

A NOVA ORDEM JURÍDICA E OS PARADIGMAS DA FUNÇÃO SOCIAL DO DIREITO E DA BOA-FÉ OBJETIVA E SUAS FIGURAS PARCELARES

SYLVIO CAPANEMA

No que tange à cessão do estabelecimento é necessário examiná-la à luz dos princípios da função social e da boa-fé subjetiva.

Não temos a menor dúvida que, ao volver seus olhos para o passado, as futuras gerações identificarão que a maior contribuição de nossos tempos para a ciência jurídica foi a conversão da boa-fé subjetiva em objetiva.

Abriu-se, na verdade, uma grande janela para uma outra dimensão ética.

Novas figuras surgiram, como derivadas da boa-fé, no vasto cenário das relações pessoais, tais como o *venire contra factum proprium*, a *supressio*, a *surrectio*, o *tu quoque*, a *exceptio doli generalis* e a *exceptio doli specialis*.

No regime anterior, a boa-fé era muito mais uma exortação ética que se fazia aos contratantes, no sentido de que procurassem não causar dano a outrem, agindo sempre segundo as regras da probidade.

Dizia-se subjetiva porque consistia num estado de ignorância, análogo ao erro essencial, daquele que não sabe estar em situação irregular, e por isso atua como se fosse titular do direito.

O exemplo mais eloquente deste estado de putatividade era o do possuidor de boa-fé, que se considerava aquele que ignorasse a existência de vícios que maculavam a sua posse. Ou seja, a posse poderia estar contaminada pela presença de vícios, mas se consideraria de boa-fé, se o possuidor não os conhecesse.

Só ocorreria a intersversão da natureza da posse, para considerá-la de má-fé, quando o possuidor, tomando ciência do vício, não se demitisse voluntariamente dela, mantendo o poder físico sobre a coisa.

Enquanto permanecesse no estado de inciência dos vícios, o possuidor era protegido, inclusive no que tange aos efeitos da posse, quanto aos frutos, às benfeitorias e ao direito de retenção.

Muito ao contrário, a boa-fé objetiva se traduz em um dever obrigatório de conduta, um verdadeiro agir segundo as regras da probidade e da veracidade.

Tornou-se a boa-fé uma cláusula geral, implícita em todos os contratos, como acima assinalado, mas que vale a pena repisar, à exaustão.

Isso permite e recomenda que os juízes mergulhem nos contratos, para aferir se os contratantes estão se conduzindo como o fariam as pessoas honestas.

O Código Civil de 2002 atribuiu à boa-fé três funções distintas, a ressaltar sua relevância, na nova ordem jurídica.

A primeira é hermenêutica, como se vê do artigo 113, segundo o qual a interpretação dos negócios jurídicos se fará pelas regras da boa-fé e dos costumes do lugar da celebração.

A segunda é contratual, traduzindo a conduta a ser cumprida pelas partes durante a vida do contrato, e que se insere no artigo 422.

Na dicção enfática desse dispositivo legal, em todo e qualquer contrato, e durante todas as suas fases, desde as tratativas até mesmo depois de sua extinção, as partes são obrigadas a guardar a mais estrita boa-fé e probidade.

E, finalmente, surge a noção da boa-fé como equilibradora da equação econômica do contrato, com a relevante função de mantê-la razoavelmente justa, durante toda a sua existência.

Para que a boa-fé possa cumprir essa função, poderosