seu exercício legítimo. Observou-se que sobre a perspectiva solidarista e funcional do direito subjetivo este deve ser funcionalizado e socializado, afastando-se o absolutismo dos mesmos. Esta visão civil-constitucionalista tem por base a teoria de Perlingieri a qual destaca-se ao abordar especificadamente sobre o direito de propriedade e os atos emulativos:

“Em uma perspectiva solidarista e funcionalista, o proprietário não pode realizar um ato que lhe causa uma vantagem mínima para criar uma grande desvantagem ou um dano a outrem. O recurso à proporcionalidade permite superar algumas posturas rígidas que ou impedem a realização de qualquer ato ou, vice-versa, excluem na prática a operatividade da proibição. (...) O princípio constitucional de solidariedade e a definição constitucional do instituto proprietário permitem esta interpretação.”¹¹⁸.

É sob este aspecto civil constitucionalista que deve-se apreender o exercício abusivo do direito de ação. Dessa maneira, o abuso se exaure na configuração dos limites intrínsecos do direito subjetivo, exercido em contrariedade ao sistema¹¹⁹, na sua globalidade¹²⁰. Em outras palavras, o exercício do direito de ação que não respeite seus interesses constitucionais, não merece tutela pelo ordenamento jurídico por apresentar-se mesmo ilegítimo^{121 122}.

¹¹⁷ Ibid. p. 79.

¹¹⁸ PERLINGIERI, Pietro. Op. Cit. p. 957.

¹¹⁹ CORDEIRO, António Menezes. Op. Cit. p. 75.

¹²⁰ “O abuso é o exercício contrário ou de qualquer modo estranho à função da situação subjetiva. Se o comportamento concreto não for justificado pelo interesse que impregna a função da relação jurídica da qual faz parte a situação, configura-se o seu abuso. O abuso é uma noção que não se exaure na configuração dos limites de cada poder, mas se relaciona à mais ampla função da situação global da qual o poder é expressão. (...) A discricionariedade pode ser entendida como liberdade na escolha dos meios idôneos para conseguir uma utilidade, não já <<como liberdade de escolha do fim a realizar, posto que a indicação dos fins é prerrogativa do ordenamento>>”. Ibid. p. 683.

¹²¹ CARDOSO, Vladimir Mucury. Op. Cit. p.89.

¹²² Nesse mesmo sentido, destaca-se: “Da mesma forma, os jogos de poder são uma fatalidade, mas se não forem dirigidos no sentido do bem comum fala-lhes toda a base de legitimidade.”. ASCENSÃO, José de Oliveira. Op. Cit. p. 222..

3.2.2 A concretização do Abuso do Direito no Ordenamento Jurídico Brasileiro

O abuso do direito no ordenamento jurídico brasileiro, só é expressamente adotado no Código Civil de 2002. Na vigência do Código Civil de 1916, era necessário na responsabilização por danos ocasionados em decorrência desta conduta, realizar uma interpretação “contrario sensu” do que este Código dispunha. Para melhor esclarecer, deduzia-se que o que o Código Civil de 1916 não considerava exercício regular era, por consequência, irregular. Portanto, na vigência deste código restou afastado a teoria subjetivista de Ripert, enquanto aproximava-se do que dispunha a teoria de Josseland e Saleilles¹²³. Estas últimas (teorias) adotadas majoritariamente pela doutrina à época, inclusive.

Por conseguinte, inova o legislador de 2002, não somente ao se referir expressamente ao abuso do direito, mas também ao contemplar as diversas doutrinas do abuso do direito. Assim sendo, impõe ao exercício do direito subjetivo não somente o cumprimento às suas finalidade sócio-econômicas, como também a observância aos princípios da boa-fé (objetiva) e aos bons costumes, como se depreende do art. 187 Código Civil vigente¹²⁴.

Há, neste texto normativo clara referência ao disposto nos códigos civis português e argentino em relação o abuso do direito na violação ao elemento valorativo do direito, sobretudo a cláusula geral da boa-fé objetiva¹²⁵.

De fato, o legislador brasileiro de 2002, segue a atual diretriz de conferir aos direitos um teor social, cabendo aos juízes realizarem a harmonização da liberdade individual (ou autonomia privada) no exercício do direito, tutelando somente os que apresentarem-se em concordância com o princípio da boa-fé, os bons costumes e a finalidade econômica e social.

Por outro lado, há na doutrina quem critique o tratamento conferido ao abuso do direito pelo Código Civil de 2002. Em crítica, argumenta-se que o andou mal o legislador de 2002 ao compreender abuso do direito

¹²³ CARDOSO, Vladimir Mucury .Op. Cit. p.75.

¹²⁴ “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”.

¹²⁵ Ibid. p. 94 e 95.

como ato ilícito¹²⁶. De acordo com esta, devido à este tratamento conferido deixou-se de conferir-lhe papel autônomo¹²⁷ à que a doutrina mais moderna lhe dá¹²⁸, condicionando-o dessa maneira à avaliação da prova de culpa¹²⁹, altamente subjetiva, quando poderia ser auferido de forma mais objetiva. Afasta-o, ainda, da atual doutrina acerca das situações jurídicas subjetivas¹³⁰.

De acordo com a doutrina supra, a referência expressa à “direito” contida no texto do art. 187 do Código Civil não impede o entendimento segundo o qual o abuso pode permear todas as situações jurídicas subjetivas¹³¹. Para corroborar com esta tese e em síntese, ensina Pietro Perlingieri:

“O abuso é o exercício contrário ou de qualquer modo estranho à função da situação subjetiva. Se o comportamento concreto não for justificado pelo interesse que impregna a função da relação jurídica da qual faz parte a situação, configura-se o seu abuso. O abuso é uma noção que não se exaure na configuração dos limites de cada poder, mas se relaciona à mais ampla função da situação global da qual o poder é expressão. Portanto, é possível apresentar uma variedade de comportamentos ed abuso em relação a cada situação e à sua concreta função.”¹³²

¹²⁶ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República. 2ª ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. Vol. I. Pág. 346.

¹²⁷ “Por isso também se teve logo oportunidade de pôr em relevo que a autonomia científica dos conceitos de ilicitude e de abuso do direito, assim baseada na diferença dos respectivos fundamentos ou critérios por que foram individualizados, não seria prejudicada por uma presumível convergência de efeitos sancionatórios.” CUNHA SÁ, Fernando Augusto. Abuso do direito. Coimbra: Almedina, 1997. p. 634.

¹²⁸ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. Código Civil Op. Cit. Pág. 346.

¹²⁹ “A ultrapassada concepção do abuso de direito como forma de ato ilícito, na prática, condicionava sua repressão à prova de culpa, noção quase inerente ao conceito tradicional de ilicitude. No direito civil contemporâneo, ao contrário, a aferição de abusividade no exercício de um direito deve ser exclusivamente objetiva, ou seja, deve depender tão-somente da verificação de desconformidade concreto entre o exercício da situação jurídica e os valores tutelados pelo ordenamento civil-constitucional.” Idem.

¹³⁰ “Definidos os primeiros contornos do conceito de abuso, e ainda em busca de uma definição mais completa que aquela proposta pelo Código Civil com base na boa fé, nos bons costumes e no fim econômico-social, vale comentar o conteúdo da segunda metade da designação do instituto, e assim determinar quais posições jurídicas sujeitam-se ao abuso “do direito”. Com efeito, afirma-se em doutrina que a expressão abrange, em verdade, não apenas os direitos subjetivos, mas todas as espécies de situações jurídicas subjetivas.” SOUZA, Eduardo Nunes de. Abuso do direito: novas perspectivas entre a ilicitude e o merecimento de tutela. In: Revista trimestral de direito civil. V. 50. Abril-Junho de 2012. Rio de Janeiro: Padma. p. 61.

¹³¹ “Desse modo, não há nenhuma justificativa para se excluir da possibilidade de abuso de qualquer situação jurídica que confira vantagem ou prerrogativa para seu titular.” Ibidem. p. 63.

¹³² PERLINGIERI, Pietro. O direito civil na legalidade constitucional. Tradução: Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2008. p.205-223; p. 683 e 684.

Uma vez que a situação jurídica possui aspecto estrutural e um funcional em que aquele primeiro está condicionado à este último; a identificação do abuso do direito se dá através da configuração deste elemento – função - sendo este o fator de diferenciação para com o ato ilícito¹³³. Assim sendo, compreende-se o abuso do direito como o exercício disfuncional da situação jurídica subjetiva. Em outras palavras, no abuso do direito há obediência à estrutura, porém “a posição jurídica é exercida em finalidade diversa daquela que justifica a sua existência”¹³⁴, por isso sua função é de limite interno ao próprio direito o qual deve dirigir-se aos valores do ordenamento. Por esta razão, no título do presente trabalho optou-se por fazer uso da expressão “uso disfuncional” do direito de ação. Portanto, o art. 187 do Código Civil deve ser compreendido em sentido amplo como “*contrariedade ao direito como um todo*”¹³⁵.

Contudo, não difere o ato ilícito do exercício disfuncional o fato de serem ambas espécies de “ato antijurídico”¹³⁶, e por tal motivo gerarem os mesmos efeitos, ou seja, responsabilidade civil pelos danos deles decorrentes. Nesse sentido, ao exercício abusivo do direito amputar-se-á a devida reparação (CC, art. 927, caput¹³⁷). Por conseguinte, existindo lesão ao bem jurídico (dano), o nexo de causalidade entre o exercício abusivo e o dano gerado, e o próprio exercício abusivo, possível será a imputação da responsabilidade civil.

Esta responsabilidade é, ainda, aquela apurada objetivamente a qual não deriva, contudo, da cláusula geral de responsabilidade objetiva contida no parágrafo único do art. 927 do Código Civil.

A responsabilidade contida neste dispositivo do Código Civil cuida dos danos gerados nas atividades lícitas porém que contém risco¹³⁸. O abuso do

¹³³ Op. Cit. p. 66.

¹³⁴ Ibid. p. 72.

¹³⁵ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República. 2ª ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. Vol. I. Pág. 346.

¹³⁶ “O fato de produzirem os mesmos efeitos não iguala os dois tipos de ato antijurídico, quando muito os assemelha, persistindo contudo a fundamental diferença quanto à natureza da violação e, por via de consequência, quanto à necessidade de expressa previsão da conduta proibida ou sancionada. Somente se poderá falar em ilicitude quando houver “específica obrigação normativa”, isto é, um comportamento contrário a um dever jurídico determinado que o qualifica.”CARPENA, Heloísa. O Abuso de Direito no Código Civil de 2002 (art.187): a relativização dos direitos na ótica civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). A Parte Geral do Novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional. 3ª ed. revista. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. P. 407.

¹³⁷ “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”.

¹³⁸ Refere-se, em síntese ao fundamento consagrado da responsabilidade objetiva, ou seja, a teoria do risco.

direito, como visto anteriormente, cuida de ato antijurídico e por isso nunca lícito. Não obstante, a responsabilidade civil objetiva conforme doutrina e jurisprudência transcende à noção de risco. Assim sendo, de acordo com o atual concepção, a objetividade do abuso do direito tem como origem a *culpa presumida* cujo fundamento é a garantia da reparação dos danos dos quais a vítima não deve suportar de forma exclusiva¹³⁹.

Conclui-se que o parágrafo único do art. 927 do CC de 2002, a responsabilidade civil por exercício abusivo de um direito configura-se independentemente da culpa¹⁴⁰, de forma à corroborar com o princípio da reparação integral dos danos causados.

3.2.3. Os critérios de aferição do abuso do direito no Código Civil de 2002: do fim econômico e social, da boa-fé, e dos bons costumes.

Já observava Jorge Americano:

“E, sob este aspecto, torna-se evidente que a norma, que nos é dada em uns casos pela lei, e o noutros pela moral social, nem póde desattender aos fins do direito, nem póde contrariar a propria moral, e si a contrária, ha abuso no exercicio do direito, ou, mais simplesmente abuso do direito.”¹⁴¹ (conforme no original).

O abuso do direito está positivado no ordenamento jurídico brasileiro no disposto no art. 187 do CC de 2002. Este artigo tem como fonte direta¹⁴² o art. 334 do Código Civil Português de 1966¹⁴³, pelo qual contempla a boa-fé objetiva e aos bons costumes, traços da responsabilidade civil e no

¹³⁹ “A transferência ou eliminação do peso da prova da culpa e a relativa desimportância da prova do nexo causal diante de sua flexibilização vêm acolhidas na prática jurisprudencial justamente com a finalidade, ideologicamente legítima, de garantir ao ofendido alguma indenização.”. SCHREIBER, Anderson. Novas tendências da Responsabilidade Civil Brasileira. In Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC. Ano 6, vol. 22. 22 Abril a Junho de 2005. p. 56

¹⁴⁰ “Não importa, na caracterização do uso ilícito do direito a deliberação de malfazer - animus nocendi. É suficiente determinar que, sem esta indagação extremamente subjetiva, abuse de seu direito aquele que leva o seu exercício ao extremo de convertê-lo em prejuízo para outrem sem vantagem para si mesmo. (...) Induz-se o abuso da circunstância de se servir dele o titular excedendo manifestamente o seu fim econômico ou social, ou atentando contra a boa-fé e os bons costumes.” (conforme o original). PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. Cit. p. 675. Acerca da responsabilidade objetiva por abuso do direito, argumenta, ainda, Antônio Menezes Cordeiro em sua obra Litigância de Mã-Fé, Abuso do Direito de Ação e Culpa “In Agendo”. Op. Cit. p. 119.

¹⁴¹ AMERICANO, Jorge. Op. Cit. p. 29.

¹⁴² NADER, Paulo. Op. Cit. p. 440.

¹⁴³ “Art. 334º (Abuso do direito): É legítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes e pelo fim social ou econômico desse direito.”

dever de verdade do sistema alemão¹⁴⁴, e os fins sociais e econômicos. Em síntese, este dispositivo civilista estabelece limites intrínsecos ao exercício do direito subjetivo, limites estes também reconhecidos pela doutrina como elemento subjetivo da conduta ou ainda critérios de aferição¹⁴⁵ do abuso do direito, sendo eles: a boa-fé, os bons costumes e os fins econômicos e sociais à segui examinados sucintamente.

3.2.3.1 Dos fins sociais e econômicos do direito

Um dos limites intrínsecos ao exercício do direito imposto pelo art. 187 do CC é, portanto, o fim social e econômico à que se destina. Nesse sentido, a sua não observação acarretaria um uso disfuncional¹⁴⁶ do direito e, por consequência, o abuso do direito. Limite este que compreende o próprio conteúdo do direito subjetivo conforme visto no item 2.3 em observação à perspectiva trazida por Pietro Perlingieri.

Assim como os demais critérios de aferição do abuso do direito, os fins sociais e econômicos impostos para o exercício do direito através da cláusula geral contida no art. 187 do CC, possuem uma textura normativa aberta, tornando necessário que sejam aplicadas à luz do caso concreto em justificativa pelo magistrado. Contudo, isto não significa nenhum retrocesso ou prejuízo, como insistem alguns positivistas que receiam por uma falta de segurança jurídica neste tipo de norma. Pelo contrário, estar-se-á a reconhecer os limites axiológicos que possuem os direitos, limites estes que devem ser apreciados com base nas diretrizes impostas pela Constituição¹⁴⁷. Por este motivo que não se justifica o medo das possíveis arbitrariedades de que acusam poder haver que possibilitariam aos magistrados através dessa textura aberta da norma

¹⁴⁴ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da Boa-Fé no Direito Civil*. Coleção Teses. Coimbra: Almedina, 2011. p.705 e 706.

¹⁴⁵ DE SOUZA, Eduardo Nunes. Abuso do direito: novas perspectivas entre a licitude e o merecimento de tutela. In *Revista Trimestral de direito civil*. v.50 (abril/junho 2012). Rio de Janeiro: Padma, 2000. p.49-52.

¹⁴⁶ “Trata-se de critério que fala intimamente à noção de exercício disfuncional - a única apta a caracterizar adequadamente o exercício abusivo.”. DE SOUZA, Eduardo Nunes. *Ibid*. p. 52.

¹⁴⁷ “Os princípios contêm valores que fundamentam o ordenamento, valores estes que se encontram em grande parte constitucionalizados e representam verdadeiros “vetores de aplicação da lei”, garantidores de unidade e coerência do sistema. O conteúdo axiológico da Constituição constitui o fundamento da ordem jurídica positiva, obrigando o julgador a resolver questões que lhe são submetidas a partir de investigações desses valores. Essa valoração constitui expressão da normatividade dos princípios e permite a atualização do ordenamento como um todo, alcançando-se efetividade pela constante adequação às exigências de nosso tempo.”. CARPENA, Heloísa. *O Abuso de Direito no Código Civil de 2002 (art.187) - a relativização dos direitos na ótica civil-constitucional*. In *A Parte Geral do Novo Código Civil - estudos na perspectiva civil-constitucional*. TEPEDINO, Gustavo (coord.) 3ª ed. revista. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 407 e 408.

jurídica, uma vez que devem suas decisões serem orientadas pelo conteúdo axiológico constitucional, de matriz solidarista e personalista ¹⁴⁸.

Pela teoria que concebe o abuso do direito como exercício anormal aduz-se que “a normalidade ou anormalidade deste exercício seria, pois, determinada pela conformidade ou desconformidade com o fim para o qual o direito é reconhecido.”¹⁴⁹. Em conclusão, vincula-se ao exercício do direito o cumprimento à “função” social e econômica, valores contemplados pelo ordenamento e os quais este visa proteger¹⁵⁰.

3.2.3.2. A boa-fé objetiva

A boa-fé objetiva, no Brasil, foi primeiro positivada no Código de Defesa do Consumidor (art. 4º, III e art. 51, IV do CDC), quando ainda restava omissa pelo Código Civil de 1916. Por outro lado, isto não obsteu a sua aplicação defendida pela doutrina¹⁵¹ e por parte da jurisprudência (não majoritária)¹⁵² na interpretação dos contratos, antes mesmo de sua positivação no CDC. Contudo, uma vez positivada na legislação infra-constitucional passa a ser critério hermenêutico na justificativa de sua íntima relação com os valores contidos na Constituição de 1988, de aplicabilidade que ultrapassa a esfera consumeirista¹⁵³.

A partir de sua referência expressa no Código Civil de 2002, não resta mais dúvida de sua aplicabilidade. Aplicabilidade esta, cabe destacar, sob o seu aspecto objetivo e não subjetivo como outrora se pensava, principalmente na vigência do CC de 1916. A boa-fé objetiva diferencia-se vantajosamente da boa-fé subjetiva na medida em que esta última possui significado tipicamente psicológico, apontando para a escusabilidade do erro¹⁵⁴. Na acepção subjetiva da boa-fé, estar-se-ia à proteger a confiança em decorrência da crença errônea.

¹⁴⁸ Principalmente aquelas impostas nos art. 1º à 4º, e art. 170, inciso V, todos, da Constituição de 1988.

¹⁴⁹ CUNHA SÁ, Fernando Augusto. Op. Cit. p. 214.

¹⁵⁰ Valores, estes, ainda, elucidados no Capítulo 2.

¹⁵¹ “A cogência da norma que impõe aos contratantes atuarem com boa-fé sempre nos pareceu dedutível do substrato constitucional de que é composto o princípio em questão. Com base no fundamento constitucional do princípio da boa-fé, tornou-se defensável, (...), a aplicação da boa-fé para além das relações comuns, âmbito no qual já vigorava norma expressa a respeito, mesmo com relação a contrato ainda regidos pelo antigo Código Civil.” NEGREIROS, Teresa. O princípio da Boa-Fé Contratual. In “Princípios do Direito Civil Contemporâneo”. MORAES, Maria Celina Bodin (coord). Renovar, 2006. p. 231.

¹⁵² Refere-se, principalmente, aos julgados do ora Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Ruy Rosado de Aguiar Jr., destacados por SLAWINSKI, Célia Barbosa Abreu, em Breves Reflexões sobre a eficácia atual da boa-fé objetiva no ordenamento jurídico brasileiro. In Problemas de direito constitucional. TEPEDINO, Gustavo (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 79-84.

¹⁵³ São as conclusões à que chega SLAWINSKI, Célia Barbosa Abreu, Ibid. p. 106 e 107.

¹⁵⁴ Apontado por NEGREIROS, Teresa. Op. Cit. p. 224 e 225.

Assim, conforme antecipado, contempla-se no Código Civil de 2002 o aspecto objetivo da boa-fé, enquanto regra de conduta e não como suporte fático¹⁵⁵. Este, estabelece, dessa forma, uma verdadeira norma de limitação dos exercício de direitos subjetivos¹⁵⁶ ou até mesmo o impedimento de determinados exercícios¹⁵⁷, através de critério objetivos de análise da atuação do agente. Enquanto limite ao exercício do direito, este é somente uma das três funções fundamentais¹⁵⁸ atribuídas à boa-fé objetiva enquanto um dos indicadores da abusividade no exercício de um direito subjetivo.

Por ser regra de conduta de ordem geral, é analisado de acordo com a situação ou, ainda, ao ambiente social em que se insere¹⁵⁹. À ser regido em observação aos valores fundamentais¹⁶⁰ do sistema jurídico¹⁶¹ em sua totalidade, conferindo aos exercícios dos direitos subjetivos legitimidade.

Por sua vez, torna-se indispensável a compreensão e aplicação do princípio da boa-fé a observação à realidade social e econômica em que se insere o exercício do direito, além da lealdade das partes, compatibilizando interesses contraditórios em prol destes princípios constitucionais

¹⁵⁵ “Em primeiro lugar, é preciso dizer que, na realidade, como esclarece com proficiência José Carlos Moreira, os conceitos juridicamente indeterminados [como a boa-fé] importam numa questão de direito e não numa questão de fato.” SLAWINSKI, Célia Barbosa Abreu. Op. Cit. p. 91.

¹⁵⁶ DE SOUZA, Eduardo Nunes. Op. Cit. p. 55.

¹⁵⁷ NEGREIROS, Teresa. Op. Cit. p. 232.

¹⁵⁸ “(...) i) a função de cânone interpretativo-integrativo do contrato (art. 113); ii) a função de fonte normativa de deveres jurídicos, que podem até mesmo pre-existir à conclusão do contrato, bem como sobreviver à sua extinção (art. 422); e iii) a função de fonte normativa de restrições ao exercício de posições jurídicas (art. 187).” NEGREIROS, Teresa. Op. Cit. p. 223.

¹⁵⁹ LEWICKI, Bruno. Panorama da boa-fé objetiva. In Problemas de direito constitucional. TEPEDINO, Gustavo (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 62 e 63.

¹⁶⁰ Sobre tudo em observação ao solidarismo e personalismo constitucionais destacado por Perlingieri, em relação a Constituição Italiana mas, em concordância ao que dispõe a Constituição Brasileira sobretudo nos artigos 1º ao 4º e art. 170, inciso V. Destaca-se: “Essa é a opção da Constituição italiana que <<reconhece e garante os direitos invioláveis do homem, seja como indivíduo seja nas formações sociais onde se realiza a sua personalidade e demanda o cumprimento de deveres inderrogáveis de solidariedade política, econômica e social>> (art.2).” PERLINGIERI, Pietro. Op. Cit. p. 460.

¹⁶¹ CORDEIRO, Antônio Menezes. Op. Cit. p. 117. E ainda, na doutrina brasileira, destaca-se o que dispõe o E.27 da I Jornada de Direito Civil - “Art. 422: Na interpretação da cláusula geral da boa-fé, deve-se levar em conta o sistema do Código Civil e as conexões sistemáticas com outros estatutos normativos e fatores metajurídicos.” (Retirada de: <http://www.jf.jus.br/cjf/cej-publ/jornadas-de-direito-civil-enunciados-aprovados/>. Acessado em: 24.08.2012.). E ainda, complementando com o perigo de seu uso excessivo: “Ora, hoje, mais do que nunca, sobretudo após a explosão da boa-fé provocada pelo Código Civil de 2002, a boa-fé configura um valor integrado ao sistema, donde a sua eficácia pressupor a interação - nunca a exclusão - com os demais princípios estruturantes deste sistema. Se, antes de estar consagrada expressamente a boa-fé objetiva, poderia ser invocada como reação em antagonismo ao sistema, hoje tal maximização da boa-fé traz o perigo de operar de forma inversa aos valores que pretende veicular.” NEGREIROS, Teresa. Op. Cit. p. 252.

fundamentais, donde destacam-se os princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade social e a igualdade substancial.

Destaca-se, ainda, a importância do princípio da boa-fé objetiva como instrumento de confiança¹⁶² em relação às legítimas expectativas criadas pelas partes através de suas condutas ou através de suas palavras, sem a qual se levaria a um cenário hobbesiano de desconfiança generalizada¹⁶³. Afirma, Camila de Jesus Mello Gonçalves:

“Pelo exposto, verifica-se que a coerência entre ação e o discurso e a vinculação do cumprimento da promessa, no estabelecimento e na manutenção de relações de confiança, são aspirações humanas que não se limitam aos contratantes, pois traduzem condições para o relacionamento social e a organização comunitária dos homens em si mesmo considerados, sustentando-se que a boa-fé consiste, usando-se a terminologia de Castanheira Neves, em princípio jurídico fundamental, cuja incidência não se limita ao Direito Privado, servindo de norte para toda forma de interação humana. Mesmo porque, o próprio Estado seria o resultado de um grande pacto entre homens, de acordo com as conhecidas teorias do Estado de Hobbes, Locke e Rousseau, reafirmando-se a natureza fundante do princípio da boa-fé também sob esse ângulo.”¹⁶⁴

Portanto, boa-fé contrapõe-se com a confiança¹⁶⁵, delimitando-a por meio da ponderação da situação de terceiros envolvidos que se beneficiem com o ato que se pretende imputar como abusivo¹⁶⁶, buscando-se nesse ato o cumprimento aos deveres de cooperação, de consideração recíproca e o dever de lealdade.

¹⁶² “Mais uma vez, constata-se que o princípio da boa-fé impõe um padrão de conduta leal, correto e honesto que, contudo, se materializa em exigências que não podem ser de antemão definidas. Com efeito - e isto fica muito claro nos exemplos citados - ‘os deveres de cooperação e proteção dos recíprocos interesses’ especificam-se em comportamentos diversos conforme uma série de fatores, tais como: a condição socioeconômica dos contratantes; o tipo de vínculo que os une, mais ou menos fundado na confiança; a finalidade do ajuste; e demais circunstâncias a serem valoradas concretamente pelo magistrado.” NEGREIROS, Teresa. Op. Cit. p. 249.

¹⁶³ LEWICKI, Bruno. Op. Cit. p. 57.

¹⁶⁴ GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. Princípio da Boa-Fé - perspectiva e aplicações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 94 e 95.

¹⁶⁵ (...) a exigência de boa-fé responde à necessidade humana de confiança, condição para o convívio que integra a consciência jurídico-axiológica como outro fundamento para estender a aplicação do princípio da boa-fé a toda relação intersubjetiva (e até entre Estados Nacionais), por se tratar de princípio fundamental da ordem jurídica.”. Ibid. p. 100.

¹⁶⁶ CORDEIRO, Antônio Menezes. Op. Cit. p. 91-94.

Não há que se ignorar, contudo, a sua aplicabilidade em todo o ordenamento e não somente no que se refere ao art. 187 acerca do abuso do direito. A boa-fé consiste em um dos princípios fundamentais da ordem jurídica¹⁶⁷. Não é por outro motivo que é possível verificá-la em todo o ordenamento jurídico brasileiro¹⁶⁸.

3.2.3.3. Os bons costumes

A positivação dos “bons costumes” por meio do art. 187 do CC é um dos exemplos de que não se dissocia o Direito da Moral. No entanto, tal assertiva não significa qualquer crítica à esta referência moral, uma vez que, por vezes, os bons costumes podem representar necessário instrumento de freio à expansão das vontades individuais¹⁶⁹.

Nesse sentido, inegável é o conteúdo moral que contém o termo bons costumes¹⁷⁰, comportando um conjunto de regras morais aceitas por determinada sociedade. Os bons costumes refletem a moral social dada de acordo com a situação histórica, social, cultural e econômica de dada sociedade no caso em concreto, sem que se perca de vista as devidas considerações dos valores sociais juridicamente relevantes e contemplados constitucionalmente. É o que se abstrai do Enunciado 413 da V Jornada de Direito Civil:

“413) Art. 187. Os bons costumes previstos no art. 187 do CC possuem natureza subjetiva, destinada ao controle da moralidade social de determinada época, e objetiva, para permitir a sindicância da violação dos negócios jurídicos em questões não abrangidas pela função social e pela boa-fé objetiva.”

Conclui-se que os bons costumes possuem conceito indeterminado pelo qual não se esgota as considerações feitas acima¹⁷¹, devendo a limitação

¹⁶⁷ GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. Op. Cit. P.95 - 100.

¹⁶⁸ CRFB, art.3º, inciso I; CC, no art.422; CDC, no art.4º, III, e; CPC, arts.14 e 17.

¹⁶⁹ DE SOUZA, Eduardo Nunes. Op. Cit. p. 59.

¹⁷⁰ “Os bons costumes, remetem para regras de comportamento sexual e familiar que, por tradição, não são explicitadas pelo Direito civil, mas que este reconhece como próprias. E eles remetem, também, para certos códigos deontológicos reconhecidos pelo Direito. Nestes termos, os bons costumes traduzem regras que, tal como muitas outras, determinam o exercício dos direitos e que são perfeitamente capazes de uma formulação genérica. Não há, aqui, qualquer especificidade.”. CORDEIRO, Antônio Menezes. Op. Cit. p. 117.

¹⁷¹ “Fundamentalmente, debater-se-ão duas concepções: a concepção sociológica dos bons costumes, que, orientada pela lógica, procurará o respectivo conceito na análise da opinião socialmente dominante e que, assim, aceitará a sua natureza variável e contingente e uma concepção idealista dos bons costumes, de caráter filosófico ou religioso, isto é, orientada por um ideal divino ou humano, oposta à mera aceitação das práticas

de seu conceito ser feita de acordo com o caso concreto, limitação esta que caberá ao juiz¹⁷².

3.3 A análise objetiva através do abuso do direito de ação.

A partir dos testes PRE e USS-POSCO¹⁷³ e de tudo o aqui já disposto, traça-se quatro características para identificação do chamado "*sham litigation*" a partir dos instrumentos dispostos pelo ordenamento jurídico brasileiro: (a) a falta de interesse legítimo no direito de ação; (b) a possibilidade de litigância de má-fé o que não se confunde com a característica seguinte; (c) o abuso do direito de ação (judicial¹⁷⁴); e por fim, (d) a violação antitruste¹⁷⁵.

No capítulo 2 vimos o ordenamento jurídico brasileiro não admite um direito de ação absoluto, mesmo encontrando-se protegido expressamente na Constituição enquanto direito fundamental. Diferentemente da proteção conferida nos EUA à este direito, no Brasil, sobretudo a doutrina civil-constitucionalista, adverte para uma interpretação dos direitos que esteja em harmônia ao sistema jurídico unitário e em que se encaixa. Em relação aos casos de "*sham litigation*" aqui expostos, se verifica que o direito de ação é de ser analisado de forma autônoma a demanda¹⁷⁶, e somente é tutelado pelo ordenamento em seu exercício legítimo¹⁷⁷. Assim sendo, a *contrario sensu*, o seu exercício que não atenda aos fins socio-econômicos, à boa-fé e aos bons costumes (art. 187 do Código Civil) e que gere danos, ensejarão a responsabilização civil. Nessa perspectiva, não se admite qualquer imunidade, como à aduzida nos casos estadunidenses, à impor limites ao direito de ação, pois este não é privilégio mas instrumento cujos fins encontram-se protegida pelo ordenamento e os quais devem ser interpretados em harmônia aos demais.

usuais, reagindo sobre elas e, por aí, dirigindo-se para esse mesmo ideal." CUNHA SÁ, Fernando Augusto. Op. Cit. p. 189 e 190.

¹⁷² "A delimitação do respectivo conceito, que, ao contrário do que já se pretendeu, não deixa de se prestar a discussão, caberá, por isso, ao juiz e ao intérprete fazê-la." Ibid. p. 189.

¹⁷³ Ver Capítulo 1.

¹⁷⁴ Conforme apontada na Introdução, o tema da presente Monografia se aterá às ações judiciais, sem que com isto se exclua a possibilidade de haver *sham litigation* em órgãos administrativos como assim evidência a doutrina estadunidense e igualmente a europeia.

¹⁷⁵ No momento em que faz referência à violação aos §§ 1º e 2º da Sherman Act, lei antitruste norte-americana.

¹⁷⁶ Ver no capítulo 2, acerca da autonomia do direito de ação ao direito material.

¹⁷⁷ "assim como não basta ter direito em these, para propôr ação, não basta ter direito, para poder, no seu exercício, causar dano a outrem. É preciso ser exercido com um fim útil ao seu titular." AMERICANO, Jorge. Do Abuso do direito no exercício da demanda. 2ª edição muito melhorada. São Paulo: Ed. Saraiva & Comp., 1932.

Portanto, o “*sham litigation*”, da maneira como descrito nos casos aqui examinados, cuida de exercício abusivo do direito de ação e não mera conduta de má-fé no curso do processo. Nesse sentido, pode-se observar que a ação demanda pode ser abusiva sem que nenhuma das partes, no curso do processo, incorra em nenhuma das conduta de má-fé dispostas no art. 17 do CPC.

Importante frisar, de que não se elimina com isso a aplicabilidade dos artigos 16 à 18 do CPC, acerca da litigância de má-fé uma vez que cuidam de institutos que tutelam coisas diferentes. Assim sendo, mesmo considerando-se que as hipóteses dos incisos do art. 17 do CPC são taxativas¹⁷⁸; uma interpretação extensiva do inciso III do art. 17 do CPC também não ensejaria a identificação e a responsabilização por “*sham litigation*”. Por outro lado, nos casos em que a demanda for julgada improcedente poderá ser alvitado objetivo ilegal de que dispõe o art. 17, inciso III, como nos casos em que, por exemplo, a demanda se sustenta em direito material ao qual no final do processo não restou observado¹⁷⁹.

Por todo o exposto, acredita-se que em interpretação conforme doutrina mais atualizada de tais institutos, fornecidos pelo ordenamento jurídico brasileiro, é capaz de nos fornecer instrumento de análise mais objetiva do que nos EUA ficou conhecido por “*sham litigation*”, coibindo-o de forma mais efetiva. Portanto, através da aplicação do abuso do direito e da litigância de má-fé (se for o caso).

Importante frisar, contudo, que não é essa a interpretação que tem sido feita no CADE e pelos Tribunais Brasileiros¹⁸⁰. Estes órgãos, de forma usual, tendem a aplicar exclusivamente a litigância de má-fé. No que se refere ao Poder Judiciário, especificadamente, é necessário ainda atentar para uma nova ferramenta que se impõe na análise do uso legítimo do direito de ação, ou seja, o seu uso direcionado à gerar danos à ordem econômica.

¹⁷⁸ Item 3.1

¹⁷⁹ Como o ocorrido no caso ShopTour, julgado pelo CADE, em que a ação era claramente ajuizada de má-fé na medida em que o sujeito ativo não possui o direito autoral do qual alegava violação por parte do sujeito passivo. O caso pode ser consultado no site: CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), Brasília. Relator Conselheiro Vinicius Marques de Carvalho. Processo Administrativo nº. 08012.004283/2000-40. Julgado em 15 de dezembro de 2010.

¹⁸⁰ NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto F.; BONDIOLI, Luis Guilherme A.; com a colaboração de FONSECA, José Francisco Naves da. Op. Cit. p. 127-131.

Não ha de se olvidar de parcela pequena na doutrina que começa à se insurgir na análise do “*sham litigation*” sob a perspectiva econômica-concorrencial. De acordo com essa parcela diminuta na doutrina que nasce muito mais de um estudo dos economistas do que de juristas, compreende-se o “*sham litigation*” como litigância predatória. Nessa perspectiva, não se abandona o aspecto subjetivo anteriormente mencionado, que advém da análise através da litigância de má-fé; mas ao menos se vislumbra a limitação pela aplicação da lei antitruste por violação à concorrência.

Em síntese, pelo ordenamento jurídico brasileiro o “*sham litigation*” revela-se um uso disfuncional¹⁸¹ e anticoncorrencial do exercício do direito de ação, na medida em que não se dirige o interesse na demanda, mas a causar danos à concorrência, principalmente na entrada ou exclusão de novos agentes econômicos. Exercício, portanto, abusivo¹⁸² que infringe não somente aos fins sociais e econômicos do direito de ação, e contrário a boa-fé, como ainda infrator à ordem econômica. Nesse sentido, a responsabilidade pelos danos causados independem do provimento da demanda de forma à contemplar a autonomia do direito de ação abordada no capítulo 2. Pode-se concluir com isso que o ordenamento jurídico brasileiro proíbe o “*sham litigation*”, sobretudo pelos critérios objetivos fornecidos pelo abuso do direito, este, enquanto cláusula geral do direito¹⁸³.

4. EXERCÍCIO ABUSIVO DO DIREITO DE AÇÃO NA DEFESA DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL E A VIOLAÇÃO À LEI ANTITRUSTE.

4.1 A violação à ordem econômica na Constituição de 1988 e à lei antitruste no exercício disfuncional da ação na defesa da Propriedade Intelectual.

O “*sham litigation*”, não fere somente o ordenamento jurídico ao desrespeitar os fins sociais e econômicos do direito de ação ou no seu

¹⁸¹ “A conduta contrário ao sistema é disfuncional. A disfuncionalidade intrassubjetiva constitui a base ontológica do abuso do direito.”. CORDEIRO, Antônio Menezes. Litigância de Má-Fé, Abuso do Direito de Ação e Culpa “In Agendo” -Op. Cit. p. 113.

¹⁸² “de não permitir que o processo, instrumento para a realização do direito, se construísse em elemento para prejudicar outrem (...), ou em elemento para o exercício do direito em desacordo com a sua finalidade social.” CASTRO FILHO, José Olímpio. Abuso do Direito no Processo Civil. 2ª edição rev. e atual. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1960. p. 26.

¹⁸³ “As regras de vedação ao abuso de direito são de ordem pública, tanto no âmbito do direito civil, como na lei adjetiva. O objetivo do instituto do abuso de direito é o mesmo no direito privado e no direito público: impedimento do exercício abusivo de posições jurídicas (vedação a condutas desconformes com a boa-fé, em sentido objetivo).” (sic). CASADO, Márcio Mello. Op. Cit. p. 315.

exercício contrário à boa-fé e aos bons costumes. Ela gera danos ao erário público em decorrência da utilização desnecessária do maquinário jurídico, além de ferir a Ordem Econômica. Assim, afeta prejudicialmente a concorrência, a livre iniciativa e o bem-estar dos consumidores.

A Ordem Econômica, designação conferida no Título VII pela Constituição de 1988, é conjunto de enumerados normativos que compreende o mundo do dever-ser e do ser¹⁸⁴. Sua proteção e organização não se limita aos artigos da Constituição, tendo tratamento na legislação infraconstitucional¹⁸⁵ e nos princípios implícitos. O tratamento jurídico à Economia, sobretudo ao mercado, é relativamente novo e sempre alvo de críticas de liberais econômicos através dos quais se defende uma menor (ou até mesmo nula) intervenção no mercado. Contudo atenta para o perigo deste tipo de pensamento Pietro Perlingieri, em sua palavras:

“A sociedade não se pode reduzir somente o mercado e às suas regras; o direito, ao qual compete a regulamentação da sociedade, indica limites e corretivos, ditados não somente pela persecução da riqueza e da sua distribuição, mas pelos valores e interesses de natureza diversa. O mercado necessita de normas que o legitimem e o regulamentem: entre mercado e direito não há um antes ou um depois, mas uma inseparabilidade lógica e histórica. O mercado por definição é, ao mesmo tempo, uma instituição econômica e jurídica, representada pelo próprio estatuto normativo, como tal caracterizado por escolhas políticas.”¹⁸⁶

Conforme elucidado pelo autor acima, a Economia e a sua organização, não é autônoma ao Direito ou a Política. É por não ignorar este fato que a Constituição Brasileira a tutela por instrumentos normativos e de técnica jurídica¹⁸⁷. O faz, ainda, ponderando os interesses da autonomia privada¹⁸⁸ e os ditâmes constitucionais da justiça social e da dignidade da pessoa humana.

O art. 170¹⁸⁹ da Constituição de 1988 deixa claro que a racionalidade

¹⁸⁴ GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica). 15ª edição revista e atualizada. São Paulo: Ed. Malheiros, 2012. p.87.

¹⁸⁵ No presente estudo, se atará a legislação antitruste de que trata a Lei 12.529/2011.

¹⁸⁶ PERLINGIERI, Pietro. Op. Cit. p. 506 e 507.

¹⁸⁷ Ibid. p. 500.

¹⁸⁸ Ou das regras de mercado, conforme expressado por Pietro Perlingieri no trecho destacado.

¹⁸⁹ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II- propriedade privada; III - função social da propriedade; IV- livre concorrência; V- defesa do consumidor; VI- defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme

econômica construída no Brasil leva em consideração as razões da política e do direito¹⁹⁰. O artigo 170, anteriormente citado, parte da idéia de que o mercado não é um lugar natural¹⁹¹, e de que pode se tornar autodestrutivo¹⁹², de forma que “é necessário que o Estado se empenhe na esfera do capitalismo contra os capitalistas.”¹⁹³.

Se já é certo que “Não se interpreta a Constituição em tiras, aos pedaços”¹⁹⁴, o art. 170 da Constituição deixa clara essa ideia ao fazer referência aos princípios fundamentais dispostos nos três primeiros artigos da Constituição. Prova-se. O art. 170 dispõe que a ordem econômica brasileira funda-se na valoração do trabalho humano e na livre iniciativa, em consonância com o que estabelece no art. 1º inciso IV. Além disso, dispõe que a ordem econômica terá por fim a proteção da “existência digna”, protegendo assim a dignidade da pessoa humana conforme no art. 1º, III da Constituição. Ao final, dispõe que todo o exposto no *caput* do dispositivo ora examinado, deve direcionar-se de acordo com os ditames da justiça social, conforme determina o art. 3º, I.

É a partir da leitura do dispositivo constitucional acima que se interpreta a expressão “livre iniciativa” contrária ao liberalismo econômico supramencionado, ou que se restrinja à proteção da empresa. Assim sendo, a ordem econômica à que se refere a Constituição de 1988, não traduz somente uma afirmação do capitalismo, mas instrumento para realização dos fundamentos do próprio Estado Democrático de Direito (art.1º) e dos objetivos de que se pauta a República Federativa Brasileira (art.3º)¹⁹⁵, como instrumento de realização dos interesses sociais¹⁹⁶.

o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII- busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

¹⁹⁰ PERLINGIERI, Pietro. Op. Cit. p. 510.

¹⁹¹ PERLINGIERI, Pietro. Op. Cit. p. 507.

¹⁹² “É oportuna a lembrança, aqui da imagem do feiticero que já não consegue dominar as forças demoníacas que evocara. Para aplacá-las, afinal é que o Estado aí esta, com o direito que produz - o Direito posto -, a serviço da preservação do sistema.” GRAU, Eros Roberto, Op. Cit., p.56.

¹⁹³ Considerando ainda o modelo capitalista adotado no Brasil. GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica). 15ª edição revista e atualizada. São Paulo: Ed. Malheiros, 2012. p. 56

¹⁹⁴ GRAU, Eros Roberto, Op. Cit., p.161.

¹⁹⁵ “Daí por que o art. 1º, IV, do texto constitucional - de um lado - enuncia como fundamento da República Federativa do Brasil o valor social e não as virtualidades individuais da livre iniciativa e - de outro - o seu art. 170, *caput*, coloca lado a lado trabalho humano e livre iniciativa, curando contudo no sentido de que o primeiro seja valorizado.” GRAU, Eros Roberto, Op. Cit., p. 203.

¹⁹⁶ “Isso significa que a livre iniciativa não é tomada, enquanto fundamento da República Federativa do Brasil,

Dando continuidade à leitura do art. 170, passa-se a análise dos seus incisos, os quais representam os princípios que serão observados pela ordem econômica, em decorrência lógica aos valores constitucionais expostos no *caput*. Na realidade, se aterá ao que dispõe o inciso IV para os fins do presente estudo.

O inciso IV do art. 170 da Constituição estabelece como um dos princípios da ordem econômica, a livre concorrência, pelo qual se apresenta como instrumento de ponderação complementar à livre iniciativa¹⁹⁷.

O bem-estar dos consumidores é assegurado em um mercado onde haja concorrência¹⁹⁸, ou seja, em um mercado competitivo, uma vez que sempre apresentará restrições mercadológicas e tecnológicas¹⁹⁹. As restrições mercadológicas é que determinam que uma empresa conjecture como os demais competidores irão se comportar quando ela escolher o seu preço e seu nível de produção²⁰⁰. Portanto, uma empresa não poderá vender sob um preço acima do mercado, em outras palavras, não poderá agir como monopolista maximizando os seus lucros. Como se sabe, o monopólio é ineficiente:

*“A indústria competitiva opera num ponto onde o preço se iguala ao custo marginal. Já a indústria monopolizada opera num ponto onde o preço é maior que o custo marginal. Por esse motivo, o preço será em geral mais alto e a produção menor se uma empresa se comportar de modo monopolístico em vez de competitivo. Por isso, os consumidores estarão tipicamente em situação pior em um indústria organizada como monopólio do que em uma indústria organizada de maneira competitiva.”*²⁰¹

como expressão individualista, mas sim no quanto expressa de socialmente valioso.” (grifos do original). GRAU, Eros Roberto, Op. Cit., p. 198.

¹⁹⁷ GRAU, Eros. Op. Cit. p. 198.

¹⁹⁸ “É por isso que os estudantes costumam surpreender-se com o fato de que a definição dos economistas para concorrência pareça tão passiva: dizemos que um mercado é perfeitamente competitivo se todas as empresas partem do pressuposto de que o preço do mercado independe de seu nível de produção. Assim, num mercado competitivo, cada empresa só tem de se preocupar com a quantidade de bens que deseja produzir. Seja qual for a quantidade produzida, ela só poderá vendê-la a um preço: o preço vigente no mercado.”. VARIAN, Hal R. Microeconomia: princípios básicos. Tradução da 4ª ed. americana Ricardo Inojosa. Rio de Janeiro: Campus, 1999. P. 394.

¹⁹⁹ VARIAN, Hal R. Op. Cit. P. 393.

²⁰⁰ A demanda e a oferta variam ainda de acordo com a elasticidade dos mercados em que se inserem. A elasticidade “é uma medida do tamanho da resposta dos compradores e dos vendedores às mudanças das condições de mercado.” (MANKIWI, N. Gregory. Princípios de microeconomia. tradução da 5ª edição norte-americana por Allan Vidigal Hastings, Elisete Paes e Lima; revisão técnica Carlos Roberto Martins Passos, Miguel José Nunes Pinto. São Paulo: Cengage Learning, 2010. p. 89). Em relação à oferta será “elástica se a quantidade ofertada responde substancialmente a mudanças de preço. A oferta é chamada inelástica se a quantidade ofertada responde pouco a mudança no preço.”. (Ibid. p. 99).

²⁰¹ Ibid., p. 443.

Ademais, no mercado em que haja substitutos próximos, estes, tendem a apresentar demanda elástica²⁰². Uma vez que há produtos que sejam substitutos próximos, há mais de um produto no mercado, motivo pelo qual os consumidores poderão trocar um produto por outro conforme avaliem qual lhe forneça o melhor preço. Assim sendo, o aumento do preço do produto em um mercado não monopolístico, não tornará o consumidor refém de um único produto, o único disponível do mercado.

Tal contexto, de bem-estar do consumidor, se agrava ainda em relação à bens essenciais como, por exemplo, o de medicamentos que comportam patentes farmacêuticas. Neste, a variação de preço não influenciará na demanda por ele. Isto significa que, havendo um bem essencial o consumidor reduzirá o consumo de outros bens para que possa suportar o preço elevado do lhe é essencial²⁰³. Portanto, uma monopolização deste tipo de mercado, só tende ao aumento do poder econômico da empresa. Isto, porque a variação de preço, visando a maximização de lucros, poderá ser realizada de forma mais independente pois além da ausência de competidores, ela contará ainda com a disposição dos consumidores em consumir tal bem. No mercado farmacêutico, à que se faz referência, a empresa titular de patente conta ainda com 20 anos em que lhe são asseguradas o monopólio sobre esta patente²⁰⁴.

²⁰² “Bens com substitutos próximos tendem a ter demanda mais elástica porque é mais fácil para os consumidores trocá-los por outros. Por exemplo, manteiga e margarina são facilmente substituíveis uma pela outra. Um pequeno aumento no preço da manteiga supondo que o preço da margarina se mantenha constante, fará que a quantidade vendida de manteiga tenha uma diminuição. No entanto, como os ovos não têm substitutos próximos, a demanda por ovos é menos elástica do que a demanda por manteiga.” MANKIW, N. Gregory. *Princípios de microeconomia*. Op. Cit. p. 90.

²⁰³ *Ibid.*, p. 90. E, ainda: “Elasticidades baixas estão associadas à essencialidade do produto, como parece óbvio, pois, para hábitos muito arraigados, os consumidores estarão propensos a cortar outras despesas antes de reduzir o consumo do bem preferido, caso este tenha seus preços elevados. Ao contrário altos coeficientes de elasticidade correspondem, geralmente, a produtos supérfluos.” (NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia - Introdução ao Direito Econômico*. 6ª edição rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 237).

²⁰⁴ CFRB, art.5º, inciso XXIX (“a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País;”); Lei 9279/96, Art. 40 (“A patente de invenção vigorará pelo prazo de 20 (vinte) anos e a de modelo de utilidade pelo prazo 15 (quinze) anos contados da data de depósito”); art. 42 (“A patente confere ao seu titular o direito de impedir terceiro, sem o seu consentimento, de produzir, usar, colocar à venda, vender ou importar com estes propósitos: I - produto objeto de patente; II - processo ou produto obtido diretamente por processo patenteado. § 1º Ao titular da patente é assegurado ainda o direito de impedir que terceiros contribuam para que outros pratiquem os atos referidos neste artigo. § 2º Ocorrerá violação de direito da patente de processo, a que se refere o inciso II, quando o possuidor ou proprietário não comprovar, mediante determinação judicial específica, que o seu produto foi obtido por processo de fabricação diverso daquele

Estes são os motivos pelos quais no início do parágrafo anterior afirmou-se que o bem-estar dos consumidores está em um mercado competitivo e ainda o motivo pelo qual o ordenamento jurídico o repele²⁰⁵, nos termos do art. 173, §4º da Constituição:

“Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 4º - A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.”

Nesta perspectiva, quando uma empresa detém poder econômico dentro do mercado em que atua, ela poderá elevar seus preços ao limite máximo²⁰⁶, sem que com isso haja melhora no seu produto. Isto só será possível, justamente porque não haverá a concorrência para determinar sua decisão.

protegido pela patente.”) e art. 43 (“O disposto no artigo anterior não se aplica: I - aos atos praticados por terceiros não autorizados, em caráter privado e sem finalidade comercial, desde que não acarretem prejuízo ao interesse econômico do titular da patente; II - aos atos praticados por terceiros não autorizados, com finalidade experimental, relacionados a estudos ou pesquisas científicas ou tecnológicas; III - à preparação de medicamento de acordo com prescrição médica para casos individuais, executada por profissional habilitado, bem como ao medicamento assim preparado; IV - a produto fabricado de acordo com patente de processo ou de produto que tiver sido colocado no mercado interno diretamente pelo titular da patente ou com seu consentimento; V - a terceiros que, no caso de patentes relacionadas com matéria viva, utilizem, sem finalidade econômica, o produto patenteado como fonte inicial de variação ou propagação para obter outros produtos; e VI - a terceiros que, no caso de patentes relacionadas com matéria viva, utilizem, ponham em circulação ou comercializem um produto patenteado que haja sido introduzido lícitamente no comércio pelo detentor da patente ou por detentor de licença, desde que o produto patenteado não seja utilizado para multiplicação ou propagação comercial da matéria viva em causa. VII - aos atos praticados por terceiros não autorizados, relacionados à invenção protegida por patente, destinados exclusivamente à produção de informações, dados e resultados de testes, visando à obtenção do registro de comercialização, no Brasil ou em outro país, para a exploração e comercialização do produto objeto da patente, após a expiração dos prazos estipulados no art. 40.”)

²⁰⁵ Ressalvados os casos de monopólio sobre as patentes farmacêuticas no período de 20 anos.

²⁰⁶ “Parte-se do pressuposto de que mesmo a empresa que não atue sozinha no mercado pode deter poder econômico tal (ou seja, razoável) que lhe permita agir de forma independente e com indiferença à existência ou comportamento de outros agentes. Em virtude da ausência de ambiente concorrencial, o agente econômico titular de “razoável” poder não sofre maiores pressões de competidores. Neste caso, a posição dos pequenos agentes será sempre de sujeição ao comportamento de outra empresa. Não é necessária a completa ausência de concorrência no mercado para que se verifique a posição dominante: basta que a concorrência não seja de tal grau a ponto de influenciar significativamente o comportamento do “monopolista”. (...) A empresa que se encontra em posição dominante tende a adotar o comportamento típico do monopolista, aumentando preços no limite máximo, não prezando a qualidade de seu produto ou serviço ou ainda impondo a outros práticas que não seriam adotadas caso houvesse concorrência.” (conforme no original). FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do Antitruste. 5ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 257.

Apesar do acima exposto, a posição dominante, como fruto da concentração de poder econômico de uma empresa, não é punido pela legislação antitruste brasileira. No Brasil se compreende que a posição dominante é processo natural²⁰⁷, compreendido enquanto elemento da realidade econômica²⁰⁸, motivo pelo qual não é objeto de punição.

O mesmo não se pode olvidar em relação ao abuso do poder econômico. Este, sim, é objeto de punição, conforme se depreende do §4º do art. 173, em proteção à livre concorrência (art. 170, IV da CF), pelo qual se assegura o bem-estar da sociedade, sobretudo, desta enquanto consumidores. Assim sendo, para que tenhamos mercado competitivos que gerem este bem-estar, é necessário assegurar-se a livre concorrência, ou seja, a liberdade na entrada e na saída do mercado²⁰⁹.

A lei 12.529 de 2011, destinada à proteção dos bens jurídicos da coletividade, tem por finalidade justamente na prevenção e repressão às infrações à ordem econômica²¹⁰ em prol dos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, e repressão ao abuso do poder econômico²¹¹, entre outros²¹². Conhecida por Lei Antitruste, esta está voltada à preservação do modo de produção capitalista²¹³ adotada pelo Estado Brasileiro.

²⁰⁷ Nos termos do art. 36, §1º, da Lei 12.529, de 2011, a posição dominante resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do caput do mesmo dispositivo.”. FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do Antitruste. 5ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 261.

²⁰⁸ GRAU, Eros. Op. Cit. p. 206.

²⁰⁹ Como consequência destas condições as ações de um comprador ou vendedor individual no mercado têm um impacto negligenciável no preço de mercado. Cada comprador e vendedor aceita o preço de mercado como dado. MANKIW, N. Gregory. Introdução à Economia: princípios de micro e macroeconomia. tradução da 2ª ed. original Maria José Cyhlar Monteiro. Rio de Janeiro: Ed. Elsevier, 2001.p. 292.

²¹⁰ Art. 31 e seguintes da Lei 12.529/2011.

²¹¹ “As razões constitucionais do antitruste residem na necessidade de se evitarem as distorções monopolistas e de garantir, o quanto possível, a retidão da atividade econômica, sem abusos de posição dominantes, sem açambarcamentos injustificados, com o objetivo de sempre realizar uma utilidade social entendida (também mas não somente) como ponto de confluência entre produtores e consumidores. A sua função, pois, se não indiretamente, a solidariedade e os direitos invioláveis do homem. A liberdade econômica e a concorrência, mesmo no plano estritamente econômico, não representam um fim, mas um meio, uma regra, para realizar a utilidade social, a efetiva participação de todos na organização econômica e social do país e o pleno desenvolvimento da pessoa (art. 3º, §2, e 41, §2, Const.)”. PERLINGIERI, Pietro. Op. Cit. p. 527 e 528.

²¹² “Art.1º. Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra o ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico. Parágrafo único. A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei.”. Este artigo da Lei 12.529/2011 deve ser lido conjuntamente com os artigos 170, caput e inciso IV; e o §4º do art. 173 da Constituição.

²¹³ GRAU, Eros. Op. Cit. p. 208 e 209.

No que concerne a prática abusiva ora estudada, não há o que se discutir a plena aplicabilidade desta frente ao aqui exposto acerca do tratamento constitucional sobre a intitulada Ordem Econômica e a Lei Antitruste (Lei 12.529/2011). Portanto, a prática abusiva de que se fala é uma das práticas consideradas como infração à ordem econômica, encaixando-se, sobretudo, naquelas dispostas no inciso III do parágrafo 3º do art. 36 da Lei 12.529 de 2011²¹⁴. De forma mais específica, por tratar-se aqui de direitos de ação na defesa da propriedade intelectual, sendo aplicáveis ainda o inciso XIX, do parágrafo 3º deste mesmo dispositivo.

Pelo expressado no *caput* do art. 36 da Lei 12.529/2011 acerca das infrações à ordem econômica, por serem avaliadas independentemente de culpa, imputar-se-à responsabilidade objetiva levando-se em consideração para a aplicação das penas²¹⁵ o regrado nos incisos do art. 45 da mesma lei. A sua aplicação de acordo com a responsabilidade objetiva só corrobora o aqui já expressado acerca da necessária avaliação através de critérios objetivos da prática que se examina.

Por fim, cabe reiterar que a aplicação de punição administrativa por infração à ordem econômica não exclui a aplicabilidade de responsabilização por abuso do direito e litigância de má-fé, cuja aplicabilidade já foi fundamentada nos itens anteriores, segundo estabelecido na própria Lei 12.529 de 2011 em seu art. 35.

6. CONCLUSÃO

No primeiro capítulo através dos casos julgados pela suprema corte norte americana pudemos analisar os fatores que culminaram para a formação da teoria do “*sham litigation*” naquele país. Assim sendo, conclui-se que o direito de ação nos EUA chegou a ser compreendido como absoluto mas, posteriormente, observado que não imune à violação à Lei Antitruste norte-americana. Com isso, foi desenvolvido 2 testes para uma análise objetiva

²¹⁴ “O sham litigation deverá sujeitar-se aos preceitos do Direito de Concorrência. Poderá, então, ser considerada infração à ordem econômica à luz dos incisos do art. 20 da Lei Federal nº. 8884/1994, caso reste caracterizado como conduta abusiva, mesmo que não desempenhada estritamente nos limites de mercado.” (em art. 20 da Lei Federal nº. 8884/1994, ler art. 36 da Lei 12.529 de 2011). CASTRO, Bruno Braz. “ShamLitigation” e o ordenamento jurídico brasileiro. Disponível em <<http://cade.gov.br/news/n024/artigo.htm>> Acesso em 26.09.2012.

²¹⁵ Acerca das penas antitruste, ver art.37 e seguintes.

acerca da identificação do “*sham litigation*”. Um dos testes ficou conhecido por “Teste PRE” cujos elementos são: a ausência de qualquer fundamento para a ação, a verificação de que nenhum litigante razoável poderia esperar obter provimento em seu mérito; e, a finalidade de intervenção direta nos negócios do seu concorrente (onde ocorre a violação antitruste, mais precisamente). O outro teste, conhecido por “Teste USS-POSCO” trouxe novo elemento sendo este o ajuizamento de diversas demanda entre um concorrente (ou possível concorrente) e outro (que já se encontra no mercado). Conclui-se, ainda, que uma das falhas desses testes é não trazer elementos efetivamente objetivos, como no caso do “Teste USS-POSCO” cuja análise de quantidade de ações que seriam necessárias para configuração do “sham” (farsa) não fica clara. Assim sendo, na busca de elemento objetivos para a identificação e tutela no ordenamento jurídico brasileiro, optou-se por analisar primeiro o direito de ação e seu alcance, os institutos da litigância de má-fé e abuso do direito e por fim os danos concorrenciais produzidos.

O direito de ação, sob a escusa de proteção ao acesso à justiça, não pode ser concebido de forma absoluta à tornar o Poder Judiciário uma verdadeira loteria, pelo qual o sujeito exerce-o independentemente e contrariamente ao interesse legítimo pelo qual o direito se funda, de forma à subordinar o sujeito passivo e causar danos à este e à terceiros. Para tanto, impõe-se à este certos limites tutelando-se o seu exercício harmônico ao valores constitucionais. Este limites são determinados à luz do caso concreto sob uma leitura sistemática do ordenamento jurídico brasileiro como um todo sob seus valores éticos, sobretudo, em observância à solidariedade (art. 2 e 3, I da Constituição).

No estudo da litigância de má-fé, em análise crítica ao que a doutrina e jurisprudência majoritariamente vem dispondo, observou-se que às custas de sua aplicabilidade exclusiva e restrita, acaba-se por perpetuar e imunizar uma conduta abusiva em relação ao exercício do direito de ação. Se bem, a litigância de má-fé, serve para a análise de má-fé no curso do processo e sob o foco do processo, em relação à análise para além desse, ela se torna insuficiente. Assim o é, por limitar-se à análise subjetiva, na intenção e conduta de má-fé do sujeito ativo no curso do processo. Em relação à reparação aos danos e a reprovabilidade da conduta, notou-se, ainda, que ela cuida de instituto mais sancionatório, apresentando limites à reparação ao dano que não observam ao disposto no art. 927 do Código Civil (reparação integral dos danos).

Por outro lado, viu-se através de um traçado breve na construção doutrinária do abuso do direito que, a par das inúmeras doutrinas que surgem no seu estudo, o Código Civil Brasileiro, no art. 187, o compreende como exercício contrário à boa-fé, aos bons costumes e aos fins sociais e econômicos. Nesse sentido, a atual doutrina, o vê como cláusula geral do direito, ou seja, a forma pela qual todos os direitos devem observar, aplicando-se assim a todos os ramos do direito. Por consequência, não é exceção, à aplicação do abuso do direito ao processo civil. Na tutela do exercício legítimo do direito de ação, observou-se que o abuso do direito permite uma análise além de objetiva mais abrangente, contemplando, ainda, o que dispõe o art. 927 do Código Civil. Não se atém, portanto, aos limites meramente processuais, mas à danos de outros direitos do sujeito passivo e de terceiros, atuando como ferramenta de proteção ao sistema jurídico harmônico, ou seja, livre de contradições.

Nesse íterim, através do estudo desses dois institutos notou-se que eles tem aplicação diversas à luz do caso concreto, não se excluindo, mas se complementando.

Levando-se em consideração o quanto concebido pelo direito de ação, pelo Direito Brasileiro, afirmou-se que tal sacralidade não é tutelado por este ordenamento. Assim, não se sustenta argumentos no sentido de que danos ao sujeito passivo no processo são comuns e compensados pelas verbas de sucumbência, e que o acesso à justiça esta ameaçado pelos limites à serem impostos ao direito de ação. É necessário uma compensação integral não somente aos danos decorrentes do processo, assim como os decorrentes das infrações à Ordem Econômica, por consequência, à Concorrência, no exercício abusivo desse direito com finalidade à prejudicar esta Ordem.

Com a relação à concorrência, restou demonstrado como esta pode ser atingida e gerar danos ao bem-estar do consumidor com a elevação dos preços e práticas monopolíticas, as quais não se coadunam com a livre iniciativa e a livre concorrência protegidas constitucionalmente nos art. 170 e seguintes. Dessa forma, qualquer infração à Ordem Econômica (de que cuida o art. 170 e seguintes da Constituição), ensejará uma responsabilidade objetiva pelo disposto na Lei Antitruste à qual não esta imune o direito de ação.

Portanto, é de se concluir que na identificação do exercício abusivo do direito de ação sobre tudo com a finalidade (não tutelada pelo ordenamento jurídico brasileiro) de criar barreiras a concorrência, seja a excluindo do mercado seja na sua entrada, ha de ser sancionada civilmente através da responsabilidade objetiva.

8. BIBLIOGRAFIA

- ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. Traduzido por: BINI, Edson. 3ª edição. São Paulo: Edipro, 2009.
- ALVIM, J. E. Carreira. Comentários ao Código de Processo Civil Brasileiro. Volume I. 1ª ed. Curitiba: Ed. Juruá, 2009. p. 68-82.
- AMARAL, Francisco. Direito Civil: introdução. 7ª ed. revista, modificada e aumentada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 551-589.
- AMERICANO, Jorge. Do Abuso do direito no exercício da demanda. 2ª edição muito melhorada. São Paulo: Ed. Saraiva & Comp., 1932.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. O Direito: Introdução e Teoria Geral. 13ª ed. refundida, 5ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2011. p. 217 - 240.
- BARBOSA, Pedro Marcos Nunes . Direito Civil da Propriedade Intelectual – o caso da usucapião de Patentes. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012.
- _____. A autonomia negocial nos contratos e impactos de natureza existencial: alguns tópicos polêmicos. In Revista da EMARF. Rio de Janeiro., v. 14, n.1, p. 179-202, nov. 2010.
- BOBBIO, Noberto. Teoria do ordenamento jurídico. Tradução de SOLON, Ari Marcelo. 1ª edição. São Paulo: EDIPRO, 2011.
- BUENO, Cassio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil - 1. 6ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 139-143.
- CÂMARA Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. Vol. I. 21ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.p. 113-130.
- CARDOSO, Vladimir Mucury. O Abuso do Direito na Perspectiva Civil-Constitucional. In:MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). Princípios do Direito civil contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.61-109.
- CARPENA, Heloísa .O Abuso de Direito no Código Civil de 2002 (art.187): a relativização dos direitos na ótica civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). A Parte Geral do Novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional. 3ª ed. revista. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 401 - 419.
- CARVALHO NETO, Inacio de. Abuso do Direito. 3ª ed. Curitiba: Ed. Juruá, 2004.

- CASADO, Márcio Mello. A cláusula geral da vedação ao abuso de direito e sua aplicação ao processo civil. In: Revista de Processo. Rio de Janeiro, Ano 37. Vol. 209. p. 293-321. Julho/ 2012.
- CASTRO FILHO, José Olímpio. Abuso do Direito no Processo Civil. 2ª edição rev. e atual. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1960.
- CASTRO, Bruno Braz. "ShamLitigation" e o ordenamento jurídico brasileiro. Disponível em <<http://cade.gov.br/news/n024/artigo.htm>> Acesso em 26 set. 2012.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 8ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 25ª ed. revista e atualizada. Ed. Malheiros, 2009. p. 84-93; 253-258; 267-289.
- CORDEIRO, Antônio Menezes . Litigância de Má-Fé, Abuso do Direito de Ação e Culpa "In Agendo". 2ª edição aumentada e atualizada. Coimbra: Almedina, 2011.
- _____. Da Boa-Fé no Direito Civil. Coleção Teses. Coimbra: Almedina, 2011. p. 661 - 1281.
- COSTA E SILVA, Paula. A Litigância de Má-Fé. Coimbra: Editora, 2008. p. 15-29; 617-693.
- CUNHA SÁ, Fernando Augusto. Abuso do direito. Coimbra: Almedina, 1997.
- DE SOUZA, Eduardo Nunes. Abuso do direito: novas perspectivas entre a licitude e o merecimento de tutela. In: Revista Trimestral de direito civil. Rio de Janeiro, v.50, p. 35-91, abril/junho 2012.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. Volume I. 6ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Editora Malheiros, 2009. p. 302 - 311.
- _____. Instituições de Direito Processual Civil. Volume II. 6ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Editora Malheiros, 2009. p. 299-316; 322-336.
- FILHO, Carlos Edison do Rêgo Monteiro. Artigo 944 do Código Civil: O problema da mitigação do princípio da reparação integral. In: TEPEDINO, Gustavo Tepedino e FACHIN, Luiz Edson (coordenadores) O direito e o Tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 757- 796.
- FONTES, André. A pretensão como situação jurídica subjetiva. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do Antitruste. 5ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- GOMES, Orlando. Introdução ao direito civil. 20ª edição, revista, atualizada e aumentada de acordo com o Código Civil de 2002, por BRITO, Edvaldo e BRITO, Reginalda Paranhos de. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 100-106.
- GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. Princípio da Boa-Fé - perspectivas e aplicações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p.93-139.

- GRAU-KUNTZ, Karin. A interface da propriedade intelectual com o direito antitruste. Disponível em <<http://www.ibpibrasil.org/40693/64901.html>>. Acesso em 26 out. 2012.
- GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. 15ª edição revista e atualizada. São Paulo: Ed. Malheiros, 2012.
- GRECO, Leonardo. Instituições de Processo Civil: Introdução ao Direito Processual Civil - Volume I. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010. p. 191-195.
- JHERING, Rudolf Von. A luta pelo direito. 15ª edição. Tradução de João Vasconcelos. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1995.
- JORNADAS DE DIREITO CIVIL. Disponível em <http://www.jf.jus.br/cjf/cej-publ/jornadas-de-direito-civil-enunciados-aprovados/> Acesso em 24 ago. 2012.
- JÚNIOR, Fredie Didier. Curso de Direito Processual Civil : Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento. Volume I. 13ª ed. Editora JusPODIVM. 2011. p. 186-190; 199-220.
- JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante. 7ª ed. rev. e ampliada. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. p. 370-376.
- LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 16ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.
- LEWICKI, Bruno. Panorama da boa-fé objetiva. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.) Problemas de direito constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 55- 75.
- MANKIW, N. Gregory. Introdução à Economia: princípios de micro e macroeconomia. tradução da 2ª ed. original Maria José Cyhlar Monteiro. Rio de Janeiro: Ed. Elsevier, 2001. p. 93-107.
- _____. Princípios de microeconomia. Tradução da 5ª edição norte-americana por Allan Vidigal Hastings, Elisete Paes e Lima; revisão técnica Carlos Roberto Martins Passos, Miguel José Nunes Pinto. São Paulo: Cengage Learning, 2010. p. 89-110.
- MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Parte geral e processo de conhecimento. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 58-59; 68-74; 88-91.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Augusto Gonet. Curso de Direito Constitucional. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MIRANDA, Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil. Tomo I: arts. 1º a 45. 5ª ed. rev. e aumentada. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1996. p.349-381.
- MORAES, Alexandre. Direito Constitucional. 24ª ed., atualizada até a EC nº. 57/2008. São Paulo: Ed. Atlas, 2009. p. 83-85.
- NADER, Paulo. Curso de direito civil: parte geral -vol. 1. 5ª ed. revista atualizada. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008. p.437-442.
- _____. Introdução ao Estudo do Direito. 29ª edição revista e atualizada de acordo com o Código Civil, Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 346-348.

-
- NEGRÃO, Theotonio et. al. Código de Processo Civil e legislação processual em vigor. 42ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- NEGREIROS, 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.221 - 253.
- NUSDEO, Fábio. Curso de Economia - Introdução ao Direito Econômico. 6ª edição rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 264 - 285.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. 25º edição revista e atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2012.
- PERLINGIERI, Pietro. O direito civil na legalidade constitucional. Tradução: Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2008. p.205-223; p. 499- 567; p.667-725.
- SALGADO, Lucia Helena; ZUCOLOTO, Graziela (coord.). Study on the Anti-competitive enforcement of intellectual property rights: sham litigation. Disponível em: http://www.wipo.int/meetings/en/2011/wipo_ig_ge_11/docs/study.pdf . Acesso em 22 de Nov. de 2012.
- SCHREIBER, Anderson. Novas tendências da Responsabilidade Civil Brasileira. In Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC. Ano 6, vol. 22. 22 Abril a Junho de 2005. Rio de Janeiro: Padma. p . 45-69.
- SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 31ª ed. rev. e atualizada. Editora Malheiros, 2008. p. 430-433 e 442-444.
- SLAWINSKI, Célia Barbosa Abreu. Breves Reflexões sobre a eficácia atual da boa-fé objetiva no ordenamento jurídico brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.) Problemas de direito constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 77-109.
- SOUZA, Eduardo Nunes de. Abuso do direito: novas perspectivas entre a ilicitude e o merecimento de tutela. In: Revista trimestral de direito civil. V. 50. Abril-Junho de 2012. Rio de Janeiro: Padma. p. 35-91.
- TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República. 2ª ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. Vol. I. Pág. 344-347.
- TEPEDINO, Gustavo. Itinerário para um imprescindível debate metodológico. In RTDC. Editorial, n.35. Jan/Mar,2008. Editora PADMA.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. Volume I. 51ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 63-80.
- VARIAN, Hal R. Microeconomia: princípios básicos. Tradução da 4ª ed. americana Ricardo Inojosa. Rio de Janeiro: Campus, 1999. p. 393-479.
- Coordenadoria de Editoria e Imprensa do STJ. Disponível em <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=108253&utm_source=agencia&utm_medium=email&utm_campaign=pushsco> Acesso em 19 fev. 2013.

KYBERNETES: DEMOCRACIA E ULTRAVIGILÂNCIA NA ERA DO CONHECIMENTO

Leonardo Rezende Cecilio¹

RESUMO: Este trabalho pretende demonstrar a importância de a agenda internacional de cibersegurança estar inserida no contexto do Estado de Direito democrático. No atual momento, marcado por responsabilidades e ambições globais, a tecnologia da informação ostenta sua onipresença na vida civil, compelindo países a repaginarem aspectos internos e externos concernentes ao setor de Segurança e Defesa. A partir da interdisciplinariedade, o presente artigo intima reflexões sobre os limites ao poderio do Estado ao expor uma analítica do confronto entre a retórica da prevenção e o direito fundamental à privacidade.

PALAVRAS-CHAVE: Sociedade da informação. Cibersegurança. Estado Democrático de Direito. Direitos fundamentais. Privacidade.

“Há dois valores essenciais, e que são indispensáveis para uma vida satisfatória, recompensadora e relativamente feliz; um deles é a segurança, o outro, a liberdade.”

Zygmunt Bauman

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

No século XIX, Jules Henri Poincaré afirmou que o progresso científico

¹ Discente do programa de Pós-Graduação em Direito Público da Universidade Cândido Mendes, Rio de Janeiro. Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas Ibmecc/RJ. Membro da Associação Internationale de Droit Penal (AIDP). Advogado.

é resultante da aproximação de ciências, observando-se a semelhança entre suas formas – apesar das diferenças entre suas matérias (*apud* LATIL, 1973). Em 1940, a partir de pesquisas com dispositivos anti-aviões no Instituto de Tecnologia de Massachussets (MIT), Norbert Weiner (1894-1964) e Julian Bigelow (1913-2013) (ISSS, 2001) dedicaram-se a entender a comunicação e o controle entre homem e máquina através de analogias das ações humanas com a eletrônica (GEROVITCH, 2003). Anos mais tarde, seria consagrada uma ciência dedicada ao estudo da interação humano-tecnológica nos processos de programação, isto é, do tratamento que a informação recebe, v.g., na (de)codificação, na aprendizagem e na execução de tarefas por sistemas robotizados: a *Cibernética*².

Etimologicamente derivada do grego *kybernetes* (*timoneiro; piloto*), a expressão *cibernética* guarda, originalmente, relação semântica com a atividade de controlar. Os tempos atuais testemunham a virtualização de conhecimentos e atividades, e, na maioria dos países, a máquina pública tem confiado à informática a salvaguarda de dados, o planejamento, a execução e o controle de seus serviços essenciais. Ocorre que a aparente liberdade proposta pela internet não é despreziosa – e é inversamente proporcional à privacidade, renunciada homeopaticamente a cada clique. A falaciosa gratuidade dos serviços oferecidos na rede são, em verdade, pagos com a informação – “a moeda da nova economia dos dados”, na referência cedida por Patrícia Peck Pinheiro (2009).

Tudo o que se faz na rede é visto; cada busca, acesso, login, postagem, download ou upload registra uma série de dados, compilados em uma espécie de biografia digital. “É como um organismo sem pele” (ASSANGE *et al*, 2013, p.82), e a falta de regulamentação do ambiente digital tem permitido a coleta e o armazenamento dessas informações – particulares – para fins mercadológicos, o que é feito a partir de algoritmos de inteligência artificial. Não raro – e não fosse o bastante –, esses registros são, ainda, repassados a terceiros com o fim de que se direcione ao usuário links potencialmente interessantes.

Considerada essa imensurável quantidade de dados, armazenados a

² Nesse sentido, Alexandre Freire Pimentel, para quem “é fato ainda que a cibernética estuda as diversas formas de controle e as leis que regem o comportamento, tanto da natureza quanto da sociedade” (PIMENTEL, 2000, p. 83).

cada segundo em todo o globo, o ambiente criado a partir da tecnologia da informação hoje apresenta um novo domínio de guerra. No meio especializado, já não é novidade o envolvimento crescente de países em variados níveis de conflito cibernético (MCAFEE, 2009) – dispostos, no mínimo, a investigar entraves de natureza velada ou dissimulada à consecução de seus objetivos, porventura interpostos por demais centros de decisão.

De fraudes a investidas contra infraestruturas nacionais críticas, a conjuntura da fragilidade da informação – sequela da refeita tutela legal a esse respeito – desafia hoje a comunidade internacional no desenho de coordenadas eficazes para o enfrentamento de hostilidades perpetradas no meio informático – sem, contudo, que se permita a obliteração de direitos inerentes ao homem, conquistados através de lutas milenares entre indivíduos e Estado.

Leciona Paulo Gustavo Gonet Branco que “a sedimentação dos direitos fundamentais como normas obrigatórias é resultado de maturação histórica, o que também permite compreender que os direitos fundamentais não sejam sempre os mesmos em todas as épocas” (BRANCO, 2009, p. 265). É indubitável que o indivíduo se encontra em subordinação aos Poderes Públicos – o que lhe cria deveres para com o Estado³; no entanto, a personalidade humana exige que haja “desfrute de um espaço de liberdade” contra as ingerências estatais, já que a autoridade pública “é exercida sobre homens livres”, na dicção de Jellinek (*apud* BRANCO, 2009, p. 289)⁴. No direito positivo brasileiro, coube ao artigo 5º, inciso X, da Constituição de 1988 declarar “invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas”.

2. O CONTROLE DOS FLUXOS TELEMÁTICOS: ASPECTOS GEOPOLÍTICOS

Nos últimos vinte anos, a tecnologia da informação passou a conjugar as

³ Aqui se refere à “teoria dos quatro status”, de Georg Jellinek.

⁴ No mesmo sentido, Léon Duguit, para quem “pouco importa a noção que se tenha do Estado (...); é preciso afirmar energicamente e incansavelmente que a atividade do Estado em todas as suas manifestações é limitada por um Direito superior a ele, que há coisas que ele não pode fazer e outras que ele deve fazer, e que essa limitação não se impõe apenas a este ou àquele órgão, mas ao Estado mesmo como pessoa, se se admite essa concepção, e se impõe a todas as manifestações da atividade estatal, seja qual for o órgão que intervenha” (grifo nosso) (DUGUIT, 1927, p.517).

mais diversas regiões do planeta em tempo real. O surgimento de novos blocos econômicos – parcerias comerciais inéditas –, e a expansão de oportunidades pulverizaram investimentos cada vez maiores no ramo das telecomunicações, e a interconectividade tornava-se um dos grandes objetivos do tão esperado “novo milênio”. Na década de 1990, finalmente teria início a exploração da internet para fins comerciais; organizou-se um imenso pacote de documentos em formato de texto e mídia, permitindo ao usuário percorrer as páginas na rede a partir da hiperligação de sequências associativas – conhecida como *navegação* através de links. Nascia a *World Wide Web*.

Mas a *terra das oportunidades* tornou-se também uma terra sem fronteiras; a arquitetura do ambiente informático conservou as peculiaridades originais do contexto em que foi criada, responsáveis, hoje, pela inviabilidade de uma definição de limites territoriais – e, com isso, do estabelecimento de jurisdições.

Projetada para fins militares no auge da Guerra Fria, a internet foi desenvolvida para o intercâmbio de dados entre diversos computadores sem que houvesse – propositalmente – um comando central. O objetivo fora criar um sistema imune aos ataques iminentes, capaz de manter seu funcionamento na eventual destruição de um ou mais servidores conectados (MPF, 2006). Portanto, é de se notar que sua criação foi baseada em uma relação de confiança.

Mais tarde, observou-se a adoção do sistema de rede pelo meio acadêmico, no intuito de otimizar o compartilhamento de pesquisas, seguida, pela eclosão da multimídia, que impôs uma demanda por transmissão de grandes volumes de dados, o que tornou obsoletos os antigos meios utilizados nesses tráfegos (VIEIRA, 2000); novas tecnologias foram sendo desenvolvidas e novos ícones corporativos do setor de informática e telecomunicações aderiram à disputa pela hegemonia de mercado. Além disso, o incentivo pós-moderno ⁵ à busca por uma integração global absoluta, condicionada ao desenvolvimento econômico

⁵ Jean-François Lyotard, em *A Condição Pós-Moderna*, alçou a expressão pós-modernismo – até então alusiva a tendências artísticas – à denominação de uma nova época histórica, marcada pelo capitalismo como unidade econômica, social e cultural específica (LYOTARD, 2011). Embora haja certa divergência a respeito de ser o período atual concebido como pós-moderno, aqui se opta por acompanhar o posicionamento de teóricos como David Harvey e Fredric Jameson – para quem a pós-modernidade é uma “nova fase de acumulação e mercantilização capitalista que acompanha a realização contemporânea do mercado mundial” (NEGRI & HARDT, 2000).

e tecnológico de alguns países, proporcionou a concentração das infraestruturas geradoras de telecomunicações sob o controle de algumas empresas do setor privado.

Responsáveis pela construção das bases físicas que edificam o ambiente virtual ⁶, essas multinacionais, naturalmente, são regidas pelo ordenamento jurídico de suas respectivas nacionalidades – salvo, como sabido, nos aspectos atraentes da aplicação de leis locais, v.g., relações trabalhistas.

Tal como ocorre com os fluxos do petróleo – principais condutores da geopolítica mundial contemporânea –, os fluxos de telecomunicações atravessam frações continentais e oceânicas, cruzando territórios estratégicos – e, conseqüentemente, comunidades, economias, direitos e políticas. As ligações principais desses fluxos formam os denominados *backbones* ⁷.

Em Hidrologia, é dito o *rio principal* de uma bacia hidrográfica aquele no qual desembocam os demais afluentes. Esse mesmo rio principal, por sua vez, corre de encontro a outros rios, comunicando uma bacia hidrográfica a outras. Analogicamente, a internet consiste em uma rede de redes de escala planetária – como se fossem bacias hidrográficas ligadas umas às outras; as redes locais são conectadas a canais centrais de transmissão de dados que, por sua vez, se comunicam com outras diversas redes locais formando um denso emaranhado de conexões desprovidas de um comando geral. Responsáveis por garantir a comunicação entre servidores de redes distintas, esses *rios principais* da internet são chamados *backbones*.

Sabe-se hoje que o controle dessas infraestruturas físicas geradoras do domínio virtual possibilita, logisticamente, a interceptação do fluxo de dados em escala internacional. Em alguns casos, insinuam alguns especialistas que aparelhos eletrônicos ⁸ possam, inclusive, ser já fabricados intencionalmente com falhas de segurança a fim de que possam funcionar, na sistemática das telecomunicações, como aquilo que é chamado, em Segurança da Informação, de *backdoors* ⁹ (ASSANGE *et al*, 2013).

Nessa esteira, se mostra vital uma emancipação tecnológica capaz munir

⁶ V.g., satélites, servidores, data centers, supervias de cabos de fibra óptica e antenas de rede sem fio (wireless).

⁷ No vernáculo inglês original, *espinha dorsal*.

⁸ v.g., cabos de fibra óptica e switches de backbones.

⁹ No original inglês, “porta dos fundos”, um backdoor consiste em um ambiente criado em um sistema operacional ou em um software que permite a intrusão e controle remotos de determinado computador.

países de recursos suficientes para torná-los independentes de tecnologias estrangeiras, isto é, aptos para prover o processamento, transferência e armazenamentos de dados sob território (e, conseqüentemente, sob jurisdição) nacional¹⁰.

3. MANIPULAÇÃO RETÓRICA: DO USO DE INCIDENTES CRÍTICOS COMO PRETEXTO PARA IMPOSIÇÕES POLÍTICO-IDEOLÓGICAS

“Nos últimos anos, sobretudo na Europa e em suas ramificações no ultramar, a forte tendência a sentir medo e a obsessão maníaca por segurança fizeram a mais espetacular das carreiras (BAUMAN, 2009, p.13)¹¹.”

De modo geral, quando eventos críticos geram anormalidade em determinada região, interrompendo o curso ordinário e sóbrio das relações sociais locais de forma traumática, ali se abre espaço para *competições ideológicas discursivas* – é a epistême de Slavoj Žižek (ŽIŽEK, 2011, pp. 27 e ss). Exemplos situacionais teriam ocorrido, segundo o teórico esloveno, em meio à crise na República de Weimar, na década de 1930 – que engendrou a ascensão nazista –, aos ataques de 11 de Setembro de 2001¹² e, mais recentemente, à crise financeira mundial de 2008. Naomi Klein observou esse fenômeno como algo a que chamou de *doutrina do choque* (KLEIN, 2007).

Instalada a vulnerabilidade no corpo social, o trauma (natural, militar ou econômico) proporciona canais para a imposição de dispositivos ideológicos que deem suporte e legitimidade a novos modelos de, *v.g.*, economia de

¹⁰ Dias após a difusão das recentes denúncias de espionagem norte-americana a diversos países, em evento realizado pela Associação Brasileira de Provedores de Internet e Telecomunicações (Abrint), em São Paulo, o Ministro das Comunicações, Paulo Bernardo, se mostrou a favor da liberdade e da privacidade na internet, e afirmou que dificilmente haveria justificativa plausível para o programa delatado, se confirmada sua existência. Por fim, o ministro cogitou a construção de data centers no Brasil, a fim de subsumir as informações ali armazenadas à jurisdição do País (*Notícias de monitoramento de informações pelos EUA preocupam governo brasileiro, diz Paulo Bernardo*. In: Agência Brasil. Por Alex Rodrigues. Disponível em: <<http://www.abc.com.br/noticias/brasil/2013/06/noticias-de-monitoramento-de-informacoes-pelos-eua-preocupam-governo>>. Acesso em: 22.06.2013.)

¹¹ Para maior aprofundamento no tema, recomenda-se a análise de Robert Castel sobre as angústias alimentadas pela insegurança na atualidade em CASTEL, Robert. *A insegurança social: O que é ser protegido?* Petrópolis: Vozes, 2005.

¹² Em paralelo, Richard Clarke discorre sobre a manipulação emocional sofrida pelo povo norte-americano como estratégia do governo da intenção de justificar o envio de tropas ao Iraque. Disponível em: <<http://youtube.com/watch?v=kKBsCdtkshQ>>. Acesso em: 31.07.2013. Vide CLARKE, Richard A.; KNAKE, Robert. *Cyber War: The next threat to national security and what to do about it*. New York: Harpercollins USA, 2010.

mercado ou gestão governamental à localidade então afetada (ŽIŽEK, 2011). Assim, o pânico – inflamado pelo frenesi midiático – acomete o público de tal forma que chega a prepará-lo para aceitar, quase inauditamente, soluções e intervenções propostas, por fim encaradas como inevitáveis (*idem, ibidem*).

As modernas iniciativas governamentais no setor de Segurança e Defesa, sobretudo nos EUA, têm provocado debates sobre democracia e vigilância na doutrina especializada e na sociedade civil – hoje concebida como um novo ator global (*stakeholder*). Contudo, a falta de transparência dos Estados, combinada com documentos normativos estrategicamente promulgados, tem dado respaldo legal a uma série de violações a direitos fundamentais.

Após o incidente de 11 de Setembro, o congresso estadunidense aprovou o *USA Patriot Act*¹³ como manobra para que se passasse a isentar do então vigente *Freedom of Information Act*¹⁴ todas as solicitações de repasse informacional feitas a empresas prestadoras de serviços de comunicação. Mais tarde, seguindo essa linha, o poder público foi ainda expandido através da criação da *National Security Letter* (NSL).

Instituídas pelo *Electronic Communication Privacy Act*¹⁵, em 2003, pela Administração Obama, as chamadas *cartas de segurança nacional* são uma espécie de *intimação administrativa* advindas do Poder Executivo, que legitimam a exigência não judicial da quebra do sigilo de comunicações – podendo, inclusive, impor dever de silêncio a seus destinatários. São utilizadas, sobretudo pelo FBI, para investigações autorizadas em casos de suspeita de terrorismo internacional ou inteligência clandestina, não podendo (ao menos teoricamente) ser usadas para elucidação de questões de menor potencial ofensivo.

Na Alemanha, uma lei de retenção de dados foi derrubada em sede constitucional – a partir de iniciativas do próprio povo¹⁶. Destinado a combater criminalidade grave e atividades terroristas, o diploma entrou em

¹³ Acrônimo de *Uniting and Strengthening America by Appropriating Tools to Intercept and Obstruct Terrorism Act of 2001*.

¹⁴ Acrônimo de *Freedom of Information Law* – diploma regulador da liberdade de expressão nos EUA.

¹⁵ ECPA, 18 U.S.C. seção 2709.

¹⁶ No entanto, a lei não era integralmente consoante com a Diretiva 24/2006, da União Européia (que permitia o armazenamento apenas dos metadados – e não do conteúdo, em si, das comunicações). Os metadados, cumpre esclarecer, correspondem aos chamados “dados de não conteúdo”, ou seja, as informações adjacentes às mensagens de comunicação – eletrônicas ou telefônicas –, como endereços de remetente e destinatário e carimbos de data e hora.

vigor em 2008, permitindo a interceptação das comunicações estabelecidas entre os cidadãos alemães. Em contrapartida, vale dizer que a comunidade tedesca em muito preza pelo direito à intimidade – talvez um repúdio herdado ao controle extremado do Stasi, a que foram submetidos no regime hitlerista. Provocado por quase 35 mil demandas judiciais contra o abuso daquele ato normativo, o *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG) – o tribunal constitucional alemão – reconheceu haver, de fato, uma penetração exacerbada do Estado na esfera íntima dos cidadãos, pelo que determinou o descarte da coletânea de informações recolhidas até então ¹⁷.

Em todo o mundo, a alta tecnicidade, a expansão e o caráter evolucionista das telecomunicações têm dificultado produções acadêmicas e legislativas satisfatórias no assunto. Por conseguinte, o repúdio social à impunidade continua em confronto com o perigo de se outorgar plenos poderes à administração estatal. Isso tem impulsionado diversas iniciativas não governamentais para difusão e intercâmbio de conhecimentos técnicos sobre o uso das TICs e suas respectivas implicações jurídico-sociais. Dentre elas, formou-se a *Digital Due Process* (DDP), uma coalizão de especialistas, juristas e grandes empresas do ramo – como Apple, Google, Facebook e Microsoft. O objetivo é propor atualizações legislativas para que se proteja a privacidade dos dados e das comunicações dos usuários da rede, e ao mesmo tempo, colaborar com agências governamentais na resposta a eventos críticos.

4. DEMOCRACIA E ULTRAVIGILÂNCIA

Na cronologia da formação do Estado ¹⁸, superado o modelo gentílico de sociedade – e finalmente renunciados os sacrifícios, a vingança privada e as demais formas primitivas de aplacar a cólera divina ou de “retribuir” à figura do delinquente o então castigo por seu comportamento, o monopólio do uso da força e do exercício de punir foi retirado do povo (MORRIS, 2005). Depositado no Estado, foi o chamado *ius puniendi* que passou a legitimar (subjativa e exclusivamente) a submissão do criminoso

¹⁷ *German Court Orders Stored Telecoms Data Deletion*. BBC News. Publicado em 02.03.2010. <<http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/8545772.stm>>. Acesso em: 01.02.2013.

¹⁸ Ensina Dalmo de Abreu Dallari que a expressão “Estado” foi utilizada pela primeira vez em 1513, na obra “O Príncipe”, do italiano Niccolò dei Machiavelli (DALLARI, 19981, p. 51). No entanto, a profusão do conceito se deu a partir da assinatura dos Tratados de Vestfália (1648), amplamente reconhecidos como a incubadora do paradigma moderno de Estado (NICOLITT, 2008, p. 13).

à vontade do Estado enquanto sanção legal correspondente ao delito cometido (MARQUES, 1966, p. 07) ¹⁹. Portanto, não é equivocado afirmar que o conceito de Estado é coincidente com a noção e o exercício da soberania. E em um regime democrático, o poder é dado ao Estado pelo povo – e para o povo (LINCOLN *apud* SILVA, p. 130).

Não é exagerado o reconhecimento de que “hoje, a urgência parece subverter, e de forma durável, a produção de todo o Direito” (ÖST, 1999, p. 360). Por outro lado, cabe afirmar que um Estado não rendido a um punitivismo simbólico e inflacionário ²⁰ não se confunde com ignorar transformações cosmovisionais e, conseqüentemente, negligenciar novos contornos do *modus vivendi*; a grande lição das últimas décadas é que o papel do Direito não está aquém do que escotar a evolução social (CECILIO, 2010) ²¹.

De acordo com a *Electronic Frontier Foundation* (EFF), conhecidos não mais que a data de nascimento, o código postal e o sexo – o que corresponde, aproximadamente, a uma quantidade de informação mensurada em 33 bits –, é possível deduzir a identidade de alguém (ECKERSLEY, 2010); e há alguns anos afirmou-se, com propriedade, que o Google e o Facebook tornavam-se as maiores bases de dados do mundo (GLENNY, 2011).

Em *Dark Market – Cybercrime and you*, o historiador e jornalista britânico Misha Glenny destacou que a “onipresença multiplataforma e multitarefa do Google” violaria a legislação antitruste norte-americana, e que a imensidão de dados pessoais ali aglomerados consistem, a um só tempo, em uma oportunidade para o crime e um perigo às liberdades civis (*ibidem*, p. 17). Para o autor, tal ameaça é devida à possibilidade de o governo dos EUA acessar o banco de dados daquela empresa sem grandes

¹⁹ “A pretensão punitiva seria o poder do Estado de exigir de quem comete um delito a submissão à vontade penal. Através da pretensão punitiva o Estado-Administração procura tornar efetivo o *ius puniendi* (...)” (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Correlação entre acusação e sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.75)

²⁰ No entender do doutrinador espanhol Jesús María Silva-Sánchez, a disciplina penal tem se modulado a partir do clamor imediatista e punitivo da opinião pública – crente na (falaciosa) ideia de que o combate da criminalidade se reveste de eficiência com a edição reiterada de tipos penais e com o recrudescimento das penas (SILVA-SÁNCHEZ *apud* CECILIO, 2010, p. 16).

²¹ Em especial, a crise mundial de 2008, resultado do *laissez-faire*, *laissez-passez* norte-americano para o setor financeiro, iniciado na década de 1980, sob a Administração Reagan, tornou evidente que a desregulação pode ser um sedutor veículo de desenvolvimento sem controle político (RODRÍGUEZ & AGUDELO), mas também um anúncio de situações traumáticas.

esforços legais, o que dispensaria a necessidade de invasão daqueles sistemas por suas agências de inteligência. Em uma pergunta simples, Glenny resumiu sua principal indagação: “quem abriria mão desse poder em nome da legislação antitruste?” (*ibidem*).

A vastidão de informações com potencial para se tornar uma ferramenta comunitária de comunicação parece digladiar com os “Estados paralelos” de dados que têm se formado e se alimentado uns dos outros – aponta, no mesmo sentido, Julian Assange (ASSANGE *et al*, 2013). De acordo com ele, agências de inteligência de todo o mundo interceptam o fluxo de comunicações – ora pela internet ora por telefonia celular, agora naquela imbuída – muitas vezes sem a invocação dos respectivos poderes judiciários. Nessa linha, afirma que “a internet, que deveria ser um espaço civil, se transformou em um espaço militarizado. Mas ela é um espaço nosso, porque todos nós a utilizamos para nos comunicarmos uns com os outros, com nossa família, com o núcleo mais íntimo de nossa vida privada” (*ibidem*, p.53).

Também Andy Müller-Maguhn afirma ocorrer um armazenamento em massa “de todas as telecomunicações, todas chamadas de voz, todo o tráfego de dados e todas as maneiras pelas quais se consomem os serviços de mensagens de texto (SMS)”, o que estaria sendo realizado ora pelo governo ora pela indústria de vigilância em massa em todo o globo – sobretudo nos EUA (*ibidem*, p. 56). Segundo ele, o barateamento das tecnologias de armazenamento de dados tem estimulado o monitoramento massivo das comunicações dos cidadãos, e, se antes alguém despertava a necessidade de vigilância por razões profissionais ou pela suspeita de envolvimento criminosos, nos dias de hoje o raciocínio estaria mais próximo de “vamos pegar tudo e esmiuçar depois” (*ibidem*, p. 57).

A isso se chamou *interceptação estratégica*, que foi utilizada nos recentes conflitos líbios para monitorar comunicações em todo o país; a empresa francesa Amesys forneceu ao regime de Muammar al-Gaddafi um sistema denominado Eagle – uma caixa que, deixada em determinado local, funcionou como mecanismo de interceptação de âmbito nacional ²².

²² SCOTT-RAILTON, John. *Revolutionary Risks: Cyber Technology and Threats in the 2011 Libyan Revolution*. In: CIAWG Case Study on Irregular Warfare and Armed Groups. Center on Irregular Warfare and Armed Groups. U.S Naval War College. Newport, Rhode Island. <<http://www.usnwc.edu/getattachment/Departments---Colleges/Center-for-Irregular-Warfare---Armed-Groups/Publications/Scott-Railton-final-for-website.pdf.aspx>>. Acesso em: 19.02.2013.

Nos Estados Unidos, dois casos (conhecidos como NSA e AT&T e Hepting *versus* AT&T) também provocaram importantes discussões sobre a democracia e a manutenção da segurança nacional. Após o incidente de 11 de Setembro, o governo passou a legitimar o que antes seriam transgressões normativas²³, alegando possuir autoridade executiva para permitir algo próximo a um programa de espionagem nacional por meio da National Security Agency (NSA) – sem ordem judicial (RISEN, 2005).

Embora possam inspirar desconfiança – ou mesmo sugerir interpretações conspiracionais –, todos esses relatos parecem ter fundamento considerável, e provocam, em todo o mundo, discussões de matiz constitucional. E se governos e empresas recolhem cada vez mais informações sobre seus cidadãos e seus clientes, voltam à tona as dificuldades de a prevenção da delinquência e a preservação dos direitos individuais caminharem juntas. Entre a criminalidade e um verdadeiro *panóptico* instalado no ciberespaço, à sociedade, espremida, parecem restar poucos recursos para proteger sua esfera privada.

O direito à privacidade possui a faculdade de constranger os outros ao respeito de situações vitais que somente dizem respeito ao próprio titular (FERRAZ JÚNIOR, 1993, p.77); seu cerne alude ao controle de quais informações que devam ou não ser levadas a conhecimento público, sujeito, portanto, à exclusiva e discricionária decisão daquele a quem pertencem (BRANCO, 2009, p. 422). Além disso, é válido o destaque de que a privacidade é um dos componentes de maior relevância no interior de certas relações humanas – como o casamento (*ibidem*, p. 421); soa inconcebível cogitar um Estado que se declare democrático e que, ao mesmo tempo, permita relativizar indistintamente a privacidade de seus próprios cidadãos sob o pretexto da (espera pela) iminência de ataques. Na seara dos Direitos Humanos, já foi afirmado que a expressão *vida privada* compreende a proteção contra “ataques à integridade física, moral e sobre a liberdade intelectual (do indivíduo), contra o uso impróprio do nome e da imagem de alguém, contra atividades de espionagem ou de controle ou de perturbação da tranquilidade da pessoa e contra a divulgação de informações cobertas pelo segredo profissional” (ROLIN, 1973).

²³ De acordo com Jacob Appelbaum, inclusive desobedecendo o Foreign Intelligence Surveillance Act 1978 (FISA) tornou ilegal para órgãos norte-americanos monitorar seus cidadãos sem provimento judicial. Após os ataques de 11 de Setembro, a NSA foi autorizada pelo então presidente George W. Bush a proceder com interceptações em massa através de um decreto-lei aprovado pelo Congresso, o Authorization for the Use of Military Force (AUMF) (ASSANGE *et al*, 2013, p.59).

Para Pietro Costa, o dito “Estado de Direito” resulta da conexão entre o Estado, propriamente dito, e a ordem jurídica, sendo baseado no poder político, no direito e nos indivíduos (COSTA, ZOLO & SANTORO, 2006, p. 96), Incontestavelmente, de acordo com a teoria constitucional tradicional, para que haja verídico reconhecimento do Estado de Direito como tal, “os poderes públicos devem ser exercidos sobre balizas estabelecidas pelo ordenamento jurídico” – leia-se, dentro dos conhecidos limites constitucionais (NICOLITT, 2008, pp.27-29). O que vem a destoar disso caracteriza desvio e corrupção, engendrando o conceituado Estado de Exceção permanente (SCHMITT, 2006).

Em tempos de anormalidade constitucional, quando algum poder de fato metajurídico ²⁴ representa ameaça à ordem instituída – declarada inapta a manter o controle social –, uma série de medidas são postas em cena a pretexto de restaurar a estabilidade, resposta essa que surge, profilaticamente, sob a forma daquilo a que se chamou de *Estado de Exceção* (NICOLITT, 2008, p. 32).

A ideia do Estado de Exceção surgiu na perspectiva das constituições emergentes após a II Guerra Mundial; a tragédia vivida pelas democracias entre as duas grandes guerras deixou como lição a importância de se reconhecer os direitos do homem e, ao mesmo, manter a salvaguarda geral dos regimes (MIRKINE-GUETZÉVITCH, 1957, pp. 178 e 197). Nesse plano, o conceito intenta a “organização constitucional dos períodos de crise”, consistindo, em apertada síntese, em uma tentativa desesperada dos regimes democráticos de restabelecer a estabilidade afetada por abalos políticos, sacrificando minimamente os direitos e garantias constitucionais (COELHO, 2009, p. 1383). Não obstante, diversos países têm conhecido, em pleno século XXI, uma duração demasiado extensa – quando não permanente – desse *ponto de desequilíbrio entre direito público e fato político* (AGAMBEN, 2004, p.11).

Tal como ocorreu na experiência germânica, em que se assistiu a gênese da Administração Nazista a partir de um Estado de Exceção permanente, também o Estado norte-americano, após o incidente de 11 de Setembro, passou a adotar técnicas de governo com medidas destoantes do regime democrático, reveladas, já de primeiro momento, na forma de interceptações

²⁴ Expressão emprestada por Cipriana Nicolitt.

telefônicas em massa e de constrangimentos nos aeroportos a que foram submetidos turistas e imigrantes (NICOLITT, 2008, p.33). No contexto da campanha de *guerra ao terror*, diversos governos acompanharam o exercício estadunidense na relativização, em larga escala, de direitos fundamentais sob a justificativa da segurança e defesa nacionais.

Recentes denúncias têm sido veiculadas na mídia internacional a respeito de supostos programas de ultravigilância mantidos pelos EUA sobre seus cidadãos na Administração Obama, que teriam sucedido iniciativas tomadas já no Governo Bush. De toda maneira, especialistas em todo o mundo afirmam com veemência tratar-se de uma política que não é exclusiva dos EUA, mas, em verdade, empregada por diversos países. Segundos eles, inúmeras agências de inteligência orientam seus analistas a monitorar, rotineiramente, o todo o fluxo telemático de seus cidadãos à procura de atividades suspeitas.

Isso caracteriza nada menos do que uma manifestação de medidas de tentativa de restauração do sentimento de segurança que, tomadas em caráter de emergência, ganharam durabilidade e assim permaneceram no cotidiano político-social. Paulatinamente, os contornos do Estado dito democrático passam a ser distorcidos, aproximando-se de um sintoma crônico do Estado de Exceção – que, provisório na origem, é mantido em definitivo.

Fundamental é frisar que não se refere, aqui, a medidas legalmente previstas para fins investigativos ou atividades de inteligência; certo é que não há direito absoluto, e, por tal razão, o próprio legislador constitucional tratou de definir um catálogo de situações em que aquelas se fazem legítimas; assim sendo, o monitoramento de telecomunicações fora dos requisitos definidos em lei configura abuso de autoridade, podendo ocasionar responsabilidade penal do servidor – como previsto no ordenamento jurídico brasileiro. No mesmo sentido, a coleta de informações que foge à diretiva legal previamente definida, seja qual for o motivo, não caracteriza atividade de inteligência – mas espionagem ²⁵.

²⁵ Nesse ponto reside outra problemática inerente às hostilidades informáticas, não só questionável quanto à violação do direito à privacidade, mas igualmente tangente à soberania dos Estados: a interceptação de telecomunicações a nível internacional. Aqui se emprega a expressão “hostilidade informática” para designar o gênero de condutas mal intencionadas perpetradas contra a sociedade da informação, do qual são espécie o ciberterrorismo, a ciberguerra e os cibercrimes. Respeitadas ao máximo todas as propostas acadêmicas dedicadas ao estudo dos crimes digitais, permissa venia, as condutas que se valem da informática apenas como *modus operandi* para atacar bens jurídicos já conhecidos (v.g., honra, patrimônio etc.) não devem ser

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde sua concepção, o paradigma consagrado de Estado de Direito é desafiado a acalantar o épico embate entre segurança e liberdade. Mais do que elementos naturais e necessários às sociedades humanas, esses valores apresentam condições fundamentais ao bem estar coletivo e à própria felicidade individual – que são, por excelência, a original pretensão da existência do Estado.

Nos tempos contemporâneos, determinados por responsabilidades e ambições globais, o advento da tecnologia e suas reflexas transformações nas sociedades pós-modernas têm interpelado esse embate, agora transposto para um domínio até então inexplorado: o *digital*. A inexpressão reguladora nesse ambiente tem seguido a mesma linha de episódios já antevistos, e que parecem ter esclarecido que a desregulação é um atraente veículo de desenvolvimento econômico sem controle político (BORJA JIMÉNEZ *apud* RODRÍGUEZ & AGUDELO), mas também um perigoso prelúdio de situações traumáticas.

De toda maneira, considerando que a ubiquidade das tecnologias da informação serve também a ações hostis, a desesperada busca dos países por resiliência e capacidade de contenção de ataques externos ou internos às suas infraestruturas e pela inclusão no ordenamento jurídico de dispositivos aptos a escoltar a evolução da sociedade da informação conduzem ao remate de que a urgência talvez até possa subverter a produção jurídica – mas jamais pode ser admitida como instrumento de obliteração de direitos fundamentais, cuja conquista histórica tratou de consagrá-los como verdadeira insígnia da condição humana. A virtualização hodierna de conhecimentos e atividades nada mais faz do que transferir para o ciberespaço a mesma premissa de submissão e limitação do poder do Estado àqueles direitos; porque, como afortunadamente declarou

entendidas como crime informático, devendo ser este concebido, exclusivamente, como toda conduta que atente, física ou logicamente, contra a integridade ou a segurança da informação, bem como das ferramentas (físicas ou lógicas) responsáveis pelo processamento, armazenamento e transferência de dados. Isso porque as condutas penalmente reprováveis nas quais a informática não é mais que uma ferramenta ou instrumento não atacam diretamente a informação ou os sistemas responsáveis pelo processamento, armazenamento e transferência de dados. A ciência jurídica, sobretudo o Direito Penal, é demasiado apoiada em classificações; ademais, a disciplina está baseada, a saber, na tutela de bens jurídicos – que devem ser definidos e conceituados de modo bastante, sob pena de esvaziamento do princípio da lesividade (CECILIO, 2013).

Burdeau, “o poder é uma força a serviço de uma idéia” – e essa idéia, no Estado de Direito, é o bem-estar dos indivíduos que o compõem.

KYBERNETES: DEMOCRACY AND ULTRAVIGILANCE IN KNOWLEDGE ERA

ABSTRACT: This study aims to demonstrate the importance of international agenda of cybersecurity be inserted in the Rule of Law context. In the actual moment, marked by responsibilities and global ambitious, the information tecnology displays its ubiquity compelling nations to review internal and external aspects concerning Security and Defense. From the interdisciplinarity, this article invokes reflexions about the power of State when exposes analitically the confront between the rhetoric of prevention and the fundamental right to privacy.

KEY-WORDS: Information Society. Democratic State of Rule. Fundamental rights. Privacy.

6. BILIOGRAFIA

AGAMBEN, Giorgio. Estado de exceção. 02ª ed. Trad. POLETI, Iraci D.. São Paulo: Boitempo Editorial, 2004.

ASSANGE, Julian; APPELBAUM, Jacob; MÜLLER-MAGUHN, Andy; ZIMMERMANN, Jérémie. Cypherpunks - Liberdade e o futuro da Internet. Trad. YAMAGAMI, Cristina. São Paulo: Boitempo, 2013.

AZAMBUJA, Darcy. Teoria Geral do Estado. 29ª Ed. São Paulo: Globo, 1992.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Correlação entre acusação e sentença. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

BAUMAN, Zygmunt. Confiança e Medo na Cidade. Trad. AGUIAR, Eliana. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires. Curso de Direito Constitucional. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009. CASTEL, Robert. A insegurança social: O que é ser protegido? Petrópolis: Vozes, 2005.

BURDEAU, Georges. Méthode de La Science Politique. Paris: Ed. Daloz, 1959.

CECILIO, Leonardo Rezende. Crimes Informáticos – Sobre os primeiros desafios da disciplina penal na era da informação. Orientador: Rubens R. R. Casara. Monografia. Curso de Bacharelado em Direito. Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas Ibmecc/RJ. Rio de Janeiro, 2013.

- _____. O Brasil no Cenário do Tráfico Internacional de Drogas: Uma análise multidimensional da realidade. Revista da SJRJ. Vol. 17. Nº 29. Direito Penal e Processual Penal. Rio de Janeiro: 2010.
- Centro de Estudos, Resposta e Tratamento de Incidentes de Segurança no Brasil. Disponível em: <<http://www.cert.br/>>. Acesso em: 05.06.2013.
- CLARKE, Richard A.; KNAKE, Robert. Cyber War: The next threat to national security and what to do about it. New York: Hapercollins USA, 2010.
- COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo; SANTORO, Emilio (Org.). O Estado de Direito: História, teoria e crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. 20. ed. São Paulo: Saraiva: 1998. DUGUIT, Léon. Traité de Droit Constitutionnel. Vol. III. Paris: Ed. Fontemoing, 1927.
- ECKERSLEY, Peter. A Primer on Information Theory and Privacy. Publicado em 26.01.2010. Disponível em: <<https://www.eff.org/deeplinks/2010/01/primer-information-theory-and-privacy>>. Acesso em: 22.08.2012
- Bush ignorou recomendações do Direito Internacional, afirma Richard Clarke. Entrevista com Richard Clarke. Por Ganeton Moraes Neto. Dossiê Segredos de Estado. Programa Milênio. Canal Globonews. Publicado em 10.09.2011. Disponível em: < <http://g1.globo.com/globo-news/noticia/2011/09/bush-ignorou-recomendacoes-do-direito-internacional-afirma-richard-clarke.html>>. Acesso em: 08.05.2013.
- FERRAZ JÚNIOR, Tercio. Sigilo de Dados: O Direito à Privacidade e os Limites à Função Fiscalizadora do Estado. in: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993
- German Court Orders Stored Telecoms Data Deletion. BBC News. Publicado em 02.03.2010. <<http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/8545772.stm>>. Acesso em: 01.02.2013.
- GEROVITCH, Slava. "Cybernetics and Information Theory in the United States, France and the Soviet Union". In: WALKER, Mark (Dir.). Science and Ideology: a comparative history. Londres: Rotledge, 2003. Disponível em: <http://www.infoamerica.org/documentos_word/shannon-wiener.htm>.
- GLENNY, Misha. Mercado Sombrio: O cibercrime e você. Trad. CALIL, Augusto Pacheco; SCHLESINGER, Luiz A. de Araújo. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- KLEIN, Naomi. The Shock Doctrine: the Rise of Disaster Capitalism. Londres: Penguin, 2007.
- LATIL, Pierre de. O Pensamento Artificial. São Paulo: IBRASA, 1973.
- LYOTARD, J.F. A Condição pós-Moderna. Trad. Ricardo Corrêa Barbosa. Rio de Janeiro: José Olympio, 2011.

- MARQUES, Jose Frederico. Tratado de Direito Penal. Vol. 1. 2ª Ed. Propedêutica Penal e Norma Penal. São Paulo: Saraiva, 1964.
- MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris. Evolução Constitucional Européia. Rio de Janeiro: Konfino, 1957.
- MORRIS, Christopher W. Um Ensaio sobre o Estado Moderno. Trad. Sylmara Beletti. São Paulo: Landy Editora, 2005.MPF, 2006
- NEGRI, Antonio; HARDT, Michael. Imperio. Trad. SADIER, Eduardo, da edição de Harvard University Press, Cambridge, Massachussets, 2000. Disponível em: < <http://www.newsblog.e-pol.com.ar/usr/150/656/imperio.pdf> >. Acesso em: 14.06.2013.
- NICOLITT, Cipriana. O Paradigma de Estado de Direito. In: Revista OABRJ. Vol. 27. nº 02. jul./dez. 2011. pp. 13-40. Rio de Janeiro: OABRJ, 2011.
- ÖST, François. O Tempo do Direito. Lisboa: Piaget, 1999.
- PIMENTEL, Alexandre Freire. O Direito Cibernético: um enfoque teórico e lógico-aplicativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- A ética em tempos de crise. Entrevista com Patrícia Peck Pinheiro. Por Guto Abranches Programa Conta Corrente. Canal Globonews. Exibido em 27.06.2009. G1. Disponível em: <<http://globoTV.globo.com/globo-news/conta-corrente/v/acompanhe-um-debate-sobre-a-etica-em-tempos-de-crise/1069166/>>.
- Relatório de Criminologia Virtual 2009 – Virtualmente Real: A era da guerra cibernética. McAfee. Disponível em: < http://www.mcafeenewsletter.com.br/estudos_mcafee/pdf/McAfee_virtual_criminology_2009_br.pdf >. Acesso em: 01.02.2013
- RISEN, James; LICHTBLAU, Eric. The New York Times. Publicado em 16.12.2005. Disponível em: <<http://www.nytimes.com/2005/12/16/politics/16program.html?pagewanted=all&r=0>>. Acesso em: 20.01.2013.
- RODRÍGUEZ, Luiz Ramón Ruiz; AGUDELO, Gloria González. El Factor Tecnológico em La Expansión Del Crimen Organizado. Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico. Disponível em: <http://www.ciidpe.com.ar/area3/FACTOR_TECNOLOGICO_EN_CRIMEN_ORGANIZADO_RUIZ_Y_GONZALEZ.pdf>. Acesso em: 19.11.2011.
- ROLIN, Henri. Conclusions in Privacy and Human Rights. Manchester: 1973.
- SCOTT-RAILTON, John. Revolutionary Risks: Cyber Technology and Threats in the 2011 Libyan Revolution. In: CIAWG Case Study on Irregular Warfare and Armed Groups. Center on Irregular Warfare and Armed Groups. U.S Naval War College. Newport, Rhode Island. <<http://www.usnwc.edu/getattachment/Departments-Colleges/Center-for-Irregular-Warfare-Armed-Groups/Publications/Scott-Railton-final-for-website.pdf.aspx>>. Acesso em: 19.02.2013.
- SCHMITT, Carl, Teologia Política. Trad. ANTONIUK, Elisete. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 15ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

VALLÉE, Robert. Norbert Wiener (1894-1964). International Society for the Systems Sciences. Disponível em: <<http://www.iss.org/lumwiener.htm>>. Acesso em: 01.06.2013.

VIEIRA, Paulo César Pinto. Redes de Fibra Óptica em Meio Urbano. Monografia. Curso de Pós-Graduação em Informática Pública. Prodabel/PUCMG. Área de Concentração: Redes de Computadores. Orientação: NASSIF, Lillian Noronha. Patrocínio: Analista Paulo Sena Guedes. Unidade de Redes Metropolitanoas – UMI. Belo Horizonte: 2000.

ŽIŽEK, Slavoj. Primeiro como Tragédia, Depois como Farsa. Trad. MEDINA, Maria Beatriz. São Paulo: Boitempo, 2011.

CLÁUSULA UNILATERAL DE ELEIÇÃO DE FORO NA UNIÃO EUROPEIA

Luis Eduardo Bianchi Cerqueira - Juiz Federal

Resumo: O presente trabalho analisa decisão da Corte de Cassação Francesa, que considerou inválida cláusula unilateral de eleição de foro, em contrato envolvendo partes de diferentes Estados-membros da União Europeia, comparando-a com outra, oriunda de corte do Reino Unido, na qual, tal cláusula é considerada válida. Também verifica precedentes de outros países como Bulgária, Rússia, Itália e Israel, os quais, de alguma forma, relacionam-se com a questão. A final, contextualiza as divergências apontadas entre os diferentes entendimentos no contexto histórico-cultural e no conflito intertemporal, já que o Regulamento 44/01 está sendo substituído pelo Regulamento 1215/12, no seio da União Europeia.

Palavras-chave: Cláusula unilateral, eleição de foro, condição potestativa.

1. INTRODUÇÃO

Recente decisão da Corte de Cassação Francesa trouxe relativa insegurança, no seio da União Europeia, sobre a validade da cláusula contratual de eleição de foro, em contratos internacionais, que seja de feitio unilateral.

O presente trabalho tem a intenção de estabelecer uma comparação entre o entendimento exposto pela justiça francesa e aquele oriundo da justiça britânica, em sentido inteiramente contrário.

Também realizará análise comparativa com o entendimento de outras cortes, como se deu na Rússia, Bulgária, Itália e Israel.

Por fim, contextualizará a controvérsia, investigando a possível origem da divergência, bem como, realizando uma análise comparativa, sobre a matéria de fundo, entre os Regulamentos Bruxelas I e II.

2. A DECISÃO DA PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL DA CORTE DE CASSAÇÃO FRANCESA, DE 26/09/2012

O recurso em questão tratou da cláusula atributiva de jurisdição, porque o contrato estabelecia que, somente uma das partes poderia escolher qualquer tribunal competente, para dirimir as questões relativas à avença. Assim, considerou que ela não seria válida, por ser potestativa, contrariando o objeto e a finalidade do artigo 23 do Regulamento Bruxelas I.

O tribunal destacou que esse tipo de cláusula caracteriza-se pelo fato de um dos contratantes estar contratualmente obrigado a ajuizar as eventuais ações judiciais, relativas ao dito contrato, perante uma dada jurisdição, enquanto a outra não teria a mesma limitação.

Para melhor entendimento do teor da decisão e dos reflexos dela advindos, convém adentrar aos detalhes do caso.

Determinada cliente tinha uma conta em um banco, cuja sede principal fica em Luxemburgo, mas tendo sido feito um depósito vultoso na sucursal de Paris, que decorria de uma doação paterna, mas se alegou ter ocorrido perdas, igualmente de grande monta, motivo pelo qual, ingressou-se em Paris com uma ação indenizatória, contra ambos os entes – a financeira, da França, e o banco, de Luxemburgo. Porém, a instituição financeira – são entes do mesmo grupo - invocou a cláusula atributiva de jurisdição luxemburguesa.

A primeira alegação de recurso da instituição financeira foi a de que a instância decisória original não deveria ter rejeitado a exceção de incompetência, por conta da existência de uma cláusula contratual, que previa que as relações entre o banco o cliente seriam regidas pela lei de Luxemburgo e que os eventuais litígios seriam, como regra, submetidas à jurisdição exclusiva dos tribunais luxemburgueses. A mesma cláusula atributiva de jurisdição, previa que o banco, exclusivamente, poderia mover a ação judicial no domicílio do cliente ou perante qualquer outro tribunal competente, na falta da escolha precedente.

Afirmou a instituição financeira que o artigo 23 do Regulamento 44/2001, da União Européia, permitia fosse estipulada em favor de uma só das partes, reservando-a tal alternativa de mover a ação perante o foro do seu domicílio, do domicílio do cliente ou perante qualquer outro juízo competente, em função do dito regulamento. No que toca ao seu objeto, afirma-se que ela atendia perfeitamente às necessidades de previsibilidade e de segurança, pretendidas pelo artigo 23 da referida normativa.

Alega a instituição financeira, que, ao decidir em sentido contrário, a instância originária teria violado o artigo 23 do Regulamento 44/01, entendendo que a cláusula conferiria ao seu beneficiário – o banco – uma faculdade discricionária de mover a ação em uma jurisdição qualquer, fora mesmo daquele rol das possíveis jurisdições competentes, em razão do acordo da União Européia.

Também se alegou que, ainda que se tomasse a cláusula como se não houvesse sido escrita, a aplicação direta do artigo 23 do Regulamento 44 já permitiria que se escolhesse o juízo de seu domicílio ou, ainda, qualquer outro juízo competente, de modo que, a cláusula apenas se remete aos próprios termos do Regulamento 44, atendendo aos requisitos de previsibilidade de segurança, de modo que, de qualquer forma, a instância originária teria violado o dito artigo 23 do Regulamento 44/01.

Há uma terceira alegação, a de que, o fato da cláusula contratual prever que o direito luxemburguês seria aplicável e que, na ausência da escolha do banco, pelo foro de domicílio, de qualquer forma, a cláusula previa a aplicação das regras internacionais de competência fixadas no Regulamento 44/01. Luxemburgo faz parte da União Européia, de modo que, de qualquer forma o Regulamento 44 seria aplicável, em suas regras. Assim, a instituição financeira afirma que a instância originária violou o artigo 1134 do Código Civil, desnaturando a dita cláusula.

A quarta alegação, de natureza subsidiária foi a de que a primeira parte da cláusula, que conferia a competência ao juiz luxemburguês, não é a parte que é impugnada, porque se entender potestativa, mas a segunda. A exceção de incompetência rejeitada pela instância originária foi, exatamente, fundada sobre a primeira parte da cláusula, sobre a qual, não pode existir a alegação que motivou a sua rejeição. Logo, a instância

originária determinou o seu julgamento sobre um motivo inoperante, de modo que, evidenciada a violação do artigo 23 do Regulamento 44/01.

A instituição financeira também recorreu do fato da instância originária haver firmado a competência do juízo francês, onde a ação da cliente foi originalmente movida, além de haver rejeitado a exceção oferecida pelo banco.

Assim, quanto a esse tópico, a instituição financeira alega que a instância originária não fundamentou completamente a decisão, especialmente, no que se refere às relações entre as instituições financeiras envolvidas, o banco privado com sede em Luxemburgo e a financeira, submetida ao direito francês – ambas do mesmo grupo.

O segundo argumento da instituição financeira, nesse campo, referiu-se à identidade da situação de direito, que é a condição estabelecida para a aplicação do artigo 6º, parágrafo primeiro, do Regulamento 44, não teria sido constituída, porque as relações com uma das partes está submetida ao direito luxemburguês e as relações, que dizem respeito à financeira, estão submetidas ao direito francês. Assim, não haveria a referida identidade, o que não poderia ensejar a aplicação do mencionado artigo, o que teria sido omitido pela instância originária.

Um último argumento, de caráter subsidiário, refere-se à pretensa omissão da instância originária, para explicar como duas situações jurídicas, referentes a regras de sistemas jurídicos distintos, podem levar à competência única do juiz francês.

Ocorre, que a corte de cassação entendeu que as ações indenizatórias, contra a financeira e o banco, possuíam o mesmo objeto e colocavam a mesma questão, motivo pelo qual, decidiu-se pela aplicação do artigo 6º, parágrafo primeiro, do Regulamento Bruxelas I (44/01), de maneira que seria interessante instruir e julgá-los ao mesmo tempo – a fim de evitar resultados conflitantes -, pouco importando que as demandas sejam, eventualmente, baseadas em leis diferentes – francesa e luxemburguesa -, motivo pelo qual, o recurso não poderia ser acolhido, em qualquer de seus aspectos.

O artigo 6º, parágrafo primeiro, do Regulamento 44/01, invocado pela Corte de Cassação Francesa, para reunir as ações e decidir, a final, pela jurisdição local, é assim redigido:

“Uma pessoa domiciliada em um dos Estados-membros pode também ser acionada:

1. Onde ela seja uma, dentre muitos Réus, em cortes do lugar onde qualquer um deles seja domiciliado, desde que, os pleitos sejam tão intimamente relacionados, que seja útil instruir e julgá-los conjuntamente, para evitar o risco de julgamentos inconciliáveis, decorrentes de procedimentos em separado.”

Como a financeira tinha a sua sede em Paris, entendeu a Corte de Cassação Francesa que a existência de uma ação em Luxemburgo e outra na França, poderia produzir o resultado referido no artigo 6º, que são os julgamentos inconciliáveis, para uma mesma causa de pedir.

Como seria necessário reunir as ações, o problema resultante foi estabelecer qual a justiça competente, a francesa, a luxemburguesa ou outra.

Nesse ponto, a decisão da justiça francesa, de reunir as ações perante o juiz francês, é um tanto quanto controversa, porque se utiliza do argumento que a cláusula contratual é – puramente - potestativa, porque ela concede a uma parte um privilégio, que não concede a outra. Em sendo assim, contrariaria o artigo 23 do Regulamento 44/01, que trata dos casos onde é possível prorrogar a competência, por força de disposição contratual.

O artigo 23 da convenção em tela é assim posto:

“1. Se as partes, uma ou mais delas, é domiciliada em um dos Estados-membros, concordaram que uma corte ou mais de um Estado-membro devem ter a jurisdição, para resolver alguma disputa, relativamente a alguma particular relação jurídica, a corte ou as cortes devem ter essa jurisdição. Tal jurisdição deve ser exclusiva, a não ser que as partes pactuem de forma contrária. Tal acordo, conferindo jurisdição, deve ser:

por escrito ou evidenciável por escrito;

em uma forma de acordo com as práticas, que as partes estabeleceram entre elas mesmas;

.....(omissis).....;

2...(omissis).....”

Ora, a Corte de Cassação enxergou objetivos e finalidades no artigo 23 do Regulamento 44/01, onde eles não estão expressos. De qualquer forma, se a parte da cláusula, que possibilita a apenas uma das partes a escolha de outras jurisdições, que não a luxemburguesa, é nula, a primeira parte não o é, de modo que, segundo o artigo 23, deveria ser obedecida a vontade das partes, na parcela remanescente da cláusula, que continha a regra geral.

O mais importante é que, só poderia haver algum prejuízo, por conta da alegada potestividade da cláusula de eleição de foro, caso a ação fosse ajuizada em qualquer outro lugar, que não Luxemburgo ou na França – que sequer era o domicílio da cliente, porque esse domicílio estava na Espanha.

A instituição financeira pretendia que a justiça de Luxemburgo fosse considerada competente, por isso, ingressou com a exceção, rejeitada pela instância originária, na França. Ora, se assim o fosse, a tal “*pura potestividade*” não seria exercitada, em nada prejudicando a cliente da instituição financeira. De fato, a jurisdição luxemburguesa seria a competente, para ambas as partes, caso não existisse a disposição final, permitindo, somente à instituição financeira a escolha de outras jurisdições.

Por isso, não se compreende a decisão da Corte de Cassação, de optar pela jurisdição francesa.

Analisando a referida decisão, ANCEL e CUNIBERTI (2013, p.8), afirmam que o dito julgamento está no bojo de uma onda de decisões de cortes supremas, na Europa, que condena as cláusulas de jurisdição complexas, que atribuem competência a jurisdições diferentes, de acordo com a parte que move a ação. Afirmam que a Corte Suprema da Bulgária já o fez, em 02/09/2011 e que a Corte Suprema Comercial Russa agiu da mesma forma, em junho de 2012, anulando uma cláusula complexa.

Na hipótese francesa, observam os comentadores, a cliente contesta a validade da cláusula, alegando que ela não atribuía a mesma obrigação ao banco – de litigar somente perante o Judiciário Luxemburguês -, porque ele estaria livre para escolher a corte onde litigar. Por isso, estabelecem uma crítica, tanto do ponto de vista do Direito Internacional Privado, quanto, do Direito das Obrigações.

Sob o ponto de vista do Direito Internacional, o que, efetivamente,

interessa ao presente trabalho, afirmam os autores que uma primeira crítica está relacionada ao direito aplicável à questão principal, submetida à jurisdição francesa, que é o da validade da cláusula atributiva de jurisdição. Afirma-se que a corte reconhece a submissão da cláusula ao Direito Judiciário Europeu, mais especificamente, ao artigo 23 do Regulamento 44\01, o qual, autoriza prorrogações de competência por acordo de vontade (*Ibidem*, p. 9).

Afirmam, ainda, que a cliente não parece ter invocado a condição de consumidora, situação jurídica que modificaria o raciocínio jurídico, por conta de vedação contida no artigo 17 do mesmo diploma.

Ora, se o Direito Europeu é aplicável, o que os comentadores questionam é a ida ao judiciário nacional, para que ele determine alguma parte do direito aplicável ou ele todo. Se a finalidade da existência do artigo 23 é a harmonização do direito dos Estados-membros, relativamente às questões que ele regula, isso deveria impedir qualquer referência aos respectivos direitos dos Estados-membros, sobre tais questões (*Ibidem*.p.9).

Sustentam, ainda, os comentadores, que o artigo 23 só poderia ser aplicado para discutir licitude da cláusula, no que se refere à forma, não à sua validade substancial. Do ponto de vista da validade substancial da cláusula, diante da inexistência de solução no dispositivo estudado, haveria duas soluções: submissão ao Direito Europeu ou a submissão a um direito nacional. No primeiro caso, em inexistindo uma norma européia decidindo a questão, quem seria responsável por decidir seria a Corte Européia de Justiça, mas a jurisprudência dessa corte já deixou claro que não há risco à segurança jurídica, nesse tipo de cláusula, desde que, haja elementos objetivos precisos. Nesse caso, pela redação da cláusula, tais elementos objetivos existiam, de forma que o banco não poderia optar por qualquer jurisdição, como se interpretou, mas, seguir as regras de competência do direito comum europeu. Assim deveria prevalecer o respeito à autonomia privada (*Ibidem*.p. 9).

Uma outra solução possível seria distinguir entre as jurisdições, perante as quais as ações foram movidas. Se é uma das jurisdições eleitas na cláusula, deveria bastar que o seu próprio direito validasse a cláusula, a fim de autorizar a sua aplicação. Se não for, deveria ocorrer um declínio de competência, porque a competência de uma só dessas jurisdições, eleitas, bastaria para excluir aquela de todas as demais não eleitas (*Ibidem*.p.9). De qualquer modo, a solução dada não se encaixaria em quaisquer delas.

3. DECISÃO DA CORTE DE APELAÇÃO DO REINO UNIDO – CASO “CONTINENTAL BANK VS. AEKOS S.A.”

Posição diametralmente oposta, acerca da cláusula em questão, típica de contratos financeiros, foi exposta pela Corte de Apelação do Reino Unido (22/04/1994. p. 588/599), aproximadamente, uma década antes.

Na referida decisão, um banco americano fez um empréstimo a uma empresa grega de navegação, no qual, o respectivo contrato previa que ambos os contratantes se submetiam à jurisdição inglesa. Mas o banco se reservava ao direito de litigar perante a corte de qualquer outro país, que possuía ou alegue possuir jurisdição a respeito. A empresa grega iniciou, então, uma ação na Grécia, pleiteando indenização do banco, sob a alegação de exercício incorreto de direitos, relativos ao contrato de empréstimo.

Em consequência, o banco ingressou com uma ação na Inglaterra, com o fito de sustar a ação em curso na Grécia, alegando violação ao contrato, no que pertine à cláusula de eleição de foro. Tal medida foi concedida pelo judiciário inglês.

O recurso da empresa grega foi rejeitado, porque, no entender do Tribunal de Apelação, a cláusula de eleição de foro obrigava a empresa ré a submeter as suas disputas judiciais às cortes inglesas, de modo que, de acordo com o artigo 17 da Convenção de Bruxelas – a normativa anterior ao Regulamento 44/01 -, a hipótese seria de competência exclusiva. Mais ainda, a medida foi concedida, porque seria o único remédio possível para impedir que a empresa ré quebrasse o contrato.

Assim, ainda que se trate de um julgamento regido pela normativa anterior ao Regulamento 44/01, percebe-se que o tratamento dado pela jurisprudência à cláusula de eleição de foro em questão era no sentido de sua adequação ao direito europeu.

O recurso da empresa grega e dos demais réus envolvidos – garantidores e outros – alegava que não havia quebra contratual em se mover a referida ação indenizatória na Grécia, que a medida de sustar a ação na Grécia não deveria ser concedida, que a corte grega – também da comunidade – poderia dizer se era competente para processar o julgar o feito e, por fim, que a medida interferiu nos trabalhos de outra casa judiciária da Comunidade Européia.

A discussão principal, para se saber se mover a ação na Grécia representaria uma quebra contratual, no que toca à cláusula de eleição de foro, diz respeito à natureza da ação lá movida, porque é indenizatória. Não teria, portanto, uma relação direta com o contrato de financiamento em si – não se estava discutindo, por exemplo, a legalidade de uma dada cláusula do contrato de financiamento, como a que estipula a taxa de juros, por exemplo -, mas uma causa de pedir que decorre dele, apenas indiretamente.

O que entendeu a corte britânica foi que ambas as questões estavam intimamente ligadas, fazendo-se referência a um precedente da década de oitenta (Empresa Exportadora de Azucar v. Industria Azucarera Nacional S.A. - 1983), no qual, se deu solução semelhante. Caso se entendesse de forma contrária, as ações em questão poderiam ser movidas em jurisdições diferentes – a que verse sobre cláusulas do contrato de financiamento e a que se refere a algum pleito indenizatório, por força do exercício contratual. Entendeu a corte que isso importaria em um pesadelo processual. Deve-se presumir a intenção das partes de resolver as suas disputas em um único tribunal, portanto. A questão seria tão intrincada, por se referir o pleito indenizatório também a direitos e deveres contratuais, que seria impossível desvencilhá-las, a justificar a sua conexão, desafiando uma única jurisdição. Mas, isso não significa que a cláusula importe em jurisdição exclusiva.

As partes, no entender da corte, pactuam o sentido de resolver as suas questões, perante uma única jurisdição, a não ser que circunstâncias pouco usuais indiquem o contrário. Neste ponto, a corte britânica ingressa no ponto realmente relevante sobre a cláusula em comento. Afirma que a parte final da cláusula contém um cânone de construção do tipo “*expressio unius exclusio alterius*”, porque uma eventual escolha, por parte da empresa de navegação e dos outros réus, estaria fora de questão. Somente o banco possuiria essa possibilidade, segundo os termos da redação da cláusula. A exclusividade da jurisdição britânica seria apenas para os réus, não para o banco.

Outro argumento da corte foi no sentido de que a corte que melhor decidirá a questão da competência ou sobre a jurisdição exclusiva é aquela da eleição de foro. Nesse ponto, assemelha-se à crítica de ANCEL e CUNIBERTI, anteriormente mencionada. Além disso, a convenção, até então, em vigor, não impedia que a corte inglesa concedesse a medida de sustar a ação na Grécia, para fazer cumprir um acordo sobre eleição de foro.

Como se vê, já havia, ainda sob a égide da regulação anterior ao Regulamento 44/01, uma relativa tradição jurisprudencial, no sentido da validade da cláusula de eleição de foro unilateral.

A referida cláusula, no caso de bancos, possui um sentido prático, de fato, porque a instituição financeira pode ser obrigada a processar um eventual devedor, perante a jurisdição do novo domicílio daquele, evitando depender da cooperação jurisdicional ou da concessão de um *exequatur* (Ibidem.p. 8). Da mesma forma, o devedor pode ter bens em vários outros países, sendo muito mais prático adotar medidas executivas, perante tais jurisdições do que na jurisdição originalmente escolhida – normalmente, a da sede da instituição financeira.

Convém verificar a posição de outras cortes nacionais sobre a mesma.

4. OUTRAS DECISÕES JURISPRUDENCIAIS SOBRE A CLÁUSULA UNILATERAL SOBRE A ELEIÇÃO DE FORO

Muito embora a decisão da Corte de Cassação Francesa tenha tido um profundo impacto, ela não foi a primeira decisão, na Europa, contrária a esse tipo de cláusula.

Com efeito, na Bulgária, já em 02/09/2011 (Julgamento 71, no caso comercial 1193/2010) a Suprema Corte de Cassação, na sua Câmara Comercial, considerou inválida uma cláusula unilateral de eleição de foro, em um contrato de empréstimo, por se entender que esse tipo de cláusula envolveria um “direito” (sic) potestativo, que não seria permitida sob a lei búlgara, porque atos dessa natureza somente poderiam ser estabelecidos por algum ato do parlamento nacional (CUNIBERTI, 2013.p. 1).

No caso búlgaro, a situação é inteiramente doméstica, porque um contrato de empréstimo foi celebrado entre indivíduos e havia uma cláusula arbitral nesse contrato, prevendo que as disputas seriam resolvidas amigavelmente, mas que, caso não o fossem, o mutuante iniciaria um procedimento perante a Corte de Arbitragem da Câmara Búlgara de Comércio e Indústria (BCCI) ou outra instituição de arbitragem, ou ainda, perante a Corte Regional de Sófia.

A disputa surgiu, não foi resolvida amigavelmente, como previsto, a foi iniciado um procedimento arbitral na BCCI, a qual, considerou-se competente para solucionar a disputa, tendo decidido pela responsabilidade solidária de todos os mutuários, no pagamento do principal mais juros.

Os mutuários, por sua vez, alegaram que a cláusula arbitral seria contrária a boa moral e, em função disso, ilegal. Mais ainda, alegaram que ela contrariava o Princípio da Igualdade das Partes no Processo, que é um princípio geral do Processo Civil Búlgaro (Ibidem.p.1).

O entendimento da Suprema Corte de Cassação foi o de que esse direito conferido ao mutuante, de escolher, ao seu talante, o órgão solucionador da controvérsia, incidiria na categoria dos “direitos” (sic) potestativos. A natureza característica desses “direitos” (sic) seria o de conferir a uma pessoa ou grupo de pessoas um poder de afetar, unilateralmente, a posição legal de outra ou outras pessoas, sendo que o último (os últimos) seria obrigado a suportar as consequências. Em função da intensidade e dos potenciais efeitos lesivos dos “direitos” potestativos sobre terceiras partes, só podem existir em função de lei, não decorrência de contrato. Por isso, a corte decidiu que, nesse caso, o mutuante teria violado o artigo 26, 1, do Ato Búlgaro de Contratos e Obrigações, sendo tal cláusula nula (Ibidem.p. 1).

O que afirma CUNIBERTI desse caso é que, muito embora a decisão não seja vinculante para outras cortes nacionais, está no bojo de um conjunto de decisões invalidantes da referida cláusula e permite entrever uma tendência de rejeição da mesma, com base em tais argumentos (Ibidem.p. 2).

O precedente russo, por seu turno, reverteu uma tendência das cortes arbitrais russas de aceitar a mencionada cláusula unilateral de eleição de foro. Sem embargo, o Presidium da Suprema Corte Comercial da Federação Russa, em 19/06/2012, no Caso “Russian Telephone Company v. Sony Ericsson Mobile Communications Rus, afirmou que esse tipo de cláusula seria inválido e inexecutável (ARCHIYAN, 2013.p. 1).

A cláusula, nesse caso, tinha a seguinte redação: *“Qualquer disputa surgida, em relação a esse contrato...será resolvida de acordo com as regras de conciliação e arbitragem da Câmara Internacional de Comércio...A cláusula de arbitragem não limita o direito da Sony Ericsson de mover*

ação, em corte que possua competência, com o pleito de recuperação de montantes devidos pelos produtos entregues.”

O contrato em tela era de distribuição de telefones Sony Ericsson, envolvendo a subsidiária russa dessa empresa e a companhia telefônica russa.

O que ocorreu foi que, quando surgiram questões envolvendo a qualidade dos telefones entregues pela referida empresa, a companhia telefônica russa ingressou com ação perante a Corte Comercial Russa, violando os termos do contrato, postulando a substituição daqueles aparelhos (Ibidem.p. 2)

Sustenta ARCHIYAN (Ibidem. p. 2) que, enquanto a questão estava sendo decidida pela Suprema Corte Comercial da Rússia, no país, outras três cortes de hierarquia inferior haviam decidido pela validade desse tipo de cláusula, por conta dos Princípios da Autonomia das Partes e da Liberdade de Contratar. O Presidium reverteu tais decisões, por considerar que a garantia de proteção judicial e de procedimentos justos exigiria que ambos os lados tivessem igual oportunidade de trazer os seus pontos de vista, sobre todos os aspectos do caso, para a análise da corte. Somente assim, haveria efetiva realização do Princípio da Proteção Judicial – que precisa ser justa, completa e eficiente.

Por força dos Princípios da Competição e Igualdade das Partes, seria necessário garantir, para aqueles que participam dos processos judiciais, iguais oportunidades processuais. Em razão, por sua vez, dos princípios gerais de proteção dos direitos civis, um contrato não poderia conferir um direito de solucionar disputas, perante um tribunal estatal, para um, negando-o para outro. O Presidium, em sua decisão, cita vários casos da Corte Européia de Direitos Humanos, bem como, da Convenção Européia de Direitos Humanos. A solução dada pelo Presidium foi a de considerar válida a ida da parte ao tribunal estatal, cujo direito de acessá-lo não teria sido garantido pela cláusula unilateral.

Porém, da mesma forma que ocorreu com o precedente búlgaro, a questão era meramente doméstica, ainda que, dessa feita, envolvendo uma transnacional.

Observa a doutrinadora que há uma evidente e crescente tendência global a invalidar esse tipo de cláusula unilateral, porque a justiça deve

prevalecer sobre a autonomia das partes ou a intenção das mesmas, em termos principiológicos, até porque, como observa, frequentemente, a parte mais fraca é a que é colocada em desvantagem, em sua relação contratual. A nulificação da cláusula iguala os contratantes, no que se refere à solução de controvérsias (Ibidem, p. 4).

De fato, a tendência existe, mas a validade da cláusula foi declarada pela Suprema Corte Italiana, em caso julgado no dia 11/04/2012, no Caso “*Grinka v. Intesa San Paolo*” – 5705, tendo sido sustentado por aquela que essa posição assimétrica das partes, relativamente à jurisdição, seria compatível com o disposto no artigo 23 da Convenção 44/01. O dito artigo, como já visto, admite que as partes optem por cláusulas de eleição de foro não-exclusivas (PERRELLA; MASUTTI. 2013.p. 1).

Uma crítica que pode ser feita a esse entendimento é que há uma distância entre admitir “*cláusulas não-exclusivas*” e admitir “*cláusulas unilaterais*”, assimétricas, que conferem outras possibilidades de solução de uma controvérsia a um dos contratantes e negam essa amplitude ao outro.

Já havia precedente na Itália, favorável a essas cláusulas unilaterais de eleição de foro, oriundo da Corte de Apelação de Milão (22/09/2011 – Sportal Italia v. Microsoft Corporation), na qual se afirmou que elas existem há muito tempo e são permitidas na sistema legal italiano, o que teria sido reforçado antes do Regulamento 44/01, pelo artigo 17 da Convenção de Bruxelas de 1968 (Ibidem. p. 1) – exatamente a remissão feita pela Corte do Reino Unido, anteriormente referida neste trabalho.

Por fim, o precedente israelense não é, exatamente, de uma cláusula unilateral, mas revela que, se o fosse, também não seria admissível, nas razões de decidir.

Com efeito, a Corte Distrital de Tel Aviv, no Caso “*Malka v. Ava Financeira*”, declarou nula uma eleição de foro, em contrato “on line”, alegando que o contratante não estava suficientemente esclarecido de que estaria contratando com uma empresa estrangeira e que havia escolhido um foro estrangeiro, para a solução das controvérsias. Nesse contrato, a empresa financeira estava, na realidade, sediada nas Ilhas Virgens Britânicas, tendo sido escolhido o direito inglês e o foro inglês para a solução de controvérsias. O que se alegou é que essa cláusula estaria escondida, de modo que, tal

escolha seria injusta, em um contrato de adesão, na forma do Ato sobre Contratos de Formulários Padronizados, de 1982 (SEGALIS, 2013.p. 1).

O mais importante, do ponto de vista do presente trabalho, diz respeito ao fato desse Ato, supracitado, também vedar eleições de foro unilaterais ou irrazoáveis. Assim, os corpos jurisdicionais israelenses diante de qualquer provisão contratual listada como presumivelmente injusta, naquele ato legislativo, terá amplos poderes para suspender, declarar a nulidade ou modificar cláusulas injustas, a chamada “*regra do lápis azul*” (Ibidem. p. 1). Logo, as cláusulas de eleição de foro unilaterais, em Israel, por força do Ato sobre Contratos de Formulários Padronizados, de 1982, não estão de acordo com a legislação do país e as suas cortes podem atuar, no sentido de excluí-las do mundo jurídico, ou ainda, de modificá-las, para que se tornem justas ou razoáveis.

5. CONTEXTUALIZANDO A CONTROVÉRSIA

O que se percebe do tema – validade da cláusula unilateral de eleição de foro – é que a decisão, mesmo envolvendo contratos internacionais, acaba por ser resolvida, de acordo com a mentalidade jurídica do local onde a pendenga está sendo solucionada, com a afluxo de toda a carga cultural e histórica local, apesar do discurso técnico empregado.

Isso é observado por ANCEL e CUNIBERTI (op. cit., p. 9), por exemplo, quando tecem críticas à decisão da Corte de Cassação Francesa, afirmando que ela se funda sobre uma teoria de Direito das Obrigações francófona. Afirmam que, muito embora, a Teoria da Potestatividade exista, igualmente, no Direito Luxemburguês, o fato do tribunal francês não haver demonstrado o menor esforço de determinar o conteúdo desse direito estrangeiro, prova que ele não quis aplicar qualquer outro direito que não o seu próprio.

Faz sentido que, em países de tradição protestante, em geral anglo-saxões e de *common law*, não exista tão grande preocupação com o Princípio da Igualdade das Partes Contratantes, quando ele se defronta com outros como o da Autonomia da Vontade, porque a cultura local prima pela valorização da liberdade, que tem o seu correspondente na responsabilidade. Quem assina um contrato, é livre para fazê-lo, devendo,

portanto, cercar-se de todos os cuidados, agir com prudência, com responsabilidade, caso contrário, existirão conseqüências.

Por outro lado, países com um pé na cultura de índole mais solidarista ou desabituaados de liberdades políticas e econômicas, tendem a ter legislação mais protetiva e um Judiciário com esse mesmo viés, mas atento ao Princípio da Precaução, a ideais mais abstrato de justiça, que podem interferir com a liberdade dos contratantes, com a autonomia da vontade.

No Brasil, por exemplo, o antigo Código Civil, em seu artigo 115, já previa a invalidade do ato, quando uma dada condição o sujeita ao arbítrio exclusivo de uma das partes. É a chamada "*condição potestativa pura*", porque ela põe todo o efeito da declaração de vontade, na dependência desse exclusivo arbítrio de uma só das partes (PEREIRA, 1995.p. 367).

Do ponto de vista do civilista, a condição potestativa pura se distingue da condição potestativa simples, o que não deixa de ser curioso, uma vez que os termos "pura" e "simples" não deveriam distinguir coisa alguma, semanticamente. Explica PEREIRA (Ibidem. p. 356) que as condições potestativas são aquelas nas quais a eventualidade decorre da vontade humana. Nas potestativas simples, não apenas da vontade de uma das partes.

Logo, no Direito Brasileiro, os tribunais tenderão a decidir que as cláusulas unilaterais de eleição de foro seriam nulas, porque elas são – como tem sido entendido em todos os ordenamentos onde tal distinção é levada a efeito – puramente potestativas.

O mesmo ocorre no Direito Português. Como salienta a doutrina (PINTO, 1999.p. 560), "a condição potestativa *a parte debitoris* é inadmissível".

Assim, em princípio, o mesmo se dará em Portugal, o que, em si, é uma evidência que demonstra a imensa dificuldade, no trabalho de harmonização desse tipo de regra, no seio da União Européia, o que, de certo modo, talvez explique o surgimento de um outro regulamento, para substituir o Regulamento 44/01.

O Regulamento 1215/12 foi criado, segundo os termos dos seus próprios considerandos, não porque o Regulamento 44/01 tenha obtido resultados insatisfatórios, mas porque é desejável que haja uma melhora na aplicação

de suas provisões, a fim de facilitar a livre circulação de julgamentos e melhorar o acesso à justiça. Seriam necessárias tantas emendas no Regulamento 44, apenas onze anos anterior, que o Parlamento Europeu optou por fazer outro (Official Journal of the European Union. 20/12/2012. L 351/1). Para o bom entendedor, ponto é frase.

Mas, quais são as novidades trazidas pelo Regulamento 1215/12, que, em uma análise ainda bastante perfunctória, poderiam impactar sobre as cláusulas unilaterais de eleição de foro?

Há uma sutil distinção no artigo 25 do Regulamento 1215/12, relativamente ao seu paralelo, o artigo 23 do Regulamento 44/01, que parece estar relacionado com questões como a da cláusula unilateral de eleição de foro e outras tantas. Diz respeito à ressalva feita no novo texto, no sentido de que a corte escolhida pelas partes deve ter jurisdição, exceto se a escolha é nula e inválida, em sua essência, sob a lei daquele Estado-membro.

Ainda que não seja uma relação direta, pode representar mais um argumento para evitar que cláusulas puramente potestativas determinem a jurisdição ou a excluam. Naturalmente, quem redige tais contratos jamais irá escolher o foro, para solução de controvérsias, de um Estado-membro, no qual, a condição puramente potestativa seja considerada inadmissível. Dessa forma, sob esse ponto de vista pragmático, a mudança tem efeitos neutros para o objeto do presente trabalho.

Outra modificação é a retirada da parte do *caput* do dispositivo, no qual, se referia ao fato de uma ou mais partes contratantes estarem domiciliadas em dado Estado-membro. Logo, as partes têm a liberdade de escolher outro Estado-membro, que não aquele onde alguma delas tenha domicílio. Mas, isso não afeta, diretamente, a questão das condições puramente potestativas, do ponto de vista das cláusulas de eleição de foro.

Assim, do ponto de vista do direito intertemporal, não são vislumbradas mudanças no tema das cláusulas unilaterais de eleição de foro em contratos internacionais, em uma primeira análise, sendo necessário aguardar o impacto das alterações normativas na prática jurisprudencial, o que, ainda, levará algum tempo.

6. CONCLUSÃO

Por todo o exposto, tem-se que não é algo seguro elaborar-se um contrato, prevendo cláusula unilateral de eleição de foro, em contrato que se relacione, de alguma forma com a União Européia, tendo em vista o conteúdo de incerteza, ainda existente sobre o tema, em função das dificuldades de harmonização das normas, mercê das diferenças culturais existentes entre os seus Estados-membros.

Tudo isso evidencia que o Direito não é só papel e tinta, mas também sangue e suor, não podendo ser concebido de forma dissociada do fato e do valor.

Choice of Forum Unilateral Clause in the European Union

Abstract: This paper analyses a specific decision from the French Appeal Court, who has considered void a unilateral choice of forum clause, in an agreement whose parts are from different European Union countries. It also compares this French decision with another one from United Kingdom, where this clause has been declared valid. The paper studies other judicial decisions that came from countries like Bulgaria, Russia, Italy and Israel, somewhat related to the theme. Finally, it puts the observed differences between them in an historic and cultural context, as well, analyzing the conflict of law, considering the new Regulation EU 1215/12, who has modified the former Regulation EU 44/01.

Key Words: Unilateral clause, choice of forum, potestative condition

BIBLIOGRAFIA

- ANCEL, Pascal; CUNIBERTI, Gilles. Observations. Luxemburgo: Journal des Tribunaux, 2013.
- ARCHIYAN, Yelena E. Fate of Unilateral Option Clause Finally Decided in Russia. Nova Iorque: NYU Journal of International Law and Politics. <http://nyujilp.org/fate-of-the-unilateral-option-clause-finally-decided-in-russia>. Acesso em 15/10/2013.
- CUNIBERTI, Gilles. Bulgarian Court Strikes Down One Way Jurisdiction Clause. In "Conflicts of Law.net". Acesso em 15/10/2013.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Vol 1. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- PERRELLA, Claudio; MASUTTI, Anna. Supreme Court Considers Unilateral Jurisdiction Clauses. <http://www.internationallawoffice.com/newsletters/detail.aspx?g=96a96834-36d8-468>. Acesso em 15/10/2013.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. Teoria Geral do Direito Civil. 3 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

SEGALIS, Boris. Israeli Courts Rejects a Forum Selection Clause in Clickwrap Agreement. <http://www.infolawgroup.com/2011/09/articles/enforcement/israeli-court...> Acesso em 15/10/2013.

_____. Londres: The Weekly Law Reports, 22/04/1994.

_____. Official Journal of the European Union. 20/12/2012. L 351/1.

APOSENTADORIA ESPECIAL: ATUALIDADES E CONTROVÉRSIAS

Marcelo Leonardo Tavares e Juarez Ferreira da Silva¹

1. INTRODUÇÃO

A aposentadoria especial, também conhecida como aposentadoria extraordinária, é uma aposentadoria por tempo de serviço, em razão do exercício de atividades laborativas em condições prejudiciais à saúde ou à integridade física. Ela encontra fundamento constitucional nos princípios da cidadania, da dignidade da pessoa humana e nos valores sociais do trabalho, bem como na construção de uma sociedade livre, justa e solidária, e na redução das desigualdades sociais.²

Diante de atividades que são insalubres,³ o legislador diminuiu o período exigido de trabalho para a aposentadoria. A ideia é justamente desigualar (reduzir o tempo de serviço) quem está em condição desigual (trabalha exposto a agentes que agredam à saúde ou à integridade física em limites acima da normalidade). A Emenda Constitucional nº 47/05, ao buscar materializar a

¹ Marcelo Leonardo Tavares, 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 (Paris II), Juiz Federal da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro. Juarez Ferreira da Silva, Graduando em Direito pela Faculdade de Direito da UERJ, Graduando pela Faculdade de Administração da UFRRJ, Técnico Judiciário da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro. O presente artigo é uma adaptação da monografia de fim de curso apresentada pelo segundo autor, sob a orientação do primeiro, como condição à colação de grau.

² “O Regime Geral de Previdência é um forte instrumento de concretização do objetivo de erradicação da pobreza e de redução de desigualdades sociais, possibilitando o acesso às oportunidades.” TAVARES, Marcelo Leonardo. *Previdência e Assistência Social – Legitimação e Fundamentação Constitucional Brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 235.

³ Antes da Lei nº 8.213/91, as atividades perigosas e penosas geravam direito à aposentadoria especial no Regime de Previdência Social Urbana.

ideia de igualdade de chances, possibilitou também a concessão do benefício em condições diferenciadas para as pessoas com deficiência⁴.

O presente trabalho tem por objetivo revisitar o tema e abordar questões controvertidas, tanto na área acadêmica quanto na jurisprudência atual, sobre as duas modalidades de aposentadoria extraordinária: a do trabalhador comum exposto a agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física e a do trabalhador com deficiência.

2. CONCEITO

A aposentadoria especial é um benefício por tempo de serviço, de natureza compensatória, devido ao segurado que exerceu, durante determinado período, atividades laborativas em condições prejudiciais à saúde ou à integridade física. Nessa linha, concorda-se com o posicionamento de Maria Helena Carreira Alvim Ribeiro, que destaca a necessidade de compensação do maior desgaste sofrido pela saúde do trabalhador em decorrência dos fatores agressivos:

*A aposentadoria especial é um benefício que visa garantir ao segurado do Regime Geral de Previdência Social uma compensação pelo desgaste resultante do tempo de serviço prestado em condições prejudiciais à sua saúde.*⁵

Alguns autores dão ao benefício conotação de reparação remuneratória. Segundo essa corrente, os serviços insalubres precisam ser desempenhados por alguém. Portanto, esses trabalhadores devem ser remunerados de forma diferenciada por exercerem atividades laborativas que prejudicam sua saúde. Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari, nessa linha, enfatizam a característica de retribuição financeira.

A aposentadoria especial é uma espécie de aposentadoria por tempo de contribuição, com redução do tempo necessário à inativação, concedida em razão do exercício de atividades consideradas prejudiciais à saúde ou à integridade física. Ou seja, é um benefício de natureza previdenciária que se presta a reparar

⁴ Recentemente, foi editada a Lei Complementar nº 142, de 8 de maio de 2013, que regulamentou o direito ao benefício.

⁵ RIBEIRO, Maria Helena Carreira Alvim. Aposentadoria Especial, Regime Geral da Previdência Social. 5. ed. Curitiba: Juruá, 2012. p. 25.

*financeiramente o trabalhador sujeito a condições de trabalho inadequadas.*⁶

Wladimir Novaes Martinez traz definição bastante abrangente, em que menciona diversos aspectos do benefício:

*Aposentadoria especial é espécie de aposentadoria por tempo de serviço devida a segurados que, durante 15, 20 ou 25 anos de serviços consecutivos ou não, em uma ou mais empresas, em caráter habitual e permanente, expuseram-se a agentes nocivos físicos, químicos e biológicos, em níveis além da tolerância legal, sem a utilização de EPI ou em face de EPC insuficiente, fatos exaustivamente comprovados mediante laudos técnicos periciais emitidos por profissional formalmente habilitado, ou perfil profissiográfico, em consonância com dados cadastrais fornecidos pelo empregador (DSS 8030 e CTPS) ou outra pessoa autorizada para isso.*⁷

Tuffi Messias Saliba destaca que a aposentadoria especial é concedida em decorrência da exposição a agentes capazes de prejudicar a saúde ou integridade física.

A aposentadoria especial pode ser definida como benefício previdenciário em razão das condições de trabalho com exposição aos agentes físicos, químicos, biológicos ou associação desses agentes, passíveis de prejudicar a saúde ou a integridade física do trabalhador.⁸

É importante observar não ser necessário constatar efetivamente a ocorrência do dano à saúde ou à integridade física para que o benefício seja protegido. Assim, é clara a distinção entre a aposentadoria especial e a aposentadoria por invalidez. O benefício por incapacidade é devido em razão de doença ou de acidente que torne a pessoa incapaz para o exercício de qualquer trabalho, apurado por perícia. Nessa hipótese, o dano já se consumou, ou seja, o benefício é concedido a quem já teve sua saúde atingida de tal forma que não mais possa exercer as atividades laborativas. Na aposentadoria especial não há necessidade de verificação concreta do resultado danoso à saúde, pois o prejuízo à integridade é presumido por lei.

⁶ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. Manual de Direito Previdenciário. 8. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007. p. 499.

⁷ MARTINEZ, Wladimir Novaes. Aposentadoria Especial em 420 Perguntas e Respostas. 2. Ed. São Paulo: LTr, 2001. p. 21.

⁸ SALIBA, Tuffi Messias. Aposentadoria especial: aspecto técnicos para caracterização. 1. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 9.

Da mesma forma que a aposentadoria especial não é espécie de aposentadoria por invalidez, também não se enquadra como espécie de aposentadoria por tempo de contribuição, pois, a rigor, a lei não exige que o tempo de trabalho seja todo objeto de pagamento de seguro. Seu pressuposto é o tempo de serviço, prestado sob condições de agressão à saúde. Trata-se, pois, de espécie extraordinária⁹ de aposentadoria, concedida a partir de um período menor de trabalho em condições prejudiciais à saúde ou à integridade física, a fim de não apenas compensar o beneficiário monetariamente, como também afastá-lo da atividade e impedir a concretização de danos à sua saúde.

3. A APOSENTADORIA ESPECIAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A aposentadoria especial é um benefício previdenciário cujo fundamento se extrai diretamente da Constituição da República. Com efeito, o art. 201, §1º, da Constituição de 1988, na atual redação conferida pela Emenda Constitucional nº 47/05, trata do benefício em sua parte final:

*Art. 201, § 1º - É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do regime geral de previdência social, **ressalvados os casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física e quando se tratar de segurados portadores de deficiência, nos termos definidos em lei complementar.** (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005). (Grifei).*

Verifica-se, de imediato, que há duas modalidades de aposentadorias diferenciadas: a aposentadoria especial em razão do exercício de atividade laborativa em condições prejudiciais à saúde ou à integridade física e a aposentadoria do deficiente físico.

Quando a Constituição foi promulgada, o benefício já era previsto na legislação previdenciária. Por esse motivo, pode-se dizer que a Carta Política, ao fazer referência à concessão de aposentadoria com tempo menor de serviço, no caso de exposição a agentes nocivos, não trouxe grande inovação. De todo modo, é inegável que o tratamento constitucional

⁹ TAVARES, Marcelo Leonardo. Direito previdenciário: regime geral de previdência social e regras constitucionais dos regimes próprios de previdência social. 14. ed. rev. e atual. RJ: editora Impetus, 2012. p. 160.

conferiu ao benefício *status* diferenciado no âmbito das prestações previdenciárias. O art. 202, da CF, em sua redação original, tratava das diversas modalidades de aposentadoria (por idade, do trabalhador rural, do segurado especial, por tempo de serviço, especial e do professor). Com relação à aposentadoria especial, a Constituição dispunha:

Art. 202 (redação originária) – É assegurada aposentadoria, nos termos da lei, calculando-se o benefício sobre a média dos trinta e seis últimos salários de contribuição, corrigidos monetariamente mês a mês, e comprovada a regularidade dos reajustes dos salários de contribuição de modo a preservar seus valores reais e obedecidas as seguintes condições:

*II - após trinta e cinco anos de trabalho, ao homem, e, após trinta, à mulher, **ou em tempo inferior, se sujeitos a trabalho sob condições especiais, que prejudiquem a saúde ou a integridade física, definidas em lei;** (grifei).*

Em 1998, quando da primeira Reforma da Previdência, a Emenda Constitucional n° 20 modificou a disciplina do Regime Geral de Previdência Social (RGPS). Para conferir maior estabilidade normativa à aposentadoria especial, passou a exigir lei complementar para definição de seus requisitos. Em razão dessa alteração constitucional, os artigos 57 e 58 da Lei n° 8.213/91, que tratam da aposentadoria especial, adquiriram *status* de lei complementar e, portanto, só por essa espécie normativa passaram a poder ser alterados. Por fim, a Emenda Constitucional n° 47/05 acrescentou a possibilidade de vir a ser criada uma aposentadoria com critérios diferenciados para trabalhadores com deficiência.¹⁰ Esse benefício foi recentemente instituído pela Lei Complementar n° 142/13, como será visto adiante.

4. CRITÉRIOS PARA CONCESSÃO

A redação atual do art. 57, da Lei n° 8.213/91, ao tratar da aposentadoria especial, não mais se refere ao direito à fruição por categoria de trabalhadores. Essa alteração, ocorrida em 1995, tornou obrigatória a efetiva exposição aos agentes nocivos para que o exercício da atividade laborativa passasse a ser considerado especial, revogando regra que perdurava desde 1960 e que garantia direito ao benefício somente pelo

¹⁰ A Lei Complementar 142/2013, por influência da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, utilizou a nomenclatura “pessoa com deficiência”, no lugar de “segurados portadores de deficiência” (grifei).

fato de o trabalhador integrar determinada categoria profissional. A atual redação do art. 57 é a seguinte:

Art. 57 – A aposentadoria especial será devida, uma vez cumprida a carência exigida nesta Lei, ao segurado que tiver trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme dispuser a lei. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

O período de carência é igual ao das aposentadorias por idade e por tempo de contribuição: 180 contribuições mensais (art. 25, II, da Lei nº 8.213/1991). No entanto, o benefício é devido a partir do exercício de atividade exposto a agentes nocivos durante quinze, vinte ou vinte e cinco anos. Quanto mais prejuízo houver à saúde ou à integridade física, menor é o tempo exigido para a concessão da prestação. Por exemplo, hoje, fazem jus à aposentadoria especial, após 15 anos de serviço, os trabalhadores dedicados a *“atividades permanentes no subsolo de minerações subterrâneas em frente de produção”*. Nessa situação, verifica-se uma associação de agentes físicos, químicos e biológicos, ou seja, o grau de nocividade é extremo. A exposição a outros tipos de agentes nocivos leva à aposentadoria somente após vinte e cinco anos de exercício laborativo.

Como já colocado, não há necessidade de que o segurado demonstre a existência de dano concreto decorrente do labor em condições insalubres. Nada obstante, é preciso que se comprove o tempo de trabalho *“permanente, não ocasional nem intermitente”* exposto a agentes nocivos pelo período equivalente ao exigido para concessão do benefício (art. 57, § 4º, da Lei nº 8.213/91). Atualmente não há exigência de idade mínima para requerer o benefício¹¹. A exposição aos agentes nocivos não pode ser eventual durante a jornada de trabalho e o benefício será devido pela exposição constante aos agentes nocivos durante a atividade laborativa. No entanto, não há necessidade de que o contato com os agentes ocorra durante toda a jornada de trabalho. Como afirma Fábio Zambitte Ibrahim:

Por óbvio, o entendimento da exposição permanente não implica configurar-se a manutenção continua da nocividade, a todo o momento, durante todo o tempo. Ainda que existam pequenos

¹¹ Originalmente, a Lei nº 3.807/64 estabelecia a idade mínima de 50 anos de idade para requerimento do benefício (art. 31, caput). Essa exigência, contudo, foi revogada pela Lei nº 5.440-A, de 23 de maio de 1968. Desde então não houve mais limitação da concessão em razão da idade do segurado.

períodos de tempo, durante a jornada, em que não exista a exposição direta, sendo tal variação inerente a atividade, de modo regular, estará configurada a exposição permanente.

Da mesma forma estará configurada a permanência em atividades que comportam intervalos maiores entre jornadas, como o trabalho em plataformas marítimas. Sendo a rotina de trabalho diferenciada inerente àquela atividade, ainda que não seja diária, haverá a permanência.¹²

O texto legal busca abranger as atividades intrinsecamente ligadas à exposição a agentes nocivos, mas o período de férias, licenças médicas e auxílio-doença decorrentes do trabalho em ambientes insalubres também são considerados como tempo especial:

Considera-se tempo de trabalho para fim de aposentadoria especial os períodos correspondentes ao exercício de atividade permanente e habitual (não ocasional nem intermitente), durante toda a jornada de trabalho, em cada vínculo, sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, inclusive férias, licença médica e auxílio-doença decorrente do exercício dessas atividades. Considera-se trabalho permanente aquele que é exercido de forma não ocasional nem intermitente, no qual a exposição ao agente nocivo seja indissociável da produção do bem ou da prestação do serviço.¹³

Por fim, uma vez concedida a aposentadoria especial, em que pese o segurado não estar impedido de voltar a trabalhar, deverá se afastar da atividade prejudicial à saúde ou à integridade física, sob pena de ter o benefício cancelado, nos termos do art. 57, § 8º, da Lei nº 8.213/91.¹⁴

A Renda Mensal Inicial (RMI) do benefício é calculada pela aplicação do percentual de 100% sobre a "*média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição correspondentes a oitenta por cento de todo o período contributivo*" (art. 29, II, da Lei nº 8.213/1991), sem incidência do fator previdenciário. A Data de Início do Benefício (DIB) segue a regra da aposentadoria por idade (art. 57, § 2º, da Lei nº 8.213/1991). Caso o

¹² IBRAHIM, Fábio Zambitte. Curso de Direito Previdenciário. 15. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010. pp. 645 e 647.

¹³ TAVARES, Marcelo Leonardo. Direito Previdenciário. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005. p. 188.

¹⁴ Art. 57, § 8º, da Lei nº 8.213/1991 – Aplica-se o disposto no art. 46 ao segurado aposentado nos termos deste artigo que continuar no exercício de atividade ou operação que o sujeito aos agentes nocivos constantes da relação referida no art. 58 desta Lei. (Incluído pela Lei nº 9.732, de 11.12.98)

Art. 46, da Lei nº 8.213/1991 – O aposentado por invalidez que retornar voluntariamente à atividade terá sua aposentadoria automaticamente cancelada, a partir da data do retorno.

requerimento seja realizado antes do desligamento do emprego ou até noventa dias após essa data, o benefício será devido desde o desligamento (art. 49, I, “a”, da Lei nº 8.213/1991). Se o prazo for maior do que noventa dias, o benefício terá, por termo inicial, a data do requerimento (art. 49, I, “b”, da Lei nº 8.213/1991).

5. BENEFICIÁRIOS

A redação do art. 57, da Lei nº 8.213/91, é clara no sentido de que a aposentadoria especial seja devida ao *segurado* que tiver trabalhado sujeito a condições especiais. OINSS defende que os contribuintes individuais não fazem jus ao benefício. Sob este entendimento, somente poderiam requerer o benefício os segurados empregados, trabalhadores avulsos e trabalhadores de cooperativa. O fundamento para tal posição é o de que não seria possível aferir a exposição aos agentes nocivos para os contribuintes individuais de forma habitual e permanente,¹⁵ bem como não haveria fonte de custeio específico para cobertura.

Essa não parece ser a melhor posição. A começar que a lei não trouxe a expressa exclusão dos contribuintes individuais, e também não restringiu a fruição do benefício às três categorias de segurados obrigatórios antes referidas. Sob aspecto normativo, o INSS vem procedendo à restrição por meio de ato administrativo de duvidosa legalidade.

Quanto à alegada falta de permanência na atividade insalubre por contribuintes individuais, há um equívoco na abordagem da Administração, pois existem contribuintes individuais que prestam serviços eventuais (e quanto a esses realmente não se preencheria o critério de permanência na insalubridade), mas há também os que assim são enquadrados por desenvolverem atividade individual, como a de profissionais liberais, por exemplo. Para esses trabalhadores, não haveria qualquer problema em se comprovar o exercício da atividade insalubre de forma permanente e habitual. Nesse sentido, não há porque presumir que somente os

¹⁵ Essa questão foi expressamente inserida na Instrução Normativa INSS/DC 78, de 16 de julho de 2002. Art. 174, da IN 78/2002 – A partir de 29 de abril de 1995, considerando que o trabalhador autônomo presta serviço em caráter eventual e sem relação de emprego, a sua atividade não poderá ser enquadrada como especial, uma vez que não existe forma de comprovar a exposição a agentes nocivos prejudiciais à saúde e à integridade física, de forma habitual e permanente, não ocasional nem intermitente, observado o disposto no art. 202 do RPS. (grifei).

cooperados ou cooperativados sejam contribuintes individuais capazes de trabalhar de forma efetiva sob agentes agressivos.

Por fim, a alegação do INSS de que somente aqueles que têm fonte de custeio específica, como adicional ao Seguro de Acidentes de Trabalho (SAT), possam ser protegidos, não encontra fundamento constitucional, pois a aposentadoria especial existe desde a década de 60 do século passado sem que houvesse fonte especial de custeio (que também não foi prevista até hoje na Constituição). Sendo assim, para ser coerente, o INSS deveria também defender que antes da existência da fonte de custeio específica, a proteção dos trabalhadores na aposentadoria especial era inconstitucional, o que não se tem notícia de ter ocorrido.¹⁶ Ora, se o benefício de aposentadoria especial foi previsto na Constituição e na Lei nº 8.213/91, em sua redação originária, sem contribuição específica, é porque bastava a fonte genérica de custeio. Entender de forma diversa significaria, em última instância, negar o benefício a todas as categorias de segurado anteriormente à Lei nº 9.732/98, que criou a contribuição para custear especificamente o benefício.

Em diversos julgados, a Justiça tem condenado o INSS a conceder aposentadoria especial a contribuintes individuais. A Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais (TNU) mantém o entendimento segundo o qual o segurado contribuinte individual faz jus ao benefício, desde que consiga comprovar a exposição a agentes nocivos prejudiciais à saúde ou à integridade física (Súmula nº 62, da TNU), ressaltando que o tratamento da questão, através de instrução normativa, exorbita ao que prevê a lei e, portanto, incorre em ilegalidade:

PREVIDENCIÁRIO. ATIVIDADE ESPECIAL. SEGURADO CONTRIBUINTE INDIVIDUAL. (...) 2.A Lei nº 8.213/91, ao arrolar a aposentadoria especial na alínea d do inciso I do art. 18 como um dos

¹⁶ A discussão quanto à possibilidade de recebimento de aposentadoria especial por contribuintes individuais surgiu após a Lei nº 9.032/1995. No passado, médicos, dentistas e engenheiros, por exemplo, na condição de contribuintes individuais, conseguiam receber o benefício. A partir de 1995, tornou-se necessária a comprovação da exposição aos agentes nocivos. Com base na alteração, administrativamente o benefício passou a ser indeferido. A conduta, porém, não encontra fundamento legal.

Uma questão fundamental, poucas vezes mencionada, é que não poderia uma lei ordinária, resultante de conversão de medida provisória, tratar do assunto aposentadoria especial, tendo em vista que, desde a Emenda Constitucional nº 20/1998, a matéria está reservada à lei complementar. Nesse sentido, haveria inconstitucionalidade formal na Lei nº 10.666/2003.

benefícios devidos aos segurados do RGPS, não faz nenhuma distinção entre as categorias de segurados previstas no art. 11 do mesmo diploma. 3.A dificuldade para o segurado contribuinte individual comprovar exposição habitual e permanente a agente nocivo não justifica afastar de forma absoluta a possibilidade de reconhecimento de atividade especial. 4.O art. 234 da Instrução Normativa INSS nº 45/2010, ao considerar que a aposentadoria especial só pode ser devida ao segurado contribuinte individual quando filiado a uma cooperativa de trabalho ou de produção, cria restrição que extrapola os limites da lei. O regulamento deve se limitar a explicitar o conteúdo da lei, sem criar restrições nela não previstas. A regulação excessiva imposta por ato infralegal é nula por transgressão ao princípio da legalidade. 5.A falta de previsão legal de contribuição adicional para aposentadoria especial (alíquota suplementar de riscos ambientais do trabalho) sobre salário-de-contribuição de segurado contribuinte individual não impede o reconhecimento de tempo de serviço especial. Do contrário, não seria possível reconhecer condição especial de trabalho para nenhuma categoria de segurado antes da Lei nº 9.732/98, que criou a contribuição adicional. 6.Aplica-se a **Súmula nº 62 da TNU**: “O segurado contribuinte individual pode obter reconhecimento de atividade especial para fins previdenciários, desde que consiga comprovar exposição a agentes nocivos à saúde ou à integridade física”. 7.Incidente improvido. (PEDIDO 200871510007950, JUIZ FEDERAL ROGÉRIO MOREIRA ALVES, DOU 01/03/2013.). (grifei).

Portanto, a controvérsia quanto ao rol de beneficiários da aposentadoria especial existe. No entanto, defende-se o entendimento, que começa a ser consagrado na jurisprudência, de que o benefício é devido aos segurados que, independentemente da classificação, comprovem a exposição aos agentes nocivos.

6. OUTRAS QUESTÕES RELEVANTES QUE ENVOLVEM A APOSENTADORIA ESPECIAL

Equipamento de proteção individual – EPI

Não há dúvidas de que o exercício de atividades laborativas em

condições insalubres prejudica a saúde dos trabalhadores e que devem ser buscadas formas de se reduzir o impacto negativo dessa exposição. Já de longa data a legislação trabalhista estabelece regras relativas à utilização de equipamentos de proteção pelos trabalhadores. Com efeito, em 1977, a Lei nº 6.514 inseriu na CLT regras relativas à segurança e medicina do trabalho. Com a alteração, o art. 166, da CLT, passou a prever a obrigatoriedade de fornecimento de EPI pela empresa:

A empresa é obrigada a fornecer aos empregados, gratuitamente, equipamento de proteção individual adequado ao risco e em perfeito estado de conservação e funcionamento, sempre que as medidas de ordem geral não ofereçam completa proteção contra os riscos de acidentes e danos à saúde dos empregados. (Redação dada pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977). (grifei).

Maria Helena Carreira Alvim Ribeiro define equipamento de proteção individual (EPI) como “o instrumento colocado à disposição do trabalhador visando evitar ou atenuar o risco de lesões provadas por agentes físicos, químicos, mecânicos ou biológicos presentes no ambiente de trabalho.”¹⁷

Se, por um lado, a empresa é obrigada a fornecer o equipamento, por outro, o empregado deve utilizá-lo. Em matéria trabalhista, a disciplina sobre o uso de EPI tem finalidade nitidamente protetiva, ou seja, visa a preservar a integridade física do trabalhador durante a exposição a agentes nocivos. No âmbito previdenciário, a discussão se formou em torno das implicações da utilização do EPI para efeito da proteção do seguro. Por esse motivo, apenas muito tempo depois de a legislação trabalhista ter se ocupado do assunto, o Direito Previdenciário regulamentou a questão. Em 1997, com o advento da Lei nº 9.528, estabeleceu-se a previsão de que o laudo técnico utilizado para comprovação da exposição aos agentes insalubres deveria mencionar a existência de proteção coletiva que diminuísse a intensidade dos agentes agressivos para além dos limites

¹⁷ RIBEIRO, Maria Helena Carreira Alvim. Aposentadoria Especial, Regime Geral da Previdência Social. 5. ed. Curitiba: Juruá, 2012. p. 250).

¹⁸ A NR 06, do Ministério do Trabalho e do Emprego (TEM) dispõe que “cabe ao empregado quanto ao EPI: usar, utilizando-o apenas para a finalidade a que se destina” (item 6.7.1, “a”). Portanto, na presença de condições insalubres, deve o funcionário utilizar o EPI, fornecido gratuitamente pela empresa. A NR 06, do Ministério do Trabalho e Emprego (TEM), regulamenta a utilização do equipamento de proteção individual. A mencionada norma regulamentadora traz definição própria de EPI (item 6.1): “Entende-se como Equipamento Conjugado de Proteção Individual, todo aquele composto por vários dispositivos, que o fabricante tenha associado contra um ou mais riscos que possam ocorrer simultaneamente e que sejam suscetíveis de ameaçar a segurança e a saúde no trabalho.”

de tolerância. No ano seguinte, a exigência foi estendida também para as tecnologias de proteção individual (Lei nº 9.732/1998).¹⁹ A partir daí, para o INSS, se houver utilização de EPI considerado eficaz, ou seja, que reduza a intensidade dos agentes agressivos a níveis abaixo dos limites de tolerância, não haveria reconhecimento de tempo especial. A lógica desse posicionamento é a de que a existência da insalubridade, por si só, não autoriza a concessão da aposentadoria especial. Esta somente será devida quando a exposição ocorrer em nível ou intensidade que extrapole os limites de tolerância. Se o Equipamento de Proteção Coletiva (EPC) ou o Equipamento de Proteção Individual (EPI) diminuir a exposição aos agentes nocivos a níveis abaixo dos limites considerados agressivos à saúde do trabalhador, não deve o tempo de contribuição ser considerado especial.

Concorda-se com o posicionamento da Administração, pois, uma vez comprovado através dos meios técnicos apropriados que determinado EPC ou EPI elimina a insalubridade, não deve o segurado fazer jus ao benefício, pois este é devido em razão da exposição a agentes nocivos prejudiciais. Se a exposição não mais existe, o trabalho deve ser considerado como de qualquer outra atividade e, nessa situação, conceder o benefício com tempo de serviço menor violaria o princípio da igualdade.

O problema, de ordem prática, é que o INSS passou a indeferir pedidos de aposentadoria especial com base na simples afirmação de que a empresa disponibilizaria EPI, mesmo sem prova de seu uso efetivo e sem conclusão técnica de que o equipamento seria eficaz.

O entendimento da Autarquia não é o melhor, pois somente se poderia descaracterizar a insalubridade diante de prova técnica individualizada de que determinado trabalhador não estaria submetido à agressividade dos agentes químicos, físicos ou biológicos; não cabendo, nessa área, qualquer presunção.. Uma alusão genérica de uso ou de fornecimento de equipamento em laudo não seria suficiente para afastar a proteção.²⁰

¹⁹ Com a alteração, o § 2º, do art. 58, da Lei nº 8.213/1991, passou a ter a seguinte redação, que perdura até os dias atuais:

Art. 58, § 2º, da Lei 8.213/1991 – Do laudo técnico referido no parágrafo anterior deverão constar informações sobre a existência de tecnologia de proteção coletiva ou individual que diminua a intensidade do agente agressivo a limites de tolerância e recomendação sobre a sua adoção pelo estabelecimento respectivo. (Redação dada pela Lei nº 9.732, de 11.12.98)

²⁰ Maria Helena Carreira Alvim Ribeiro busca na legislação trabalhista argumento para demonstrar que a mera disponibilidade de EPI não pode produzir efeito, seja trabalhista seja previdenciário: “É indiscutível que a eliminação ou neutralização da insalubridade ocorrerá com a adoção de medidas pelo empregador que conservem o ambiente do trabalho dentro dos limites de tolerância, ou com a utilização de equipamentos de proteção individual pelo trabalhador que diminuam realmente a intensidade do agente agressivo aos limites

Há divergência acadêmica quanto ao assunto.²¹ A posição que parece mais acertada é aquela que leva em consideração a nocividade que atinge o trabalhador diretamente, e não o simples fato de o segurado estar inserido no ambiente insalubre. A corrente que defende que a insalubridade relevante é a relação dos agentes nocivos com o ambiente desconsidera completamente a possibilidade de, através da tecnologia, limitar-se a atuação dos agentes nocivos sobre a pessoa do trabalhador. Segundo esse posicionamento, para fins previdenciários, a utilização de EPI ou EPC sempre será irrelevante, o que não parece mais acertado.

O agente nocivo mais invocado como fundamento de concessão da aposentadoria especial é o ruído. Dados do Ministério da Saúde dão conta de que 25% dos trabalhadores expostos são portadores de perda auditiva induzida por ruído (PAIR) em alguma grau²². Talvez seja o agente nocivo contra o qual a utilização de EPI seja mais evidente. Um simples abafador ou protetor auricular já pode ser considerado EPI, segundo as definições vistas acima. A eficácia porém de tais equipamentos é duvidosa.

A Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência (TNU) editou a Súmula nº 9, que considera irrelevante, para fins previdenciários, o uso de EPI. A súmula, desde a sua origem, tem sido criticada porque induz à conclusão do extremo oposto ao pensamento anterior, isto é, de que não haveria qualquer possibilidade de descaracterização de tempo de serviço especial pelo uso de EPI.²³ É relevante destacar que a ementa do acórdão que

de tolerância. No âmbito da Justiça Trabalhista, quando a insalubridade está totalmente afastada pelo uso de tecnologia de proteção individual e coletiva, entende-se que não há prejuízo à saúde do segurado. Porém, se os empregadores não fornecerem tecnologia de proteção, deverão pagar aos empregados o adicional de insalubridade. Mesmo se os empregados efetivamente utilizarem os EPIs fornecidos pelo empregador, comprovando-se que sua utilização não é capaz de neutralizar os efeitos provocados pelos agentes insalubres, é devido o adicional.” RIBEIRO, Maria Helena Carreira Alvim. Aposentadoria Especial, Regime Geral da Previdência Social. 5. ed. Curitiba: Juruá, 2012. p. 252.

²¹ Há professores que defendem que o caráter especial estaria ligado à presença da nocividade no ambiente de trabalho. Para essa corrente, a utilização de EPI jamais seria suficiente para descaracterizar o tempo especial. Um dos autores que defendem essa linha de pensamento é Fernando Vieira Marcelo: “O benefício em questão faz referência à nocividade do ambiente, sendo que o uso do EPI não diminui em nada a nocividade e degradação ambiental a que está inserido o segurado, ou seja, a insalubridade em questão é a relação dos agentes nocivos com o ambiente de trabalho e não dos agentes com o segurado; esta última é uma consequência de sua atividade laboral. Sendo assim, o uso do EPI, prática comum nas empresas atuais devido à política de segurança do trabalho, não descaracteriza o tempo especial prestado pelo segurado.” MARCELO, Fernando Vieira. Aposentadoria especial. São Paulo: J. H. Mizuno, 2011, p. 121.

²² BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Perda auditiva induzida por ruído (PAIR). Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2006. p. 15.

²³ Súmula nº 9, da TNU – O uso de Equipamento de Proteção Individual (EPI), ainda que elimine a

deu origem à súmula não especifica que o entendimento firmado se aplica apenas ao ruído. Da leitura do voto, extrai-se que o entendimento prevalente na ocasião foi no sentido da não descaracterização do tempo especial, ainda que fosse utilizado equipamento de proteção individual absolutamente eficaz na eliminação da insalubridade.²⁴ Essa posição está ligada à corrente acadêmica segundo a qual a presença dos agentes nocivos no ambiente de trabalho é que o caracteriza como especial. É importante mencionar que a Súmula 9/TNU, foi editada em sessão ocorrida em 13/10/2003, tendo sido publicada em 05/11/2003. Ou seja, é anterior ao Decreto nº 4.882/2003, que conferiu nova disciplina à menção no laudo técnico sobre tecnologia de proteção. Com a alteração introduzida pelo mencionado Decreto, o art. 68, § 3º, do RPS, passou a ter a seguinte redação:

Art. 68, § 3º, do Decreto 3.048/99 – Do laudo técnico referido no § 2o deverá constar informação sobre a existência de tecnologia de proteção coletiva, de medidas de caráter administrativo ou de organização do trabalho, ou de tecnologia de proteção individual, que elimine, minimize ou controle a exposição a agentes nocivos aos limites de tolerância, respeitado o estabelecido na legislação trabalhista. (Redação dada pelo Decreto nº 4.882, de 2003).

A superveniência de legislação pode repercutir na jurisprudência já pacificada. Nesse sentido, discutiu-se se a edição do Decreto nº 4.882/2003 teria prejudicado a aplicação da Súmula 9/TNU. Isso em virtude da determinação da observância da legislação trabalhista, na qual, como visto, o uso de EPI capaz de eliminar ou reduzir a níveis toleráveis a insalubridade afasta o direito ao adicional de insalubridade.

Em julgamento realizado na sessão de 08/02/2010, ao analisar a validade da Súmula 9 frente à superveniência do Decreto nº 4.882/2003, a TNU, por unanimidade, entendeu que “*não se vislumbra na alteração da legislação previdenciária qualquer razão para afastar o enunciado nº 09 da TNU*”.²⁵ Portanto, quanto ao ruído, prevalece na TNU o entendimento de que o uso EPI jamais é capaz de afastar a insalubridade.

insalubridade, no caso de exposição a ruído, não descaracteriza o tempo de serviço especial prestado.

²⁴ “PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA ESPECIAL. EXPOSIÇÃO A AGENTES NOCIVOS. UTILIZAÇÃO DE EQUIPAMENTOS DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL.

I. A utilização de equipamentos de proteção individual por trabalhadores expostos a agentes nocivos não descaracteriza a especialidade da atividade.

II. Incidente do INSS conhecido e improvido.”

²⁵ PU nº 2007.72.55.00.7170-3/SC, Rel. Juiz Federal Derivaldo de Figueiredo Bezerra Filho, DJe 11.03.2010.

No STJ, é possível extrair de diversos julgados a conclusão de que a Corte admite a possibilidade de o uso de EPI afastar o direito à contagem do tempo como especial. Esse entendimento já vem de longa data:

O fato de a empresa fornecer ao empregado o Equipamento de Proteção Individual – EPI, ainda que tal equipamento seja devidamente utilizado, não afasta, de per se, o direito ao benefício da aposentadoria com a contagem de tempo especial, devendo cada caso ser apreciado em suas particularidades. (STJ, 5ª Turma, REsp nº 720.082/MG, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJU 10.04.2006). (grifei).

Em decisão mais recente, a 5ª Turma do STJ manteve acórdão do TRF da 4ª Região que, com base em prova pericial, não reconheceu o caráter especial da exposição a ruído, em virtude da utilização de EPI, desde 06/01/1986.²⁶ Assim, a Corte tem analisado os recursos que lhe são apresentados sob o prisma fático e, nesse caso, as questões propriamente jurídicas têm sido deixadas de lado, ante à impossibilidade de reexame probatório (Súmula 7, do STJ). No entanto, como visto, é possível prever que, caso analise as implicações do uso de EPI, prevalecerá o entendimento no sentido de que o uso de EPI, em algumas situações, poderia descaracterizar a especialidade do trabalho exposto a agentes nocivos, inclusive o ruído.

Ainda é importante assinalar que o ruído afeta não apenas a audição, mas também outras áreas do corpo do trabalhador. Há reflexos inclusive em relação a aspectos emocionais que desencadeiam doenças psicológicas.²⁷ Outra questão relevante é que o ruído, muitas vezes, se faz acompanhar

²⁶ “PREVIDENCIÁRIO. RECONHECIMENTO DE ATIVIDADE ESPECIAL. TERMO FINAL. INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 28 DA LEI N. 9.711/1998. DIREITO ADQUIRIDO. COMPROVAÇÃO DE SALUBRIDADE DA ATIVIDADE DESENVOLVIDA. LAUDO PERICIAL E USO EQUIPAMENTO DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL. DESCONSTITUIÇÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. 1. A partir do julgamento do REsp n. 956.110/SP, a Quinta Turma, em alteração de posicionamento, assentou a compreensão de que, exercida a atividade em condições especiais, ainda que posteriores a maio de 1998, ao segurado assiste o direito à conversão do tempo de serviço especial em comum, para fins de aposentadoria. 2. Impossibilidade de descaracterizar a salubridade da atividade reconhecida pelo Tribunal de origem por meio da análise da prova pericial. 3. No que tange ao uso de EPI – Equipamento de Proteção Individual, esta Corte já decidiu que não há condições de chegar-se à conclusão de que o aludido equipamento afasta, ou não, a situação de insalubridade sem revolver o conjunto fático-probatório amalhado ao feito. (Súmula nº 7). (STJ, 5ª Turma, REsp nº 1.108.945/RS, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 03.08.2009). (grifei)”

²⁷ Segundo o Ministério da Saúde, um dos efeitos mais prejudiciais à saúde, trazido pelo ruído, é contribuir para o aumento do nível de estresse do trabalhador. BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Perda auditiva induzida por ruído (PAIR). Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2006. p. 21.”

de níveis elevados de vibração transmitida por meio das mãos ou do corpo inteiro do trabalhador. A associação dos agentes seria capaz de perturbar até mesmo o sistema nervoso central.²⁸

No âmbito da aposentadoria extraordinária, e especialmente com relação ao ruído, é possível notar uma tendência de inserir, na avaliação do dano causado pelo ruído, as considerações acima referidas. Não se trata apenas de reduzir a intensidade da pressão sonora percebida pelo ouvido. Há outras consequências danosas que precisam igualmente ser consideradas para o enquadramento como especial do tempo em que o trabalhador está exposto ao agente em níveis superiores ao estabelecido no Regulamento da Previdência Social. Com efeito, atualmente, a posição majoritária, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, entende que a utilização de EPIs não descaracteriza em tese a especialidade da exposição ao ruído.

Com relação aos demais agentes nocivos, a análise é mais simples, tendo em vista que existem EPIs que efetivamente eliminam ou reduzem a níveis razoáveis a agressão à saúde ou à integridade física do trabalhador. Especialmente no tocante a agentes nocivos químicos, a utilização de equipamentos de proteção tem se mostrado cada vez mais eficaz na eliminação dos riscos e danos potenciais à saúde. Nesse contexto, como já mencionado, deve-se apurar se o EPI efetivamente elimina a nocividade ou

²⁸ “A vibração também pode ser classificada como sendo transmitida por meio das mãos. Esta é produzida por diversos processos na indústria, agricultura, mineração e construção, quando equipamentos vibratórios são manipulados pelos dedos ou mãos (Griffin, 1982 apud Carnicelli, 1994). Em geral, a vibração típica dos equipamentos é maior do que 0,316 m/s² (Matoba, 1994), enquanto o nível de pressão sonora é geralmente maior que 95 dB(A). A ação repetida desses estressores no corpo humano pode sobrecarregar e prejudicar não somente o sistema nervoso periférico, mas também o sistema nervoso central.
(...)”

A ação da exposição combinada aos riscos ruído e vibração pode ocasionar um efeito sinérgico à saúde dos trabalhadores. Manninen (1984) apud Castaño e Fernandez (1989) descreve um aumento sistemático do estresse e outros efeitos deletérios em trabalhadores expostos à ação combinada de ruído e vibrações em geral em relação a trabalhadores expostos a um ou outro risco isoladamente.

Vários estudos relatam que trabalhadores que sofriam da síndrome do dedo branco desenvolveram maior perda auditiva que o grupo controle (Pyykko et al., 1981, 1994; Axelsson et al., 1989; Iki, 1994; Miyakita et al., 1997). Eles referem que o mecanismo mais provável da perda auditiva induzida por níveis de pressão sonora elevados é a vasoconstrição do ouvido interno, causada pela exposição ao ruído e pelo aumento da demanda de oxigênio para fortalecer e prolongar a excitação dos receptores das células que aumentam o risco isquêmico das células ciliadas.

Murata, Araki e Aono (1990) examinaram os efeitos de vibração através das mãos no sistema nervoso central e periférico por meio do exame do potencial auditivo evocado. Os autores concluíram que a exposição combinada a estressores como vibrações, ruído, diferenças climáticas e trabalho pesado, afeta não apenas o sistema nervoso periférico, mas também o sistema nervoso central. “MÁRCIA FERNANDES, Thaís Catalani Morata. Estudo dos efeitos auditivos e extra-auditivos da exposição ocupacional a ruído e vibração. Revista Brasileira de Otorrinolaringologia. vol.68 n°. 5. São Paulo Oct. 2002. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0034-72992002000500017&script=sci_arttext. Acesso em 16/07/2013.

apenas a diminui. Se ocorre diminuição da nocividade, deve-se aferir se a redução é tal que a exposição residual seja equivalente àquela enfrentada por um trabalhador em ambiente salubre.

Com base nos fundamentos que levaram à criação da aposentadoria especial, é possível concluir que, em caso de eliminação ou de redução acentuada da nocividade, o benefício não seria devido. No entanto, existe corrente acadêmica e jurisprudencial que se posiciona de forma diversa. Para ela, a existência de EPI nunca será capaz de impedir o recebimento do benefício, eis que tal previsão não consta da lei. A argumentação tem fundamento hermenêutico, conforme se explica. A Lei nº 8.213/91, em sua redação original, não fazia referência a equipamentos de proteção, seja individual ou coletiva. Posteriormente, em 1997, com a Lei 9.528, tornou-se obrigatório que o laudo técnico sobre as condições ambientais de trabalho (LTCAT), emitido pela empresa, mencionasse a existência de equipamento de proteção coletiva. Pouco tempo depois, a Lei nº 9.732/1998 estendeu essa obrigatoriedade para os equipamentos de proteção individual. Interpreta-se, então, a exigência no sentido de que a lei somente teria exigido que o documento técnico mencionasse a *existência* do equipamento, sem prever qualquer consequência previdenciária para a o segurado, em caso de utilização ou não.

O entendimento acima mencionado encontra guarida em alguns julgados da TNU. A Turma Nacional, em sede de Pedido de Uniformização Nacional, considerou “*manifestamente exorbitante*” as normas infralegais que determinam a desconsideração do tempo especial, quando constatada a utilização de equipamento de proteção, seja ela individual ou coletiva. Verifica-se que o julgado se reporta ao fato de não haver na legislação previdenciária tal previsão.²⁹

Apesar de, à primeira vista, o entendimento acima parecer correto, sua aplicação imponderada leva a resultados não compatíveis com o instituto da aposentadoria especial. Assim como parece equivocada a posição de que a

²⁹ (...) notadamente por se tratar de período posterior às alterações promovidas na redação original do instituto da Aposentadoria Especial, inserto na Lei nº 8.213/91, especialmente no seu artigo 58 (Lei nº 9.528/97 e Lei nº 9.732/98), não se identifica qualquer comando legal no sentido de que, havendo equipamento de proteção, sejam eles individuais, sejam coletivos, hábeis a erradicar ou eliminar por completo os agentes nocivos ou agressivos, não será reconhecido o período de atividade especial. O art. 58, §2º, diz tão só que o laudo deverá demonstrar a exposição aos agentes nocivos, a fazer constar informação sobre os equipamentos de proteção (EPI ou EPC) que diminuam a intensidade dos mesmos a graus toleráveis. Qualquer norma infralegal que assente disposição que desborde dessa baliza legal, é de ser considerada irrita, vez que manifestamente exorbitante ao poder regulamentador da autoridade administrativa. (...) (Pedido 00144405420074047195, Juiz Federal Antônio Fernando Schenkel do Amaral e Silva, DOU 29/06/2012.). (grifei).

utilização de EPI nunca poderá descaracterizar a natureza especial do trabalho, também não é adequada a posição segundo a qual é necessária expressa previsão legal para que seja possível a desconsideração da especialidade.

Nessa seara, como em quase tudo na vida, a virtude está no meio termo. O benefício deve ser devido em função da exposição efetiva aos agentes nocivos. Se há exposição, a aposentadoria especial é devida. Se a exposição é eliminada por meio de equipamento de proteção, não se deve conceder o benefício.

Legislação aplicável e princípio *tempus regit actum*

Com relação à legislação aplicável, devem-se estabelecer duas premissas, com base no princípio *tempus regit actum*. A primeira é a de que as regras que regulam a concessão do benefício são as vigentes ao tempo em que o segurado preenche todos os requisitos para a concessão. A segunda é a de que a consideração acerca da natureza especial ou não do tempo de serviço especial deve ser aferida com base na legislação vigente ao tempo em que o trabalho foi prestado. Ambas as considerações já foram bastante debatidas na jurisprudência. A definição da legislação aplicável é extremamente relevante, tendo em vista que a relação previdenciária se prolonga no tempo, e, no decurso da vida laborativa do segurado inúmeras regras previdenciárias são modificadas.

Depois de algumas decisões em sentido diverso, os tribunais firmaram o entendimento segundo o qual aplica-se o princípio *tempus regit actum* em relação às regras de concessão. No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3104, o Supremo Tribunal Federal decidiu que “*em questões previdenciárias, aplicam-se as normas vigentes ao tempo da reunião dos requisitos de passagem para a inatividade*”.³⁰ Esse entendimento tem a maior relevância no tocante à fixação da renda mensal inicial (RMI), que é estabelecida com base nas regras vigentes ao tempo do requerimento ou ao tempo em que o segurado reuniu os requisitos para concessão do benefício. O STJ, na mesma linha do entendimento prevalente no STF, decidiu que deve ser observada a legislação da época.

³⁰ O STF já vinha adotando esse entendimento em sede de controle difuso: RE no 258.570/RS, 1ª Turma, unânime, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 19.4.2002; RE (AgR) no 269.407/RS, 2ª Turma, unânime, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 2.8.2002; RE (AgR) no 310.159/RS, 2ª Turma, unânime, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 6.8.2004; e MS no 24.958/DF, Pleno, unânime, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 10.4.2005.

No que se refere à consideração da natureza especial do trabalho, não obstante prevaleça no STJ o entendimento quanto à aplicabilidade da legislação vigente à época em que o serviço foi prestado, as Turmas que compõem a Terceira Sessão não convergem no tocante à possibilidade de reconhecimento de tempo especial anterior à Lei n° 3.807/1960.³¹ Em reiterados julgados, a Quinta Turma tem decidido pela impossibilidade de reconhecimento do tempo especial trabalhado anteriormente à instituição da aposentadoria especial. Em sentido oposto, a Sexta Turma tem aplicado a legislação retroativamente no tocante aos períodos laborados em condições insalubres quando não havia lei ou regulamento previdenciário sobre o assunto.

Verifica-se que o art. 162,³² da Lei n° 3.807/60, é interpretado de forma diferente pelas duas Turmas. Portanto, faz-se necessário analisar o entendimento defendido em cada uma delas para, ao final, com base nos princípios constitucionais e em nome da segurança jurídica, concluir pela prevalência de um deles.

A Quinta Turma aplica o princípio *tempus regit actum* como fundamento para justificar a irretroatividade da lei na hipótese. Segundo a interpretação dessa Turma, antes de 1960 há uma lacuna legislativa e, portanto, não é possível reconhecer a contagem do tempo especial, já que implicaria aplicação da legislação a fatos ocorridos anteriormente à sua edição, o que seria vedado pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto Lei n° 4.657/1942). A crítica maior ao entendimento acima se dá em virtude da invocação do art. 162 – que tem nítido objetivo de proteger direitos e assegurar a aplicação da legislação mais vantajosa – para negar benefício previsto na legislação:

PREVIDENCIÁRIO. TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL. CÔMPUTO. LEI EM VIGOR AO TEMPO DO EFETIVO EXERCÍCIO. APOSENTADORIA ESPECIAL. INSTITUIÇÃO. LEI ORGÂNICA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. ARTIGO 162 DA LEI 3.807/1960 (LOPS). RETROATIVIDADE. IMPOSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. OFENSA AO ARTIGO 6º DA LICC. RECURSO PROVIDO. 1 - O tempo de serviço é disciplinado pela lei vigente à época em que efetivamente prestado, por força do

³¹ A partir da Emenda Regimental n° 14/01 ao Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, a 1ª. Seção e as 1ª. E 2ª. Turmas passaram a ter competência para julgar as questões previdenciárias.

³² Art 162. Aos atuais beneficiários, segurados e dependentes das instituições de previdência social, ficam assegurados todos os direitos outorgados pelas respectivas legislações, salvo se mais vantajosos os da presente lei.

princípio tempus regit actum. Desta forma, integra, como direito autônomo, o patrimônio jurídico do trabalhador. A lei nova que venha a estabelecer restrição ao cômputo do tempo de serviço não pode ser aplicada retroativamente. II - A aposentadoria especial somente surgiu no mundo jurídico em 1960 pela publicação da Lei 3.807 (Lei Orgânica da Previdência Social-LOPS). III - O artigo 162 da Lei 3.807/60 não garantia a retroação de seus benefícios, mas tão-somente resguardava os direitos já outorgados pelas respectivas legislações vigentes. Assim, verifica-se que antes da Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS), não existia a possibilidade de concessão do benefício aposentadoria especial. IV - Considerando que o tempo de serviço é disciplinado pela lei vigente à época em que efetivamente prestado, impossível retroagir norma regulamentadora sem expressa previsão legal, sob pena de ofensa ao disposto no artigo 6ª da Lei de Introdução ao Código Civil. V - Recurso conhecido e provido. (RESP 201001511450, GILSON DIPP, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA:06/12/2010 ..DTPB:.). (grifei).

A Sexta Turma, ao contrário, admite a possibilidade de reconhecimento de tempo especial, em qualquer época. Em primeiro lugar, dá ao art. 162 interpretação teleológica compatível com seu objetivo expresso de garantir a aplicação da legislação mais vantajosa. Depois, destaca que entendimento diverso desvirtuaria a vontade do legislador de criar uma aposentadoria excepcional e com período de tempo de serviço reduzido, já que o segurado acabaria por preencher os requisitos para concessão de aposentadoria por tempo de contribuição antes de fazer jus à aposentadoria especial.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. TEMPO DE SERVIÇO. EXERCÍCIO DE ATIVIDADE ESPECIAL PARA FINS DE CONCESSÃO DE APOSENTADORIA ESPECIAL. LEI ORGÂNICA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. ARTIGO 162 DA LEI 3.807/1960 (LOPS). RETROATIVIDADE. POSSIBILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. I - A controvérsia a ser dirimida nos presentes autos está em saber se é possível o reconhecimento do exercício de atividade insalubre e perigosa, para fins de conversão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição em aposentadoria especial, em período anterior à edição da Lei Orgânica da Previdência Social, Lei nº 3.807/60, diploma legal que instituiu a mencionada aposentação. II - A Lei nº 3.807/60, em seu art. 162, traz determinação expressa no sentido de se assegurar aos beneficiários todos os direitos outorgados pelas respectivas legislações, levando, pois, à conclusão de ser possível o reconhecimento de tempo de serviço especial

exercido antes do aludido diploma. III- Tal hipótese não diz respeito à concessão retroativa do benefício de aposentadoria especial, tampouco à possibilidade de aplicação retroativa de lei nova que estabeleça restrição ao cômputo do tempo de serviço, hipóteses nas quais prevalece a aplicação do princípio do tempus regit actum. IV- In casu, discute-se a possibilidade do reconhecimento do exercício de atividade especial em data anterior à legislação que teria trazido tal benefício ao mundo jurídico. V- Se de fato ocorreu a especialidade do tempo de serviço, com exercício em data anterior à legislação que criou a aposentadoria especial, é possível o reconhecimento da atividade especial em período anterior a legislação instituidora. VI- Interpretação diversa levaria à conclusão de que o segurado, sujeito a condições insalubres de trabalho, só teria direito à aposentadoria especial após 15, 20 e 25 anos de trabalho exercido depois da Lei nº 3.807/60, desconsiderando, portanto, todo o período de labor, também exercido em tal situação, porém em data anterior à lei de regência. VII- Ademais, o objetivo da norma restaria prejudicado pois tornaria a aposentadoria por tempo de contribuição ou por idade mais célere do que a especial, vez que o segurado preencheria, com menor lapso de tempo, os requisitos para a obtenção da aposentadoria comum. VIII- Agravo Regimental improvido. (AGRESP 200702425072, MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, STJ - SEXTA TURMA, DJE DATA:01/02/2011 ..DTPB:..). (grifei).

Após analisar os julgados, conclui-se que os fundamentos invocados pela Sexta Turma devem prevalecer. A criação de um benefício com as características da aposentadoria especial, por si só, requer que os critérios sejam aplicados a situações ocorridas anteriormente, sob pena de tornar letra morta o texto legal. Ao garantir a aposentadoria com tempo reduzido, era importante que a legislação contemplasse o tempo anterior, trabalhado quando ainda não havia regra especial. Ciente dessa necessidade, o legislador instituiu, no art. 162, verdadeira norma de interpretação que possibilita aplicação das regras estabelecidas pela LOPS a fatos anteriores, desde que isso melhore a situação previdenciária da pessoa.

Portanto, a predominar a posição da Sexta Turma do STJ, deve ser fixado que o princípio *tempus regit actum* não impede o reconhecimento de tempo especial quando o serviço foi prestado anteriormente à criação da aposentadoria especial, sendo possível concluir que a legislação aplicável para fins de reconhecimento de tempo especial é a seguinte:

Período	Legislação	Características
Até 27/04/1995	Lei nº 3.807/60, Lei nº 5.890/73, Lei nº 8.213/1991. Decreto nº 53.831/64, Decreto nº 83.080/79.	Concessão com base no critério profissional e exposição aos agentes nocivos listados nos decretos.
De 27/04/1995 a 04/03/1997	Lei nº 8.213/1991, Lei 9.032/95. Decreto nº 53.831/64 e Decreto nº 83.080/79.	Concessão mediante efetiva comprovação da exposição aos agentes nocivos*.
De 05/03/1997 a 01/12/1998	Lei nº 8.213/1991, Lei nº 9.032/95. Decreto nº 2.172/97	Concessão mediante efetiva comprovação da exposição aos agentes nocivos, com base em laudo técnico, que deve informar existência de EPC.
De 11/12/1998 a 05/05/1999	Lei nº 8.213/1991, Lei nº 9.032/95, MP nº 1.729/1998, Lei nº 9.732/98 Decreto nº 2.172/97	Concessão mediante efetiva comprovação da exposição aos agentes nocivos, com base em laudo técnico, que deve informar existência de EPC e EPI.
De 06/05/1999 a 31/12/2003.	Lei nº 8.213/1991, Lei nº 9.032/95, Lei nº 9.732/98 Decreto nº 3.048/99	Concessão mediante efetiva comprovação da exposição aos agentes nocivos, com base em laudo técnico, que deve informar existência de EPC e EPI.
De 01/01/2004 em diante.	Lei nº 8.213/1991, Lei nº 9.032/95, Lei nº 9.732/98 Decreto nº 3.048/99	Concessão mediante efetiva comprovação da exposição aos agentes nocivos, com base em PPP, que deve informar existência de EPC e EPI.

* Há julgados que concedem o benefício com base no critério profissional até 1997 (ver nota nº 50, pág. 69).

Meios de prova do tempo especial

Como já visto, para fazer jus à aposentadoria especial o segurado precisa demonstrar a efetiva exposição aos agentes nocivos. O documento a ser apresentado à Previdência Social para essa comprovação chama-se Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP). Está previsto na Lei nº 8.213/1991:³³

*Art. 58, § 4º – A empresa deverá elaborar e manter atualizado **perfil profissiográfico** abrangendo as atividades desenvolvidas pelo trabalhador e fornecer a este, quando da rescisão do contrato de trabalho, cópia autêntica desse documento. (Incluído pela Lei nº 9.528, de 1997). (grifei).*

No período em que era possível o reconhecimento do tempo especial com base na categoria profissional e na presunção de nocividade relativamente a determinados agentes, a simples apresentação da CTPS, em que constasse profissão listada nos Decretos, ou nos formulários, com a menção aos agentes nocivos, era suficiente para a concessão da aposentadoria especial. A exceção era o agente nocivo ruído, cujo reconhecimento da insalubridade sempre exigiu laudo técnico.

Há controvérsia sobre a possibilidade ou não de acolhimento de laudos extemporâneos. O INSS alega, para não reconhecer a validade de tais laudos, que as condições de trabalho mudam com o tempo. Portanto, apenas a documentação contemporânea poderia ser aceita. Essa posição não tem prevalecido na doutrina nem na jurisprudência. Maria Helena Carreira Alvim Ribeiro defende a utilização de laudos extemporâneos, desde que elaborados por profissionais habilitados e com base em dados reais relativos à empresa, tais como equipamentos utilizados e especificados e nas folhas de registro de empregados. Para ela,

*Não há qualquer razão para que não sejam aceitos como verdadeiros, especialmente considerando que o INSS nunca foi impedido de examinar o local onde é desenvolvido o trabalho nocivo, visando apurar possíveis irregularidades ou fraudes no preenchimento dos mesmos.*³⁴

³³ O PPP deve ser emitido pela empresa com base em laudo técnico assinado por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho (art. 247, parágrafo único, da Instrução Normativa INSS/PRES 45/2010). Conforme dispõe o parágrafo único, do art. 258, da Instrução Normativa INSS/PRES 45/2010, os antigos formulários (SB – 40, DISES BE 5235, DSS 8030 e DIRBEN 8030) continuam a ser aceitos, desde que tenham sido emitidos até 31 de dezembro de 2003.

³⁴ RIBEIRO, Maria Helena Carreira Alvim. Aposentadoria Especial, Regime Geral da Previdência Social. 5. ed. Curitiba: Juruá, 2012. p. 249.

O mesmo entendimento relativo aos laudos deve ser aplicado aos formulários. A jurisprudência destaca que a obrigação de elaborar e de manter atualizado o laudo é da empresa, razão pela qual o segurado não pode ser prejudicado por descumprimento de obrigação que não lhe foi imposta:

PREVIDENCIÁRIO. CONCESSÃO DE BENEFÍCIO. APOSENTADORIA ESPECIAL. CONTAGEM DO TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO EM CONDIÇÕES PREJUDICIAIS À SAÚDE. POSSIBILIDADE. ART. 57 DA LEI 8.213/91. USO DE EQUIPAMENTO DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL DE TRABALHO (EPI). LAUDO EXTEMPORÂNEO. VALIDADE. (...) 5. A extemporaneidade do laudo pericial não desnatura sua força probante, tendo em vista que, nos termos do art.58 da Lei nº. 8.213/1991, a atribuição da responsabilidade pela manutenção dos dados atualizados sobre as condições especiais de prestação do serviço recai sobre a empresa empregadora e não sobre o segurado empregado. Precedentes desta Turma. (...) (APELREEX 00022283320114058100, Desembargador Federal Manoel Erhardt, TRF5 - Primeira Turma, DJE - Data::17/05/2012 - Página::155.). (grifei).

7. APOSENTADORIA ESPECIAL DO SERVIDOR PÚBLICO

A Constituição Federal, em sua redação original, previu que, mediante lei complementar, poderiam ser estabelecidas exceções à regra que fixava o tempo de contribuição para a aposentadoria dos servidores públicos. A disposição, aparentemente de caráter programático, tinha o objetivo de possibilitar a criação de uma espécie de aposentadoria especial para o servidor público:

Art. 40, da CF (redação originária) – O servidor será aposentado:
(...)

III - voluntariamente:

a) aos trinta e cinco anos de serviço, se homem, e aos trinta, se mulher, com proventos integrais;

b) aos trinta anos de efetivo exercício em funções de magistério, se professor, e vinte e cinco, se professora, com proventos integrais;

c) aos trinta anos de serviço, se homem, e aos vinte e cinco, se mulher, com proventos proporcionais a esse tempo;

d) aos sessenta e cinco anos de idade, se homem, e aos sessenta, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de serviço.

§ 1º - Lei complementar poderá estabelecer exceções ao disposto no inciso III, "a" e "c", no caso de exercício de atividades consideradas penosas, insalubres ou perigosas. (grifei).

Em 1998, quando da primeira Reforma da Previdência, a Emenda Constitucional nº 20 deu nova redação ao dispositivo. Com a alteração, a previsão de lei complementar foi mantida e a redação do dispositivo ficou similar à da aposentadoria especial no RGPS (art. 201, § 1º, da CF):

Art. 40, § 4º, da CF – É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados os casos de atividades exercidas exclusivamente sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, definidos em lei complementar. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98).

Por fim, por ocasião da finalização da segunda Reforma da Previdência, a Emenda Constitucional nº 47 mais uma vez alterou a previsão constitucional de aposentadoria extraordinária ao servidor. Nessa última modificação, além dos servidores expostos a agentes nocivos à saúde ou à integridade física, incluiu-se a proteção do deficiente, bem como dos servidores que exerçam atividades de risco:

Art. 40, § 4º, da CF (redação atual) – É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005)

I portadores de deficiência; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005)

II que exerçam atividades de risco; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005)

III cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005)

É relevante destacar que, antes da Constituição Federal de 1988, grande parte dos servidores públicos no Brasil estava vinculada ao RGPS. Com a atual Carta Política, esses agentes públicos deixaram de ser celetistas e passaram a ser estatutários. No tocante ao período em que tinham vínculo com o RGPS, não há dúvida de que seria possível reconhecer a especialidade do período, se preenchidos os requisitos. Essa é a conclusão a que se chega a partir da aplicação do princípio *tempus regit actum*. A jurisprudência do STJ admite a contagem majorada do tempo exposto a agentes nocivos anteriormente à Lei nº 8.112/90 para os ex-celetistas que tiveram alterado o vínculo jurídico com a Administração:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. APOSENTADORIA ESPECIAL. ATIVIDADE INSALUBRE. PERÍODO ANTERIOR À LEI 8112/90. AVERBAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO SOB CONDIÇÕES ESPECIAIS. DIREITO RECONHECIDO. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE PROVIDO. 1. As Turmas que compõem a Terceira Seção desta Corte firmaram entendimento no sentido de que os servidores públicos têm direito à contagem do tempo de serviço celetista prestado em condições perigosas, insalubres ou penosas, antes da Lei nº 8.112/90, nos termos estabelecidos pela legislação previdenciária vigente à época das atividades exercidas. 2. A contagem de tempo de serviço especial, prestado sob condições penosas, insalubres ou perigosas, após o advento da Lei n.º 8.112/90, necessita de regulamentação do art. 40, § 4º, da Constituição Federal. Precedentes. 3. Agravo regimental parcialmente provido. (AGRESP 200500549219, JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), STJ - SEXTA TURMA, DJE DATA:16/02/2009). (grifei).

Todavia, para reconhecimento de tempo especial no período posterior à Lei nº 8.112/90, há necessidade de regulamentação do art. 40, § 4º, da CF, como reconhece a jurisprudência da Terceira Seção, do STJ.

A regra constitucional que prevê a aposentadoria especial para o servidor público é uma norma limitada de princípio institutivo impositiva. Ou seja, entende-se que o legislador encontra-se obrigado pelo constituinte originário – e também pelo derivado – a editar uma lei para efetivar um direito constitucionalmente assegurado. Sem a referida lei, o direito não poderia ser exercido.

Como a lei complementar não foi promulgada, e diante da inviabilidade de se exercer o direito sem a atuação do legislador, aos servidores públicos

interessados só restou a via judicial, principalmente a do mandado de injunção (5º LXXI, da CF). A controvérsia chegou ao STF. Inicialmente, a Corte julgou improcedente o pleito formulado por servidores públicos no sentido de receberem aposentadoria especial. O fundamento da decisão era de que o constituinte originário havia conferido ao legislador uma faculdade de instituir a aposentadoria especial, ou seja, segundo essa interpretação, o art. 40, § 4º, da CF, seria uma norma limitada de princípio institutivo facultativo:

Servidor público do Distrito Federal: inexistência de direito à aposentadoria especial, no caso de atividades perigosas, insalubres ou penosas. O Supremo Tribunal, no julgamento do MI 444-QO, Sydney Sanches, RTJ 158/6, assentou que a norma inscrita no art. 40, § 1º (atual § 4º), da Constituição Federal, não conferiu originariamente a nenhum servidor público o direito à obtenção de aposentadoria especial pelo exercício de atividades perigosas, insalubres ou penosas; o mencionado preceito constitucional apenas faculta ao legislador, mediante lei complementar, instituir outras hipóteses de aposentadoria especial, no caso do exercício dessas atividades, faculdade ainda não exercitada. (RE-AgR 428511, Sepúlveda Pertence, STF, 1ª Turma, 14.02.2006). (grifei).

Posteriormente, ao analisar o Mandado de Injunção 721, o STF modificou seu entendimento anterior e reconheceu que a norma do art. 40, § 4º, da CF, em verdade, tem caráter limitado, porém, de princípio institutivo impositivo, ou seja, o legislador tem obrigação de legislar para garantir o direito:

*MANDADO DE INJUNÇÃO - NATUREZA. Conforme disposto no inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal, conceder-se-á mandado de injunção quando necessário ao exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Há ação mandamental e não simplesmente declaratória de omissão. A carga de declaração não é objeto da impetração, mas premissa da ordem a ser formalizada. MANDADO DE INJUNÇÃO - DECISÃO - BALIZAS. Tratando-se de processo subjetivo, a decisão possui eficácia considerada a relação jurídica nele revelada. APOSENTADORIA - TRABALHO EM CONDIÇÕES ESPECIAIS - PREJUÍZO À SAÚDE DO SERVIDOR - INEXISTÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR - ARTIGO 40, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. **Inexistente a disciplina específica da aposentadoria especial do servidor, impõe-se a adoção, via pronunciamento judicial, daquela própria aos trabalhadores em geral - artigo 57, § 1º, da Lei nº 8.213/91.** (MI 721, Relator Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 30/08/2007). (grifei).*

Nesse célebre julgado, o STF foi além e, não apenas pronunciou a mora legislativa, como também garantiu o direito subjetivo no caso concreto. Na ocasião, o Ministro Carlos Ayres Britto, em voto-vista, destacou a necessidade de o mandado de injunção produzir efeitos concretos:

(...) observei que somente cabe mandado de injunção perante uma norma constitucional de eficácia limitada. Sendo assim, não faz sentido proferir uma decisão judicial também de eficácia limitada. É uma contradição nos termos. A decisão judicial há de ser plenoperante, marcada pela sua carga de concretude, ou seja, tem de ser mandamental, como é da natureza da ação constitucional agora sob julgamento. Acompanho o eminente relator. (Voto proferido pelo Min Carlos Britto, no julgamento do MI 721, de relatoria Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 30/08/2007).

Os julgamentos que se seguiram acompanharam o entendimento firmado no MI 721. Não apenas tem sido reconhecida a mora legislativa, mas também determinada a aplicação, nos casos concretos, das disposições constantes do RGPS:

MANDADO DE INJUNÇÃO. APOSENTADORIA ESPECIAL DO SERVIDOR PÚBLICO. ARTIGO 40, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. AUSÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR A DISCIPLINAR A MATÉRIA. NECESSIDADE DE INTEGRAÇÃO LEGISLATIVA. 1. Servidor público. Investigador da polícia civil do Estado de São Paulo. Alegado exercício de atividade sob condições de periculosidade e insalubridade. 2. Reconhecida a omissão legislativa em razão da ausência de lei complementar a definir as condições para o implemento da aposentadoria especial. 3. **Mandado de injunção conhecido e concedido para comunicar a mora à autoridade competente e determinar a aplicação, no que couber, do art. 57 da Lei n. 8.213/91. (MI 795, CÁRMEN LÚCIA, STF). (grifei).**

Não obstante tenha adotado posição mais ativista na concretização do direito postulado via mandado de injunção, o STF não reconheceu o direito à conversão de tempo especial em comum. O fundamento invocado pelo Supremo para essa decisão foi a vedação à contagem de tempo ficto, prevista no art. 40, § 10, da Constituição da República. O voto da Ministra Carmem Lúcia, no julgamento do MI 3875 AgR/RS, foi expresso no sentido de que “o art. 40, § 4º, da Constituição da República não assegura a contagem de prazo diferenciado ao servidor público, mas a aposentadoria

especial'. Esse julgado tem sido invocado como precedente em outros que, na mesma linha, não têm acolhido o pleito de conversão de tempo especial no âmbito do serviço público:

*MANDADO DE INJUNÇÃO. APOSENTADORIA ESPECIAL DE SERVIDOR PÚBLICO. ART. 40, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, APLICAÇÃO DAS NORMAS DO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. AGRAVO DESPROVIDO. 1. Segundo a jurisprudência do STF, a omissão legislativa na regulamentação do art. 40, § 4º, da Constituição, deve ser suprida mediante a aplicação das normas do Regime Geral de Previdência Social previstas na Lei 8.213/91 e no Decreto 3.048/99. **Não se admite a conversão de períodos especiais em comuns, mas apenas a concessão da aposentadoria especial mediante a prova do exercício de atividades exercidas em condições nocivas.** Ainda, a exigência do requerimento e do indeferimento prévios do benefício relaciona-se diretamente com a inviabilização do direito pela Administração Pública. Fundamentos observados pela decisão agravada. 2. Agravo regimental desprovido. (MI-AgR 4423, Teori Zavascki, STF. Julgamento 16/05/2013). (grifei).*

Portanto, até o momento, resta assegurado pelo STF o direito de o servidor público receber aposentadoria especial caso comprove, nos termos da legislação do RGPS, o exercício de atividade laborativa sujeito a agentes nocivos prejudiciais à saúde ou à integridade física pelo tempo integral.

No que se refere à possibilidade de fruição de aposentadoria especial de servidores que exerçam atividades de risco (art. 40, § 4º, II, da Constituição), o que não é previsto no RGPS, a jurisprudência tem reconhecido a recepção da legislação que garantia a policiais federais a possibilidade de aposentadoria em tempo reduzido, nos termos da LC nº 51/85:

Ementa

EMENTADIREITO ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. POLICIAL CIVIL. APOSENTADORIA ESPECIAL. LEI COMPLEMENTAR 51/85. RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA. ADICIONAL DE PERMANÊNCIA. DEBATE DE ÂMBITO INFRACONSTITUCIONAL. LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL 55/92. EXAME DE LEGISLAÇÃO LOCAL. APLICAÇÃO DA SÚMULA 280/STF. EVENTUAL VIOLAÇÃO REFLEXA NÃO ENSEJA RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 21.8.2009. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido da recepção, pela Constituição Federal, da Lei Complementar

*51/1985, que prevê condições especiais para a aposentadoria dos servidores públicos que exerçam atividades de risco ou sob condições que prejudiquem a saúde ou a integridade física (art. 40, § 4º, II, III, da CF), na hipótese, policiais civis. Tendo a Corte Regional reconhecido o direito à percepção do abono de permanência com espeque em interpretação de legislação local, incide, na espécie, o óbice da Súmula 280/STF: "Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário". Agravo regimental conhecido e não provido. (AI820520 AgR / **SC**, **1ª. Turma**, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Julgamento: 18/06/2013)*

8. APOSENTADORIA DE PESSOA COM DEFICIÊNCIA

A previsão dessa modalidade de aposentadoria surgiu com a Emenda Constitucional nº 47/05 e, em 8 de maio de 2013, foi editada a Lei Complementar nº 142, que regulamentou o § 1º, do art. 201, da CF, no tocante à aposentadoria da pessoa com deficiência segurada do RGPS. O conceito do que seja pessoa com deficiência é permeado por vocábulos de grande abrangência, com ampla margem à interpretação. Segundo consta do art. 2º, da Lei Complementar nº 142/2013,

considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Apesar da grande carga de abstração, a conceituação em análise não surgiu com a Lei Complementar nº 142, mas sim foi extraída da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência que, em seu art. 1º, estabelece o seguinte:

Artigo 1º, da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência – Propósito:

O propósito da presente Convenção é promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente.

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de

longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas. (grifei).

No Brasil, a proteção dos direitos das pessoas deficientes adquiriu maior visibilidade a partir da ratificação da mencionada Convenção.³⁵ A influência de seu texto já pode ser observada em diversas políticas públicas, sobretudo no tocante à acessibilidade, à mobilidade, ao trabalho e emprego, à participação na vida cultural e em recreação, lazer e esporte, questões expressamente abordadas na Convenção. A partir daí, o art. 20, § 2º, da Lei nº 8.742/1993 (Lei Orgânica da Assistência Social), com redação dada pela Lei nº 12.470/2011, passou a utilizar o conceito de pessoa com deficiência trazido pela Convenção. E a recente Lei Complementar nº 142, como já mencionado, também o reproduziu.

É relevante destacar que, anteriormente, o conceito de pessoa portadora de deficiência não observava a melhor técnica, eis que considerava deficiente a pessoa “*incapacitada para a vida independente e para o trabalho*” (art. 20, § 2º, da Lei nº 8.742/1993, redação originária). O conceito no início adotado equivalia à incapacidade do segurado que dependia da assistência constante de terceira pessoa e que tinha direito à aposentadoria por invalidez, majorada de 25% (art. 45, da Lei nº 8.213/1991). Portanto, é possível notar um movimento importante, trazido pela Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que tem conferido a essas pessoas melhores condições de vida e de integração à sociedade.

O art. 28, da mencionada Convenção, ao tratar do padrão de vida e da proteção social a serem assegurados às pessoas com deficiência, determinou no item 2, “e”, o acesso ao benefício de aposentadoria:

Art. 28, item 2, da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência – Os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência à proteção social e ao exercício desse direito sem discriminação baseada na deficiência, e tomarão as medidas apropriadas para salvaguardar e promover a realização desse direito, tais como:

³⁵ O Decreto 6.949, de 25 de agosto de 2009 promulgou a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, após a ratificação pelo Brasil dos mencionados atos junto ao Secretário-Geral das Nações Unidas, em 1º de agosto de 2008.

(...)

e) Assegurar igual acesso de pessoas com deficiência a programas e benefícios de aposentadoria.

Nesse diapasão, a atuação do legislador positivo encontra-se alinhada à tendência internacional de defesa dos direitos da pessoa com deficiência.

A Lei Complementar nº 142/2003 não instituiu uma nova espécie de aposentadoria para as pessoas com deficiência. Ela se utilizou de outra técnica legislativa para a proteção: reduziu os requisitos de tempo de contribuição e de idade em duas modalidades de aposentadoria já estabelecidas na Lei nº 8.213/91. Assim, a lei estabeleceu quatro espécies de redução de exigência em pressupostos de benefício. As três primeiras guardam proporcionalidade com o grau de deficiência apresentado na aposentadoria por tempo de contribuição. A última é uma aposentadoria por idade com redução de cinco anos no quesito idade para ambos os sexos. Além disso, o tempo de contribuição para que a pessoa com deficiência faça jus à aposentadoria prevista na Lei Complementar nº 142/2013 é diferente do tempo necessário para concessão da aposentadoria especial em razão da exposição a agentes nocivos prejudiciais à saúde ou à integridade física.

A definição dos graus de deficiência deverá ser feita pelo Poder Executivo:

Art. 3º, da Lei Complementar 142/2013 – É assegurada a concessão de aposentadoria pelo RGPS ao segurado com deficiência, observadas as seguintes condições:

I - aos 25 (vinte e cinco) anos de tempo de contribuição, se homem, e 20 (vinte) anos, se mulher, no caso de segurado com deficiência grave;

II - aos 29 (vinte e nove) anos de tempo de contribuição, se homem, e 24 (vinte e quatro) anos, se mulher, no caso de segurado com deficiência moderada;

III - aos 33 (trinta e três) anos de tempo de contribuição, se homem, e 28 (vinte e oito) anos, se mulher, no caso de segurado com deficiência leve; ou

IV - aos 60 (sessenta) anos de idade, se homem, e 55 (cinquenta e cinco) anos de idade, se mulher, independentemente do grau de deficiência, desde que cumprido tempo mínimo de contribuição de 15 (quinze) anos e comprovada a existência de deficiência durante igual período.

Parágrafo único. Regulamento do Poder Executivo definirá as deficiências grave, moderada e leve para os fins desta Lei Complementar.

A forma de cálculo do benefício segue a regra das aposentadorias por tempo de contribuição, no caso dos incisos I, II e III; já no caso do inciso IV, a regra a ser observada é a da aposentadoria por idade (art. 8º, da LC nº 142/2013).

Diante da possibilidade de alteração nos graus de deficiência apresentados, a lei fez referência à conversão de tempo de exercício de atividade com deficiência e sem deficiência. O legislador determinou que se observasse o “grau de deficiência correspondente”. Logo, pode-se concluir que haverá “multiplicadores” a serem utilizados para realizar as conversões de tempo. Tal como na aposentadoria especial em razão da exposição a agentes nocivos à saúde ou à integridade física, os fatores de conversão devem ser estabelecidos, seguindo critérios matemáticos de regra de três simples. A tabela de conversão deverá ser a seguinte:

Tempo a converter	Multiplicadores			
	Deficiência grave	Deficiência moderada	Deficiência leve	Sem deficiência
Deficiência grave	1	1,16	1,32	1,40
Deficiência moderada	0,86	1	1,14	1,21
Deficiência leve	0,76	0,88	1	1,06
Sem deficiência	0,71	0,83	0,94	1

É relevante destacar que a aposentadoria da pessoa com deficiência difere da aposentadoria especial em decorrência da exposição a agentes nocivos, porque, em grande parte dos casos, naquela modalidade o segurado terá exercido atividade laborativa em período no qual a deficiência não existia. Portanto, ao contrário do que ocorre com a aposentadoria especial anteriormente estudada, a conversão de tempo comum em tempo especial deverá ser possível na aposentadoria da pessoa com deficiência. É possível extrair tal conclusão do art. 7º, da Lei Complementar nº 142/13:

Art. 7º, da Lei Complementar nº 142/2013 – Se o segurado, após a filiação ao RGPS, tornar-se pessoa com deficiência, ou tiver seu grau de deficiência alterado, os parâmetros mencionados no art. 3º serão proporcionalmente ajustados, considerando-se o número de anos em que o segurado exerceu atividade laboral sem deficiência e com deficiência, observado o grau de deficiência correspondente, nos termos do regulamento a que se refere o parágrafo único do art. 3º desta Lei Complementar.

Na hipótese de conversão de tempo comum em especial, o tempo “encolherá”. Exemplificativamente, se aplicada a proporção prevista na tabela acima, a pessoa que contar com 20 anos de contribuição e adquirir uma deficiência de grau moderado converterá os 20 anos pelo multiplicador 0,83, do que resultarão 16 anos, 7 meses e 6 dias de tempo especial. Para obter a aposentadoria diferenciada, terá que contribuir por mais 12 anos, 4 meses e 24 dias, a fim de cumprir o tempo total de 29 anos (art. 3º, II, da Lei Complementar nº 142/2013).

Caso o segurado postule aposentadoria por idade na condição de pessoa portadora de deficiência, a conversão de tempo não se mostrará necessária. Isso porque a regra prevista no inciso IV, do art. 3º, da Lei Complementar nº 142/2013, exige que se comprove a existência de deficiência – de qualquer grau – pelo período mínimo de 15 anos. A elevação do coeficiente é proporcional ao número de contribuições (art. 8º, II, da Lei Complementar nº 142/2013). Portanto, comprovado o tempo mínimo de 15 anos de exercício laborativo na condição de pessoa com deficiência, a majoração do tempo de contribuição não trará benefícios, porque não alterará o número de contribuições, ou seja, o aumento do tempo via “multiplicador” não influencia positivamente a RMI.

Quanto à possibilidade de conversão, é importante ainda mencionar que a lei vedou expressamente a possibilidade de se acumular a redução de tempo nela prevista com a redução de tempo fixada para as atividades prejudiciais à saúde ou à integridade física. Portanto, se a pessoa com deficiência exercer atividade em condições especiais, em parte do período laborativo, deverá optar por uma ou por outra redução do tempo de trabalho necessário para a concessão do benefício.

A redução do tempo de contribuição necessário para a aposentadoria veio acompanhada da aplicação facultativa do fator previdenciário. Assim como ocorre atualmente no caso da aposentadoria por idade (art. 7º, da Lei nº 9.876/99), o fator só incidirá na aposentadoria da pessoa com deficiência caso aumente o valor da RMI (art. 9º, I, da Lei Complementar nº 142/2013).

Nesse ponto, observa-se que, dada a possibilidade de conversão de tempo comum em especial, o fator previdenciário diminuirá. Isso porque a redução no tempo de contribuição influencia negativamente o fator. Além disso, a idade dos beneficiários será, em regra, menor, o que também diminui o fator. Portanto, a aplicação facultativa do fator previdenciário no cálculo da RMI se mostra acertada. Deve-se reconhecer, ainda, que a pessoa com deficiência poderá optar por converter tempo especial em comum, para concessão de aposentadoria por tempo de contribuição. Nesse caso, a conversão de tempo elevará o fator previdenciário, cuja aplicação não mais será facultativa.

Por fim, destaca-se que a lei não previu expressamente a carência para concessão do benefício. No entanto, por aplicação analógica do art. 25, II, da Lei nº 8.213/1991, deve-se entender que a carência é de 180 contribuições mensais.

9. CONCLUSÃO

A aposentadoria especial é o benefício previdenciário que, não apenas assegura ao trabalhador uma renda mensal após um período de trabalho, mas principalmente materializa o princípio constitucional da igualdade de chances. Ao possibilitar ao trabalhador que se encontra em situação desvantajosa a aposentadoria com tempo de serviço reduzido, a Previdência

Social dá concretude a alguns dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, com destaque para o dádignidade da pessoa humana e o do valor social do trabalho (art. 1º, da Constituição da República).

A prestação de trabalhos em ambientes reconhecidamente prejudiciais à saúde deveria ser evitada. Todavia, tais atividades precisam ser realizadas, já que a vida em sociedade delas não pode prescindir. Diante do impasse, e com base no valor social do trabalho, a solução encontrada pelo legislador, ainda na década de 1960, foi a criação do benefício que se denominou de aposentadoria especial. É especial, extraordinária, restrita, e possui destinatários específicos. Por tais motivos, sua concessão passa por rigorosos critérios de avaliação. O benefício somente deve ser concedido a quem efetivamente trabalha exposto a agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física, daí a necessidade de apresentação da documentação comprobatória expedida pela empresa, com posterior validação pelo INSS.

Grande parte das controvérsias sobre a aposentadoria especial já foi objeto de importante debate acadêmico e teve reflexo na jurisprudência, Nada obstante, existem algumas discussões ligadas ao benefício ainda pendentes, especialmente questões ligadas ao uso de EPI. A tendência é que prevaleça o entendimento de que o uso de equipamento de proteção considerado eficaz descaracterize o tempo especial, independentemente do agente nocivo.

Quanto à aposentadoria do segurado deficiente, é importante destacar a influência da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência na elaboração da Lei Complementar nº 142/2003. O benefício vai ao encontro das necessidades dessas pessoas e busca integrá-las à sociedade, assegurando acesso à Previdência, em atendimento aos princípios da igualdade de chances, da liberdade real e da solidariedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Francisco Carlos da Silva. Seguridade social. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1272, 25 dez. 2006 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9311>>. Acesso em: 28 jan. 2013.

BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. Direito previdenciário médico: benefícios por incapacidade laborativa e aposentadoria especial. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

- BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Perda auditiva induzida por ruído (Pair). Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2006.
- CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. Manual de Direito Previdenciário. 8. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.
- FREUDENTHAL, Sérgio Pardal. Aposentadoria especial. São Paulo: LTr, 2000.
- GERGES, Samir N. Y. Protetores Auditivos. p. 1. Artigo disponível em <<http://www.lari.ufsc.br/publicacoes/paperABHO2.pdf>> (acesso em 10/05/2013).
- IBRAHIM, Fábio Zambitte. Curso de Direito Previdenciário. 15. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.
- MARCELO, Fernando Vieira. Aposentadoria especial. São Paulo: J. H. Mizuno, 2011.
- MÁRCIA FERNANDES, Thaís Catalani Morata. Estudo dos efeitos auditivos e extra-auditivos da exposição ocupacional a ruído e vibração. Revista Brasileira de Otorrinolaringologia. vol.68 nº. 5. São Paulo Oct. 2002. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0034-72992002000500017&script=sci_arttext. Acesso em 16/07/2013.
- MARTINEZ, Wladimir Novaes. Aposentadoria Especial. 5. ed. São Paulo: LTr, 2010.
- _____. Aposentadoria Especial em 420 Perguntas e Respostas. 2. ed. São Paulo: LTr, 2001.
- MARTINS, Sérgio Pinto. Direito da Seguridade Social. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- PEDROTTI, Irineu Antônio. Doenças Profissionais ou do Trabalho. 2ª ed. São Paulo: Leud, 1998.
- RIBEIRO, Maria Helena Carreira Alvim. Aposentadoria Especial, Regime Geral da Previdência Social. 5. ed. Curitiba: Juruá, 2012.
- SALIBA, Tuffi Messias. Aposentadoria especial: aspecto técnicos para caracterização. 1. ed. São Paulo: LTr, 2011.
- SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev. atual. eampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2009.
- SILVA, De Plácido e; atualizadores Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Vocabulário jurídico conciso. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas Constitucionais. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.
- TAVARES, Marcelo Leonardo. Previdência e Assistência Social – Legitimação e Fundamentação Constitucional Brasileira. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003
- _____. Direito previdenciário: regime geral de previdência social e regras constitucionais dos regimes próprios de previdência social. 14. ed. rev. e atual. RJ: editora Impetus, 2012. p. 160.

UMA RESENHA SOBRE AS VICISSITUDES DA REGULAÇÃO SOBRE A AÇÃO RENOVATÓRIA NO BRASIL (DE 1934 A 1991): RUPTURAS E LEGITIMIDADE

Pedro Marcos Nunes Barbosa¹

1) INTRODUÇÃO

O presente artigo visa abordar as modificações havidas na regência positiva do direito brasileiro no tocante à ação renovatória. Para tanto, será tangenciado um breve contexto histórico havido para a edição da chamada *Lei de Luvas* de 1934, bem como as vicissitudes políticas e jurídicas que culminaram na *Lei de Locações* de 1991.

Como método de análise, optou-se pelo estudo dos textos legais, suas exposições de motivos, além do uso de legítimas fontes secundárias bibliográficas (HESPANHA, 1994, p. 44) e pretorianas, no intuito de se apurar *a ratio*, *a fattispecie*, por detrás da “ruptura” de um paradigma jurídico que minimizava os direitos do não proprietário quanto a este mister.

Destarte, tal como foi proposto por Skinner (TAYLOR, 1988, p. 219), a hermenêutica dos textos legais estudados foi realizada como uma *ação num contexto*, ou seja, tomou-se como ponto de partida que a edição de tais *regulamentações* se deu em virtude de uma transformação social.

¹ Doutorando em Direito Comercial na USP, Mestre em Direito Civil pela UERJ, Especialista em Direito da Propriedade Intelectual pela PUC-Rio, Professor de Direito Civil e Propriedade Intelectual nos Cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito da PUC-Rio, Diretor Cultural do Instituto dos Advogados Brasileiros, Sócio de Denis Borges Barbosa Advogados.

O problema (*rectius*, a hipótese) enfrentado por este ensaio versa sobre a suposta socialização legislativa advinda com os marcos de 1934 e 1991: as modificações *textuais* ocorreram na senda do papel promocional do direito, ou as vicissitudes nada mais representaram do que os anseios do mercado? Noutros termos, será verificado se as alterações nos fatos sociais, ou seja, se a intencionalidade coletiva já havia consolidado determinadas práticas pretorianas em momento pretérito à aplicação das novas leis.

Como delimitação de pesquisa, concentrou-se a análise jurisprudencial em três Tribunais do Distrito Federal (Supremo Tribunal Federal, Tribunal Federal de Recursos e Superior Tribuna de Justiça), e um do Rio de Janeiro (Tribunal do Estado do Rio de Janeiro).

Desta forma, após a presente introdução, no segundo capítulo foi esmiuçada a suposta *ruptura* de 1934, no tocante às locações mercantis (coerente com a Teoria dos Atos de Comércio adotada no Código Comercial de 1850), bem como a *legitimação* do Decreto de Vargas, fundamentado na tutela da parte “hipossuficiente” e de seu *fundo de comércio*. Em seguida, usou-se das clássicas obras de Alfredo Buzaid (2ª Edição de 1981) e Darcy Bessone (1940), no tratamento da ação renovatória, próximas ao contexto político havido para a vigência do Decreto 24.150. Registre-se que a eleição das referidas obras se deu em virtude da quantidade de citações havidas das mesmas nos Tribunais pesquisados, e pelo diálogo *explícito* e parcialmente divergente havido entre tais autores.

Por sua vez, no terceiro capítulo foi tangenciada a Lei de Locações do início da década de 90, além de sua *interessante* ampliação do rol de legitimados para a propositura da ação renovatória. Com base na segunda *fonte normativa* acerca do direito de *intratuta*, verificou-se o estabelecimento de um padrão de regência diferenciado na proteção do locatário, já fincado na Teoria da Empresa que viria a ser cristalizada onze anos depois.

Por último, sem adentrar-se no juízo de uma *pitonisa*, versar-se-á sobre o atual contexto jurídico que poderá engendrar futuras modificações *formais* no direito atinente às ações renovatórias, em particular no que é tocante aos direitos fundamentais prescritos na Constituição Federal.

2) A “LEI DE LUVAS” DE 1934

O contexto político nacional após a proclamação da república até o início da década de 20, no século XX, era de um predomínio oligárquico dos grandes proprietários, e, em especial, dos latifundiários. Neste ínterim, não foi à toa, que o *controle político* do país recebeu a alcunha de “café com leite”, uma vez que a alternância na chefia do poder executivo ocorria, basicamente, entre representantes de Minas Gerais e São Paulo (CASTRO, 2011, p. 437).

Entretanto, os comerciantes representavam outra parcela do poder político que, se já estavam em ascensão (tendo em vista a industrialização da economia), ainda não gozavam das mesmas benesses que os latifundiários, e, portanto, buscavam *transformações sociais* (CASTRO, 2011, p. 438). Como não se desconhece, a própria análise da estrutura *mercantil* de um país, bem revela o estado de sua economia (PRADO Jr., 2011, p. 241) e o viés de sua política.

Desta forma, com a crise internacional advinda da quebra da bolsa de Nova Iorque e com a mobilização *social* dos trabalhadores urbanos, “fratura-se” um regime oligárquico para a confecção da Constituição de 1934; formando-se outra ordem dominante, mas, também, uma maior participação coletiva dos assalariados (CASTRO, 2011, p. 443).

Noutros termos, o início da década de 30 marca, senão uma queda, uma transformação do prevalente liberalismo econômico e político, um confronto entre velhas ordens economicamente favorecidas e a chamada “revolução social”, no resto no mundo (HOBSBAWN, 1995, p. 63, 113-114), e também no Brasil.

Tal pode ser constatado pela própria comparação dos preâmbulos constitucionais então vividos, desde o enfoque imperial e religioso em 1824 (“Em nome da Santíssima Trindade”), passando pela visão claramente liberal em 1891 (“um regime livre e democrático”), até chegar ao discurso de *legitimação* social em 1934 (“um regime democrático, que assegure à Nação a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico”).

Diz-se legitimação (BARBOSA, 2002, p. 02), e não propriamente legitimidade, visto que tais valores já preexistiam ao “novo” regime constitucional de 1934, servindo de *guia* para as modificações de no

direito positivo (eficácia textual), que não necessariamente alteraram significativamente a realidade (*rectius*, eficácia social).

Contudo, a introdução *formal* de um viés social com Getúlio Vargas, não significou uma expansão de valores democráticos, mas, ao revés, um progressivo e paradoxal aumento de ideais ditatoriais (LOPES, 2012, p. 355 e CHAUI, 2013, p. 50). Conforme averbado pela doutrina, utilizou-se de *textos legislativos* progressistas como maneira de manipular grupos antagônicos do integralismo e dos comunistas (SAMPAIO, 2010, p. 316). O contraste de “liberdade” sem igualdade, como *pseuda* democracia, além de “menor desigualdade” sem liberdades, denota o processo de correções políticas e vicissitudes (AGUIAR JR., 2008, p. 547) sofridas no Brasil.

Outrossim, em 20 de abril de 1934, editou-se o decreto 24.150 (Lei de “Luvas”) , pautado numa perspectiva já menos individualista (ou melhor, menos proprietária), tal como a Constituição que (quase) três meses depois lhe sucedeu. Entre suas previsões mais interessantes, é relevante destacar seu preâmbulo que direciona os fundamentos da modificação regulatória:

“Considerando que, se, de um modo geral, essa necessidade se impoz, mais ainda se torna impreterível, tendo em vista os estabelecimentos destinados ao commercio e á industria, por isso que o valor incorporeo do fundo de commercio - se integra, em parte, no valor do immovel, trazendo, destarte, pelo trabalho alheio, beneficios ao proprietario;

Considerando, assim, que não seria justo attribuir exclusivamente ao proprietario tal quota de enriquecimento, em detrimento, ou melhor, com o empobrecimento do inquilino que criou o valor;

Considerando que uma tal situação valeria por um - “locupletamento” - condenado pelo direito moderno”

Ou seja, tal decreto importou numa fenda à “soberania” proprietária, ainda que restrita ao âmbito privado (TFR, 3ª Turma, Min. Adhemar Raymundo, AC 77895, DJ 05.04.1984), tal como resultou numa rachadura à vertente liberal quanto à liberdade de contratar, visto que estabeleceu ao locatário uma forma de *pactuação* compulsória, dentro de alguns requisitos objetivos. Noutras outras palavras, relativizou-se dois tradicionais institutos jurídicos (ANDRADE, 1940, p.5) edificados sob a lógica de tutela ao mais forte: qual seja o *proprietário* e o *credor*.

Anos mais tarde, já sob a vigência da Constituição de 1946, o Supremo Tribunal Federal viria a reconhecer o papel *inovador* da “Lei de Luvas”, *“diploma legal[que] veio restringir em verdade o exercício do direito de propriedade, cuja garantia, no conceito de plenitude, deixou aliás de ser, entre nós, cânon constitucional; haja vista o que deflui da vigente carta Magna, art. 147, em que se encontra expresso que o uso daquele direito será condicionado ao bem estar social”* (STF, Pleno, Min. Luiz Gallori, RE 17531/DF, DJ 28.08.1950).

A modificação legislativa adveio da crescente prática de aumentos abusivos nos preços dos aluguéis, além da conduta corriqueira dos locadores em, praticamente, extorquir seus locatários para a repactuação. Como os locatários, em boa parte das vezes, já haviam cativado os consumidores (clientela e freguesia) a associar o *comércio* ao *ponto*, os contratantes restavam reféns do pagamento de *prêmios* (luvas), em favor dos proprietários, como condição para a continuidade contratual (FERREIRA, 1962, p. 111 e 113).

Ademais, também era comum a rescisão contratual por parte dos locadores que, uma vez verificado o êxito na formação da clientela pelo locatário, perquiriam a edificação d’outro comércio de idêntica finalidade em seu ponto. Buscavam, desta forma, se aproveitar da *freguesia* alicerçada por outrem (ASCARELLI, 1960, p. 74), razão pela qual o direito prescrito na “Lei de Luvas” trouxe uma inibição à concorrência, sem reconhecer qualquer “direito de propriedade” sobre a clientela.

Registre-se que a ideologia *legitimadora* da vedação ao locador em apropriar-se do desenvolvimento alheio, aproxima-se ao que a boa doutrina do século XIX, suscitava acerca da necessária ligação da propriedade com o labor próprio (JHERING, 1972, p. 66).

Noutro diapasão, conforme a perspectiva de parcela doutrinária, a “Lei de Luvas” representou uma verdadeira *intervenção* do Estado dirigista que, ao preservar a “autonomia da vontade” na formação do contrato, foca na *obrigatoriedade* da *continuidade* negocial uma vez que o acordo foi estabelecido (BUZAID, 1981, p. 10).

Atente-se, por sinal, que a escolha do termo *intervenção* por parte da doutrina contemporânea à vigência do Decreto, também revela suas

pré-compreensões advindas do pensamento liberal (cujo auge se deu no século pretérito). O discurso que trata a regulação do Poder Público como *intervenção*, implicitamente parte da premissa de que há uma cisão entre sociedade civil e o Estado. Assim, ao *intervir*, o último ingressaria num campo *estranho* às suas atividades precípuas (GRAU, 2010, p. 19).

Entretanto, não se pode ratificar posicionamentos (ANDRADE, 1940, p.12) que observaram no decreto 21.150/34 um avanço da “ideia socialista” servindo à relativização dos contratos, e da própria autonomia privada. O que aparentemente se deu foi a ponderação entre os direitos do proprietário, para com o interesse econômico do *comerciante* na manutenção do fundo de comércio erigido. Ou seja, se até 1934 era o “proprietário civil” quem dispunha de um endosso legal favorável, equilibrou-se tal equação já, também, em favor do “proprietário-comercial” .

Em sentido oposto aos intuitos do Decreto, o próprio Supremo Tribunal Federal, nos idos de 1969, editou a súmula 485 que, interpretando um dispositivo da “Lei de Luvas”, tomou como presunção relativa de veracidade a objeção da renovatória apresentada pelo locador, desde que este suscitasse o imóvel para uso próprio ou de sua família. Ou seja, se a vigência da “Lei de Luvas” focou-se no prestígio ao locatário-comercial, em diversas oportunidades o STF interpretou os dispositivos regulamentares em vertente contrária ao *espírito* do documento legislativo (vide STF, 1ª Turma, Min. Soares Munoz, RE 99282/MG, 11.03.1983).

Não se pode, porém, afirmar uma estabilidade de precedentes de quaisquer dos Tribunais analisados, visto que em quase todas as votações sobre a espécie pairaram votos vencidos, vozes dissonantes do resultado final do julgamento.

Entretanto, as vicissitudes econômicas passaram a demandar que o direito viesse a reconhecer a pujança econômica dos bens imateriais, relegados ante ao enfoque do direito das coisas de então (Código Civil de 1916 e, até, o Código Comercial de 1850), estruturado sob o paradigma do “mundo tangível”. Frise-se, ainda, que a legislação da década de 30 não *castrou* todos os poderes do proprietário-locador, mas estabeleceu certos limites em prol do locatário no intuito de vedar o *enriquecimento sem causa*, e de prestigiar o *goodwill* objetivo alicerçado pelo último (BARRETO FILHO, 1988, p. 165).

Não obstante, a ruptura textual trazida pelo Decreto de 1934 não importou em imediata adesão *ideológica* por parte dos precedentes pretorianos. Como exemplo da persistência da tradição liberal, insta destacar um precedente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que, em sede de apelação, negou o pleito do Locatário que buscou o poder judiciário para o exercício da Renovação. Como, na contestação, o Locador suscitou a necessidade de alteração da cláusula contratual quanto ao período de reajustamento dos alugueres, e o Locatário entendia pela continuidade daquela cláusula pretérita, o Poder Judiciário, naquela ocasião, entendeu não estarem presentes os requisitos para a concessão da Renovatória (TJRJ, 4ª Camara Cível, Des. Miguel Pachá, AC 1990.001.4520, J. 05.06.1990).

Ou seja, interpretou-se que o direito do locatário de exercer a renovatória esbarrava na adesão às novas cláusulas contratuais quistas e impostas pelo locador, conforme o último se manifestou em juízo. Noutros termos, no afã de manter o paradigma pretérito de submissão do devedor ao credor, de sacralidade da *autonomia da vontade* (SILVA, 2006, p. 31), o Poder Judiciário permaneceu numa resistência *contra legem*.

Aliás, a delimitação aos comerciantes e industriais da legitimidade ativa para a ação renovatória (art. 1º, “a *renovação dos contractos de arrendamento de predio, urbano ou rustico, destinado, pelo locatario, a uso commercial ou industrial*”), já desmascara qualquer *discurso* efetivamente socializante da *nove*/legislação de então. Factualmente a parcela populacional economicamente mais frágil permaneceu *segregada* do acesso ao instituto da propriedade (LOPES, 2012, p. 386) – via locação compulsória, também reconhecida como o regime da exclusão.

Nesta toada, a doutrina especializada (ANDRADE, 1940, p. 88 e 89) interpretou *literalmente* o artigo 1º, do mencionado Decreto, subscrevendo a hipótese de que apenas os comerciantes (os cessionários e os sucessores do locatário) é que poderiam exercer a pretensão. Curiosamente, no entanto, outra tradicional fonte doutrinária (BUZAID, 1981, p. 225) suscitou que “[n]ormalmente, o autor da ação renovatória deve ser comerciante”, deixando espaço para o raciocínio ampliativo do rol de legitimidade ativa, bem como citando em nota de rodapé precedente que enxergou o dispositivo relevante de modo extensivo.

No Superior Tribunal de Justiça (Corte de Justiça criada em 1988 com a extinção do Tribunal Federal de Recursos), *verba gratia*, o único precedente de mérito sob a matéria, pretérito à Lei de 1991, não interpretou o dispositivo do Decreto de 1934, quanto à legitimidade ativa, de maneira progressista. Num julgamento em 1990, o STJ entendeu que um estabelecimento de ensino, por não tratar-se ontologicamente de comércio, não fazia jus ao pleito da renovatória (STJ, 3ª Turma, Min. Waldemar Zveiter, REsp 3394/DF, DJ 10.09.1990, no mesmo sentido e em idêntica *fattispecie*, STF, 2ª Turma, Min. Leitão de Abreu, RE 80278/MG, DJ 15.09.1978).

Contudo, no outro precedente anterior à novel legislação da década de 90, registre-se que do mesmo relator, manteve-se o entendimento do órgão judicante de origem, quanto a legitimidade ativa de sociedade civil com finalidade lucrativa, ainda que não se tratasse de comércio *propriamente*. Ou seja, não obstante o resultado do recurso especial ter sido a negativa de seguimento, no *obiter dicta* do julgado, endossou-se o pensamento de que se tratava de *fundo de comércio impróprio*, e que a jurisprudência: “*parece evoluir decisivamente para ampliar o campo de abrangência do Dec. 24.150 e proteger não só o ponto onde se acha fundo de comércio típico, mas também as empresas que prestam serviços com finalidades lucrativas*” (STJ, 3ª turma, Min. Waldemar Zveiter, REsp 10259/SP, DJ 19.08.1991).

Neste instante é possível perceber a *mutação* contextual do panorama econômico, que passou a exigir uma resposta jurídica que estava além dos meandros textuais do Decreto 24.150. Portanto, o segundo julgado anota que diversos precedentes pretorianos reconheciam tal realidade, e quedavam influenciados ao estado *contemporâneo* de interpretação e execução dos contratos e da hermenêutica legal: estar-se-ia diante do fenômeno da atualização legal *via* Poder Judiciário (BARBOSA, 1913, p. 15).

Por sua vez, o julgamento pertinente de maior controvérsia no STF (STF, Pleno, Min. Cunha Peixoto, RE 96193/RJ, DJ 31.03.1978) cuidou de feito análogo ao julgado do STJ, mas nos idos dos anos 70. Num recurso extraordinário de um locador, réu na ação renovatória, que visava a prevalência da sentença e do acórdão em sede de apelação que, por maioria, lhe outorgava razão, debates acirrados foram travados. No feito, o locatário havia logrado êxito em que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro tomasse a vertente do voto vencido da apelação, já em sede

dos embargos infringentes. No *pretório excelso*, o Ministro Relator Cunha Peixoto (citando BUZAID) tomou o entendimento de que a “Lei de Luvas” só legitimaria aos entes comerciais, que visam o lucro, razão pela qual entendia procedente o Recurso Extraordinário, no que foi acompanhado pelo Ministro Cordeiro Guerra.

Registre-se, aliás, que o voto do órgão judicante que acompanhou o relator estipulou que o Decreto de 1934 foi o resultado do “*número de locatários, sendo extremamente influentes sob o ponto de vista eleitoral no regime democrático, justificou a promulgação da lei de renovação compulsória – lei de inspiração radical socialista*”. Por fim, em suas razões, expôs que “*A Lei de Luvas não dá ação renovatória aos equiparados*” e que o acórdão impugnado criou “*um novo caso de renovatória*” não previsto no texto regulatório. Tomou-se, claramente, a premissa de que a legislação “*que importa em restrição ao direito de propriedade*” deve ser interpretada de modo a contrair suas disposições.

Na contramão de tais argumentos, o voto dissonante (e vencedor) do Ministro Rodrigues Alckmin, concluía pela impossibilidade de conhecimento do recurso (resultando, desta forma, na manutenção do julgamento que expandiu a hermenêutica quanto à legitimidade autoral para a propositura da lide) ante as peculiaridades fáticas, mas fundamentou seu voto no sentido de que: “*ainda que o autor se qualifique como sociedade civil de fins não lucrativos, esclarecendo a existência paralela, à da sociedade civil, de uma verdadeira empresa*”.

É possível, portanto, perceber que a escolha pela negativa de seguimento recursal da maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, naquela oportunidade, era, na verdade, fincada numa mutação, na criação de novo significado do significante *uso comercial*. Não havia, ainda, a vigência de outro texto que possibilitasse uma exegese literal ampliadora, mas houve, sim, o desenvolvimento de um determinado discurso (POCOCK, 2003, p. 37).

A observação dos polêmicos julgamentos, da pluralidade de extratos dos vieses políticos dos julgadores, permite a conclusão de que o advento do Decreto 24.150, não foi uma verdadeira ruptura da ordem jurídica pretérita. Tampouco pode-se encontrar na doutrina uma unívoca corrente, mas posicionamentos pendulares não contínuos de qualquer movimento histórico.

Assim, um exame crítico de certas *mitologias progressistas* (LOPES, 2012, p. 6 e 7) podem, desta maneira, revelar uma história contraditória, oscilante em entendimentos e hegemonias, às vezes dando guarida aos locadores, e, em outras tantas, resguardando os locatários (FUCCI, 2011, p. 18). Logo, no tocante a evolução do contexto nacional quanto às ações renovatórias, a falsa sensação de uma eficácia normativa e social *desenvolvimentista*, de univocidade de pensamentos (doutrinários e pretorianos), na verdade conota uma meta-realidade a convidar o jurista para uma análise desconfiada do discurso histórico (GROSSI, 2007, p. 51 – 53).

3) A LEI DE LOCAÇÕES DE 1991

Se a contemplação de uma maior tutela aos comerciantes, em face dos proprietários-civis, já estava prescrita na ordem jurídica brasileira desde 1934, cinquenta e sete anos depois adveio a Lei de Locações, destinada a regular os alugueis de imóveis urbanos de toda espécie.

É oportuno frisar, ademais, que a atual lei de locações de imóveis foi antecedida pela Lei 6.649/79, e pela Lei 6.239/75 (esta última cuidando de restrições ao despejo de hospitais, unidades sanitárias, estabelecimentos de ensino – fruto de prolongada construção jurisprudencial). Ou seja, historicamente o legislador nacional sempre cuidou de destinar leis especiais ao tratamento da matéria, de modo que não fosse regida pela *vala comum* do Código Civil (FUCCI, 2011, p. 19).

A ordem jurídica de 1988, edificada sob a promoção da pessoa humana (SARLET, 2011, p. 75), trouxe como direitos fundamentais e sociais o tratamento ao direito à propriedade (art. 5º, *caput*), mas, também, o cuidado com o direito à moradia (art. 7º, IV, 23, IX, 183 e 191). O contexto constitucional, desta forma, outorgou uma clara prestação positiva (SILVA, 2012, P. 279) para com os órgãos estatais, incluindo o Poder Legislativo, na direção fixa de assegurar condições habitacionais a todos.

Destarte, se o curso histórico jurídico revelasse alguma coerência, seria evidente que o ambiente das contratações compulsórias viesse a albergar, num período pós-constitucional *renovador*, às locações civis destinadas ao abrigo dos seres humanos.

Porém, com algumas modificações pertinentes ao ambiente da ação renovatória, na sua essência manteve-se o intuito do regime anterior (formal positivo e pretoriano), com uma exceção não acidental no rol de legitimados ativos para a propositura de demandas. De fato, com a vigência da Lei 8.245/91, na égide do governo Collor, o benefício havido às locações comerciais foi dilatado em favor de outros entes com fito lucrativo, favorecendo – pela letra da lei, apenas – as *pessoas jurídicas*:

Art. 51. Nas locações de imóveis destinados ao comércio, o locatário terá direito a renovação do contrato, por igual prazo, desde que, cumulativamente: (...)

III - o locatário esteja explorando seu comércio, no mesmo ramo, pelo prazo mínimo e ininterrupto de três anos. (...)

§ 1º O direito assegurado neste artigo poderá ser exercido pelos cessionários ou sucessores da locação; no caso de sublocação total do imóvel, o direito a renovação somente poderá ser exercido pelo sublocatário. (...)

§ 4º O direito a renovação do contrato estende - se às locações celebradas por indústrias e sociedades civis com fim lucrativo, regularmente constituídas, desde que ocorrentes os pressupostos previstos neste artigo.

Art. 53 - Nas locações de imóveis utilizados por hospitais, unidades sanitárias oficiais, asilos, estabelecimentos de saúde e de ensino autorizados e fiscalizados pelo Poder Público, bem como por entidades religiosas devidamente registradas, o contrato somente poderá ser rescindido. (...)

Art. 55. Considera - se locação não residencial quando o locatário for pessoa jurídica e o imóvel, destinar - se ao uso de seus titulares, diretores, sócios, gerentes, executivos ou empregados.

Neste sentido, um interessante precedente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, mesmo reconhecendo que o contrato de locação para finalidade *comercial* havia sido firmado, como os contratantes foram pessoas físicas (e o locatário era sócio de uma empresa que estava a ocupar, e destinar função ao bem), entendeu pela ilegitimidade ativa da sociedade do locatário na propositura da demanda (TJRJ, 8ª Câmara Cível, Des. João Carlos Braga Guimarães, AC2004.001.14500, J. 14.12.2004).

Ou seja, em exegese *exótica* do artigo 55, da Lei de Locações, o poder judiciário fluminense, encontrou guarida a visão política que encara a ação renovatória como uma *exceção* e, quiçá, *limitação ilegítima* ao poder do proprietário/locador. Noutros termos, com tal direção hermenêutica atinge-se a conclusão de que o ordenamento jurídico outorga maior tutela às técnicas de segregação patrimonial chamadas de *pessoa jurídica*, do que às pessoas humanas.

Entretanto, no mesmo ano, outro órgão julgador deste Tribunal, em feito exatamente idêntico, chegou à conclusão diametralmente oposta visto que *"a ilegitimidade ativa realmente merecia ser rejeitada, eis que a locatária, pessoa física, é sócia da pessoa jurídica que ocupa a loja locada"* (TJRJ, 7a Câmara Cível, Des. Caetano Fonseca Costa, AI 2003.002.21793). Contudo, é imperioso frisar que até mesmo nesse resultado *mais progressista*, a tutela à pessoa só foi outorgada visto que o órgão judicante enxergou a tutela ao ser humano como mediata, perante a imediata proteção da *empresa*.

Se diversos outros precedentes (TJRJ, 17ª Câmara Cível, Des. Mario Robert Mannheimer, AC 2000.002.12782, J. 06.12.2000; 5ª Câmara Cível, Des. Milton Fernandes de Souza, AC 2000.001.13466, J. 05.12.2000; 16ª Câmara Cível, Des. Bernardino M. Leituga, AC 2001.001.23056, J. 05.03.2002) vieram a corroborar o derradeiro posicionamento, é preciso notar que os métodos hermenêuticos adotados nas fundamentações (de ambas as correntes de pensamento) variaram.

Enquanto nas decisões judiciais *restritivas* ao teor textual da legislação optou-se por uma mera *exegese* da Lei (perspectiva *formal*), nas demais decisões utilizou-se uma ótica *sistemática* do ordenamento (perspectiva funcional). No entanto, nenhuma das visões são despidas de vieses ideológicos dos próprios julgadores, mas representam suas específicas pré-compreensões (GRAU, Direito Penal, 2010, p. 21).

Na *práxis* da execução do direito, algumas decisões judiciais admitem a composição de certo arbítrio no resultado decisório, visto que *"o magistrado [idealiza] a solução mais justa, considerada a respectiva formação humanística. Somente após, cabe recorrer a dogmática para, encontrado o indispensável apoio, formalizá-la"* (STF, 2a Turma, Min. Marco Aurélio, REX 140265/SP, DJ 28.05.1993).

Por sua vez, o discurso utilizado para a edição do capítulo das locações não-residenciais na lei 8.245/91, foi fundamentado no cuidado com o valor derivado da exploração *do fundo de comércio* e não propriamente numa defesa do locatário (FRANCO, 2013, p. 126). Logo, o foco legislativo permaneceu (no exato intuito do Decreto de 1934) resguardando a posição no mercado daquele que bem desenvolveu a sua clientela, obstando que terceiros (locador ou novo locatário que exerça o mesmo nicho competitivo) viessem a gozar dos benefícios *criados* pelo locatário (BARBOSA, 2003, p. 93).

Nesta oportunidade, a vicissitude legislativa também não foi imbricada de um perfil *social do direito*, mas reconheceu que os *privilégios* mercantis de tutela à clientela (BITTAR, 2010, p. 82) passaram a trilhar um grupo mais amplo do que os meros comerciantes, numa antecipação da adoção da Teoria da Empresa (sobre idêntico *sintoma* no Código de Defesa do Consumidor, vide LUPION, 2011, p. 64).

Apesar da literalidade do inciso III, do artigo 51, denotar uma legitimidade restrita aos comerciantes, a própria jurisprudência no decorrer da vigência do Decreto 24.150, já havia expandido tal conceito. Portanto, não é à toa que a doutrina (FUCCI, 2011, p. 147) e os precedentes judiciais verificam o resultado hermenêutico do termo *comércio* como algo mais lato do que seu significado dicionarizado.

É recorrente a ideia na história de que as transformações na realidade social ocorram antes de sua *concepção* (KOSELLECK, 2002, p. 36), e isso fica mais evidente pelo formalismo jurídico e a burocracia envolvida no processo legislativo. Ou seja, o hiato temporal envolvido entre a *modificação nas práxis* até a produção legislativa faz com que seu texto sirva mais para o reconhecimento das transformações, do que para o papel promocional do direito.

Assim, é possível dissentir daqueles autores (REQUIÃO, 2012, p. 557) que enxergam no Código Civil de 2002, um pioneirismo na opção formal pela superação da Teoria dos Atos de Comércio, visto que a *legislação de locações* de 1991, já incorporara parte da ideologia do Código Civil Italiano de 1942. Novamente, observe-se que foram os anseios econômicos, e não uma promoção socialista, de inclusão de mais agentes na vida empresarial (SOUZA, 2013, p. 49) é que resultou numa vicissitude regulatória.

Por sua vez, o artigo 53 do edito legislativo tratou de restrições aos direitos do locador quando sua contraparte cuidar de *serviço público* essencial, tal como os entes educacionais e sanitários. Aliás, se não se pode suscitar qualquer novidade na tutela de tais *peças jurídicas*, visto que a prudência pretoriana consagrou tal defesa, sob a regência da regulamentação revogada, a *positivação* do texto pode servir para frear um movimento de restrição hermenêutica.

Pode-se, por sinal, enxergar no referido artigo 53, um avanço *ainda maior* do que a redação do parágrafo 4º, do artigo 51, que dilatou a possibilidade da renovatória às entidades *com o fito lucrativo*.

Outra prescrição textual relevante, mantida pela legislação de 1991, foi a permissão da cessão do direito de exercício da ação renovatória do locatário para terceiro, ainda que sem o consentimento do locador (FRANCO, 2008, p. 190). É possível afirmar, desta forma, que a legislação consolidou o direito à renovatória como elemento *positivo* do patrimônio do locatário no ambiente não-residencial, razão pela qual adotou o sistema semelhante à cessão de crédito (em que a outra parte deve ter ciência, mas não lhe é necessária a anuência).

Desta maneira, o dispositivo consignado no art. 51, parágrafo primeiro, possibilita o exercício do *trespasse* (FERES, 2007, p. 29), sem que o *locatário* seja vilipendiado de seu fundo do comércio.

De outro lado, é falsa a perspectiva de que algumas alterações pontuais à regência do Decreto de 1934, foram suficientes à alteração de entendimentos por parte dos diversos intérpretes do direito. Neste sentido, a ordem jurídica *formalmente* modificada com a Constituição vigente, somada pela “Lei de Locações” de 1991, não serviu para modificar o predomínio conservadorismo dos Órgãos Julgadores que, mesmo quando acatam o pleito da ação Renovatória, mostram-se desconfortáveis com a *ponderação* dos interesses do proprietário e da autonomia privada.

Nesta esteira, um recente precedente do “Tribunal da Cidadania” frisou que “[a] renovatória, embora vise garantir os direitos do locatário face às pretensões ilegítimas do locador de se apropriar patrimônio imaterial, que foi agregado ao seu imóvel pela atividade exercida pelo locatário, notadamente o fundo de comércio, o ponto comercial, também não pode

se tornar uma forma de eternizar o contrato de locação, restringindo os direitos de propriedade do locador, e violando a própria natureza bilateral e consensual da avença locatícia” (STJ, 3a Turma, Min. Nancy Andrighi, REsp 1323410, DJ 20.11.2013).

Portanto, neste célere perfil histórico, o parâmetro nacional evolutivo da ação renovatória, denota uma série de paradoxos, e *“querer ignorar esse mundo* [da constituição atual, que optou por um “capitalismo-social”] *será renunciar ao nosso próprio ritmo espontâneo, à lei do fluxo e do refluxo, por um compasso mecânico e uma harmonia falsa”* (HOLANDA, 2013, p. 188).

4) CONCLUSÃO

No decorrer desta breve resenha, foi possível concluir que as vicissitudes havidas na legislação tocante à ação renovatória foram fruto de intensa luta política. Assim o olhar retrospectivo realizado sobre a pertinente seara jurídica não ficou restrito à análise legislativa, visto que a *pseudaimpressão* de estabilidade e imutabilidade do direito é, por si, algo enganoso (CAENEGEM, 2000, p. 255).

Se o estudo do passado permite a melhor compreensão do presente (GRAMSCI, 1982, p. 134), parece nítido que os marcos legislativos de 1934 e 1991, não foram reais rupturas ao *conteúdo jurígeno* regulado. O que se deu foi a gradual positivação dos precedentes judiciais (e da doutrina) que foram sedimentados com enorme controvérsia, no exercício do papel atualizador – além dos textos – (CARNELUTTI, 1954, p. 6) por parte do poder judiciário.

Nesse sentido, as obras de BUZAID e de ANDRADE foram os esteios doutrinários principais, responsáveis ao convencimento dos juízes que acabaram por *modificar* os literais dispositivos legais. Entretanto, ambos os intérpretes estavam convencidos, equivocadamente, de que o advento do édito legislativo era, *por si só*, apto a romper com o condicionamento histórico-ideológico de então (PERLINGIERI, 2007, p. 62).

Não se pode, contudo afirmar que a *evolução* legal, doutrinária, e jurisprudencial, pacificou a matéria. Aliás, a forte contradição de valores (entre proprietários e locatários) ainda existente pode ser atribuída como

responsável pela mora legislativa em *positivar* as modificações já realizadas pela *práxis* jurisdicional. O conservadorismo jurídico, portanto, é imbricado na ótica de que o *tempo ainda não amadureceu*, que não se atingiu o necessário *crescimento histórico* para suscitar *reais mutações legislativas* (CANARIS, 2002, p. 229).

Tendo em vista que o direito não é externo às relações sociais (LOPES, 2005, p. 29), e que o discurso constitucional *atual* é fincado na pessoa humana, é possível precisar que uma *real evolução* legislativa (futura) será direcionada à tutela da renovatória às pessoas humanas, num contrato que não cuida de fito *exclusivamente* lucrativo. O fato institucional do direito, numa leitura promocional dos direitos fundamentais, deste modo, proporcionará maior tutela ao direito de moradia.

Entre falsas rupturas e desenvolvimentos pendulares, a perspectiva histórica *crítica*, demonstra que as alterações havidas – nas fontes de direito pertinentes à ação renovatória no Brasil – foram incrivelmente tímidas.

5) FONTES (BIBLIOGRÁFICAS, LEGISLATIVAS E PRETORIANAS)

AGUIAR JR., Ruy Rosado de. O princípio da Igualdade e o Direito das Obrigações. In Org. TEPEDINO, Gustavo, FACHIN, Luiz Edson. O Direito e O Tempo, Embates Jurídicos e utopias contemporâneas. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2008.

ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. Do direito do comerciante à Renovação do Arrendamento. Belo Horizonte: Imprensa Oficial de Minas Gerais, 1940.

ASCARELLI, Tullio. Teoria della concorrenza e dei Beni immateriali. Editore Dott A. Giuffré, Milano, 1960.

BARBOSA, Ana Paula Costa. A Legitimação dos Princípios Constitucionais Fundamentais. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002.

BARBOSA, Denis Borges. Uma Introdução à Propriedade Intelectual. 2a Edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BARBOSA, Rui. As cessões de clientela. Obras Completas de Rui Barbosa – Vol. XL. Tomo I, Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1913.

BARRETO Filho, Oscar. Teoria do Estabelecimento Comercial – fundo do comércio ou fazenda mercantil. 2ª Edição, São Paulo: Saraiva, 1988.

BITTAR, Carlos Alberto. Contratos Comerciais. Ed. Forense, 6ª edição, São Paulo, 2010.

- BUZAID, Alfredo. Da Ação Renovatória. Vol I, 2a Edição, São Paulo: Saraiva, 1981.
- CAENEGEM, R. C. Van. Uma Introdução Histórica ao Direito Privado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- CANARIS, Claus Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. 3a Edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.
- CARNELUTTI, Francesco. Come Nasce Il Diritto. Torino: Rai, Radiotelevisione Italiana, 1954.
- CASTRO, Flávia Lages de. História do Direito. Geral e Brasil. 8ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- CHAUÍ, Marilena. Manifestações Ideológicas do autoritarismo brasileiro. São Paulo: Autêntica, 2013.
- FÉRES, Marcelo Andrade. Estabelecimento Empresarial. Trespasse e Efeitos Obrigacionais. São Paulo: Saraiva, 2007.
- FERREIRA, Waldemar. Tratado de Direito Comercial. O Estatuto do Estabelecimento e a Empresa Mercantil - Sexto Volume. São Paulo: Saraiva, 1962.
- FRANCO, Vera Helena de Mello. SZTAJN, Rachel. Falência e Recuperação da Empresa em Crise. Rio de Janeiro: Ed. Elsevier, 2008.
- _____. Contratos – Direito Civil e empresarial. 4a Edição, São Paulo: RT, 2013.
- FUCCI, Paulo Eduardo. Reforma da Lei do Inquilinato. São Paulo: Saraiva, 2011.
- GARDINER, Patrick. Teorias da História. 5a Edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984.
- GRAMSCI, Antonio. Os Intelectuais e a Organização da Cultura. 4ª Edição, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1982.
- GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. 14a Edição, São Paulo: Ed. Malheiros, 2010.
- _____. Direito Penal – Sob a Prestação Jurisdicional. Curitiba: Malheiros, 2010.
- GROSSI, Paolo. Mitologias Jurídicas da Modernidade. 2a Edição, Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.
- HESPANHA, António Manuel. Às vésperas do Leviathan. Instituições e poder político Portugal – séc. XVII. Coimbra: Livraria Almedina, 1994.
- HOBBSBAWN, Eric. Era dos Extremos. O breve século XX 1914-1991. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- HOLANDA, Sérgio Buarque de. Raízes do Brasil. 26a Edição, São Paulo, 2013.

-
- JHERING, Rudolf Von. A luta pelo direito. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1972.
- KOSELLECK, Reinhard. The practice of conceptual history. Stanford: Stanford University Press, 2002.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. As palavras e a lei. Direito, ordem e justiça na história do pensamento jurídico moderno. São Paulo: FGV, 2005.
- _____. O Direito na História. 4a Edição, São Paulo: Editora Atlas, 2012.
- LUPION, Ricardo. Boa-fé Objetiva nos contratos empresariais. Contornos dogmáticos dos deveres de conduta. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- POCOCK, J. G. A. Linguagens do Ideário Político. São Paulo: Ed. USP, 2003.
- PRADO JR., Caio da Silva. Formação do Brasil Contemporâneo. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Comercial. 31a Edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2012.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. Direitos Fundamentais – Retórica e Historicidade. 2ª Edição, Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais. 9ª Edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- SILVA, Clóvis V. do Couto e. A Obrigação como processo. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2006.
- SILVA, José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição. 8ª Edição, São Paulo: Malheiros, 2012.
- SOUZA, Daniel Adensohn. Proteção do Nome de Empresa no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2013.
- TAYLOR, Charles. Meaning and Context. Quentin Skinner and his Critics. Princeton: Princeton University Press, 1988.

RISCO MORAL EM SEGUROS DE VEÍCULOS AUTOMOTORES – ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA COM BASE NA TEORIA DOS JOGOS

Rafael Bianchini Abreu Paiva¹

Resumo: Neste artigo procuramos analisar, com base na teoria dos jogos, os incentivos existentes para que os agentes mudem de comportamento após a contratação de seguros, agindo de maneira mais arriscada em virtude da dificuldade de as seguradoras monitorarem o comportamento dos segurados (risco moral). Procuramos demonstrar que, em jogos não repetitivos, a imposição de sanções para condutas de maior risco pode contribuir para a obtenção de estratégias que gerem maior bem estar para os consumidores. A partir da construção do modelo teórico, examinamos os incentivos criados pela jurisprudência relativa aos seguros de veículos automotores. Este trabalho está dividido nos seguintes itens: Introdução; 1. Hipóteses relativas aos consumidores; 2. Hipóteses relativas às seguradoras; 3. Estratégias do segurado e da seguradora; 4. Jurisprudência; Conclusões.

Palavras-chave: teoria dos jogos; risco moral; seguros; seguro automotivo.

INTRODUÇÃO

Em artigo pioneiro, George A. AKERLOF² demonstrou que, quando os produtos possuem qualidades distintas e compradores e vendedores possuem informações diferentes a respeito disso (assimetria de informações), ocorre a seleção adversa, falha de mercado em que

¹ Mestrando em Direito Comercial na USP, Economista do Banco Central do Brasil.

² AKERLOF, George A. The Market for “Lemons”: Quality Uncertainty and the Market Mechanism. The Quarterly Journal of Economics, Volume 84, Issue 3 (Aug., 1970), 488-500.

produtos de qualidades distintas são vendidos por preço único. A principal consequência é a redução do tamanho do mercado e expulsão dos bens de melhor qualidade. Além do exemplo do mercado de automóveis usados, o autor entende haver evidências de seleção adversa nos mercados de trabalho, crédito e seguros saúde.

Na verdade, em todos os tipos de seguro facultativo as assimetrias de informação podem resultar em seleção adversa porque há dificuldade em mensurar precisamente os perfis de risco dos consumidores. Se os prêmios dos seguros refletissem o risco médio, os segurados de alto risco considerariam o prêmio vantajoso, ao passo que, para os de menor risco, o prêmio seria demasiadamente alto. Por essa razão, com base nas ocorrências efetivamente observadas, as seguradoras possuem meios de estimar a probabilidade média de ocorrência de sinistro para diferentes perfis de clientes, estipulando prêmios diferenciados em função do risco.

Sabe-se que os principais elementos que influenciam o risco são: utilização de garagens ou estacionamentos fechados, idade e sexo dos condutores, utilização de equipamentos de segurança como alarmes e tipo de uso³. Para minimizar os efeitos da assimetria de informação, as seguradoras realizam questionários que possibilitam identificar o perfil de risco mais próximo do cliente. Os consumidores, por sua vez, têm um incentivo para omitir informações ou mesmo prestar declarações incorretas para obter seguros com prêmios mais baixos. Para coibir este comportamento, o Código Civil, art. 766, estipula a obrigação de o segurado fazer declarações exatas e não omitir informações relevantes. Havendo inexatidão das informações ou omissão das circunstâncias que possam influir na aceitação da proposta ou na taxa do prêmio, o segurado perderá o direito à garantia, além de ficar obrigado ao prêmio vencido. Quanto melhor a qualidade das informações obtidas pelas seguradoras, mais adequados serão os prêmios para cada perfil de risco, menos provável a seleção adversa e mais eficiente o mercado.

Entretanto, mesmo quando as informações prestadas são corretas, minimizando a possibilidade de seleção adversa, o fato de as seguradoras não terem como monitorar as condutas dos segurados gera um incentivo

³ WILTGEN, Julia. 12 dicas para baixar o preço do seguro do carro. Exame.com, 20/05/2010. Disponível em <http://exame.abril.com.br/seu-dinheiro/carros/noticias/12-dicas-baixar-preco-seguro-carro-561537?page=4>

para que os consumidores tomem atitudes que agravem o risco de ocorrência de sinistro, o que é conhecido como risco moral (*moral hazard*). Por essa razão, há obrigação de o segurado abster-se de comportamentos que agravem o risco (CC, art. 768) e informar as ocorrências que alterem o risco no decurso do contrato (CC, art. 769). Enquanto a seleção adversa é um problema de características ocultas, o risco moral está relacionado com ações ocultas⁴.

Neste trabalho, procuramos analisar, com base na teoria dos jogos, como o risco moral pode influenciar no equilíbrio de mercado de seguros de automóveis e o efeito que as sanções podem ter sobre as condutas dos agentes. Por fim, analisamos como a jurisprudência tem sancionado as situações que ocorrem quando a conduta dos consumidores não correspondem aos riscos contratualmente cobertos. Apesar de o nosso modelo e exemplos envolverem seguros automotivos, ele pode ser aplicável a outras situações que envolvam risco moral.

1. HIPÓTESES RELATIVAS AOS CONSUMIDORES

Vera Helena de Mello FRANCO⁵ ensina que o que se garante com o seguro não é o bem ou a pessoa em si, mas a relação do sujeito para com a pessoa ou o bem, ou seja, o interesse que o segurado possui com relação à coisa. Isso explica, por exemplo, a possibilidade de um mesmo objeto ser segurado por diferentes titulares. Como o objeto deste trabalho são os seguros de dano, há que se levar em conta o princípio indenitário, de modo que a garantia que um seguro representa não pode resultar em enriquecimento do segurado. Para efeito de simplificação matemática, adotaremos a hipótese que se trata de um seguro de dano direto e que o interesse segurado corresponde exatamente ao valor do bem “B” e que, ocorrendo o evento adverso, como roubo, furto, acidente, ele acarreta a perda total do bem.

A probabilidade de ocorrência desse evento em um dado período de tempo depende tanto de fatores aleatórios quanto da conduta do

⁴ EATON, B. Curtis & EATON, Diane F. *Microeconomia*. Tradução de Cecília C. Barnalotti; Revisão técnica Sérgio Goldbaum, André Marques Rebelo. São Paulo: Saraiva, 1999, pp. 160-170.

⁵ FRANCO, Vera Helena de Mello. *Contratos: direito civil e empresarial*. 3 Ed. Ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

consumidor, que, por hipótese, pode agir de duas maneiras: com e sem cuidado. Ademais, adotamos a suposição de que a probabilidade de ocorrência de sinistro por fatores aleatórios é igual para todos os consumidores, de modo que não há seleção adversa. Agir com cuidado corresponde a condutas como não deixar o automóvel na rua, instalar sistemas de alarme etc. Quando age com diligência, a probabilidade de perda do bem é p , e se sem tomar cuidado, a probabilidade é aumentada para p' , de modo que $0 < p < p' < 1$.

Adotaremos a hipótese que agir com cuidado, além de diminuir a probabilidade de perda do bem, tem um custo “ c ” para os consumidores, de modo que o valor esperado do bem quando a pessoa age com cuidado é $Ve = B*(1-p) - c$. Por outro lado, ao não tomar cuidado, o valor esperado é $Ve' = B*(1-p')$. Enquanto $c < B*(p' - p)$, as pessoas irão sempre agir com cuidado, pois isso aumenta o valor esperado do bem. Se, por exemplo, $p = 0,05$, $p' = 0,1$ e $B = 30.000$, agir com cuidado aumenta o valor esperado se $c < 1.500$. Supondo que $c = 1.200$, $Ve = 27.300$ e $Ve' = 27.000$.

Por fim, assumimos a hipótese comportamental que os consumidores de seguro são avessos ao risco, preferindo uma renda certa em relação a uma renda incerta com o mesmo valor esperado⁶. Podemos definir sua utilidade esperada, que é a soma das utilidades associadas aos possíveis resultados, ponderadas pelas respectivas probabilidades de ocorrência, como $U_e = \sum_{i=1}^n p_i * Ve_i^{\frac{1}{3}}$. Aplicando essa fórmula aos exemplos numéricos, quando a pessoa age com cuidado, sua utilidade esperada é 29,651, ao passo que, agindo sem cuidado, sua utilidade esperada é 27,965⁷. Portanto, é preferível agir com cuidado, mesmo que isso tenha um custo.

A hipótese que os consumidores são avessos ao risco encontra respaldo na literatura especializada. Segundo Milton FRIEDMAN e Leonard Jimmie SAVAGE⁸, a função de utilidade dos indivíduos como função do risco varia de acordo com o nível de riqueza. A maioria estaria disposta a arriscar

⁶ PINDYCK, Robert S & RUBINFELD, Daniel L. *Microeconomia*. 6. Ed. – São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2005, pp. 136-141.

⁷ Os números apresentados servem para exemplificar as fórmulas apresentadas. O valor obtido para a utilidade não tem importância em sentido absoluto, mas sim quando comparado a outras situações, pois as pessoas sempre escolhem as situações que lhe conferem maior utilidade.

⁸ FRIEDMAN, Milton & SAVAGE, Leonard Jimmie. *The utility analysis of choices involving risk*. Journal of Political Economy, v. LVI, 1948.

valores relativamente pequenos, mas, diante da possibilidade de perder um valor relativamente grande, haveria aversão ao risco. Para os autores, isso explicaria o aparente paradoxo de que muitas pessoas que realizam seguros de automóveis e compram bilhetes de loteria.

2. HIPÓTESES RELATIVAS ÀS SEGURADORAS

Uma característica essencial dos seguros é sua exploração em massa, que permite diversificação do risco e sua pulverização por um grupo de segurados. Trata-se de uma operação essencialmente mutualística e, por essa razão, não é correto dizer que a seguradora toma o risco dos segurados. Portanto, neste trabalho adotaremos a hipótese que as seguradoras são neutras em relação ao risco, de modo que sua utilidade corresponde ao valor esperado.

Vera Helena de Mello FRANCO⁹ assevera que o cálculo do prêmio se dá em duas etapas. Na primeira, o prêmio puro é avaliado em função do valor esperado do risco garantido no âmbito de um grupo de interesses homogêneos. Na segunda etapa, adicionam-se: taxas de juros, despesas administrativas e operacionais da seguradora e tributos¹⁰. É importante lembrar também que as sociedades seguradoras operam em setor regulado sujeito a diversos requerimentos, o que resulta em barreiras à entrada, de modo que não se trata de um setor de concorrência perfeita. Como exemplo dessas exigências, cabe citar a de capital mínimo, previsto pela Resolução do Conselho Nacional de Seguros Privados CNSP número 282 de 2013, a qual estipula, em seu anexo II, o capital mínimo para sociedades seguradoras, que vai de R\$ 1.320.000 (operação em alguns estados da região norte e nordeste) a R\$ 15 milhões (operação em todo território nacional).

Portanto, o prêmio final é a soma do prêmio puro, os valores adicionados na segunda etapa de precificação e uma eventual margem de lucro da seguradora. Denominaremos a soma dos dois últimos elementos de “m”, que é positivo e cujo limite superior é influenciado pelas condições de concorrência e de demanda. Por hipótese, m não é grande o suficiente

⁹ Op. Cit. pp. 325-32.

¹⁰ Nos casos em que o risco varia ao longo do tempo (por exemplo, no seguro de sobrevivência), também são adicionadas as reservas matemáticas, que permitem a estabilidade do prêmio durante o decorrer do contrato.

para dissuadir os consumidores de adquirir seguros adequados ao seus perfis de conduta. Adotaremos a hipótese de que um seguro voltado às pessoas que agem com cuidado (tipo pr) tem o prêmio $pr = B \cdot p + m$. Para as pessoas que não agem com cuidado (tipo pr'), o prêmio $pr' = B \cdot p' + m$. Se, por exemplo, $m = 50$, $p = 1.550$ e $p' = 3.050$.

Adotaremos a hipótese que as probabilidades de ocorrência do sinistro em função das condutas adotadas é de conhecimento comum dos contratantes, e que, como o sinistro acarreta perda total do bem sobre o qual recai o interesse, a indenização esperada para o segurados que agem com cuidado é $le = B \cdot p$, e, quando o agente não age com cuidado, $le' = B \cdot p'$.

3. ESTRATÉGIAS DO SEGURADO E DA SEGURADORA

Se a seguradora vender uma apólice com prêmio pr e o consumidor agir com cuidado, o valor esperado será m ($Ue = Ve = pr - le = m$). O mesmo ocorre quando uma apólice com prêmio pr' é vendida a um consumidor descuidado ($Ue' = Ve' = pr' - le' = m$). Por outro lado, se for vendida uma apólice com prêmio pr para um consumidor descuidado, o valor esperado Vex será igual a $pr - le' = B \cdot p + m - B \cdot p' = B \cdot (p - p') + m$. Como $p < p'$, o primeiro termo é negativo, de modo que $Vex < m$ e, dependendo dos parâmetros, negativo (no nosso exemplo numérico, $Vex = -1.450$). Por fim, a venda de uma apólice com prêmio pr' para um consumidor de conduta zelosa resultaria em $Vey = B \cdot p' + m - B \cdot p = B \cdot (p' - p) + m$. Nesse caso, $Vey > m$ (no nosso exemplo numérico, $Vey = 1.550$). Como veremos a seguir, é improvável que a seguradora obtenha este retorno.

Do ponto de vista do consumidor, a principal vantagem de adquirir um seguro é a certeza quanto ao valor esperado. A utilidade esperada, nesse caso, varia positivamente em função de B e negativamente em função do prêmio pago (pr ou pr') e do custo de agir com diligência. No jogo da figura 1, adotaremos inicialmente a hipótese que um consumidor que contrata um seguro do tipo pr e descumpra o compromisso de agir com zelo (como, por exemplo, deixar de instalar um sistema de alarme ou parquear o automóvel na rua em vez de estacionamento fechado) não

sofre punição alguma em decorrência das dificuldades de a seguradora identificar as condutas do segurado, uma característica do risco moral.

Iremos supor que a interação estratégica entre seguradora e segurado pode ser descrita como um jogo sequencial no qual a seguradora toma a primeira decisão: ofertar seguro com prêmio pr , pr' ou não fechar negócio. Se ela adotar a última estratégia, seu retorno é nulo. Após a ação da seguradora, o consumidor decide se vai agir com ou sem cuidado, conforme se visualiza na figura 1:

Figura 1 – Jogo sem punição para segurado que age de maneira mais arriscada que o estipulado em contrato

Seguradora	Segurado	Ue (Segurado; Seguradora)
Oferta contrato com prêmio pr	Toma cuidado	$[(1-p)*B - c - m]^{1/3}; m$ (30,092; 50)
	Não toma cuidado	$[(1-p)*B - m]^{1/3}; B*(p - p') + m$ (30,528; -1.450)
	Toma cuidado	$[(1-p')*B - c - m]^{1/3}; B*(p' - p) + m$ (29,530; 1.550)
	Não toma cuidado	$[(1-p')*B - m]^{1/3}; m$ (29,981; 50)
Não oferta contrato	Toma cuidado	$(1-p)*B^{1/3} - c; 0$ (29,651; 0)
	Não toma cuidado	$(1-p')*B^{1/3}; 0$ (27,965; 0)

A solução deste tipo de jogo se dá por meio da indução reversa, ou seja, a seguradora irá levar em conta todos os desdobramentos possíveis do jogo no momento de tomar sua decisão¹¹. Caso a seguradora tenha oferecido um contrato do tipo pr , o consumidor decide não tomar cuidado. O consumidor tomaria decisão idêntica se estivesse diante de um contrato pr' . Por outro lado, se a seguradora se recusar a concluir negócio, a pessoa irá tomar cuidado para diminuir a probabilidade de um evento adverso. Em suma, neste tipo jogo sem punição para quem descumpe compromissos contratuais, o seguro irá incentivar o consumidor a agir sem cuidado (*moral hazard*).

¹¹ FIANI, Ronaldo. *Teoria dos jogos: para curso de administração e economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004 – 2ª Reimpressão. Capítulo 5: Analisando Jogos Sequenciais, pp. 109-140.

Como a seguradora tem ciência disso, ela escolhe ofertar uma apólice mais cara (pr'), que não contém cláusulas obrigando o consumidor a tomar cuidado (por exemplo, com permissão para que o segurado estacione o veículo na rua ou empreste seu automóvel para filhos menores de 25 anos), e garante retorno esperado igual a m. Podemos observar que quando o equilíbrio de Nash encontrado na figura 1 não é um ótimo de Pareto, pois é possível que o segurado melhore sua situação mantendo a utilidade esperada da seguradora no conjunto de estratégias "oferta contrato com prêmio pr; toma cuidado". Entretanto, como a seguradora não tem meios de verificar as ações dos segurados, há ineficiência criada em virtude do risco moral.

Ao analisar o risco moral em seguros, Ariel RUBINSTEIN e Menahem E. YAARI¹² demonstram que, se a interação toma a forma de um contrato isolado, como no jogo da figura 1, a ineficiência causada pelo risco moral pode ser diminuída com base em um esquema de recompensas e penalidades que recaíam sobre os segurados a partir de variáveis observáveis. Uma forma de se fazer isso é diminuir o custo suportado pelo segurado cuidadoso, o que pode ser obtido por meio de convênios com estacionamentos, divisão de custos para colocação de sistemas de alarme, etc. Os autores demonstram que outra estratégia frequentemente adotada pelas seguradoras é oferecer descontos aos seus clientes em função do histórico de eventos passados, transformando um jogo isolado em um jogo repetitivo, no qual o incentivo à cooperação é maior. Outra forma é realizar o seguro parcial, de modo que o ônus da ocorrência de sinistro seja compartilhado entre a seguradora e o segurado, diminuindo com isso o incentivo para agir de maneira descuidada¹³.

Para que o esquema de incentivos mude efetivamente o comportamento dos consumidores e torne o mercado eficiente, é necessário que as punições previstas em contrato sejam efetivamente aplicadas. O Código Civil brasileiro tem ao menos três artigos cuja função é minimizar o risco moral nos seguros de dano. O art. 765 prevê a obrigação de boa-fé e veracidade para ambas as partes na conclusão e na execução do contrato. Com respeito às condutas do usuário, o art. 768 prevê que "*o segurado perderá o direito à garantia se agravar intencionalmente o risco objeto do contrato*". Finalmente, uma

¹² RUBINSTEIN, Ariel & YAARI, Menahem E. *Repeated Insurance Contracts and Moral Hazard*. The Hebrew University, Jerusalem. Israel, 1981.

¹³ O seguro parcial também é uma solução ineficiente, pois os consumidores desejariam adquirir seguro total. Entretanto, isso é improvável devido ao risco moral. Para a demonstração dessa ineficiência, vide BIERMAN, H. Scott & FERNANDEZ, Luis. *Teoria dos Jogos*. Tradução Arlete Smille Marques. 2 Ed. São Paulo, Pearson Prentice Hall, 2011, pp. 215-232.

vez que o sinistro tenha ocorrido, o segurado tem a obrigação de tomar consequências para minorar as consequências do sinistro, sob pena de perder o direito à indenização (art. 771). Risco moral em seguros de veículos automotores – análise da jurisprudência com base na teoria dos jogos No nosso exemplo, o seguro do tipo pr somente seria ofertado se, para o consumidor, agir sem cuidado lhe proporcionasse menor utilidade esperada que agir com cuidado, o que poderia ser obtido por meio de sanções. Com base nos parâmetros do nosso modelo, podemos dizer que nos contratos do tipo pr se o segurado não agir com o cuidado previsto em contrato, ele estará incrementando a probabilidade de ocorrência de sinistro em $p' - p$. Uma característica do risco moral é que a seguradora dificilmente toma conhecimento da conduta dos clientes. Na verdade, isso somente ocorre quando as circunstâncias em que ocorre o sinistro revelam condutas que agravam o risco, como multas por excesso de velocidade, direção sob efeito de álcool, utilização do veículo por pessoa diversa (e de maior risco) que aquela identificada pelo contrato etc. No nosso modelo, digamos que a conduta imprudente do segurado é revelada com probabilidade “q”, que, por exemplo, é 10% e que a sanção correspondente é a perda da garantia.

Nesse caso, com probabilidade $1 - p'$ o sinistro não irá ocorrer, com probabilidade p a ocorrência do sinistro independe da conduta do segurado e com probabilidade $(1 - q)(p' - p)$ a perda do bem decorre diretamente da conduta do consumidor, mas a seguradora não consegue descobrir isso. Em todas essas situações, com probabilidade total de $1 - q(p' - p)$, o valor esperado é igual a $[(1-p)B - m]$. Por outro lado, quando a seguradora descobre que a conduta do consumidor agravou o risco, o segurado teria valor esperado correspondente ao negativo do prêmio pr pago, pois há perda do direito à garantia. Desse modo, a utilidade esperada passa a ser $[1 - q(p' - p)] * [(1-p)B - m] + [q(p' - p)] * [-pB - m]$. Se $q = 0,1$, a utilidade esperada será de 30,012. A seguradora, por sua vez, sempre recebe o prêmio $pr = p*B + m$, e arcará com a indenização B com probabilidade $q(p' - p)$ ou 9,5% no nosso exemplo numérico. Portanto, seu valor esperado será $p*B + m - B*q(p' - p)$ ou - 1.300.

Podemos observar no jogo 2 que a possibilidade da sanção de perda da cobertura quando o segurado age em desacordo com o estipulado pelo contrato, ainda que ocorra com baixa probabilidade (no exemplo, 10%), pode incentivar o comportamento cauteloso diante de um contrato do tipo pr. Para a seguradora, o valor esperado resultante da conclusão de um contrato é m, independentemente do tipo de contrato e, por essa razão, tanto os pares de estratégias (oferta contrato com prêmio pr; toma cuidado)

e (oferta contrato com prêmio pr' ; não toma cuidado) são equilíbrios de Nash. Entretanto, há duas razões para supor que a seguradora irá optar pela estratégia que proporciona maior nível de bem-estar para o consumidor. Em primeiro lugar, como comprovado por Ariel RUBINSTEIN e Menahem E. YAARI¹⁴, quando os clientes demonstram ter condutas de baixo risco, as seguradoras têm interesse em induzir a cooperação, transformando um jogo isolado em repetitivo. Com isso, o retorno total da interação seguradora-segurado seria maior que m ao longo da relação. Ademais, como há concorrência, a proposta de um contrato do tipo " pr' " (de prêmio mais alto) aos clientes que têm incentivos suficientes para agir com zelo, gera perda desses clientes para os concorrentes. O equilíbrio das estratégias (oferta contrato com prêmio pr ; toma cuidado) da figura 2 é eficiente, pois houve melhora no bem-estar dos consumidores ao mesmo tempo em que as seguradoras ficaram em igual condição.

Figura 2 – Jogo com sanção de perda da garantia quando a seguradora descobre que a conduta do segurado não reflete o risco contratual

Seguradora	Segurado	Ue (Segurado; Seguradora)
Oferta contrato com prêmio pr	Toma cuidado	$[(1-p)*B - c - m]^{1/3}; m$ (30,092; 50)
	Não toma cuidado	$[1 - q*(p' - p)] * [(1-p)*B - m]^{1/3} +$ $[q*(p' - p)] * [-p*B - m]^{1/3};$ $p*B + m - B*q*(p' - p)$ (30,012; -1.300)
Oferta contrato com prêmio pr'	Toma cuidado	$[(1-p')*B - c - m]^{1/3}; B*(p' - p) + m$ (29,530; 1.550)
	Não toma cuidado	$[(1-p')*B - m]^{1/3}; m$ (29,981; 50)
Não oferta contrato	Toma cuidado	$(1-p)*B^{1/3} - c; 0$ (29,651; 0)
	Não toma cuidado	$(1-p')*B^{1/3}; 0$ (27,965; 0)

¹⁴ Op. Cit.

4. JURISPRUDÊNCIA

No jogo da figura 1, constatamos que quando têm seus interesses cobertos por seguros, os agentes tendem a agir com menos prudência, gerando um equilíbrio de mercado que não é eficiente, caracterizado por seguros de prêmios mais altos dos que prevaleceriam em um arranjo de mercado eficiente. Por conta disso, as seguradoras oferecem descontos os clientes cujo histórico indica condutas de baixo risco, induzindo-os à cooperação, diminuem o custo de condutas cautelosas e estipulam sanções como a exclusão de garantia para o descumprimento de cláusulas contratuais. Na figura 2, observamos que, quanto maior a probabilidade de a seguradora identificar e sancionar as condutas causadoras de risco, maiores as probabilidades de que o equilíbrio de mercado seja eficiente, no sentido que os consumidores prudentes têm acesso a apólices com prêmio mais baixos e, como isso, aumentam seu bem-estar.

Há condutas que aumentam a probabilidade de ocorrência de sinistro e que podem ser objetivamente identificáveis, como embriaguez, excesso de velocidade, condução por terceiro com perfil de risco diverso do coberto pela apólice, manutenção irregular etc. Nessa seção, analisamos como a jurisprudência pode afetar as condutas dos agentes e se as decisões produzem equilíbrios ineficientes (figura 1) ou eficientes (figura 2).

4.1 Embriaguez

O STJ em entendimento consolidado no sentido que a embriaguez ao volante somente exime a seguradora de pagar a indenização devida se a seguradora comprovar o nexo de causalidade entre a conduta e o sinistro. Nos termos do jogo da figura 2, a jurisprudência diminui a probabilidade deste tipo de conduta arriscada resultar em perda da garantia, aumentando, com isso, a utilidade esperada da conduta imprudente. Por isso, é mais provável que o equilíbrio de mercado seja ineficiente como o jogo sem sanções da figura 1:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. SEGURO DE VIDA. EMBRIAGUEZ DO CONDUTOR DO VEÍCULO. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE A EMBRIAGUEZ

E O SINISTRO. ALEGAÇÃO DE VALORAÇÃO INDEVIDA DAS PROVAS COLACIONADAS AOS AUTOS. REEXAME DE CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS DO CASO. SÚMULA 7/STJ.

A jurisprudência desta Eg. Corte firmou-se no sentido de que a constatação do estado de embriaguez do condutor do veículo, mesmo nos casos em que a dosagem etílica no sangue se revela superior à permitida em lei, não é causa apta, por si só, a eximir a seguradora de pagar a indenização pactuada. Ao revés, para que tenha sua responsabilidade excluída, tem a seguradora o ônus de provar que a embriaguez foi a causa determinante para o ocorrência do sinistro¹⁵.

(...)

O STJ também estipulou a obrigação de indenizar quando a embriaguez do condutor, filho do segurado, foi comprovadamente a causa determinante do sinistro:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – AÇÃO DE COBRANÇA - SEGURO DE AUTOMÓVEL - EMBRIAGUEZ DE TERCEIRO CONDUTOR (FILHO DO SEGURADO) COMO CAUSA DETERMINANTE DO SINISTRO - FATO NÃO IMPUTÁVEL À CONDUTA DO SEGURADO - EXCLUSÃO DA COBERTURA - IMPOSSIBILIDADE - ACÓRDÃO RECORRIDO EM DESACORDO COM O ENTENDIMENTO DESTA CORTE – RECURSO IMPROVIDO¹⁶.

4.2 Condutor do veículo sem habilitação

Outra situação que envolve risco moral diz respeito ao condutor do veículo. Como vimos no item 1, sem a realização de seguro, as pessoas tentem a ser mais zelosas a respeito da entrega da condução de veículo para outras pessoas. Por essa razão, as seguradoras costumam incluir cláusulas que excluem a cobertura caso o veículo seja conduzido por pessoa sem habilitação. Nesse caso, a jurisprudência predominante restringe a aplicação de tais cláusulas às situações em que a seguradora comprova que a ausência de habilitação específica contribuiu para o acidente. Nesse caso, isso diminui a probabilidade “q” de aplicação das

¹⁵ STJ, AgRg no AGRADO DE INSTRUMENTO Nº 1.322.903 – RS, DJe: 21/03/2011. No mesmo sentido, AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.102.446 – SP, DJe: 24/06/2013; AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.361.291 – MG, DJe: 01/04/2013; AgRg no AGRADO DE INSTRUMENTO Nº 1.260.682 – RJ, DJe: 21/02/2011;

¹⁶ STJ, AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.173.139 – SP, DJe: 18/05/2011.

sanções contratuais, aumentando as chances de um equilíbrio ineficiente como o da figura 1:

SEGURO DE VIDA. FALECIMENTO DO SEGURADO. CONDUÇÃO DE VEÍCULO SEM HABILITAÇÃO ESPECÍFICA. FATO QUE NÃO ACARRETOU AGRAVAMENTO DO RISCO A ENSEJAR EXCLUDENTE DA RESPONSABILIDADE DA SEGURADORA. 1. Hipótese em que a existência da exclusão não gera efeitos com relação ao segurado, que não tomou ciência inequívoca de todos os termos do contrato, disponibilizado em “site” da internet cujo endereço não foi nem sequer fornecido por ocasião da assinatura do contrato. Inteligência do artigo 46 do CDC. Exclusão inaplicável. 2. Somente se verifica agravamento do risco se ficar evidenciado que o acidente de trânsito foi ocasionado pela inabilidade ou infração cometida pelo condutor, não havendo qualquer indício nesse sentido. Excludente da responsabilidade contratual da seguradora não vislumbrada. Sentença mantida. Recurso desprovido¹⁷.

4.3 Condutor do veículo com perfil de risco diverso do coberto pelo seguro

No mesmo sentido, quando se descobre que o condutor habitual tinha perfil de risco diverso do informado, a jurisprudência obriga o pagamento da indenização. Nesse caso, entretanto, reconhece-se que o prêmio do seguro seria mais alto para o condutor efetivo do veículo:

Ementa: SEGURO. Perfil. Afirmação de violação do pactuado a esse respeito. Irrelevância nas circunstâncias. Ausência de causa e efeito entre o sinistro e a inobservância da cláusula que indicava o marido da autora como principal condutor. Falta de demonstração de que não haveria a contratação se fosse indicado que o filho da segurada seria o que conduzisse o veículo automotor objeto do contrato de seguro predominantemente. Diferença de valor do prêmio que, porém, é devida. Direito da seguradora aos salvados, como consequência da cobertura. Procedência. Apelação parcialmente provida¹⁸.

AÇÃO DE COBRANÇA. CONTRATO DE SEGURO. OCORRÊNCIA DE SINISTRO. VEÍCULO DIRIGIDO POR TERCEIRO. NEGATIVA DE PAGAMENTO PELA SEGURADORA SOB ALEGAÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE CLÁUSULA CONTRATUAL. PEDIDO INDENIZATÓRIO. DANOS MATERIAIS

¹⁷ TJSP, Apelação com revisão 0001639-78.2010.8.26.0333, Julgamento em 29 de outubro de 2013.

¹⁸ TJSP, Apelação 0001570-72.2012.8.26.0625. Julgamento 24.04.2013.

E MORAIS. Negativa da Seguradora em arcar com o pagamento da indenização do veículo sinistrado sob argumentação de que o questionário de risco foi preenchido com informações inverídicas, uma vez que nele consta a autora como principal condutor. Comprovação, quando da ocorrência do sinistro, que era seu filho, universitário, com 22 de idade, quem utilizava o veículo com assiduidade. Situação que agrava o risco, interferindo diretamente na fixação do prêmio mas não afasta o dever de indenizar. Ratificação da sentença na parte que determina o pagamento da indenização correspondente ao valor gasto com o conserto do veículo do que deve ser deduzida a diferença do prêmio e o valor da franquia, sob pena de se configurar enriquecimento sem causa. Dano moral configurado na abusividade em solucionar a pendência, cujo valor se reduz porquanto a situação fática que envolveu a recusa foi criada pelos próprios autores. Inadmissibilidade do recebimento do valor de peças que dizem terem sido furtadas na oficina credenciada pela Seguradora, sob pena de bis in idem. PROVIMENTO DO 1º RECURSO E DESPROVIMENTO DO 2º^o.

Em tal situação, quando é descoberto que o segurado adquiriu uma apólice com prêmio dimensionado para o grupo de risco mais baixo e tinha perfil de risco mais alto, exige-se que ele pague à seguradora a diferença entre o prêmio efetivamente pago (pr) e o prêmio que deveria ser pago (pr'). Trata-se de situação próxima à da identificada na figura 2, com a diferença que o valor esperado para a conduta descuidada, no caso, permitir o uso do automóvel por usuário de risco maior, é $[(1-p')*B - m]$, pois exige-se o pagamento da diferença entre o prêmio pago pr e o prêmio que deveria ter sido cobrado deste consumidor, pr' . Por essa razão, sua utilidade esperada é $[1 - q*(p' - p)] * [(1-p)*B - m]^{1/3} + [q*(p' - p)] * [(1-p')*B - m]^{1/3}$. Como $(p' - p)*B > c$, a utilidade esperada de agir com cuidado será sempre menor que a de não agir com cuidado, ainda que a sanção da diferença de prêmio seja sempre aplicada. Trata-se de uma estratégia intuitiva. Diante de tal punição, o raciocínio do segurado é o seguinte: se revelar para a seguradora que suas condutas são de maior risco, ele certamente pagará um prêmio mais alto pr' ; por outro lado, adotando a conduta arriscada e escondendo isso da seguradora, ele pagará o prêmio mais alto somente quando a seguradora descobrir sua conduta, ou seja, com probabilidade $q*(p' - p)$. Nesse caso, ainda que $q = 1$, ou seja, que a seguradora tenha condições de identificar todas as situações em que a conduta do segurado agrava o risco, as decisões judiciais não eliminam o incentivo para que os consumidores adotem

¹⁹ TJRJ, Apelação 0011644-58.2007.8.19.0205. Julgamento em 21.01.2010.

condutas de maior risco, de modo que o equilíbrio da figura 3 é ineficiente como o da figura 1, em que não há sanções.

Portanto, a diferença com relação à situação em que a seguradora vende seguro com prêmio pr e o consumidor não toma o devido cuidado é que com probabilidade $q^*(p' - p)$ o consumidor se vê obrigado a pagar o prêmio $pr' = p' * B$, sendo parte quando contrato o seguro e a diferença quando se dá a decisão judicial. Portanto, o valor esperado para a seguradora é $B^*(p - p') + m + q^*(p' - p) * p' * B$. Se supusermos que $q = 1$, o valor esperado é -1.375.

Aplicando a indução reversa, podemos observar que, apesar de os números serem um pouco diferentes daqueles obtidos no jogo figura 1, as estratégias são exatamente iguais, ou seja, uma vez que o consumidor adquira cobertura de seguro, há incentivo para adoção de conduta imprudente. Ciente disso, a seguradora deixa de ofertar a apólice de menor prêmio e o equilíbrio de mercado é ineficiente, da mesma maneira que ocorreria se não houvesse sanções para os segurados que descumprem o estabelecido em contrato. Apesar de aparentemente mais equitativa, tais decisões não inibem o risco moral, causando ineficiência no mercado.

Figura 3 – Jogo com reenquadramento de perfil de risco de pr' ($q = 1$)

Seguradora	Segurado	Ue (Segurado; Seguradora)
Oferta contrato com prêmio pr	Toma cuidado	$[(1-p)*B - c - m]^{1/3}; m$ (30,092; 50)
	Não toma cuidado	$[(1-q*(p'-p))*[(1-p)*B - m]^{1/3} + [q*(p'-p)] * [B*(p-p') + m + q*(p'-p)*p'*B]^{1/3}$ (30,500; -1.375)
	Toma cuidado	$[(1-p')*B - c - m]^{1/3}; B*(p' - p) + m$ (29,530; 1.550)
	Não toma cuidado	$[(1-p')*B - m]^{1/3}; m$ (29,981; 50)
Oferta contrato com prêmio pr'	Toma cuidado	$(1-p)*B^{1/3} - c; 0$ (29,651; 0)
	Não toma cuidado	$(1-p')*B^{1/3}; 0$ (27,965; 0)
Não oferta contrato		

4.4 Local de circulação do veículo diferente do informado

Outra situação típica de risco moral envolve o local no qual o veículo é habitualmente utilizado. Com a garantia de um seguro, há um incentivo para que os agentes deixem de se preocupar com o local de circulação do veículo. A seguradora somente fica sabendo do descumprimento do contrato se o sinistro ocorrer em locais diferentes dos informados como de circulação habitual do veículo e se houver indícios de que isso ocorria habitualmente. Nesse caso, entretanto, a jurisprudência tem permitido que as seguradoras apliquem as sanções contratualmente previstas, aumentando a probabilidade de que os agentes adotem a estratégia da figura 2:

Civil e consumidor. Recurso Especial. Ação de indenização por danos materiais. Cláusula limitativa de seguro que prevê a localidade de circulação habitual do veículo. Validade. Furto do veículo. Informação falsa e omissão relevante. Violação ao princípio da boa-fé objetiva. - Hipótese em que o contrato de seguro de veículo prevê isenção de responsabilidade do segurador, quando o segurado omite ou presta informação falsa a respeito da localidade de circulação habitual do veículo. - É válida cláusula contratual que isenta a responsabilidade da seguradora, quando o veículo circula, habitualmente, em região distinta da declarada no contrato de seguro, pois é com base nas informações prestadas pelo segurado, que a seguradora avalia a aceitação dos riscos e arbitra o valor da prestação a ser paga. - De acordo como o princípio da boa-fé objetiva, deve-se esperar do segurado a prestação de informações que possam influenciar na aceitação do contrato e na fixação do prêmio. Na presente hipótese, o segurado, ao firmar contrato em localidade diversa da circulação habitual do veículo e ali indicar endereço residencial, certamente, omitiu informação relevante. Recurso especial conhecido e provido²⁰.

CONCLUSÃO

As assimetrias de informação geram falhas de mercado como a seleção adversa, que ocorre quando há informações ocultas, e risco moral, presente em situações nas quais uma das partes não tem como monitorar as ações das outras. Como procuramos mostrar neste trabalho, o fato de as seguradoras de veículos não terem condições de monitorar as ações

²⁰ STJ, RECURSO ESPECIAL Nº 988.044 – ES, DJe: 02/02/2010.

dos segurados pode resultar em prêmios altos inclusive para aqueles consumidores que estariam dispostos a agir de maneira menos arriscada e, com isso, obter prêmios menores. Ciente disso, as seguradoras procuram adotar estratégias que diminuam os incentivos para que consumidores ajam com imprudência, como, por exemplo, oferecendo descontos para os segurados que ao longo do tempo revelem adotar condutas prudentes. Desse modo, em vez de um jogo isolado, haveria um jogo repetitivo com cooperação. Entretanto, isso não elimina a dificuldade inicialmente verificada por um consumidor sem histórico de condutas. Por essa razão, os contratos de seguro costumam prever sanções para condutas que gerem mais riscos que aqueles cobertos pelo contrato. Como vimos no jogo da figura 2, a aplicação de sanções para as condutas imprudentes, ainda que nem sempre a seguradora tenha condições de fazê-lo em virtude da assimetria de informações, pode resultar em maior bem estar aos consumidores. Nesse sentido, em situações como embriaguez ao volante, condução do veículo por pessoa sem a habilitação específica e por condutor habitual com perfil de risco maior que o identificado no contrato, a jurisprudência diminui a probabilidade de aplicação de sanções para condutas com risco maior que o identificado no seguro e, portanto, contribui para incentivar condutas arriscadas e, com isso, diminuir o bem estar daqueles segurados que teriam meios de diminuir seu risco.

OS TRIBUNAIS DO SÉCULO XXI

Reis Friede *

Continuamos a discutir, com notável persistência, - e agora sob a égide da eminente aprovação de Projeto de Lei que amplia a composição dos cinco Tribunais Regionais Federais (TRF's) em mais 137 Juízes (mais do que dobrando, portanto, o quantitativo nacional de julgadores), além da recente aprovação de um PEC que cria mais quatro TRF's com o conseqüente aumento (inclusive redundante) de juízes -, a premente questão relativa à notória *ineficiência* da Justiça Federal sem, no entanto, mais uma vez, *data maxima venia*, adentrar nas verdadeiras razões da inconteste morosidade da prestação jurisdicional, apontando, como causa fundamental, em evidente e persistente equívoco, o excessivo número de processos em tramitação *vis-à-vis* com a presumível carência de magistrados.

Não há, todavia, em efetiva contrariedade à irrefletida tese reinante, um quantitativo verdadeiramente exagerado de processos em tramitação. Muito pelo contrário, o número de *temas* julgados é relativamente pequeno em comparação com a agigantada dimensão da estrutura da Justiça Federal, sendo certo que o que há, em última análise, é um absurdo e inconcebível número de *processos absolutamente idênticos* que, por mais espantoso que pareça, tem de ser julgados, por imperativo legal, caso a caso. A guisa de exemplo, deve ser consignado que a Justiça Federal julgou, nos últimos 10 anos, mais de 3 milhões de Ações, versando sobre FGTS, exatamente iguais, o que obrigou a um dispêndio de recursos humanos e materiais de enorme monta para, após pacificada a questão no âmbito do Egrégio Supremo Tribunal Federal e do Colendo Superior Tribunal de Justiça, estabelecer, finalmente, uma uniformidade decisória que, - apesar de tudo -, ainda é, por mais inacreditável que pareça, contestada, em parte,

* Reis Friede, Mestre e Doutor em Direito, é Desembargador Federal e ex-Membro do Ministério Público.

não só pelos jurisdicionados, mas também por alguns juízes que insistem em julgar as mesmas questões já pacificadas de forma diversa.

Portanto, ampliar constantemente o quantitativo de Juízes de 1º Grau (como vem sendo feito, sistematicamente, sem qualquer resultado prático há mais de vinte anos), - ou mesmo de Desembargadores Federais -, não irá certamente resolver o problema, pois acaba por atacar os seus *efeitos* e não propriamente as *causas motivacionais* da morosidade da prestação jurisdicional que somente pode ser combatida, neste especial, através de novos instrumentos processuais que impeçam, de forma sinérgica, o constante rejuízo de questões idênticas.

No que concerne, em particular, a ampliação do quantitativo de Tribunais a proposta, não obstante aprovada, desconsidera, por absurdo, que os *Tribunais do Século XXI* não se constituem mais de simples *instalações físicas*, posto que *as novas tecnologias* (*processo eletrônico, vídeo conferência*, etc) tornam completamente ultrapassados os antigos (e repetidos) argumentos *geográficos* e *dimensionais* em favor da construção de novos, suntuosos e caríssimos prédios (e, conseqüentemente ampliação da estrutura de juízes e funcionários) para prover a reclamada eficiência da prestação jurisdicional. Muito pelo contrário, os Tribunais do novo século, vale consignar, se caracterizam muito mais pela *eficiência operacional* através, sobretudo, da *virtualidade instrumental*, ou, em outras palavras, pela absoluta ausência de volumosos *processos de papel* (que, desta feita, dispensa o correspondente espaço de construção civil), bem como dispensam a *presença física* das partes e advogados, substituída por modernas tecnologias de imagem de alta definição em tempo real.

Por efeito conseqüente, precisamos, com a máxima urgência, estabelecer uma necessária e profunda *reflexão*, buscando, em última análise, uma solução derradeira que resolva definitivamente a *ineficiência da Justiça Federal*, atacando as *causas* da morosidade da prestação jurisdicional e não apenas seus visíveis e condenáveis *efeitos*.

ASPECTOS REFERENTES ÀS FONTES DO DIREITO NO IMPÉRIO ROMANO E NA ALTA IDADE MÉDIA

Renata Marques Osborne da Costa¹

RESUMO: A proposta apresentada neste presente artigo é de tentar passar alguns aspectos históricos, no tocante aos períodos do Império Romano e da Alta Idade Média, relacionados às principais fontes do direito e, principalmente, à lei. A fim de que se possa aduzir o papel que esta exercia em tais épocas, tanto em seu aspecto público quanto em seu aspecto privado, bem como a maior ou menor importância que a ela era dada frente às outras fontes. Desse modo, o artigo contém uma introdução ao tema, depois uma discussão no consentâneo às principais fontes do direito no Império Romano, na época do Principado e do Dominato, e na Alta Idade Média, abordando o direito dos povos germânicos e o feudal e finalmente uma conclusão em que se apontam os principais resultados frutos da análise das características das principais fontes do direito e do papel da lei.

PALAVRAS-CHAVE: Fontes. Direito. Império. Roma. Idade Média.

INTRODUÇÃO

Este artigo tem como escopo investigar, precipuamente, a lei, na época do Império Romano e na Alta Idade Média, como fonte do direito, tanto no âmbito do direito público, ou seja, em seu papel delimitador e limitador das atividades tipicamente estatais. Como no âmbito do direito privado, isto é, em sua função reguladora das relações privadas. No intuito de buscar indícios do que viria a ser mais tarde, a partir do século XVIII com a edificação do Estado de Direito, o princípio da legalidade.

¹ Técnica Judiciária da Justiça Federal da 2ª Região. Graduanda em direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO).

Sendo assim, para se alcançar tal objetivo, necessário se faz que se trace uma análise das principais fontes do direito existentes em tais épocas. E, desse modo, deduzir a maior importância ou não que a lei tem em detrimento de outras fontes existentes à época, tais como, os costumes e a jurisprudência (diga-se “direito dos juristas”).

O estudo nesse artigo abará o Império Romano, tanto no principado, a partir de Augusto em 27 a. C até Diocleciano em 284 d. C, quanto no dominato, de Diocleciano até a queda do Império Romano do Ocidente em 476 d. C, com as invasões bárbaras. Bem como o a Alta Idade Média que abrange os reinos bárbaros até o apogeu do Feudalismo, indo do século V até o século IX d. C. Não se esquecendo também de traçar as principais características do direito concebido na época do Império Bizantino a partir de Justiniano que reinou de 527 d. C até 565 d. C.

Primeiramente, é possível afirmar que o período do Império Romano é de grande monta para o desenvolvimento e a consolidação da jurisprudência romana, tendo em vista a existência, nessa época, de notáveis juristas que iriam marcar profundamente o estudo do direito romano, a saber: Sálvio Juliano, na época do imperador Adriano, e Papiniano, Paulo e Ulpiano, esses do século III d. C. Como bem assevera José Carlos Moreira Alves esses são veementemente os juristas clássicos². Entretanto, é preciso frisar que, no período do Dominato, já no fim do Império Romano do Ocidente, a produção de estudos feitos pelos juristas decai muito e, conseqüentemente, a própria jurisprudência como fonte do direito.

Apesar da queda do Império Romano no Ocidente, o Império Romano do Oriente sobreviveu e neste, com o Imperador Justiniano, o direito romano ganha uma nova faceta, imprescindível para a sua conservação em épocas posteriores, com a promulgação do *Corpus Iuris Civilis*.

O período da Alta Idade Média destaca-se pela descentralização dos reinos bárbaros com destaque para os reinos franco, dos visigodos e dos Ostrogodos e pela pluralidade de fontes do direito, concernindo estes nos costumes, oriundos das tradições dos povos germânicos, no direito romano vulgar, derivado de uma adaptação do direito romano existente no Império a esses tempos e também na legislação real advinda dos próprios reis germânicos.

² ALVES, José Carlos Moreira. Direito Romano v.1. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 39.

2. IMPÉRIO ROMANO

O período do Principado, o mais áureo do Império, que data de Augusto em 27 a. C até Diocleciano em 284 d. C, é o momento da história do direito romano em que predomina uma verdadeira riqueza de fontes de direito.

São esses: o costume, as leis comiciais, os *senatusconsultos*, as Constituições Imperiais, os editos dos magistrados e as repostas dos jurisconsultos (*responsa prudentium*).³

O costume, neste período, já não detinha tanta força como fonte emanadora do direito. Juristas clássicos como Gaio e Papiniano não consideravam verdadeiramente o costume como fonte, mas mais propriamente como fato. Vale ressaltar que sua força vigorante foi perdendo cada vez mais espaço não só para as leis, mas também para os editos dos magistrados, que muitas vezes acolhiam as práticas consuetudinárias, retirando sua autonomia, e para os escritos dos jurisconsultos, cada vez mais crescentes.

Destarte, a função que restava ao costume consistia mais em um caráter de fonte integrativa, ou seja, de preenchimento da lacuna da lei. Ademais, o costume, visto como *desuetudo* (comportamento reiterado de não observância da lei), para Juliano, poderia revogar uma lei.

*O costume prater legem – que é o que preenche lacuna da lei- era, sem dúvida, obrigatório. Quanto ao costume contra legem- o que é contrário à lei- e que se distingue do desuso (desuetudo) – aquele é o comportamento positivo contrário à lei, enquanto este é o comportamento negativo de não observância da lei, sem ser acompanhado de comportamento positivo contrário a ela –, não revogava ele a lei. Já o desuso (desuetudo), como transparece do texto de Juliano (...) a revogava.*⁴

As leis comiciais votadas pelas assembleias populares no começo do Império ainda exercia grande força como regulamentadoras das relações privadas. No entanto, com o crescimento do império, e consequentemente da autoridade do Imperador, os comícios foram decaindo, praticamente desaparecendo tal forma de lei após o século I d. C.

³ Classificação esta de acordo com as doutrinas de MEIRA, Sílvio A.B. História e fontes do direito Romano. São Paulo: Saraiva, 1966, p. 133. E ALVES, José Carlos Moreira., op. Cit, p. 34.

⁴ ALVES, José Carlos Moreira, op. Cit, p. 35.

As leis que emanam dos magistrados e das assembleias populares permanecem a única forma de legislação no fim da república e no início do império. Do tempo de Augusto, por exemplo, datam ainda várias leis Julia e (de adulteriis et de fundo dotale, de judiciis, de maritandis ordinibus, de tutoribus, etc.) – muito importantes. Mas com declínio dos comícios desaparecem também as leis de que não se encontra qualquer vestígio após o século I d. C.⁵

“Depois de Augusto, no entanto, a legislação comicial entra em decadência. Sob Tibério e Cláudio, encontramos ainda algumas leis votadas pelos comícios. Do tempo do imperador Nerva data a última lei comicial que conhecemos”⁶

Os *senatusconsultos* foram considerados como autêntica fonte do direito no Principado. Visto que, com o crescente declínio da autoridade legislativa dos comícios, o Senado passou a se arrogar desta função, quando ainda não o fazia o Imperador. Sendo assim, este fazia uma proposta e o Senado deliberava acerca desta.

Todavia, esta função legislativa do Senado vai perdendo pouco a pouco espaço para a autoridade do Imperador, até se chegar o momento em que o Senado deixa de ser órgão deliberativo e passa a se constituir como órgão meramente consultivo das decisões emanadas por aquele (*oratio*). Desse modo, sua função eminentemente legislativa foi temporária.

Sob Adriano (117-138), a actividade legislativa do Senado é oficialmente reconhecida. Mas, ao mesmo tempo, o Senado fica à mercê do Imperador. Ele não tinha de resto, a iniciativa; só o imperador, ou um magistrado dele dependente, podia propor um projecto através de uma oratio principis; o Senado apenas podia ratificá-lo

A partir do fim do século, o Senado foi de resto eliminado; a sua função legislativa foi portanto de curta duração.⁷

As constituições imperiais, indubitavelmente, detiveram uma enorme força como fonte do direito no Principado. Pode-se dizer que elas e a jurisprudência eram as principais fontes dessa época.

⁵ GILISSEN, John. Introdução histórica ao direito. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2003, p. 88.

⁶ ALVES, José Carlos Moreira, op. Cit, p. 35.

⁷ Ibidem, p. 88.

Isso se justifica porque a autoridade do Imperador passa a suplantar a autoridade das leis comiciais e a do *senatusconsultos*, como dito anteriormente. Apesar de a função legislativa do Imperador não ter ficado logo de início expressamente consignada, tal função já era exercida como um poder de fato. Isso demonstra claramente o caráter arbitrário dos atos do Imperador Romano a partir dessa época.

Com a sua crescente importância como fonte vinculativa para todo o Império, Ulpiano, pouco depois, dirá que a constituição imperial tem a mesma autoridade que a lei (no sentido de *Lex* na época republicana)⁸.

Existiam quatro espécies de Constituição imperial: A primeira consistia nos *éditos* que eram ordens gerais do Imperador, aplicáveis a todo o império, vigendo enquanto este estivesse vivo. A segunda espécie era a *mandata* que concernia em ordens do Imperador dirigidas aos governadores de províncias. A terceira, a *decreta*, consistia em julgados do Imperador em casos judiciais, de que tomava conhecimento originariamente ou em grau de recurso. E, por derradeiro, a *rescripta* eram pareceres destinados a magistrados inferiores e aos particulares, subclassificados em *epistulae* e *subcriptiones*.⁹

Os editos dos magistrados no principado detinham a mesma feição quando do período da república. Esses se referiam a programas pelas quais os magistrados iriam se guiar a fim de exercer suas funções.

O conjunto de editos do pretor recebeu a denominação de *Jus Praetorium*. Enquanto o edito de todos os magistrados denominava-se *Jus Honorarium*, visto que as honras concedidas aos magistrados se chamavam *honores*.

Ainda no principado, os editos foram perdendo força como fonte inovadora do direito diminuindo em muito sua importância como tivera no final da república. Isso se deve justamente porque os programas que eram anunciados pelos magistrados, ao longo do tempo, passaram a consistir em meras repetições daqueles de magistrados anteriores.

A partir do século II antes de Cristo, os pretores criaram o hábito de repetir os textos dos seus predecessores sem acrescentar quaisquer disposições novas; os éditos estabilizaram-se assim; fala-se mesmo – erradamente – de uma codificação dos editos na

⁸ GILISSEN, John, op. Cit, p.88.

⁹ Classificação de acordo com a doutrina de MEIRA, Sílvia A.B, op. Cit, p.134.

época de Adriano; foi talvez por ordem deste imperador que um jurista, Salvius Julianus, teria redigido, cerca de 125-138 depois de Cristo, aquilo a que se chamou o Edito perpétuo. O texto perdeu-se, mas o sábio alemão Lenel, reconstitui-o no século XIX, com a ajuda dos fragmentos do Digesto.¹⁰

Segundo Sílvio Meira, a diminuição da força criativa de tais editos deve-se ao fato de que na república o impulso na elaboração de editos estava estritamente vinculado à dificuldade na aprovação das leis pelas assembleias, por ser a reunião complexa e difícil. Contudo, já no Império, a edição de editos no intuito de inovar o direito tornou-se inócua, porquanto se tornou mais fácil a elaboração de leis, função esta que agora se atribuía quase que exclusivamente aos Imperadores.¹¹

A Jurisprudência (*responsa prudentium*) consistiu na fonte de direito por excelência na época do Principado. Como dito na introdução, é nesse momento em que irão surgir grandes juristas e a partir de quando, graças aos seus estudos e trabalhos de interpretação dos documentos legislativos e do *Ius Honorarium*, haverá o desenvolvimento da Ciência do Direito. Pode-se dizer que esta começa mais propriamente a ser desenvolvida nos séculos II e I antes de Cristo. Seu período áureo consiste nos séculos II e III d. C, época dos jurisconsultos clássicos. Modestino é o último jurisconsulto clássico. Este viveu no século III d. C.

Esta (ciência do direito) aparece nos séculos II e I antes de Cristo, mas o seu apogeu situa-se nos séculos II e III da nossa era; são conhecidos uns sessenta jurisconsultos desta época, dos quais cerca de metade teria obtido o ius respondendi do imperador; as suas obras chegaram até nós apenas pelos fragmentos recolhidos no Digesto de Justiniano. Apenas as Institutiones de Gaio, cerca de 160, foram encontradas (só em 1816) quase inteiramente; é uma obra de caráter didático, que expõe de maneira simples o conjunto do direito privado romano.¹²

No início, os jurisconsultos exerciam mais atividades de consultoria, para guiar tanto as partes litigantes quanto para a correta aplicação do direito pelos magistrados e juízes.

¹⁰ GILISSEN, John, op. Cit, p.90.

¹¹ MEIRA, Sílvio A.B, op. Cit, p.135.

¹² GILISSEN, John, op. Cit, p.91.

A partir de Augusto, este introduziu o chamado *ius respondendi ex auctoritate principis* que concernia em uma forma de patente atribuído a alguns juristas por este mesmo imperador. Desse modo, quem possuísse tal patente detinha mais autoridade que o jurista que não tivesse.

Já a partir de Adriano, a jurisprudência se torna verdadeira fonte do direito, visto que passa a vincular o juiz. Entretanto, isso só seria possível se se constituísse como unanimidade dos juristas autorizados a tal intento. Caso contrário, o juiz não se vincularia.

No início do Principado havia duas escolas nos quais os jurisconsultos se dividiam, quais sejam, a dos Proculeianos e a dos Sabianos. A primeira escola foi fundada por Antísteo Lábeo, contudo o seu nome se deve, na verdade, a Próculo, um de seus integrantes. A segunda escola foi fundada por Caius Ateius Capito, sendo que seu nome se originou de Massurius Sabinus, seu seguidor.¹³ As diferenças entre essas escolas só se prolongaram até o reinado de Adriano. Tais diferenças não são bem denotadas e clarificadas¹⁴.

Os tipos de obras dos jurisconsultos clássicos consistiam em monografias, *institutiones*, *regulae*, *enchiridia* e *definitiones* (livros destinados ao ensino), *sententiae* e *opiniones* (visavam mais à prática jurídica), resposta (livros de consultas e respostas sobre casos concretos); *quaestiones* e *disputationes* (repositórios de controvérsia jurídica); *libri ad*, *libri ex e notae ad* (comentários ou notas de um jurista às obras de seu antecessor); *libri ad edictum* (se ocupavam do *ius honorarium*) e *digesta* (espécie de enciclopédias sobre o *ius civile* e o *ius honorarium*).¹⁵

Somente chegaram aos dias de hoje as seguintes obras: Institutas de Gaio, regras de Ulpiano e as sentenças de Paulo.

Na fase do Dominato, época da decadência do Império, ao contrário do Principado que teve uma verdadeira riqueza de fontes do direito, essas se reduziram tão somente às Constituições Imperiais. Porquanto, já no final do Império, o poder legislativo tinha se concentrado totalmente nas mãos do Imperador, desaparecendo de vez a função legiferante do Senado e das Assembleias populares.

¹³ MEIRA, Sílvio A.B, op. Cit, p.123.

¹⁴ ALVES, José Carlos Moreira, op. Cit, p.38.

¹⁵ Ibidem, p.39.

Os costumes ainda apareciam, entretanto sua função se reduzia a preencher lacunas. Quanto às leis que existiam no período da república e do principado permaneceram, desde que não expressamente revogadas, bem como se não dispusessem de maneira diversa ao o que os Imperadores prelecionavam em suas Constituições.

A Jurisprudência havia perdido enormemente o valor que havia conquistado no Principado. Os jurisconsultos da época do Dominato não estavam mais preocupados em elaborar obras que contribuíssem diretamente para a Ciência do Direito. Na verdade, eles estavam mais preocupados em fazer interpretações das próprias obras dos Jurisconsultos clássicos, a fim de adaptá-los para a realidade em que viviam, ou seja, para a prática do direito, no intuito de se resolver conflitos existentes.

Assim, se diz que o que acarretou o aumento sensível na edição de Constituições (*Leges*) elaboradas pelos Imperadores foi justamente a instabilidade do direito existente (*Iura*), causada pelo grande número de interpretações e citações desses juristas das obras dos Jurisconsultos anteriores. Não se sabia ao certo qual o direito que efetivamente deveria ser aplicado. Portanto, o objetivo dos Imperadores não seria propriamente impor as normas emanadas por eles, mas promover a segurança jurídica.

A invocação de normas jurídicas constantes das obras de juristas antigos acarretou um grande inconveniente: advogados habilitados induziam em erro os juízes com citações capciosas ou falsas, que eram atribuídas àqueles jurisconsultos. Em face disso- do que decorria a incerteza do direito-, os imperadores restringiam a invocação dos iura.¹⁶

Por outro lado, é importante ressaltar que talvez a promulgação dessas Constituições não tivesse como fim único e exclusivo proporcionar segurança jurídica. Visto que, muito embora seja sabido que a publicação oficial do direito possa realmente trazer o valor de unificação e certeza do direito existente, tal intento dos Imperadores pode demonstrar, na verdade, que eles queriam afirmar mais sua autoridade no direito do que os Juristas. Haveria, então, um embate entre os Imperadores e os Juristas, ou seja, um conflito entre o Jurídico e o Político.

¹⁶ ALVES, José Carlos Moreira, op. Cit, p.44.

Haveremos de encontrar mais do que uma vez ao longo da nossa história do direito esta luta entre o poder estadual e a classe dos juristas em torno das respectivas competências normativas- o poder estadual arrogando—se o exclusivo da edição do direito (através da lei) e limitando a liberdade dos juristas na interpretação e integração do direito legislado, os juristas procurando, com base no monopólio da ciência jurídica, manter e alargar o seu poder de interpretar e integrar o direito legislado e, assim, em última análise, o seu poder de criar direito legislado.¹⁷

Por trás deste embate existe de forma veemente a luta dos juristas pela autonomia do direito frente ao poder político. O que quer dizer que o direito não deveria depender nem estar subordinado à esfera política. Com isso, os juristas queriam mostrar que Estado e Direito não se confundiam.

Ainda no Baixo Império, a luta do poder estadual contra a (considerada excessiva) liberdade doutrinal dos juristas levava a tomar várias medidas: primeiro, a decidir por via legislativa muitas das divergências doutrinárias; depois, a definir. Também por via legislativa, quais os juristas clássicos que poderiam ser citados e qual a sua autoridade relativa; finalmente- isto já na época justinianeia- a proibir toda e qualquer interpretação doutrinal do direito vigente.¹⁸

Desse modo, para diminuir o poder dos *iura*, os Imperadores não só elaboraram as Constituições, como dito anteriormente, mas também passaram a adotar outras medidas. Em 321 d. C, Constantino consignou serem desprovidas de eficácia as notas que Paulo e Ulpiano haviam feito à obra de Papiniano. Sendo que depois declarou a eficácia das obras de Paulo, especialmente as Sentenças. Teodósio II promulgou a chamada “lei das citações”. Por essa lei somente cinco jurisconsultos clássicos poderiam ser citados: Gaio, Papiniano, Ulpiano, Paulo e Modestino. Em caso de divergência nas opiniões deles prevalecia-se a da maioria. Em caso de empate, prevalecia-se somente a opinião de Papiniano.

Nesse momento, um novo problema surgia, qual seja, como as Constituições Imperiais constituíam no final do Império do Ocidente a principal fonte do direito e os Imperadores iam se sucedendo, tornou-se muito grande o número de Constituições, fato este que começava a

¹⁷ HESPANHA, Antonio Manuel. História das instituições: épocas medieval e moderna. Coimbra: Almedina, 1982, p. 121, 122.

¹⁸ HESPANHA, Antonio Manuel, op. Cit, 122.

transparecer insegurança jurídica. Daí a solução avistada foi a tentativa de se fazer as primeiras codificações, ou melhor, compilações de tais constituições.

Das compilações feitas por particulares se destacam duas: o Código Gregoriano composto em 291 d. C (contendo as Constituições de 196 a 291 d. C) e o Código Hermogeniano elaborado em 295 d. C. Já a primeira compilação oficial ficou a cargo do Imperador Teodósio II, é o denominado Código Teodosiano, publicado em 438 d. C. Seu intuito inicial seria o de fazer uma compilação não só das Constituições Imperiais anteriores (*leges*), como também do direito dos juristas consolidado no tempo (*iura*). No entanto, quando da publicação, este somente compreendeu as constituições desde Constantino (312 d. C).

Mesmo com a derrocada do Império Romano do Ocidente em 476 d. C, o Império Romano do Oriente permaneceu até o fim da Idade Média. Nessa esteira, no século V, mesmo que a jurisprudência tivesse decaído muito como fonte do direito, como já visto anteriormente. Ainda assim, é possível afirmar que havia nessa época escolas do Império Romano do Oriente, dentre elas a de Berito, destinadas a reestudar o direito romano que estava se perdendo.

Foi a partir disso que Justiniano, no século VI, imperador do Oriente, foi capaz de reunir juristas dessas escolas, com o objetivo de promover uma grande compilação de fontes existentes ao longo do direito romano adaptando-os para o presente, abarcando tanto as Constituições Imperiais (*leges*), como as *iura*.

No século VI, Justiniano decidiu ordenar ou reordenar em forma legislativa todas as leis existentes, das mais diversas origens, que desejava preservar. Não se tratava de reescrever a lei; tudo o que podia ser feito era fazer seleções de decisões e ordenanças do Imperador e dos pareceres, que já tinham, então, mais de duzentos anos de idade, dos juristas- em ambos os casos com omissões, alterações ou adições que o decorrer do tempo tornara necessárias.¹⁹

Nesse caminho, Justiniano primeiro fez a compilação das *leges*, ou seja, reuniu as constituições imperiais vigentes, inclusive as suas. Tal compilação foi denominada de *Codex*. Depois, fez a compilação dos *iura*. Esta foi mais

¹⁹ BALSDON, J. P. V. D (Organizador). O mundo romano. Trad. Victor M. de Moraes. Rio de Janeiro: Zahar, 1968, p. 114.

trabalhosa, porquanto a comissão designada por Justiniano analisou mais de dois mil livros de Juristas. Isso foi feito em três anos, apesar de Justiniano ter previsto no mínimo dez anos. É chamado de *Digesto* ou *Pandectas*.

Após essas compilações, Justiniano nomeou três dos compiladores. A saber: Triboniano, Doroteu e Teófilo. No intento de elaborar uma obra que servisse como uma introdução ao direito para os estudantes iniciantes antes de adentrarem ao estudo do *Digesto*. Esta é a *Institutas*.

Tanto o *Digesto* quanto a *Institutas* começaram a vigorar em 529 d. C. É bem verdade dizer também que, apesar de a *Institutas* se constituir em uma obra introdutória do direito, sua leitura era de mais fácil compreensão que o *Digesto*. Aquela era mais clara que este.

Mesmo já tendo publicado uma compilação das *leges* (*codex*), Justiniano continuou a publicar mais Constituições. Contudo, ele não conseguiu fazer uma nova compilação baseada nessas novas Constituições, feita somente após a sua morte. É a denominada *Novellas*.

Segundo José Carlos Moreira Alves, o conjunto dessas quatro obras (*codex*, *digesto*, *institutas*, *novelas*) foi denominado de *Corpus Iuris Civilis* somente pelo romanista francês Dionísio Godofredo em 1538.²⁰. Portanto, tal denominação não se deve ao próprio Justiniano.

É importante observar que durante todo o Império Bizantino até sua derrocada no século XV (final da Idade Média), o *Corpus Iuris Civilis* constituiu a base do direito vigente. Já no Ocidente, o seu estudo só irá ser retomado no período da Baixa Idade Média, a partir do século XII.

3. ALTA IDADE MÉDIA

A decadência da Economia romana baseada no escravismo, a grande extensão territorial e as invasões bárbaras desde o século III contribuíram sensivelmente para a queda do Império Romano do Ocidente em 476 d. C. É a partir desse marco que se inaugura o período da Idade Média.

A partir desse momento, a unidade conquistada pelo império romano

²⁰ ALVES, José Carlos Moreira, op. Cit, p.48.

no Ocidente cede espaço para a descentralização característica dos Reinos Bárbaros. Nesse caminho, destacam-se os Reinos dos Visigodos, dos Burgúndios, dos Ostrogodos e dos Francos.

Apesar da queda do Império Romano no Ocidente, nota-se a influência deste nos Reinos Bárbaros no tocante à burocracia, a forma de organização administrativa e religiosa.

Como consequência da pluralidade dos povos bárbaros e da descentralização de seus reinos, há também uma diversidade de fontes do direito na Alta Idade Média. São essas: compilações de direito romano feitas pelos reis germânicos, costumes dos povos germânicos na maior parte das vezes reduzidos a escrito e a legislação dos Reis ou éditos legislativos aplicáveis a toda a extensão do território dos reinos.

Nessa esteira, a influência romana foi imprescindível para a ampliação da concepção de direito para os povos bárbaros. Porquanto, esses povos somente conheciam o direito como sendo fruto da tradição e dos usos e costumes reiteradamente observados em uma determinada região, geralmente, transmitidos por via oral.

O que quer dizer que o direito era fundamentalmente consuetudinário. Entretanto, o contato com os romanos fez expandir os horizontes da concepção do direito. Desse modo, tais povos conheceram duas novas formas de manifestação do direito: como sendo oriundo do poder do Estado e como fruto do desenvolvimento da cultura jurídica, ou melhor, da ciência do direito decorrente dos estudos de interpretação e elaboração de obras pelos jurisconsultos, sobretudo os clássicos.

“Para os jovens povos, o direito não era, originariamente, senão a própria tradição das formas básicas de vida; que pudesse ser também uma criação do poder do Estado e uma tradição cultural, isso aprenderam-no eles apenas com os romanos.”²¹

No que concerne às compilações de direito romano realizadas pelos reis germânicos, três são as mais importantes: o Édito de Teodorico, promulgado pelo rei dos Ostrogodos na Itália, a *Lex romana Burgundionum*

²¹ WIEACKER, Franz. História do direito privado moderno. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1979, p.16.

(Lei romana dos Burgúndios) e a *Lex romana Visigothorum* (Lei romana dos Visigodos).²² Com destaque para essa.

A necessidade de tais compilações se fez, pois, mesmo com a queda do Império Romano no Ocidente, os povos que ocuparam seus territórios continuaram a aplicar o direito romano adaptando-o às suas peculiaridades e a seus costumes. É o surgimento do direito romano vulgar. Desse modo, os reis bárbaros, no intuito de fazer permanecer tal aplicação ao longo do tempo, começaram a compilar o direito romano ligando-o à sua realidade.

A *Lex romana Visigothorum* foi de importância relevante, visto que contribuiu em muito para a conservação da tradição jurídica romana no Ocidente após a queda do Império, antes da retomada dos estudos do direito clássico romano, contido nos textos de Justiniano, no século XII. Tal legislação foi promulgada por volta de 504 e 506 d. C pelo rei dos Visigodos, Alarico II. Sua constituição baseou-se no direito romano ainda aplicado na região, consistente principalmente nas compilações das Constituições Imperiais datadas da época do Dominato, quais sejam, os códigos Gregoriano e Hermogeniano e o código Teodosiano. Segundo Gilissen, a lei romana dos Visigodos continha também disposições da *iura* (direito consolidado dos juristas).

*(...) compreende assim importantes extractos das leges romanas, sobretudo do Código Teodosiano. Por outro lado, contém grandes extractos do ius, designadamente uma síntese das Instituições de Gaio e fragmentos das Sententiae de Paulo. Por fim, uma Interpretatio incidindo sobre algumas constituições do Código Teodosiano e sobre algumas passagens das Sententiae de Paulo, é provavelmente uma obra do século V, inspirada por alguns comentários escritos nas escolas de direito do Ocidente; contém aliás muito do chamado direito romano vulgar.*²³

Mesmo com a derrota dos Visigodos em 507 pelo rei dos Francos, Clóvis. A *Lex romana Visigothorum* (também denominada de Breviário de Alarico) permaneceu sendo aplicada em todo o território do Império Franco. Contudo, ele só continuou sendo eficaz nesse lugar até o século X, momento este em que desapareceu por completo o direito romano. Ademais, o Breviário passou a ser aplicado na região dos Burgúndios a partir do século VI, sepultando a

²² GILISSEN, John, op. Cit, p.121

²³ Ibidem, p.170.

Lex Romana Burgundionum, bem como na Espanha até o século VII, onde depois foi superado pelo *Liber Iudicum* (ou *iudiciorum*).

A segunda forma de expressão do direito nos reinos bárbaros consiste mais propriamente no direito consuetudinário dos povos germânicos. Ou seja, naquele direito fundamentado basicamente na sua tradição e em seus usos e costumes. Diante da grande variedade de tais costumes, alguns foram reduzidos a escrito de modo a proporcionar maior segurança jurídica em sua aplicação.

Esse direito costumeiro não se confundia com o direito romano vulgar e, por conseguinte, com as compilações explicitadas acima. Denominava-se de leis dos bárbaros (*leges barbarorum*), porquanto tinha características próprias e autonomia perante o direito romano ainda aplicado.

Tais leis somente eram costumes reduzidos a escrito e não tinham um caráter geral e abstrato como se pode notar nas leis modernas. Portanto, não se constituíam como leis propriamente ditas. A redação das *leges barbarorum* não é claramente denotada. Não se sabe ao certo se quem a aprovava seria o povo ou os reis bárbaros. Mesmo assim, as leis dos bárbaros foram de grande monta para a conservação da tradição dos povos bárbaros germânicos.

*Estas leges não são verdadeiros códigos, longe disso; não são sequer leis, no sentido actual do termo; são mais registros escritos de certas regras jurídicas, com origem no costume, próprias deste ou daquele povo. São pois compilações muito incompletas, espécie de manuais oficiais para uso dos agentes da autoridade e dos membros dos tribunais.*²⁴

Destacam-se entre elas: a *Lex sálica*, *Lex Ribuaria*, *Lex Burgundionum*, *Lex Alamanorum*, *Lex Frisionum*. Estas são pertencentes ao Império Carolíngio. Datam dos séculos V e VI, outras do século IX.²⁵

O conteúdo das *leges barbarorum*, geralmente, dispunha sobre direito privado, ou seja, sobre normas de direito penal e civil. Dispunha também de normas de direito processual. É importante observar que na Lei Sállica, do Reino Franco, poder-se-ia encontrar normas de direito público. Já as

²⁴ Ibidem, p.172.

²⁵ Ibidem, p.172.

leis dos Visigodos e dos Burgúndios, devido à maior influência romana que esses povos receberam, muito embora não se constituíssem como direito romano vulgar como já dito, continham mais normas de direito civil e processual. A influência genuinamente germânica não é claramente vista em tais leis.²⁶

Já no consentâneo à legislação dos Reis ou éditos legislativos, estes tinham como escopo unificar o direito a ser aplicado em cada reino, devido, justamente, à pluralidade existente de fontes de direito em um mesmo território decorrente de costumes reduzidos a escrito dos povos germânicos, bem como também da aplicação do direito romano dito vulgar.

O outro objetivo concernente à feitura das legislações reais consiste também em inovar o direito que até então estava sendo aplicado, no intuito de adaptá-lo aos novos anseios sociais oriundos do novo modelo de produção, a saber: o feudal.

Os monarcas merovíngios e carolíngios tentaram unificar o direito por via legislativa: afastando o princípio da personalidade do direito, declaravam a maior parte das suas ordenações aplicáveis em todo o reino. Tentaram também adaptar progressivamente o direito à evolução social; instituições novas, anunciando o feudalismo, tais como o benefício, o precário, a imunidade, são objeto de medidas legislativas nos séculos VIII e IX.²⁷

Nesse caminho é importante frisar que se aplicava no âmbito do direito privado o chamado sistema da personalidade do direito. Este consistia em aplicar a cada indivíduo o direito da nação a que pertencia. No que concerne às legislações reais, por pouco disporem sobre direito privado, deixava-se de aplicar tal sistema. O que quer dizer que essas legislações eram aplicadas a todos indistintamente que viviam sob o território do reino. Desse modo, ajudou muito no esforço da unificação do direito.

No tocante às legislações reais do Reino Franco, é possível inferir que ganharam certa relevância aqueles redigidos durante o período Carolíngio, a partir do Reinado do Rei Carlos Magno que assumiu o trono do Reino Franco em 768 d. C.

²⁶ Ibidem, p.178.

²⁷ Ibidem, p.179.

As legislações desse período passam a ser denominadas de capitulares. Tal denominação vem da palavra *capitula* que significa artigo. Justamente porque cada legislação se subdividia em artigos.

O que é mais interessante na análise da feitura, do conteúdo e da força obrigatória que as capitulares tinham para todo o território franco reside no fato de se parecer, ainda que não totalmente, com as Constituições Imperiais da época do Império Romano. O que quer dizer que com a edição das capitulares, principalmente, com Carlos Magno, tentou-se impor novamente um poder absoluto dos Reis, ou mais propriamente, estabelecer um novo Império agora em plena Alta Idade Média.

Esse caráter despótico do Rei é corroborado pelo fato de que as capitulares eram aprovadas sem a necessidade de aprovação popular. Ademais, como aponta Gillisen²⁸, a entrada em vigência dessas legislações também não dependia da confirmação ou não da Assembleia dos grandes do reino, os ditos fiéis.²⁹ A sua ratificação era praticamente obrigatória, visto que estavam submetidos ao Rei.

Desse modo, é possível comparar a aprovação das capitulares com a aprovação das Constituições Imperiais na época de transição do Principado para o Dominato na Roma Antiga, momento este em que o Senado, como visto em tópico supra, havia deixado de exercer função legislativa e passara a exercer função meramente consultiva das decisões promulgadas pelo Imperador.

A despeito de transparecer um caráter despótico, as disposições contidas nas capitulares quase não dispunham sobre normas de direito privado, ou seja, de direito penal e civil. Dispunham, majoritariamente, sobre a organização administrativa em geral (compara-se ao o que no direito brasileiro atual conhece-se por decreto regulamentar e instruções, espécies de atos administrativos que não são considerados lei em sentido formal).

Assim, pode-se aduzir que o Reino Franco não legislava quase sobre direito privado, não interferindo de modo veemente nas relações entre particulares. Portanto, não se pode aferir até que ponto as capitulares traduziriam realmente um caráter despótico e arbitrário do Rei.

²⁸ Ibidem, p.180.

²⁹ Grosso modo, esse fiéis exerciam o poder legislativo no Império Franco, se é que pode-se dizer em tal função nesse período pelas razões expostas.

Algumas Capitulares dispunham também normas de organização da Igreja, bem como normas destinadas a integrar e interpretar as *leges barbarum* e o direito romano vulgar.

A força de tais capitulares vingou mais até o fim do Império de Carlos Magno em 814. Daí para frente, como já se havia fazendo, começou-se a compilar tais capitulares, praticamente quase todos passando para o domínio da Igreja no século IX.

Luís, o Piedoso, filho de Carlos Magno herdou o Império Carolíngio e o governou até 841. Após isso, seus filhos, que herdaram seu Império, assinaram o Tratado de Verdun, em 843. Este tratado consistiu em fazer a divisão do Império, descentralizando-o e entregando-o aos condes, marqueses e outros nobres, contribuindo diretamente para a sua derrocada e, por conseguinte, para a instauração e o desenvolvimento do regime feudal.

O feudalismo, que predominou em regiões que hoje constituem a França e a Alemanha e em menor proporção nas regiões da Inglaterra, Itália e Espanha, é conhecido por ser um período que em termos de produção jurídica foi muito pobre. Ou seja, nessa época são escassas as legislações, até se chegar a um ponto em que não se pode mais avistar legislação alguma. O direito existente era predominantemente costumeiro. Pode-se dizer que o direito escrito aos poucos vai passando para o domínio do direito transmitido por via oral.

(...)Fracções inteiras da vida social- as relações no interior do senhorio, os laços de homem para homem, nos quais se prefigurava já o feudalismo- eram apenas imperfeitamente comandadas pelos textos, ou até não o eram mesmo. Assim, ao lado do direito escrito existia já uma zona de tradição puramente oral. Uma das características mais importantes do período que se seguiu - da época, por outras palavras, em que verdadeiramente se constituiu o regime feudal - foi esta margem ter aumentado desmedidamente, ao ponto de, em certos países, invadir todo o domínio jurídico.³⁰

Na verdade, o enfraquecimento e depois o desaparecimento das disposições de direito escrito, ou seja, de leis possivelmente decorre do enfraquecimento gradual da autoridade dos Reis, cedendo espaço

³⁰ BLOCH, Marc. A sociedade feudal. 2.ed. Lisboa: edições 70, 2001, p. 127

para os senhores feudais, que detinham as terras onde irão se constituir basicamente as relações privadas, e para a própria Igreja.

Na Alemanha e em França, a evolução atingiu os seus limites extremos. Acabou-se a legislação: em França, a última capitular, aliás pouco original, é de 884; na Alemanha, a própria fonte parece ter secado após o desmembramento do Império, depois de Luís, o Pio. Só alguns príncipes territoriais - um duque da Normandia, um duque da Baviera - promulgam aqui e além uma ou outra medida de alcance um pouco geral.³¹

O direito feudal restringia-se fundamentalmente nas relações de caráter privado, a saber: nas relações de vassalagem e de senhores feudais e seus servos. As primeiras consistiam em um pacto de fidejussão, de confiança. Desse modo, um homem livre (vassalo) se comprometia com o seu senhor (suserano), através de um contrato solene (não necessariamente escrito, visto que a escrita já nessa época é bastante rara e para poucos), a prestar-lhe ajuda, geralmente militar, e em contrapartida receberia desse senhor proteção e sustento. Muitas vezes aos vassalos eram concedidas terras.

No tocante à relação entre senhores e servos, esta era eminentemente de base econômica. Os servos consistiam em uma classe que ajudava os senhores na produção agrícola em troca de proteção e abrigo.

Assim, vê-se que o Estado não exerce mais o papel de protagonista, como protetor dos direitos das classes, como ocorre, por exemplo, na Lei das XII Tábuas, na República Romana. E sim, o direito é praticamente de base familiar, comparando, grosso modo, ao direito de sociedades arcaicas antes da formação das cidades estado Greco-romanas.

É necessário salientar que o que contribui em muito para a escassez de direito escrito e para a falta de disposições escritas em outras fontes do direito, tais como os contratos de direito privado, como, por exemplo, os de vassalagem, refere-se justamente na inexistência de formação cultural e jurídica das classes até então existentes, mesmo as classes de nobres e dos Reis. Praticamente ninguém sabia ler nem escrever. Somente os clérigos detinham o monopólio do conhecimento e da escrita.

³¹ Ibidem, p.127.

Compreender o latim – língua comum, no continente, a todos os antigos documentos jurídicos – era quase exclusivamente monopólio dos clérigos. Ora, a sociedade eclesiástica tinha-se arrogado o seu direito próprio, cada vez mais exclusivo. Baseado nos textos – de tal modo que as únicas capitulares francas que continuavam a ser comentadas eram as que se referiam à Igreja-, este direito canônico era ensinado nas escolas, todas clericais. O direito profano, pelo contrário, não era matéria de instrução em parte alguma. Por certo que a familiaridade com as velhas compilações não se teria perdido completamente, apesar disso, se existisse uma profissão de homens de leis. Mas a organização jurídica não continha advogados e todos os chefes eram juizes. O que equivale a dizer que a maioria dos juizes não sabia ler, sem dúvida uma má condição para a conservação de um direito escrito.³²

Desse modo, o direito de base laica, que regia quase todas as disposições de direito privado, nos séculos X e XI (apogeu do feudalismo) se resumia praticamente aos costumes de base territorial das regiões, onde se constituíam os feudos. O que quer dizer que, se havia alguma produção escrita, esta só ocorreria no direito canônico que nesta época dispunha sobre as relações entre membros da Igreja e sobre matrimônio.

Os contratos tão numerosos que estão na base dos laços de dependência de homem para homem (vassalagem, servidão) e dos direitos sobre a terra (feudos, foros, etc.) raramente eram reduzidos a escrito; quando muito, algumas instituições eclesiásticas (sobretudo capítulos e abadias) mandaram reduzir os actos (sobretudo doações) que lhes interessavam; são mais numerosos nas regiões do Sul (Sul da França, Itália, Espanha) que nas do Norte.

(...) a maior parte das relações entre os homens, que nascem das convenções próprias das instituições são regidas pelo costume que fixa as obrigações uns e doutros.³³

4. CONCLUSÃO

Neste artigo foram vistos os principais aspectos concernentes às fontes de direito predominantes no período do Império Romano e na Alta Idade Média. Além disso, fez-se uma análise da importância da Lei como fonte

³² Ibidem, p. 128.

³³ GILISSEN, John, op. Cit, p.191.

em tais períodos e as consequências que a sua presença e sua ausência em determinados tempos podem ter trazido para a sociedade em geral e para a concepção do próprio Estado.

Destarte, vê-se que durante o Império Romano, que se subdivide no Principado e no Dominato, as fontes do direito foram se alterando e cada uma delas foram preponderando sobre as outras, à medida que ia mudando a forma e a organização do do Estado Romano.

Assim, no período do principado houve uma verdadeira riqueza de fontes, ou seja, houve várias formas em que o direito se manifestava. Isso estava consoante o próprio período, que foi o momento mais áureo do Império Romano. Nessa época, o Senado era considerado o órgão legislativo por excelência, apesar de o poder das Assembleias populares ter praticamente desaparecido.

Ademais, vale ressaltar a importância que tal período teve para a constituição e para o desenvolvimento da Ciência do Direito por meio dos Jurisconsultos que expressavam seus estudos na jurisprudência.

Já no consentâneo ao Dominato, época de decadência do Império, vê-se a divisão de tal em dois: o Império Romano do Ocidente e o Império Romano do Oriente. É a partir daí também que o Cristianismo se constitui como religião oficial do Império. No que concerne ao âmbito do Direito, é possível afirmar que é este o período em que há uma evidente pobreza de fontes e quando também o poder do Imperador praticamente era absoluto, sendo que tais fontes se resumiam basicamente às Constituições Imperiais. Vale ressaltar também que a Jurisprudência perde espaço para tais Constituições, havendo, neste contexto, um conflito entre o direito do Estado e direito dos Juristas.

Durante o início do Império Romano do Oriente no século VI, o Imperador Justiniano, responsável pela temporária retomada do Império Romano no Ocidente, com a ajuda de jurisconsultos das Escolas de Direito do Oriente elaborou o que é hoje conhecido por *Copus Iuris Civilis*. Tal obra, indubitavelmente, foi indispensável para a permanência do direito romano posteriormente. No Oriente, ele consistiu na principal fonte do direito até o fim da Idade Média. Já no Ocidente, somente será dada a sua devida importância na Baixa Idade Média, mais ou menos a partir do século XII.

No Ocidente, com a queda do Império Romano, após as invasões bárbaras, e com o estabelecimento de vários reinos germânicos, nota-se uma pluralidade de fontes do direito. Com destaque para as compilações de direito romano, os costumes germânicos e as legislações reais. Posteriormente, aos poucos e, principalmente, com o desmoronamento do Império franco carolíngio no século IX, o direito praticamente irá se resumir aos costumes. Já no Feudalismo, praticamente irá desaparecer por completo as disposições de direito escrito.

Se tal houvesse seria consentâneo tão somente às disposições de direito canônico, visto que a Igreja gradualmente irá tomando o domínio da escrita e da cultura jurídica. As escolas que existiam nessa época eram eminentemente clericais.

Com isso, o direito romano irá se perdendo como fonte direta na prática jurídica privada e a própria lei vai cedendo espaço para a prática consuetudinária. Isso se deve também com o desaparecimento dos Estados e à predominância da organização baseada na produção feudal e das relações pessoais existentes entre suseranos e vassalos e senhores e servos. A única unidade existente era de base religiosa. Esse contexto se parece muito com o momento existente anterior à promulgação da Lei das XII Tábuas em torno de 450-451 a. C em Roma Antiga, onde o domínio do saber era exclusivo às autoridades religiosas, ou melhor, aos Sacerdotes.

BIBLIOGRAFIA

- ALVES, José Carlos Moreira. Direito Romano v.1. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- 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. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1979.
- HESPANHA, Antonio Manuel. História das instituições: épocas medieval e moderna. Coimbra: Almedina, 1982.
- MEIRA, Sílvio A.B. História e fontes do direito Romano. São Paulo: Saraiva, 1966.
- WIEACKER, Franz. História do direito privado moderno. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1979.

O NOME DE DOMÍNIO E OS SINAIS DISTINTIVOS DA EMPRESA

Vinícius de Novais Gertulino¹

1. A INTERNET E OS NOMES DE DOMÍNIO.

1.1 Breve histórico da internet.

A internet surgiu nos Estados Unidos da América na década de 1960 como parte de um projeto militar daquele país de se criar uma rede descentralizada e interligada de computadores que subsistisse na ocorrência de um ataque ou calamidade.²

Como forma de solucionar esse impasse o governo americano criou uma agência para pesquisas avançadas com finalidade estratégica denominada *Advanced Research Projects Agency*, conhecida pela denominação ARPA. Esta agência foi um dos muitos empreendimentos americanos voltados para a ciência e a tecnologia que foram induzidos pela Guerra Fria³.

Fundada em 1958, em resposta à Sputnik, a ARPA⁴ tinha como missão

¹ Mestrando em Direito Comercial na USP, Especialista em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Sócio de AWA Advogados.

² “Vivia-se o contexto da Guerra Fria e o mundo estava polarizado em duas grandes potências militares: de um lado a União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS) e, de outro, os Estados Unidos da América (EUA). Duas superpotências, com amplo domínio da tecnologia nuclear e que patrocinavam sistemas de produção diversos e antagônicos: o capitalismo (EUA) e o socialismo (URSS)”. (FONTES, Marcos Rolim Fernandes. *Nomes de Domínio no Brasil: Natureza, Regime Jurídico e Solução de Conflitos*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 31.)

³ ABBATE, Jane. *Inventing the internet*. Cambridge, Massachusetts, 1999, p.36.

⁴ “Em 1972, a ARPA ganhou status de uma agência dentro do Departamento de Defesa (DoD), passando a ser chamada de Defence Advanced Research Projects Agency – DARPA. Em 1993, já encerrada a Guerra Fria, voltou à denominação original ARPA. Em 1996, voltou novamente a ser designada como DARPA.” (FONTES, Marcos Rolim Fernandes. *Nomes de Domínio no Brasil: Natureza, Regime Jurídico e Solução de Conflitos*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 32.)

manter os Estados Unidos à frente de seus rivais militares através do desenvolvimento de projetos de pesquisa que significassem avanços nos campos relacionados à defesa⁵.

Possuindo uma tecnologia eficiente e segura para a comunicação em rede, a ARPA iniciou o projeto de construção de uma rede ligando diversos centros de pesquisas dos Estados Unidos, intitulado de ARPANET. Em 1969, a rede física que serviria de base para a ARPANET já estava construída interligando quatro universidades: Universidade de Los Angeles, Universidade de Santa Bárbara, Universidade de Utah e Instituto de Pesquisa de Stanford⁶.

Por volta de 1970, quando, além dos grandes centros militares norte-americanos, outras agências do governo americano, universidades e centros de pesquisa também estavam conectados, criaram-se dois protocolos que transformaram a forma de interação entre os computadores ligados a uma ou várias redes: o protocolo *transmission control protocol* (TCP) e o protocolo *internet protocol* (IP), conhecidos como se fossem apenas um único protocolo, chamado TCP/IP. Esses protocolos em conjunto criaram um novo sistema de comunicação de computadores, no qual, de maneira simplificada, cada computador conectado recebe uma identificação numérica separada por pontos, que permite sua localização pelos demais.

Esse novo sistema, em conjunto com a criação do sistema de nome de domínio⁸ (DNS) nos anos 1980, foi gerenciado pelo Dr. Jon Postel, ligado a *University of Southern California* (USC). Nesse contexto, nasceu a *Internet Assigned Number Authority*, ou IANA, uma entidade despersonalizada, que agia por designação do governo americano, cuja função era a manutenção e a gerência da rede⁹.

⁵ ABBATE, Jane. *Inventing the internet*. Cambridge, Massachusetts, 1999, p.36.

⁶ FONTES, Marcos Rolim Fernandes. *Nomes de Domínio no Brasil: Natureza, Regime Jurídico e Solução de Conflitos*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 36-39

⁷ “Internet protocol é o protocolo responsável pelo roteamento de pacotes de informação entre dois sistemas que utilizam a família de protocolos TCP/IP. A transmissão de informação ocorre mediante pequenos pacotes de bits que contêm dados que estão sendo enviados e o endereço a que se dirigem. Esses pacotes são reagrupados ao chegar no seu destino.” (FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis. *Direito do comércio eletrônico*. 2.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 20, nota de rodapé n. 2). Por sua vez, o protocolo *transmission control protocol* seria responsável por configurações de serviço, como, por exemplo, o controle de fluxo e a recuperação de pacotes perdidos.

⁸ As explicações acerca do funcionamento do nome de domínio serão feitas nos títulos infra.

⁹ Conforme LUCIANA BATISTA ESTEVES, a existência da IANA era muito mais uma consequência da criação da internet do que um órgão formalmente constituído. (ESTEVES, Luciana Batista. *A ICANN e a*

No início de 1990, Tim Berners-Lee cria a *World Wide Web* (WWW) utilizando a linguagem *hypertext markup language* (HTML). Essa nova estrutura admite a gravação de informações em uma base de dados e sua vinculação a informações de outras bases e documentos.¹⁰

A partir de 1997, com o crescimento do número de computadores conectados, e tendo a internet tomado proporções significativas, a administração do presidente americano Bill Clinton determinou que o Departamento de Comércio privatizasse a gerência de todo o sistema da internet.

Surgiu assim a *Internet Corporation for Assigned and Numbers* (ICANN), uma entidade sem fins lucrativos, constituída segundo a legislação norte-americana, cujas principais função são a “implementação e gerência dos endereços de IP e do sistema de nomes de domínio, inclusive no que tange a delegação de funções aos Registros e Agentes de Registro, *Providers*, adoção de políticas para a composição de litígios, registro e manutenção dos nomes de domínio”¹¹.

1.2 O Nome de Domínio.

A Internet, em termos estruturais, apenas existe e foi capaz de se desenvolver porque os computadores integrados à rede podiam se localizar através do sistema denominado *Transmission Control Protocol/Internet Protocol* (TCP/IP), no qual cada computador conectado à rede recebe uma identificação numérica, separada por pontos, que permite sua localização pelos demais (endereço IP).

Isso obrigava que cada computador conectado à rede tivesse uma

regulamentação dos nomes de domínio. Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro. V.140, São Paulo: Malheiros, 2005, p.149.)

¹⁰ JABUR, Wilson Pinheiros. Nome de Domínio: Novo Sinal Distintivo?. In. JABUR, Wilson Pinheiros; SANTOS, Manoel J. Pereira (Coord.). Propriedade Intelectual: sinais distintivos e tutela judicial e administrativa. São Paulo: Saraiva, 2007, p.270. Nas palavras de MARCOS ROLIM FERNANDES FONTES “nenhum outro serviço disponível na internet contribuiu tanto para a sua popularização como a world wide web (WWW). Antes da invenção da WWW o ambiente de trabalho da internet era completamente diferente do que é hoje. O uso da internet era pouco amigável e o que aparecia nas telas dos computadores não tinha qualquer atrativo visual, parecendo que ela seria definitivamente uma ferramenta de uso exclusivo de cientistas e iniciados em computação”. (FONTES, Marcos Rolim Fernandes. Nomes de Domínio no Brasil: Natureza, Regime Jurídico e Solução de Conflitos. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 48-49)

¹¹ ESTEVES, Luciana Batista. A ICANN e a regulamentação dos nomes de domínio. Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro. V.140, São Paulo: Malheiros, 2005, p.151.

lista¹² com todos os nomes e números dos demais, que deveria estar sempre atualizada para identificar os novos computadores conectados à rede, à qual os usuários pudessem consultar com o objetivo de localizar o endereço de quem pretendessem se comunicar.

Com o crescimento significativo do número de usuários da internet, o sistema de localização de computadores ligados à rede por meio de listas com os nomes e os endereços de IP respectivos, em que pese ter sido perfeitamente eficaz em seu surgimento, começou a se demonstrar ineficiente.

Como resposta à saturação do sistema de lista de endereços de IP até então vigentes, foi criado no início dos da década de 1980 o sistema de nome de domínio, também conhecido como sistema DNS (acrônimo de *domain name system*).

Esse novo sistema permite que os endereços de IP sejam representados por uma sequência de letras ou uma combinação de letras e números, que são os nomes de domínio. Este sistema, ao converter o nome digitado no endereço de IP correspondente, torna mais fácil a localização e a comunicação entre os usuários ligados à rede.

Essa conversão entre o nome digitado no endereço de IP correspondente se daria no próprio servidor local utilizado pelo usuário interessado na localização de um determinado *site*. Desse modo, ao invés do usuário consultar uma lista com os nomes e os endereços de IP de cada computador ligado à rede, ele mandaria um pedido de informação para um computador central (servidor raiz), que possuiria o endereço IP correspondente ao computador desejado, mandando a resposta ao computador solicitante que, de posse do endereço IP, poderia estabelecer o contato com o usuário desejado.

Assim, em termos estruturais, o nome de domínio é um endereço virtual, que por desempenhar a função de localização, não pode existir em duplicidade, isto é, não pode existir um nome de domínio igual ao outro,

¹²Tais listas criadas em formato de arquivo eram chamadas de *host.txt* e foram inventadas em 1971 por Peggy Karp. O arquivo *host.txt* continha todos os nomes dos computadores ligados à rede e seus respectivos endereços de IP. Os operadores poderiam instalar o arquivo em seus servidores locais, que, então, possibilitava que seus computadores conseguissem identificar o IP relacionado com o endereço que pretendia se comunicar sem maiores esforços. Sempre que um operador adicionasse uma nova máquina à rede, ele deveria preencher um e-mail padrão com as informações necessárias, e envia-lo ao *Stanford Research Institute* (SRI), que iria compilar todas as informações e incluí-las no próximo arquivo *host.txt*. (RADER, Ross Wm. *One History os DNS*. Disponível em: <<http://www.byte.org/one-history-of-dns.pdf>> p.3-4. Acesso em: 16 de Novembro de 2013.

pois isto impediria que se localizasse o *site* em questão. Desse modo, os nomes de domínio são únicos por decorrência da sua natureza: deriva da sua própria estrutura a impossibilidade de coexistência de dois nomes de domínio iguais (com o mesmo TLDs, ou no mesmo nível, se determinado TLDs comportar divisões), na rede¹³.

Os nomes de domínio são estruturados de maneira hierárquica, de modo que os endereços das páginas de internet baseiam-se em uma estrutura em que os níveis são separados pelo “ponto”, do mais específico (à esquerda) para o mais genérico (à direita). O nível hierárquico mais elevado no nome de domínio é denominado domínio de primeiro nível (TLDs).

Os TLDs são divididos em duas categorias. A primeira denomina-se domínio de primeiro nível genérico ou gTLD (acrônimo de *generic top level domain*), e são todas aquelas terminação de um nome de domínio criadas pela autoridade competente para definir quais são os domínios de primeiro nível, como por exemplo “.com”; “.net”; “.org”; “.jus”, etc. A segunda denomina-se domínio de primeiro nível com código de país ou ccTLD (acrônimo de *country code top level domain*), e são todas aquelas terminações indicativas de país, tais como “.br” (Brasil); “.au” (Austrália); “.uk” (Reino Unido), etc¹⁴.

A esquerda dos domínios de primeiro nível encontram-se os domínios de segundo nível, que são nomes de comprimento variável registrado para uma pessoa ou organização para uso na Internet, tais como “*google*” em “*google.com.br*” ou “*microsoft*” em “*microsoft.com*”.

Em âmbito global, a estrutura de registro e gerenciamento dos nomes de domínio está estabelecida da seguinte maneira: os gTLD são estabelecidos pela ICANN, que atualmente são dezenove (.aero; .biz; .cat; .com; .coop; .edu; .gov; .info; .int; .jobs; .mil; .mobi; .museum; .name; .net; .org; .pro; .tel; .travel), e são supervisionados por diversas entidades das mais variadas funções, tais como a “VeriSign, Inc”, que supervisiona os gTLD “.com” e “.net” e a “Telnic Ltd.” que supervisiona o gTLD “.tel”¹⁵; já os ccTLD são gerenciados

¹³ ESTEVES, Luciana Batista. Marcas e Nomes de Domínio no Direito Português. Revista dos Tribunais. vol. 834, 2005, p. 105-106.

¹⁴ Os códigos representativos dos países que formam os ccTLD são aqueles estabelecidos na norma do ISO 3166.

¹⁵ Informações disponíveis em: <<http://www.icann.org.br/registries/listing.html>> Acesso em: 16 de Novembro de 2013.

por entidades relacionadas com cada um dos países que firmou acordo¹⁶ com a IANA para exercer a administração de seu próprio ccTLD.

Na esfera nacional, cada país que tenha entrado em acordo com a IANA possui autoridade para gerenciar os seus próprios TLDs dentro de seu ccTLD, decidindo como será sua estrutura de registro e gerenciamento dos nomes de domínio e de respectivos endereços IP.

1.2.1 A estrutura técnica dos nomes de domínio no Brasil.

Até o advento da abertura comercial da internet no ano de 1995, não existia uma entidade oficial que regulasse a internet ou a gerência dos nomes de domínio e endereços de IP, ou mesmo que sobre ela exercesse qualquer tipo de supervisão.

Nesse período, a conexão do Brasil com a internet ocorreu por meio das redes acadêmicas que foram se formando a partir da década de 1990. Iniciativa pioneira dentro desse processo coube a Fundação de Amparo à pesquisa no Estado de São Paulo (FAPESP). Em 1989, a FAPESP conectou uma linha na internet utilizando o sistema *BITNET*¹⁷ (acrônimo de *Because is Time to Network*), que permitia a retirada de arquivos e o uso de correio eletrônico. Em 1991, uma linha internacional foi conectada à FAPESP para que fosse liberado o acesso à rede a instituições educacionais, fundações de pesquisa, entidades sem fins lucrativos e órgãos governamentais¹⁸. Dentro desse contexto, era a FAPESP a entidade responsável pela gerência e distribuição de endereços de IP e pelo registro de nomes de domínio para os usuários.

¹⁶ “Quando um país pretende ter o seu próprio ccTLD, estabelece um acordo de cavalheiros com a ICANN e recebe a competência para o registro, administração de seu ccTLD, alocação e designação dos endereços IP respectivos a esses nomes de domínio criados sob o ccTLD em questão. A ICANN, através da IANA, arroga-se a competência de fazer uma análise das suas condições técnicas da entidade que pleiteia o ccTLD em nome do país, suas condições de geri-lo e do grau de representabilidade dos interesses do país ou de um governo democrático”. (FONTES, Marcos Rolim Fernandes. Nomes de Domínio no Brasil: Natureza, Regime Jurídico e Solução de Conflitos. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 86).

¹⁷ O *BITNET* era uma rede de troca de mensagens que utilizava um software da IBM denominado RSCS (*Remote Spooling Communication Subsystem*) e o protocolo NJE (*Network Job Entry*) em vez dos protocolos TCP/IP, mas que ainda sim podia trocar mensagens de correio eletrônico com a Internet.

¹⁸ FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis. Direito do comércio eletrônico. 2.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 25.

Em 1995, com a abertura da internet a toda sociedade brasileira, foi editada a Portaria Interministerial MCT/MC nº 147, de 31.05.1995, do Ministério de Ciência e Tecnologia (MCT) e do Ministério das Comunicações (MC), que criou o Comitê Gestor Internet do Brasil (CG), uma entidade sem personalidade jurídica, cuja finalidade era a de coordenar e integrar todas as iniciativas de serviços Internet no país, sendo uma de suas atribuições coordenar a atribuição de endereços IP (*Internet Protocol*) e o registro de nomes de domínios (Art.1, inciso V)¹⁹.

No tocante a regulação da internet, o CG emitiu duas únicas regulações, ambas tomadas em reunião de 15.04.1998, a Resolução nº 001/98 e a Resolução 002/98, que disciplinavam de forma mais detalhada a forma de registro dos nomes de domínio sob o ccTLD “.br”.

A Resolução nº 001/98 disciplinava o registro e atribuição de nomes de domínio no Brasil, e possuía como regras fundamentais; (I) a adoção do regime da anterioridade (*first come, first served*), em que “o direito ao nome do domínio será conferido ao primeiro requerente que satisfizer, quando do requerimento, as exigências para o registro do nome” (art. 1º da Resolução nº 001/98); (II) a vedação de registro de nomes de domínio compostos por palavras de baixo calão e que pudessem “induzir terceiros a erro, como no caso de nomes que representam marcas de alto renome ou notoriamente conhecidas, quando não requeridos pelo respectivo titular” (art. 2º, II, b, do Anexo I da Resolução nº 001/98)

O Anexo II da Resolução 001/98 regulava os domínios de primeiro nível (TLDs) sob o domínio “.br”, válidos para o registro de nomes de domínio na rede eletrônica Internet do Brasil. De início, tal Anexo previa 26 TLDs, sendo 15 destinados exclusivamente as pessoas jurídicas; 10 destinados exclusivamente para a categoria dos profissionais liberais; e apenas um destinado as pessoas físicas.

¹⁹ Art. 1º. Criar o Comitê Gestor Internet do Brasil, que terá como atribuições: I - acompanhar a disponibilização de serviços Internet no país; II - estabelecer recomendações relativas a: estratégia de implantação e interconexão de redes, análise e seleção de opções tecnológicas, e papéis funcionais de empresas, instituições de educação, pesquisa e desenvolvimento (IEPD); III - emitir parecer sobre a aplicabilidade de tarifa especial de telecomunicações nos circuitos por linha dedicada, solicitados por IEPDs qualificados; IV - recomendar padrões, procedimentos técnicos e operacionais e código de ética de uso, para todos os serviços Internet no Brasil; V - coordenar a atribuição de endereços IP (Internet Protocol) e o registro de nomes de domínios; VI - recomendar procedimentos operacionais de gerência de redes; VII - coletar, organizar e disseminar informações sobre o serviço Internet no Brasil; e VIII - deliberar sobre quaisquer questões a ele encaminhadas. (grifo nosso)

A Resolução 002/98 delegou à FAPESP a competência “para realizar as atividades de registro de nomes de domínio, distribuição de endereços IPs e sua manutenção na rede eletrônica Internet” (Art.1º da Resolução 002/98). Além disso, autorizou a FAPESP a cobrar valores, previamente aprovados pelo Comitê Gestor (Art.2º da Resolução 002/98), e a se ressarcir financeiramente pelos serviços prestados (Art.3º da Resolução 002/98).

Diversas críticas foram realizadas a esse sistema de registro e gerenciamento de nome de domínio criado no Brasil. SOFIA MENTZ ALBRECHT²⁰ entende existir uma inconstitucionalidade tanto material quanto formal na Resolução 001/98 do Comitê Gestor, justificando que há vício de origem na criação do Comitê.

Na visão da autora, existiria uma inconstitucionalidade material quanto a Resolução 001/98 tendo em vista que algumas de suas restrições quanto à possibilidade de registro de nomes de domínio, como, por exemplo, a proibição de registro de nomes de domínio para entidades estrangeiras, infringiram diretamente alguns pontos fundamentais do ordenamento jurídico nacional²¹.

Com relação à inconstitucionalidade formal, alega a autora que há vício de origem na criação do Comitê, pois afronta o disposto no art. 87, parágrafo único, inciso II, da Constituição Federal, pois uma portaria interministerial poderia tão somente determinar procedimentos e formas para facilitar a execução de ato legislativo, e nunca criar novos órgãos em substituição ao legislador próprio; bem como que há infração ao Princípio da Legalidade, uma vez que, de acordo com o Art.22, inciso IV, da Constituição Federal, competiria a União legislar sobre a matéria²².

Em que pese as críticas sobre a constitucionalidade do sistema de regulamentação do sistema de registro do nome de domínio, em

²⁰ ALBRECHT, Sofia Mentz. A inconstitucionalidade da regulamentação sobre nomes de domínio na internet. Revista ABPI, nº 44, São Paulo, 2000, p. 35-38.

²¹ “Note-se que o constituinte não fez qualquer distinção entre empresa estrangeira e nacional, deixando evidente que, uma vez cumprida a função de investimento e criação de tecnologia, a empresa deve receber apoio e incentivo, e nunca sofrer restrições, ficando flagrante a inconstitucionalidade da proibição pretendida pela CG.” (ALBRECHT, Sofia Mentz. A inconstitucionalidade da regulamentação sobre nomes de domínio na internet. Revista ABPI, nº 44, São Paulo, 2000, p. 36)

²² ALBRECHT, Sofia Mentz. A inconstitucionalidade da regulamentação sobre nomes de domínio na internet. Revista ABPI, nº 44, São Paulo, 2000, p. 38. As conclusões da autora persistiriam atualmente, já que o Decreto 4.829/2003, que substituiu a Portaria Interministerial 147/1995, não supriu a ausência de disposição legislativa necessária para a intervenção do Comitê sobre o sistema de registro de nome de domínio.

03.09.2003 a Presidência da República baixou o Decreto 4.829, criando o Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.br), e dispondo sobre a criação de um novo modelo de governança na internet.

No tocante a regulação da internet após a edição do Decreto 4.829, duas resoluções merecem destaque: a Resolução 001/2005, publicada em 5.12.2005; e a Resolução CGI.br/RES/2008/008/P, publicada em 28.11.2008.

A Resolução 001/2005 revogou a Resolução 002/1998 que havia delegado a FAPESP a função de registro de nomes de domínio (Art.6 da Resolução 001/2005), e atribuiu ao Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR (*NIC.br*)²³, a execução do registro de Nomes de Domínio, a alocação de endereços IP (*Internet Protocol*) e a administração relativa ao domínio de primeiro nível (Art.1º da Resolução 001/2005).

Por meio do seu serviço denominado *REGISTRO.BR*, o NIC.br efetua os registros de domínios sob o ccTLD “.br”. Todos os domínios na internet com extensão “.br” são registrados, exclusivamente, por meio do *REGISTRO.BR*, sejam eles destinados a instituições governamentais, acadêmicas ou privadas, sendo o procedimento realizado quase totalmente *online*.

Requisitado o registro, e regularizadas eventuais pendências, o domínio estará disponível por quem o registrou por um período de um ano, prazo renovável indefinidamente desde que pague a anuidade²⁴ e mantida as condições técnicas para a utilização.

É permitido ainda ao titular do nome de domínio transferi-lo a terceiros a qualquer momento, através do envio físico ao escritório do *REGISTRO.BR* da documentação necessária, e desde que o adquirente preencha os requisitos para ser titular daquele domínio.²⁵

²³ Conforme seu estatuto, o NIC.br é uma pessoa jurídica de direito privado, da modalidade associação, sem fins lucrativos ou de fins não econômicos, dotado de autonomia administrativa, patrimonial e financeira, com sede e foro na cidade de São Paulo – Capital. Disponível em: <<http://www.nic.br/estatuto/>> Acesso em: 17 de Novembro de 2013

²⁴ Desde 26.09.2007 a anuidade para o registro e manutenção dos nomes de domínio possui o seguinte valor: para o domínio “nom.br” (DPNs sem restrição destinado a pessoas físicas) é cobrado R\$30,00 pelo período mínimo de 3 anos e R\$ 9,00 para cada ano adicionado durante o processo de registro ou renovação; para os demais DPNs é cobrado R\$ 30,00 pelo período mínimo de 1 ano e R\$ 27,00 para cada ano adicionado durante o processo de registro ou renovação. Disponível em: <<http://registro.br/dominio/valor.html>> Acesso em: 17 de Novembro de 2013.

²⁵ FONTES, Marcos Rolim Fernandes. Nomes de Domínio no Brasil: Natureza, Regime Jurídico e Solução de Conflitos. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 92.

A Resolução CGI.br/RES/2008/008/P disciplina os procedimentos para registro dos nomes de domínio, possuindo como regras fundamentais: (I) a adoção do regime da anterioridade (*first come, first served*), em que “o direito ao nome do domínio será conferido ao primeiro requerente que satisfizer, quando do requerimento, as exigências para o registro do mesmo” (art. 1º), (II) estabelece vedações quanto ao uso de determinados nomes de domínios, não podendo ser escolhido nome que, entre outras coisas, desrespeite a legislação em vigor, induza terceiros a erro ou viole direitos de terceiros (art. 1º, parágrafo único); (III) determina os critérios para habilitação de pessoas interessadas em registrar sob o “.br” (arts. 2º, 6º e 14); (IV) estabelece critérios que afetam os direitos dos usuários sobre os nomes de domínios (arts. 10, 12 e 13); (V) cria procedimentos, responsabilidades e obrigações a serem cumpridos pelos usuários dos serviços (arts. 4º, 5º, 10 e 14)²⁶.

2. O NOME DE DOMÍNIO SOB A ÓTICA JURÍDICA

Uma vez tratada as questões técnicas e operacionais acerca do funcionamento do nome de domínio, e apresentada a forma como estão estruturados os nomes de domínio dentro do ordenamento jurídico nacional, cabe agora discutir a problemática do nome de domínio em si, suas peculiaridades, natureza jurídica e as possíveis soluções dos conflitos envolvendo nomes de domínio e os demais sinais distintivos.

2.1 Os nomes de domínio na teoria dos sinais distintivos.

Conforme relatado anteriormente, do ponto de vista estrutural, o nome de domínio possui a função de endereço eletrônico, ligando o usuário da internet ao *site* desejado. Não obstante, esta não é a única função desempenhada pelos nomes de domínio. Na medida em que os nomes de domínio estiverem ligados à atividade empresarial, estes terão a capacidade de identificar e distinguir um produto, serviço, empresa ou estabelecimento, agindo como um verdadeiro sinal distintivo.

²⁶ PAPA, Uriel de Almeida. A regulação brasileira do registro de nomes de domínios em perspectiva comparada. Brasília, 2011, p.22. Artigo (Especialização em Controle da Regulação) - Instituto Serzedello Corrêa – ISC/TCU.

Os sinais distintivos nasceram da necessidade dos próprios agentes econômicos, que na luta pelo mercado, acabavam empregando sinais para identificar e distinguir a si próprios, suas mercadorias ou seus serviços.²⁷

Dentro dessa perspectiva, os sinais distintivos originaram-se de uma necessidade econômica, em que a conquista da clientela e o bom aproveitamento dos investimentos efetuados pelo empresário requerem que a clientela encare a empresa, seus produtos e seus serviços de uma maneira diferenciada daqueles oferecidos por seus concorrentes.

Nesse diapasão, os sinais distintivos podem ser definidos como sendo qualquer combinação de palavras ou imagens utilizadas para identificar um produto, serviço, empresa ou estabelecimento, de maneira a diferenciá-lo dos demais idênticos ou semelhantes existentes no mercado, permitindo ao público em geral reconhecê-los²⁸.

Assim, os sinais distintivos exercem uma função individualizante, objetivando atribuir uma identidade própria a seu objeto²⁹.

PAULA FORGIONI³⁰ leciona que a função econômica dos sinais distintivos vai além da mera diferenciação entre produtos, serviços e empresas, assumindo tais sinais, na realidade, uma função tripartite, conforme os interesses por eles protegidos, sendo: (I) a preservação da vantagem

²⁷ “Com a revolução industrial, os sinais distintivos assumem maior relevância, pois o aquecimento do mercado trouxe o incremento de concorrência e, portanto, incitou a disputa por clientela. Num mundo em que os produtos não apresentavam marcadas diferenças intrínsecas, é dada renovada importância aos meios de diferenciação e de penetração e, portanto, às marcas e aos reclames. A vantagem competitiva do agente econômico vem protegida com o principal escopo de impedir a indevida exploração por terceiro e, assim, permitir o bom funcionamento do mercado”. (FORGIONI, Paula. Nome de domínio e título de estabelecimento: Nova função para um instituto antigo. In. LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Alberto (coord). Direito & Internet vol. II – Aspectos Jurídicos Relevantes. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 509)

²⁸ “É lógico que se atenda antes de mais nada, na disciplina jurídica, dos sinais distintivos ao princípio da novidade; cada um é livre de escolher para designar os seus produtos, os locais em que os vende e os seus estabelecimentos, o nome ou símbolo ou imagem, ou, mais geralmente, o elemento distintivo que quiser (descuido, nesse momento, de algumas particularidades como aquelas que respeitam às marcas denominativas), mas sob condição: deve tratar-se realmente de elemento que tenha caráter distintivo e deve, simultaneamente, tratar-se de algo de novo, ou seja, não usado por outrem”. (ASCARELLI, Tullio. Panorama do direito comercial. Sorocaba: Editora Minelli, 2007, p.128-129).

²⁹ SCHMIDT, Lélío Denicoli. Princípios aplicáveis aos sinais distintivos. In. JABUR, Wilson Pinheiros; SANTOS, Manoel J. Pereira (Coord.). Propriedade Intelectual: sinais distintivos e tutela judicial e administrativa. São Paulo: Saraiva, 2007, p.31.

³⁰ FORGIONI, Paula. Nome de domínio e título de estabelecimento: Nova função para um instituto antigo. In. LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Alberto (coord). Direito & Internet vol. II – Aspectos Jurídicos Relevantes. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 510-511

competitiva, na medida em que a atribuição de exclusividade aos sinais distintivos impede a atuação daqueles agentes econômicos que se aproveitam dos investimentos e esforços de outros para alavancar sua atividade; (II) fomentar o progresso técnico/cultural e científico, uma vez que com a não diferenciação dos demais concorrentes e a obstrução da atuação de agentes oportunistas, o empresário tenderia a não realizar investimentos, ante a improbabilidade de retorno financeiro; (III) a proteção do consumidor/adquirente, pois permite a identificação do fornecedor e a imputação de responsabilidade.

Nesse sentido, estando o nome de domínio ligado à atividade empresarial, exercendo uma função individualizante, objetivando atribuir uma identidade própria a seu objeto, seja identificando um produto, serviço, empresa ou estabelecimento, não restam dúvidas de que, do ponto de vista jurídico, o nome de domínio é um sinal distintivo.

Feiras estas considerações, cabe agora tratar da natureza jurídica do nome de domínio, discutindo-se se este seria uma entidade autônoma, se seria uma projeção da marca ou do nome empresarial na Internet, ou ainda se consistiria em um título de estabelecimento virtual.

2.1.1.Nome de domínio e a tutela das marcas.

Marca é o sinal distintivo visualmente representado de um produto ou serviço usado com o fim específico de identificá-lo e distingui-lo de outros produtos e serviços idênticos ou semelhantes, de origem diversa³¹.

DENIS BORGES BARBOSA relata que sendo a marca um símbolo configurado para uma finalidade específica, sua existência fática depende da presença de três fatores distintos: a capacidade de simbolizar; a capacidade de indicar uma origem específica, sem confundir o destinatário do processo de comunicação em que se insere, qual seja, o consumidor; e a *apropriabilidade*, ou seja, a possibilidade de se tornar um símbolo exclusivo, ou legalmente unívoco, em face do objeto simbolizado³².

³¹ Nas palavras de NEWTON SILVEIRA, “a marca pressupõe a existência, ao menos potencial, de produtos idênticos ou similares oferecidos no mesmo mercado, sendo, pois, um instrumento de concorrência, não de monopólio”. (SILVEIRA, Newton. Propriedade intelectual: propriedade industrial, direito de autor, software, cultivares, nome empresarial. 4.ed.rev e ampl. Barueri: Manole, 2011, p.22).

³² BARBOSA, Denis Borges. Uma Introdução à propriedade intelectual. 2. Ed. rev. Atual. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2003, p. 700. Disponível em: <<http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/livros/umaintro2.pdf>>. Acesso em: 04 de Novembro de 2013.

No Brasil, as marcas sofrem uma regulamentação tanto pelo direito nacional, através da Lei nº 9.279/96, como também por normas de direito internacional, por meio de tratados dos quais o Brasil é signatário³³.

A propriedade³⁴ da marca se adquire através de seu registro no Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI), conforme dispõe o artigo 129 da Lei nº 9.279/96.

Não obstante, como bem demonstra NEWTON SILVEIRA, o direito de propriedade conferido ao titular da marca não se trata de uma propriedade sobre o próprio sinal, mas sim sobre a aplicação do sinal a determinado produto, mercadoria ou serviço, ou seja, correspondente ao uso exclusivo do sinal quanto a uma categoria de bens materiais ou imateriais.³⁵

O registro da marca é válido por 10 anos, contados da data da concessão do registro, podendo ser prorrogado por períodos iguais e sucessivos (art. 133 da Lei nº 9.279/96).

Todos os sinais visuais são aptos, via de regra, a serem utilizados como marcas, desde que atendam os princípios da veracidade, da novidade relativa, da especialidade e da territorialidade.

A veracidade, como requisito da marca, é a exigência de que o sinal não deva indicar ou sugerir qualificação que o produto ou serviço não possua de forma a lesar o consumidor ou a concorrência.

O princípio da veracidade, que deve presidir tanto às marcas quanto às propagandas em geral, está expresso pelo art. 124, inciso X da Lei nº

³³ Dentre esses tratados podemos destacar a Convenção da União de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial de 1883 e o Acordo Sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio, denominado TRIPs (acrônimo de Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights),

³⁴ “É de notar-se que, não obstante a expressão “propriedade” ter passado a designar tais direitos nos tratados pertinentes e em todas as legislações nacionais, boa parte da doutrina econômica a eles se refira como “monopólios”. Tal se dá, provavelmente, porque o titular da patente, ou da marca, tem uma espécie de monopólio do uso de sua tecnologia ou de seu signo comercial, que difere do monopólio stricto sensu pelo fato de ser apenas a exclusividade legal de uma oportunidade de mercado (do uso da tecnologia, etc.) e não - como no monopólio autêntico - uma exclusividade de mercado. Exclusividade a que muito freqüentemente se dá o nome de propriedade, embora preferamos usar as expressões descritivas “monopólio instrumental” ou “direitos de exclusividade”. (BARBOSA, Denis Borges. Uma Introdução à propriedade intelectual. 2. Ed. rev. Atual. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2003, p. 23-24. Disponível em: <<http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/livros/umaintro2.pdf>>. Acesso em: 04 de Novembro de 2013.)

³⁵ SILVEIRA, Newton. Propriedade intelectual: propriedade industrial, direito de autor, software, cultivares, nome empresarial. 4.ed.rev e ampl. Barueri: Manole, 2011, p.25

9.279/96, ao estabelecer que não são registráveis com marcao “*sinal que induza a falsa indicação quanto à origem, procedência, natureza, qualidade ou utilidade do produto ou serviço a que a marca se destina*”.

O princípio da novidade relativa constitui apenas o requisito de que a marca deve ser formada de elementos inconfundíveis de outras já apropriadas por terceiros no mesmo mercado; ou mais precisamente, é a exigência de que osímbolo possa ser apropriado pelo titular, sem infringir direito de terceiros³⁶.

O princípio da especialidade é a regra que limita o direito de propriedade, e seu uso exclusivo, do titular de uma marca registrada a certo produto ou serviço, a uma determinada classe e ramo de atividade.

Desse modo é possível um terceiro usar marca idêntica, mas para identificar produtos ou serviços inteiramente diversos, sem existir violação. Igualmente, é possível a convivência de marcas diversas para identificar um mesmo tipo de produto. Assim, de acordo com o princípio da especialidade, a proteção à marca só é absoluta dentro de sua relatividade, ou seja, atentando para os produtos ou serviços a que se refere.³⁷

Por fim, a territorialidade é o princípio segundo o qual a proteção da marca se dá dentro de um território delimitado, não se estendendo além dos limites territoriais de uma nação.

Ainda que expostas em brevíssimas linhas, essas seriam as principais características das marcas de produto e serviço.

E tendo em vista tais pontos apresentados, não é incomum a equiparação dos nomes de domínio às marcas. Nesse sentido, DIRCEU PEREIRA DE SANTA ROSA³⁸, mesmo reconhecendo que o princípio da especialidade das marcas

³⁶ BARBOSA, Denis Borges. O direito Constitucional dos Signos Distintivos. In. JABUR, Wilson Pinheiros; SANTOS, Manoel J. Pereira (Coord.).Propriedade Intelectual: sinais distintivos e tutela judicial e administrativa. São Paulo: Saraiva, 2007, p.12-13. O mesmo autor coloca ainda que “A noção de novidade neste contexto, aliás, que resulta de uma contiguidade com o conceito análogo do sistema de patentes, seria melhor designado como *apropriabilidade*”.(BARBOSA, Denis Borges. Uma Introdução à propriedade intelectual. 2. Ed. rev. Atual. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2003, p. 704)

³⁷ SCHMIDT, Lélío Denicoli. Princípios aplicáveis aos sinais distintivos. In. JABUR, Wilson Pinheiros; SANTOS, Manoel J. Pereira (Coord.).Propriedade Intelectual: sinais distintivos e tutela judicial e administrativa. São Paulo: Saraiva, 2007, p.49.

³⁸ SANTA ROSA, Dirceu Pereira de. Questões relativas a nome de domínio na internet. Revista da ABPI, nº 34, mai/jun 1998, p.3-23.

não se aplica ao sistema vigente de concessão de nomes de domínio, ao analisar o conceito de marca previsto no art. 122 da Lei 9.279/96 como sendo os “sinais distintivos visualmente perceptíveis”, bem como ao considerar que, na maioria das vezes, os nomes de domínio teriam como objetivo identificar produtos ou serviços, conclui que os nomes de domínio se encaixariam perfeitamente na definição do legislador brasileiro sobre os sinais registráveis como marca, sendo ainda que “na falta de um instituto que possa suprir a necessidade de combater atos nocivos às relações de consumo que possam advir do uso indevido de *domains* na internet, deve ser utilizado o sistema que melhor se adéqua a resolver estas questões, e que, no caso, é o direito marcário”³⁹.

Não obstante, em que pese ser possível a identidade entre marca e nome de domínio quanto este é utilizado para identificar um produto ou um serviço, ele não pode ser igualado indistintamente à marca.

Primeiro, porque nem sempre o nome de domínio é utilizado para identificar e distinguir um produto ou serviço de outros idênticos ou semelhantes. Há inúmeras outras formas de se utilizar os nomes de domínio, podendo estes representar também tanto a empresa como o estabelecimento comercial (virtual).

Além disso, o poder de exclusivo conferido pela legislação ao detentor da marca não alcança os nomes de domínio essencialmente porque aquela está ordenada segundo o princípio da especialidade⁴⁰.

Isto porque, mesmo quando utilizado como marca, o sistema de nomes de domínio, tendo em vista sua função estrutural de endereço eletrônico, só admite a existência de um único nome de domínio, como pressuposto para o adequado funcionamento da internet, garantido assim que os endereços procurados pelos usuários sejam efetivamente encontrados. Desse modo, não é possível a existência de nomes de domínios idênticos, o que torna inviável a aplicação do princípio da especialidade⁴¹.

³⁹ SANTA ROSA, Dirceu Pereira de. Questões relativas a nome de domínio na internet. Revista da ABPI, nº 34, mai/jun 1998, p.19.

⁴⁰ ESTEVES, Luciana Batista. Marcas e Nomes de Domínio no Direito Português. Revista dos Tribunais. vol. 834, 2005, p. 108.

⁴¹ “Note-se que, pela natureza constitucional do sistema demarcas, a apropriação se faz da maneira mais restrita possível dentro das finalidades de assinalação da marca: apenas nos limites do mercado ao qual a marca é dedicada. É o que se diz princípio constitucional da especialidade das marcas, que promove o

Em razão disso, vincular os nomes de domínio às marcas, além de impor as restrições regulares decorrentes do último instituto aos empresários em geral, também limitaria os outros utilizadores da Internet, ainda que estes não exerçam atividade empresarial, já que, não estará em questão a verificação do uso que se faz do nome de domínio⁴².

Como bem pondera MARCOS ROLIM FERNANDES FONTES⁴³, ainda que se queira argumentar que a existência de diversos TLDs⁴⁴ possibilitaria o registro de nomes idênticos em diferentes TLDs, permitindo a aplicação do princípio da especialidade, tal argumento encontraria obstáculos nos seguintes fatores: (I) o número de TLDs seria inferior à quantidade de classes existentes para o registro de marca de produtos e serviços, não existindo a possibilidade de reprodução dessas classes; (II) ainda que se realizasse um esforço interpretativo para se encaixar as diferentes opções de domínios “.br” (DPNs) como classes, a prática da internet demonstra não haver boa aceitação nessa divisão dos nomes de domínio em classes. Os dados estatísticos de registro de nomes de domínio no Brasil apontam que 91.04% dos nomes de domínio são registrados no DPN “.com.br”, 3.04% são registrados no DPN “.net.com”, ambos DPNs genéricos, 1.45% no DPN “.org.br.”⁴⁵. Todos os demais, não passam da casa do meio por cento, o que demonstraria que na prática, existiriam apenas três classes de nomes de domínio, o que tornaria insubsistente a analogia com as classes existentes no campo das marcas.

adequado equilíbrio de interesses, assegurando a distinção com o mínimo de restrição da liberdade de usar signos.” (BARBOSA, Denis Borges. O direito Constitucional dos Signos Distintivos. In. JABUR, Wilson Pinheiros; SANTOS, Manoel J. Pereira (Coord.). Propriedade Intelectual: sinais distintivos e tutela judicial e administrativa. São Paulo: Saraiva, 2007, p.11-12).

⁴² ESTEVES, Luciana Batista. Marcas e Nomes de Domínio no Direito Português. Revista dos Tribunais. vol. 834, 2005, p. 108.

⁴³ FONTES, Marcos Rolim Fernandes. Nomes de Domínio no Brasil: Natureza, Regime Jurídico e Solução de Conflitos. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 98-99.

⁴⁴ Atualmente, existem no Brasil 71 TLDs. Não obstante, a maioria destes são restritos a uma determinada atividade ou profissão, estando eles dispostos da seguinte maneira: 26 TLDs são destinados exclusivamente as pessoas jurídicas, sendo 8 destes de uso restrito a determinadas atividades e 4 de uso restrito a determinadas pessoas jurídicas com obrigatoriedade da extensão DNSSEC (acrônimo de *Domain Name System Security Extensions*); 34 TLDs são destinados exclusivamente para a categoria dos profissionais liberais; 5 TLDs são destinados as pessoas físicas; 2 TLDs são destinados à universidades; e apenas 4 TLDs são de uso genérico (para pessoas físicas ou jurídicas) sem restrições. Dados obtidos no site do REGISTRO.BR em: <<http://registro.br/dominio/dpn.html>> Acesso em: 18 de Novembro de 2013.

⁴⁵ Dados obtidos no site do REGISTRO.BR em: <<http://registro.br/estatisticas.html>> Acesso em: 18 de Novembro de 2013.

Por fim, cabe destacar também que diversamente das marcas, os nomes de domínios podem ser formulados com o uso exclusivo de expressões de uso genérico, comum ou necessário, como, por exemplo, “www.livros.com.br”.⁴⁶

Portanto, verifica-se que embora o nome de domínio possa, eventualmente, ser utilizado para identificar e distinguir um produto ou serviço oferecido na internet, ele não pode ser igualado indistintivamente à marca.

2.1.2 Nome de domínio e nome empresarial.

Nome empresarial é o elemento sob a qual uma pessoa física ou jurídica designa a empresa que ela explora, para identificá-la em suas relações com a clientela e demais agentes econômicos⁴⁷.

Assim, a função do nome empresarial é anominação, e não “recomendar quaisquer atividades lícitas, realçar qualidades de produtos, mercadorias ou serviços, ou a atrair a atenção dos consumidores ou usuários”, como acontece no caso das propagandas⁴⁸.

O nome empresarial pode ser de duas espécies: a firma ou razão social, de um lado, e a denominação das sociedades de outro.

O empresário individual adotará sempre como nome empresarial uma firma individual, que será constituída por seu nome completo ou abreviado, podendo aditar designação mais precisa sobre sua pessoa ou sobre o gênero da atividade que exerce. A firma adotada pelo empresário individual não servirá apenas como nome, mas também como assinatura.

⁴⁶ SCHMIDT, Lélío Denicoli. Princípios aplicáveis aos sinais distintivos. In: JABUR, Wilson Pinheiros; SANTOS, Manoel J. Pereira (Coord.). Propriedade Intelectual: sinais distintivos e tutela judicial e administrativa. São Paulo: Saraiva, 2007, p.32.

⁴⁷ “A doutrina não é unânime quanto à natureza desse direito, defendendo uns, como Pontes de Miranda, que se trataria de um direito de personalidade; outros, como José Carlos Tinoco Soares, entendem que se trataria de um direito de propriedade; outra corrente, por sua vez, entende o nome comercial como um direito pessoal, derivado da repressão à concorrência desleal (Gabriel Francisco Leonardos).” JABUR, Wilson Pinheiros. Nome de Domínio: Novo Sinal Distintivo? In: JABUR, Wilson Pinheiros; SANTOS, Manoel J. Pereira (Coord.). Propriedade Intelectual: sinais distintivos e tutela judicial e administrativa. São Paulo: Saraiva, 2007, p.285.

⁴⁸ BARBOSA, Denis Borges. Uma Introdução à propriedade intelectual. 2. Ed. rev. Atual. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2003, p. 806. Disponível em: <<http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/livros/umaintro2.pdf>>. Acesso em: 04 de Novembro de 2013.

As sociedades empresárias poderão operar sob razão social, cujo nome é formado, via de regra, na base do patronímico dos sócios que forem responsáveis ilimitadamente pelas obrigações sociais; ou denominação, que são indicativos de sociedade, no mais das vezes constituída por nome de fantasia⁴⁹.

A adoção de firma social ou denominação pela sociedade é definida, como regra, em função do tipo de responsabilidade dos sócios⁵⁰. Nas sociedades em que figuram sócio ou sócios com responsabilidade ilimitada, o nome empresarial adequado é razão social, se todos os sócios limitarem suas responsabilidades no contexto societário, o nome empresarial deverá ser denominação.⁵¹

GAMA CERQUEIRA⁵² relata uma dupla função do nome empresarial e das firmas e denominações sociais: uma função subjetiva e uma função objetiva.

Em sua função subjetiva, o nome do empresário individual, as firmas e denominações ligam-se estreitamente à pessoa do empresário, como o nome civil à personalidade de quem o usa, exercendo, no mundo dos negócios, a função de designar o sujeito de direitos. Dentro desse contexto, as firmas e denominações são estranhas à propriedade industrial, fazendo objeto exclusivo do registro de firmas e da disciplina do direito comercial⁵³.

É sob este prisma que o Código Civil de 2002 sistematizou o regramento do nome empresarial nos artigos 1.155 a 1.168, dispondo que o nome empresarial não poderá ser objeto de alienação (art. 1.164) e se trata de direito imprescritível, por força do art. 1.167, que declara caber a qualquer tempo ação para anular a inscrição do nome empresarial feita com violação da lei, possuindo o nome empresarial um caráter registral, e por isso sua proteção seria restrita ao território do Estado (art. 1.166) onde se encontra a Junta Comercial ou Registro Civil das Pessoas Jurídicas da sede (art. 1.150).⁵⁴

⁴⁹ REQUIÃO, Rubens. Curso de direito comercial. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 160.

⁵⁰ A exceção diz respeito a sociedade por quotas de responsabilidade limitada, que pode adotar tanto razão social quanto denominação.

⁵¹ CAMPINHO, Sérgio. O direito de empresa à luz do novo código civil. 10ª.ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 348.

⁵² GAMA CERQUEIRA. João da. Tratado da Propriedade Industrial. 3ª Ed. Atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012, p. 325-328

⁵³ GAMA CERQUEIRA. João da. Tratado da Propriedade Industrial. 3ª Ed. Atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012, p. 326.

⁵⁴ SILVEIRA, Newton. Sinais Distintivos da Empresa. Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro. v. 147, São Paulo: Malheiros, 2007, p. 148.

Na função objetiva, as razões sócias e as denominações, assim como as firmas individuais, teriam o objetivo de caracterizar, individualizar e distinguir a atividade do comerciante ou industrial, pessoa física ou jurídica, no campo da competência comercial. Sob este aspecto, as firmas e as denominações entram no campo da propriedade industrial e ficam sujeitas a um regime especial e a princípios diversos, gozando, ao mesmo tempo, da extensa proteção das leis e princípios que disciplinam a concorrência desleal.⁵⁵

NEWTON SILVEIRA⁵⁶, com base nessa função objetiva descrita por GAMA CERQUEIRA, a qual denomina de nome comercial, em contrapartida ao nome empresarial (que representaria a função subjetiva), defende que as normas mais apropriadas para serem aplicadas aos nomes de domínio deveriam ser aquelas relativas aos nomes comerciais, e não as normas relativas às marcas, pois: (I) os nomes comerciais não encontram restrições territoriais (o que também aconteceria com a internet), nem estariam restritos ao princípio da especialidade das marcas; (II) nomes empresariais constituídos por designações comuns são permitido; (III) o caminho processual a ser percorrido para a defesa do uso ilegítimo de um nome de domínio seria o mesmo aplicável aos nomes comerciais, qual seja, uma ação ordinária de cumprimento de obrigação de fazer (alterar ou transferir o nome de domínio) e de não fazer (cessar o uso de nome conflitante), sob pena de multa diária pecuniária⁵⁷.

Todavia, não é possível igualar o nome de domínio ao nome empresarial, ainda que seja em sua função objetiva.

Primeiro, porque nem sempre o nome de domínio assumirá essa função. Como demonstrado, o nome de domínio pode assumir a função de distinguir e identificar um produto ou serviço, assemelhando-se assim a uma marca.

Além disso, tendo em vista a clara predileção da legislação nacional em adotar o nome empresarial em sua função subjetiva, há algumas distinções relevantes que devem ser consideradas e que levam a crer que o nome de domínio não é a vertente na internet do nome empresarial.

⁵⁵ GAMA CERQUEIRA. João da. Tratado da Propriedade Industrial. Vol. I. 3ª Ed. Atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012, p. 326.

⁵⁶ SILVEIRA, Newton. A propriedade intelectual na internet e a questão dos nomes de domínio.. Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro. v. 119, São Paulo: Malheiros, 2000, p. 26-33.

⁵⁷ SILVEIRA, Newton. A propriedade intelectual na internet e a questão dos nomes de domínio. Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro. v. 119, São Paulo: Malheiros, 2000, p. 32.

Em primeiro lugar porque a proteção conferida ao nome empresarial, em decorrência do disposto no art. 1.166 do Código Civil, é local, isto é, asseguram o uso exclusivo do nome nos limites do respectivo Estado. Já o nome de domínio, tendo em vista sua função estrutural de endereço eletrônico, só admite a existência de um único nome de domínio.

Além disso, tendo em vista previsão expressa do art. 1.164 do Código Civil, o nome empresarial não pode ser objeto de alienação. O estabelecimento empresarial como um todo é passível de cessão, mas o nome empresarial, separadamente do estabelecimento, não. Com relação ao nome de domínio, é permitido ao seu titular sua cessão a terceiros a qualquer momento.

2.1.3 Nome de domínio e título de estabelecimento.

Outro sinal distintivo com o qual o nome de domínio é geralmente equiparado é o título de estabelecimento ou insígnia. Nas palavras de GAMA CERQUEIRA, títulos de estabelecimentos são as denominações que servem para distinguir o estabelecimento comercial, industrial ou agrícola, ou relativo a qualquer atividade lícita; enquanto que as insígnias são os emblemas ou quaisquer outros sinais destinados a mesma finalidade⁵⁸.

O estabelecimento comercial, na visão de OSCAR BARRETO FILHO, é o complexo de bens utilizados pelo empresário como instrumento para a exploração de determinada atividade empresarial.⁵⁹

O Código Civil de 2002 regula o estabelecimento empresarial nos artigos 1.142 a 1.149, em que além de defini-lo em seu art. 1.142, ainda dispõe que o estabelecimento pode ser objeto unitário de direitos e de negócios jurídicos,

⁵⁸ GAMA CERQUEIRA. João da. Tratado da Propriedade Industrial, vol. II. Tomo II. 3ª Ed. Atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012, p. 253.

⁵⁹ “Nessa conformidade, parece lícito admitir, segundo o consenso geral, que o estabelecimento comercial: 1º, é um complexo de bens, corpóreos e incorpóreos, que constituem os instrumentos de trabalho do comerciante, no exercício de sua atividade produtiva; 2º, não se configura como o complexo de relações jurídicas do comerciante, no exercício do comércio, e, portanto, não constitui um patrimônio comercial distinto do patrimônio civil; 3º, é formado por bens econômicos, ou seja, por elementos patrimoniais, sendo duvidoso se compreende elementos pessoais; 4º, é uma reunião de bens ligados por uma destinação unitária que lhe é dada pela vontade do comerciante; 5º, apresenta um caráter instrumental em relação à atividade econômica exercida pelo comerciante.” (BARRETO FILHO, Oscar. Teoria do estabelecimento comercial. 2ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 75).

translativos ou constitutivos, que sejam compatíveis com a sua natureza (art. 1143), bem como contempla ainda, a possibilidade de sua alienação, as consequências, e os direitos e deveres do adquirente (arts. 1144 a 1149).⁶⁰

Tratando-se o título de estabelecimento de uma designação conferida ao próprio estabelecimento empresarial, aquele não terá como função individualizar o comerciante nem assinalar o seu patrimônio e suas responsabilidades (função da firma e da denominação social), bem como não terá como função distinguir e individualizar um produto ou serviço (função atribuída às marcas).⁶¹

Do período de 1934 a 1971, os títulos de estabelecimento eram suscetíveis de proteção por registro, que lhes dava exclusividade de uso no âmbito *municipal*. Extinto tal registro, por força do art. 119 da Lei 5.772/71, que estabeleceu que tal instituto gozaria de proteção mediante “*leiprópria*”, a legislação atualmente em vigor não estabelece a forma de seu registro.

Ante a falta de um regramento legal específico, os títulos de estabelecimento, em proteção ativa, recaem essencialmente no âmbito da concorrência desleal, como outros tantos signos distintivos desprovidos de registro. Nesse sentido, o art. 194 da Lei 9.279/76 considera crime o uso de título de estabelecimento, insígnia ou qualquer outra forma que indique procedência que não a verdadeira, ou vender ou expor à venda produto com esses sinais. Já o art. 195, também da Lei nº 9.279/76, considera crime de concorrência desleal o uso indevido de título de estabelecimento ou insígnia alheios, assim como a venda, exposição à venda ou o estoque de produto com essas referências⁶².

Dada a própria natureza do título de estabelecimento e o fim a que se destina (designação conferida ao próprio estabelecimento empresarial),

⁶⁰ BARBOSA, Denis Borges. Nota sobre Títulos de estabelecimento. Disponível em: <http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/nota_titulos_estabelecimento.pdf>. Acesso em: 04 de Novembro de 2013

⁶¹ “Numa expressão do tipo ‘X é o melhor sabão’, ‘X’ é a marca; em ‘No bar Y, a melhor cachaça’, ‘Y’ é o título do estabelecimento; em ‘A Tutaméia S.A. é honesta’ ou ‘A Tutaméia é uma sociedade (ou empresa) honesta’, trata-se de nome comercial, mais precisamente, no caso, de denominação social”. (BARBOSA, Denis Borges. Uma Introdução à propriedade intelectual. 2. Ed. rev. Atual. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2003, p. 791. Disponível em: <<http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/livros/umaintro2.pdf>>. Acesso em: 04 de Novembro de 2013)

⁶² BARBOSA, Denis Borges. Uma Introdução à propriedade intelectual. 2. Ed. rev. Atual. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2003, p. 792. Disponível em: <<http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/livros/umaintro2.pdf>>. Acesso em: 04 de Novembro de 2013

sua proteção é de âmbito local, não se estendendo, em princípio, além do lugar onde se acha situado o estabelecimento e concentrada sua freguesia⁶³.

Mesmo o Código de Propriedade Industrial de 1945 e os demais que consagraram o registro do título de estabelecimento apenas reconheceram sua natureza especificamente local; nunca se concedendo efeito estadual ou nacional ao título de estabelecimento.⁶⁴

Tendo em vista tais pontos apresentados, nos casos em que o empresário oferece seus produtos ou serviços para a venda e consumo através da internet, por meio de uma *"loja virtual"*, não é incomum a equiparação por parte de alguns doutrinadores dos nomes de domínio aos títulos de estabelecimento.

Nesses casos, o *site* do empresário pode ser considerado, conforme designado pela doutrina, um estabelecimento virtual, isto é, como o local virtual em que o agente econômico desenvolve suas atividades.⁶⁵

Nas palavras de FÁBIO ULHOA COELHO, antes do surgimento do comércio eletrônico, o estabelecimento empresarial era sempre físico, ou seja, a empresa encontrava-se instalada em imóvel acessível ao consumidor ou adquirente. Com o comércio eletrônico, aparece uma nova espécie de estabelecimento, fisicamente inacessível, em que o consumidor ou adquirente do produto ou serviço deve manifestar sua aceitação mediante uma transmissão eletrônica de dados, sendo este local fisicamente inacessível o estabelecimento virtual⁶⁶.

Em razão desses fatos, reconhecendo a existência de um mercado virtual, bem como a de estabelecimento virtual, PAULA FORGIONI⁶⁷ entende que não se pode negar que o nome de domínio teria as mesmas funções

⁶³ GAMA CERQUEIRA, João da. Tratado da Propriedade Industrial, vol. II. Tomo II. 3ª Ed. Atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012, p. 254.

⁶⁴ BARBOSA, Denis Borges. Nota sobre Títulos de estabelecimento. Disponível em: <http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/nota_titulos_estabelecimento.pdf>. Acesso em: 04 de Novembro de 2013.

⁶⁵ FORGIONI, Paula. Nome de domínio e título de estabelecimento: Nova função para um instituto antigo. In. LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Alberto (coord). Direito & Internet vol. II – Aspectos Jurídicos Relevantes. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 514.

⁶⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial. V.3. 10ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 33.

⁶⁷ FORGIONI, Paula. Nome de domínio e título de estabelecimento: Nova função para um instituto antigo. In. LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Alberto (coord). Direito & Internet vol. II – Aspectos Jurídicos Relevantes. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 515.

do título de estabelecimento, pois: (I) permite que o consumidor ou adquirente situe-se em um local, ainda que virtual, para adquirir os produtos ou serviços oferecidos pelo agente econômico; (II) permite a identificação desse local virtual, distinguindo-o de outros; e (III) atua como importante elemento coletor de clientela.

Desse modo, conclui a autora que o “título de estabelecimento é, assim, seu nome de domínio, tal como o código IP (Internet Protocol) é seu endereço, pois identifica cada máquina conectada à Internet, dando o endereço exato do computador”⁶⁸.

Entretanto, conforme já demonstrado em relação às marcas e ao nome empresarial, nem sempre a o nome de domínio assumirá a característica de título de estabelecimento, podendo assumir a função de outros sinais distintivos empresariais.

Ademais, ainda que o nome de domínio se assemelhe ao título de estabelecimento naqueles cases em que é utilizado para identificar o estabelecimento virtual do empresário, estes dois sinais não podem ser considerados a mesma coisa.

Em primeiro lugar porque a proteção conferida ao título de estabelecimento, em decorrência de sua própria natureza, é local, isto é, esta restrita aos limites geográficos da concorrência real e factual⁶⁹. Já o nome de domínio, tendo em vista sua função estrutural de endereço eletrônico, só admite a existência de um único nome de domínio.

Em razão disso, vincular o nome de domínio ao título de estabelecimento de maneira irrestrita, iria impor as restrições regulares decorrentes do

⁶⁸ FORGIONI, Paula. Nome de domínio e título de estabelecimento: Nova função para um instituto antigo. In. LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Alberto (coord). Direito & Internet vol. II – Aspectos Jurídicos Relevantes. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 515. No mesmo sentido, FÁBIO ULHOA COELHO conclui que “todo estabelecimento virtual é identificado pelo nome de domínio. Uma de suas funções equivale à do título de estabelecimento em relação ao físico: identifica o ‘lugar’ em que o consumidor ou adquirente pode comprar o produto ou serviço. Outra função do nome de domínio é realizar a conexão entre emissor e destinatário das informações veiculadas pela internete (tem, então, a mesma função do número de telefone do destinatário). Ele é, assim o endereço eletrônico, que o consumidor ou adquirente devem digitar no navegador para acessar o estabelecimento virtual”. (COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial. V.3. 10ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 36).

⁶⁹ “Nas grandes cidades, porém, admite-se a coexistência de estabelecimentos congêneres com o mesmo nome, ou nome semelhante, quando situados em bairros distantes uns dos outros, o que exclui a possibilidade de confusão e do desvio de clientela.” (GAMA CERQUEIRA. João da. Tratado da Propriedade Industrial, vol. II. Tomo II. 3ª Ed. Atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012, p. 254.)

último instituto aos demais empresários, indo de encontro à natureza do instituto do título de estabelecimento, já que a proteção conferida a ele se faz da maneira mais restrita possível dentro das suas atribuições, isto é, apenas nos limites da região em que exista a possibilidade de confusão e do desvio de clientela.

Além disso, o título de estabelecimento não é passível de cessão. O estabelecimento empresarial como um todo é passível de cessão, mas o título de estabelecimento, separadamente do estabelecimento, não⁷⁰. Com relação ao nome de domínio, é permitido ao seu titular transferi-lo a terceiros a qualquer tempo.

Logo, embora o nome de domínio possa, eventualmente, assemelhar-se a um título de estabelecimento, tais sinais distintivos não podem ser considerados a mesma coisa.

2.2 Direito de propriedade sobre nome de domínio.

DENIS BORGES BARBOSA coloca que, em termos muito genérico, a propriedade poderia ser definida como “controle jurídico sobre bens econômicos”, sendo que, a palavra controle tem a acepção de regulamento, além da de domínio, ou soberania; é a segunda significação que cabe ao conceito ora expresso.⁷¹

Nesse sentido genérico, sendo o nome de domínio um bem imaterial de valor econômico, que está incluído no acervo patrimonial daqueles que o utilizam, conforme fica demonstrado pelas operações de compra e venda de nomes de domínio, ou quando se observa a venda de uma empresa, ou ainda pelas diversas reivindicações judiciais acerca da titularidade de um nome de domínio realizadas pelas mais variadas pessoas sob a alegação de terem direitos sobre eles, nota-se que o nome de domínio compõe a propriedade privada da pessoa.

⁷⁰ Em sentido contrário: “Não nos convencemos com essas orientações doutrinárias, pois somos inclinados a admitir a cessão e transferência do título de estabelecimento, independentemente da venda do estabelecimento comercial, quando, evidentemente, não for composto pela firma individual ou social. Não devemos esquecer, com efeito, que o título e insígnia do estabelecimento são bens imateriais, e, como tais, legitimamente negociáveis”. (REQUIÃO, Rubens. Curso de direito comercial. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 205).

⁷¹ BARBOSA, Denis Borges. Uma Introdução à propriedade intelectual. 2. Ed. rev. Atual. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2003, p. 26. Disponível em: <<http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/livros/umaintro2.pdf>>. Acesso em: 04 de Novembro de 2013

Do ponto de vista jurídico, a propriedade é, no dizer do Art. 1.228 do Código Civil, a faculdade de usar, gozar edispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possuía ou detenha.

De toda a análise realizada sobre o nome de domínio até o presente momento, bem como aquelas que serão feitas no capítulo referente aos conflitos envolvendo o nome de domínio, é possível verificar que todo aquele que o registra dentro das condições estabelecidas pelo CGLbr em sua Resolução CGI.br/RES/2008/008/P, podem dele usar, gozar e dispor de sua titularidade a qualquer tempo, bem como possuem legitimidade para defendê-lo daqueles que o viole.

Analisando a natureza do direito sobre o nome de domínio, SOFIA MENSTZ ALBRECHT relata que o nome de domínio hoje é um bem imaterial de valor econômico, que está incluído no acervo patrimonial das pessoas, situação que, nos dizeres da autora, fica clara quando se observa a venda de empresa. Por esse motivo, os nomes de domínio “são entendidos como propriedade privada das pessoas, do mesmo modo que as marcas hoje gozam de tal característica, seguindo a tendência mundial”⁷².

O nome de domínio, da mesma maneira que os demais bens objeto de propriedade, fica submetido a um fim social, fim este qualificado pela cláusula finalística específica presente na parte final do inciso XXIX, do art. 5º da Constituição Federal⁷³. Assim, além daqueles interesses restritos à esfera privada, existe um interesse público em se reconhecer e valorar um nome de domínio, protegendo tanto o investimento realizado pelo empresário na divulgação de tal sinal distintivo, como também o do consumidor e da coletividade em geral.

Por todo o exposto, tendo em vista sua importância econômica, sua utilidade para os consumidores e pelo estímulo que representa à livre concorrência, sendo o nome de domínio um sinal distintivo passível de apropriação através de registro em órgão próprio (*REGISTRO.BR*); podendo

⁷² ALBRECHT, Sofia Mentz. A inconstitucionalidade da regulamentação sobre nomes de domínio na internet. Revista ABPI, nº 44, São Paulo, 2000, p. 37.

⁷³ “Art. 5º (...)XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País” (grifo nosso).

seu titular usá-lo, gozá-lo e dispô-lo, é conferido ao nome de domínio o status de bem imaterial exclusivo, objeto de um direito de propriedade⁷⁴.

2.3. Conclusão sobre a natureza jurídica do nome de domínio.

Sendo o nome de domínio um bem imaterial exclusivo, objeto de um direito de propriedade; tendo em vista as distinções realizadas em relação aos demais signos distintivos com os quais o nome de domínio poderia eventualmente ser equiparado, conclui-se que, do ponto de vista jurídico, o nome jurídico é uma espécie do gênero sinal distintivo, podendo ser considerado um sinal distintivo *sui generis*.

Desse modo, sendo um sinal distintivo *sui generis* indicativo de um endereço na internet, o nome de domínio pode assumir diversas funções, dependendo da atividade desenvolvida no *site* que designa. Sendo ele utilizado no âmbito empresarial, pode assumir a feição de um dos demais sinais distintivos empresariais tais como a marca, o nome empresarial e o título de estabelecimento, mas com eles não pode ser indistintamente igualado.

Assim, quando utilizado no âmbito empresarial, o nome de domínio será mais um elemento identificador da atividade *aziendal*, e como tal deve receber a mesma tutela contra a concorrência desleal, gozando da extensa proteção das leis e princípios que disciplinam a concorrência comercial.

3. DOS CONFLITOS ENVOLVENDO NOME DE DOMÍNIO.

Mediante a análise de diferentes posições doutrinárias a respeito do

⁷⁴ Registra-se a opinião divergente de PAULO ROBERTO COSTA FIQUEIREDO, para quem: “se é verdade que o Comitê Gestor confere registro de nome de domínio inédito em sua base de dados, não acredito, s.m.j., que tal registro possa conferir, ao registrante, direito de qualquer espécie, mormente propriedade, nem estatuir o dever de terceiros respeitá-los, mediante principalmente a abstenção quanto ao uso de nome de domínio registrado, a despeito do que reza o artigo 1º da Resolução nº 001/98 do CG, a qual, como vimos, não pode ser considerada ‘lei’ quer do ponto de vista formal quanto do material”. (FIQUEIREDO, Paulo Roberto Costa. Conflito entre nomes de domínio e entre nomes de domínio e marcas. Revista ABPI, nº 46, São Paulo, 2000, p. 14). No mesmo sentido, JOSÉ CARLOS TINOCO SOARES relata que “em princípio, devemos considerar que a Fapesp é uma mera encarregada para o arquivamento dos nomes de domínio sob a peia de um ‘registro’ feito sem a menor condição legal que se lhe justifique uma propriedade e/ou uma exclusividade. Registro e/ou arquivamento procedido sem formalidades e, muito menos, sem exame de anterioridade ou de mérito, por isso que entendido como sendo a título precário”. (SOARES, José Carlos Tinoco. Abuso de direito pelo uso de nomes de domínio na internet. Revista dos Tribunais, vol. 786, 2001, p. 74).

tema, verifica-se que não há um entendimento pacífico sobre a melhor forma de resolver a problemática dos conflitos envolvendo nomes de domínio, especialmente quando este se dá com direitos de propriedade industrial de terceiros.

Não obstante essa divergência de opiniões, é possível dividir as diversas posições doutrinárias em duas correntes: de um lado aqueles que defendem a predominância dos direitos de propriedade industrial sobre o nome de domínio; e de outro aqueles que não reconhecem a predominância dos direitos de propriedade industrial sobre o nome de domínio.

Para os defensores da primeira corrente não há a necessidade de se apurar o conteúdo do *site* designado pelo nome de domínio em disputa, devendo a proteção para os titulares de marcas, nomes empresariais e título de estabelecimento ser absoluta em face de um nome de domínio conflitante.

SERGIO CAMPINHO⁷⁵, entendendo que o ato de registro do nome de domínio não é dotado de natureza constitutiva, tal qual se reveste o registro da marca perante o INPI ou do nome empresarial perante o Registro Público de Empresas Mercantis, com relação a colidência entre nome de domínio e marca, relata referido autor que como uma das funções atribuídas ao nome de domínio é a identificação do estabelecimento virtual, o nome de domínio registrado não pode apresentar em seu núcleo expressão protegida como marca de terceiro, devidamente registrada no INPI. Isto porque, “a utilização de núcleo, capaz de induzir o consumidor virtual a erro na identificação do empresário titular do estabelecimento virtual, caracteriza ato de concorrência desleal”⁷⁶.

No mesmo sentido, FÁBIO ULHOA COELHO⁷⁷ ressalta que não podem ser desrespeitados, na composição do nome de domínio, os direitos industriais de terceiros, motivo pelo qual, o titular do registro de uma marca poderia impedir seu uso como nome de domínio de quem não possui direito industrial sobre a expressão.

⁷⁵ CAMPINHO, Sérgio. O direito de empresa à luz do novo código civil. 10ª.ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 362-365.

⁷⁶ CAMPINHO, Sérgio. O direito de empresa à luz do novo código civil. 10ª.ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 364.

⁷⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial. V.3. 10ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 36

JACQUES LABRUNE⁷⁸, ao tratar do possível conflito entre uma marca e um nome de domínio, relata que devem ser aplicados ao caso os arts. 129⁷⁹ e 189, inciso I⁸⁰, da Lei de Propriedade Industrial (Lei nº 9.279/76), por se tratar de violação de direito de propriedade e uso exclusivo de marca e crime de reprodução não autorizada, pouco importando se aquele que registra o nome de domínio esta utilizando ou não o site, ou ainda se esta utilizando o sinal distintivo para identificar atividade diversa, pois o simples registro de uma marca alheia como nome de domínio poderá causar dano ao titular da marca.

Contudo, deve-se ter em mente que o direito de propriedade e/ou exclusividade sobre um sinal distintivo registrado é limitado, com o objetivo de servir a determinados interesses relevantes⁸¹.

Nesse sentido, as normas de proteção à propriedade industrial, incluídas aí aquelas referentes aos sinais distintivos, devem necessariamente estar vinculadas à cláusula finalística específica presente na parte final do inciso XXIX, do art. 5º da Constituição Federal⁸², que particulariza para tais direitos o compromisso geral com o uso social da propriedade, devendo os direitos de propriedade industrial atender aos seguintes objetivos: (I) visar o interesse social do País; (II) favorecer o desenvolvimento tecnológico do País; e (III) favorecer o desenvolvimento econômico do País.

Assim, eivar os direitos de propriedade e/ou exclusividade concedido aos sinais distintivos devidamente registrados, como no caso das marcas

⁷⁸ LABRUNIE, Jacques. Conflito entre nomes de domínio e outros sinais distintivos. In: *Direito & Internet – aspectos jurídicos relevantes*. 1.ed. Newton de Lucca e Adalberto Simão Filho (Coords.). Bauru: Edipro, 2001, p. 246-248.

⁷⁹ “Art. 129. A propriedade da marca adquire-se pelo registro validamente expedido, conforme as disposições desta Lei, sendo assegurado ao titular seu uso exclusivo em todo o território nacional, observado quanto às marcas coletivas e de certificação o disposto nos arts. 147 e 148.”

⁸⁰ “Art. 189. Comete crime contra registro de marca quem: I - reproduz, sem autorização do titular, no todo ou em parte, marca registrada, ou imita-a de modo que possa induzir confusão.”

⁸¹ “A raiz histórica e os fundamentos constitucionais da propriedade intelectual são muito menos naturais e muito mais complexos do que a da propriedade romanística; como se verá, disto resulta que – em todas suas modalidades – a propriedade intelectual é ainda mais funcional, ainda mais condicionada, ainda mais socialmente responsável, e seguramente muito menos plena do que qualquer outra forma de propriedade”. (BARBOSA, Denis Borges. *Uma Introdução à propriedade intelectual*. 2. Ed. rev. Atual. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2003, p. 27. Disponível em: <<http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/livros/umaintro2.pdf>>. Acesso em: 04 de Novembro de 2013)

⁸² “Art. 5º (...) XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País”.

e nomes empresariais, a um direito absoluto no caso de um conflito com os nomes de domínio, iria de encontro às finalidades que lhes foram impostas pela Constituição Federal, uma vez que não se estaria buscando o desenvolvimento social, tecnológico ou econômico do país, ferindo assim o direito a livre concorrência em favor dos direitos de propriedade industrial imotivadamente.

Já para a segunda corrente, que não reconhece a predominância dos direitos de propriedade industrial sobre o nome de domínio, há a necessidade de se apurar o conteúdo do *site* designado pelo nome de domínio em disputa, pois é o seu conteúdo que irá determinar os limites da possível proteção conferida para os titulares de marcas, nomes empresariais e título de estabelecimento.

Desse modo, analisando o conteúdo do *site*, primeiramente deve-se perguntar se a utilização daquele nome de domínio é capaz de caracterizar alguma conduta de concorrência desleal, ou seja, deve-se analisar se a utilização daquele nome de domínio objeto de litígio em uma determinada atividade pode acarretar o desvio de clientela, algum tipo de confusão, ou mesmo denegrir um terceiro, que atue no mesmo ramo de atividade com um sinal distintivo igual ou semelhante ao nome de domínio.

Caso a atividade desenvolvida no *site* sob o nome de domínio objeto de litígio não concorre com o suposto prejudicado, fica afastado de plano esse fundamento para impedir o seu uso, sendo a existência de sinais idênticos ou semelhantes lícita. Nesse sentido, caso o nome de domínio não esteja sendo utilizado no âmbito empresarial, como, por exemplo, em *sites* com finalidades acadêmicas, deve ser afastado, de plano, a possibilidade de impedir o seu uso sob o fundamento da concorrência desleal⁸³.

Dentro dessa perspectiva, MAURÍCIO LOPES DE OLIVEIRA⁸⁴ coloca que os direitos raramente são absolutos, sendo seu âmbito de atuação normalmente limitado, e o seu exercício submetido a condições diversas⁸⁵. Assim, continua

⁸³ FONTES, Marcos Rolim Fernandes. Nomes de Domínio no Brasil: Natureza, Regime Jurídico e Solução de Conflitos. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 181.

⁸⁴ OLIVEIRA, Mario Lopes de. O site vazio torna o direito marcário absoluto. Revista da ABPI, nº 45. São Paulo, mar/abr 2000, p. 46-47.

⁸⁵ “Assim, o direito marcário não é exceção, e a verdade é que a exclusividade sobre a marca registrada é limitada, pois o direito de propriedade está encerrado no princípio da especialidade. Diz-se, portanto, que tal direito é relativo.” (OLIVEIRA, Mario Lopes de. O site vazio torna o direito marcário absoluto. Revista

o autor, no caso de um conflito entre uma marca, devidamente registrada, e um nome de domínio, para o proprietário da marca, não considerada de alto renome, impedir o uso de um nome de domínio, a atividade comercial exercida no site deve ter afinidade com o ramo mercadológico assinalado no certificado de registro da marca, possibilitando o risco de confusão quanto a origem de produtos ou serviço⁸⁶.

Já no caso de conflito entre nome de domínio e um sinal distintivo colidente registrado anteriormente utilizados no mesmo ramo de atividade, podendo causar desvio de clientela, confusão, ou qualquer outra forma de concorrência desleal, deve prevalecer o direito do titular do sinal distintivo, tendo em vista a anterioridade do registro, podendo este objetar o registro, o uso, e até mesmo a requerer a transferência do nome de domínio⁸⁷.

Esse regime da não prevalência dos direitos de propriedade industrial sobre os nomes de domínio foi reconhecido em recente decisão do Superior Tribunal Federal:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE ABSTENÇÃO DE USO. NOME EMPRESARIAL. MARCA. NOME DE DOMÍNIO NA INTERNET. REGISTRO. LEGITIMIDADE. CONTESTAÇÃO. AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA.

1. A anterioridade do registro no nome empresarial ou da marca nos órgãos competentes não assegura, por si só, ao seu titular o direito de exigir a abstenção de uso do nome de domínio na rede mundial de computadores (internet) registrado por estabelecimento empresarial que também ostenta direitos acerca do mesmo signo distintivo.

2. No Brasil, o registro de nomes de domínio é regido pelo princípio "First Come, First Served", segundo o qual é concedido o domínio ao primeiro requerente que satisfizer as exigências para o registro.

da ABPI, nº 45. São Paulo, mar/abr 2000, p. 46.)

⁸⁶ OLIVEIRA, Mario Lopes de. O site vazio torna o direito marcário absoluto. Revista da ABPI, nº 45. São Paulo, mar/abr 2000, p. 46.

⁸⁷ Com relação a possibilidade de transferência do nome de domínio, MARCOS ROLIM FERNANDES FONTES entende que o sistema jurídico brasileiro não possibilita que o nome de domínio seja transferido, *tout court*, ao autor da demanda cominatória, alegando que: "para que o nome de domínio seja seu, vencida a ação e determinado o cancelamento do registro, deverá o interessado requerer junto ao órgão competente o registro do nome de domínio em seu favor. Isto porque o registro e uso do nome de domínio por aquela pessoa que estava cívica de má-fé e contra quem se ajuizou a ação é vedado tão somente para ela". (FONTES, Marcos Rolim Fernandes. Nomes de Domínio no Brasil: Natureza, Regime Jurídico e Solução de Conflitos. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 172.)

3. A legitimidade do registro do nome do domínio obtido pelo primeiro requerente pode ser contestada pelo titular de signo distintivo similar ou idêntico anteriormente registrado - seja nome empresarial, seja marca.

4. Tal pleito, contudo, não pode prescindir da demonstração de má-fé, a ser aferida caso a caso, podendo, se configurada, ensejar inclusive o cancelamento ou a transferência do nome de domínio e a responsabilidade por eventuais prejuízos.

5. No caso dos autos, não é possível identificar nenhuma circunstância que constitua sequer indício de má-fé na utilização do nome pelo primeiro requerente do domínio.

6. A demonstração do dissídio jurisprudencial pressupõe a ocorrência de similitude fática entre o acórdão atacado e os paradigmas.

7. Recurso especial principal não provido e recurso especial adesivo prejudicado.⁸⁸

Ante o exposto, em que pese não se tratar de matéria sedimentada nos tribunais, tal precedente é de suma importância para o tema em questão, demonstrando uma possível tendência de prevalecer no tribunal superior o entendimento de que os conflitos entre nomes de domínio e os demais sinais distintivos devem ser analisados caso a caso, devendo-se observar no caso concreto se a utilização daquele nome de domínio objeto de litígio em uma determinada atividade pode acarretar o desvio de clientela, algum tipo de confusão, ou mesmo denegrir um terceiro, que atue no mesmo ramo de atividade com um sinal distintivo igual ou semelhante.

4. CONCLUSÃO.

O nome de domínio, além de possuir, do ponto de vista estrutural, a função de endereço eletrônico, ligando o usuário da internet ao *site* desejado, assumiu, com a expansão da internet, a condição de um sinal distintivo *sui generis*, uma vez que, de acordo com a atividade desenvolvida no *site*, pode assumir a função de uma marca; de um nome empresarial; de um título de estabelecimento; ou mesmo de outros sinais distintivos em sentido lato.

⁸⁸ STJ, 3º T, REsp 658.789 / RS, Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Julgado: 05/09/2013

Esse fato acabou por acarretar conflitos entre os nomes de domínios e os demais sinais distintivos protegidos pela Lei de Propriedade Industrial. Contudo, tendo em vista as mais variadas funções que o nome de domínio pode assumir de acordo com a atividade empresarial desenvolvida no *site* que designa, se assemelhando a qualquer um dos demais sinais distintivos que se conhece, é preciso que a solução de seus conflitos leve em conta essa riqueza de situações.

Se, da análise do caso concreto, não se verificar nenhum abuso de direito por parte do titular do nome de domínio e nem violação do direito do titular de outro sinal distintivo que pudesse causar o desvio de clientela, algum tipo de confusão, ou mesmo denegrir um terceiro, não se deve impedir o uso desse nome de domínio simplesmente pelo fato de haver forte semelhança com um dos demais sinais distintivos utilizados pela empresa, sob pena de se ferir o direito a livre concorrência em favor dos direitos de propriedade industrial de maneira injustificada.

5. BIBLIOGRAFIA.

ABBATE, Jane. *Inventing the internet*. Cambridge, Massachusetts, 1999.

ALBRECHT, Sofia Mentz. A inconstitucionalidade da regulamentação sobre nomes de domínio na internet. *Revista ABPI*, nº 44, São Paulo, 2000.

ASCARELLI, Tullio. *Panorama do direito comercial*. Sorocaba: Editora Minelli, 2007.

BARBOSA, Denis Borges. Nota sobre Títulos de estabelecimento. Disponível em: <http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/nota_titulos_estabelecimento.pdf>. Acesso em: 04 de Novembro de 2013.

_____. O direito Constitucional dos Signos Distintivos. In: JABUR, Wilson Pinheiros; SANTOS, Manoel J. Pereira (Coord.). *Propriedade Intelectual: sinais distintivos e tutela judicial e administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Uma Introdução à propriedade intelectual*. 2. Ed. rev. Atual. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2003. Disponível em: <<http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/livros/umaintro2.pdf>>. Acesso em: 04 de Novembro de 2013.

BARRETO FILHO, Oscar. *Teoria do estabelecimento comercial*. 2ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

CAMPINHO, Sérgio. *O direito de empresa à luz do novo código civil*. 10ª.ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. V.3. 10ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ESTEVES, Luciana Batista. Marcas e Nomes de Domínio no Direito Português. *Revista dos Tribunais*. vol. 834, 2005.

- _____. A ICANN e a regulamentação dos nomes de domínio. Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro. V.140, São Paulo: Malheiros, 2005.
- FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis. Direito do comércio eletrônico. 2.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.
- FIQUEIREDO, Paulo Roberto Costa. Conflito entre nomes de domínio e entre nomes de domínio e marcas. Revista ABPI, nº 46, São Paulo, 2000.
- FORGIONI, Paula. Nome de domínio e título de estabelecimento: Nova função para um instituto antigo. In. LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Alberto (coord). Direito & Internet vol. II – Aspectos Jurídicos Relevantes. São Paulo: Quartier Latin, 2008
- FONTES, Marcos Rolim Fernandes. Nomes de Domínio no Brasil: Natureza, Regime Jurídico e Solução de Conflitos. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- GAMA CERQUEIRA, João da. Tratado da Propriedade Industrial. Vol. I. 3ª Ed. Atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012.
- _____. João da. Tratado da Propriedade Industrial, vol. II. Tomo II. 3ª Ed. Atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012
- JABUR, Wilson Pinheiros. Nome de Domínio: Novo Sinal Distintivo? In. JABUR, Wilson Pinheiros; SANTOS, Manoel J. Pereira (Coord.). Propriedade Intelectual: sinais distintivos e tutela judicial e administrativa. São Paulo: Saraiva, 2007.
- LABRUNIE, Jacques. Conflito entre nomes de domínio e outros sinais distintivos. In: Direito & Internet – aspectos jurídicos relevantes. 1.ed. Newton de Lucca e Adalberto Simão Filho (Coords.). Bauru: Edipro, 2001.
- OLIVEIRA, Mario Lopes de. O site vazio torna o direito marcário absoluto. Revista da ABPI, nº 45. São Paulo, mar/abr 2000.
- PAPA, Uriel de Almeida. A regulação brasileira do registro de nomes de domínios em perspectiva comparada. Brasília, 2011. Artigo (Especialização em Controle da Regulação) - Instituto Serzedello Corrêa – ISC/TCU.
- RADER, Ross Wm. One History os DNS. Disponível em: <<http://www.byte.org/one-history-of-dns.pdf>>. Acesso em: 16 de Novembro de 2013
- REQUIÃO, Rubens. Curso de direito comercial. São Paulo: Saraiva, 1981
- SANTA ROSA, Dirceu Pereira de. Questões relativas a nome de domínio na internet. Revista da ABPI, nº 34, mai/jun 1998.
- SILVEIRA, Newton. A propriedade intelectual na internet e a questão dos nomes de domínio. Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro. v. 119, São Paulo: Malheiros, 2000.
- _____. Propriedade intelectual: propriedade industrial, direito de autor, software, cultivares, nome empresarial. 4.ed. rev e ampl. Barueri: Manole, 2011.
- _____. Sinais Distintivos da Empresa. Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro. v. 147, São Paulo: Malheiros, 2007.
- SCHMIDT, Lélío Denicoli. Princípios aplicáveis aos sinais distintivos. In. JABUR, Wilson Pinheiros; SANTOS, Manoel J. Pereira (Coord.). Propriedade Intelectual: sinais distintivos e tutela judicial e administrativa. São Paulo: Saraiva, 2007.
- SOARES, José Carlos Tinoco. Abuso de direito pelo uso de nomes de domínio na internet. Revista dos Tribunais, vol. 786, 2001.

Rua Acre, 80 - 22º andar ♦ Centro ♦ Rio de Janeiro ♦ RJ
☎ (0xx21) 3261-8304 ♦ 3261-8530 ♦ 3261-8599 ♦ 3261-8465
Fax: 3261-8449 ♦ www.trf2.gov.br/emarf



JUSTIÇA FEDERAL
Tribunal Regional Federal da 2ª Região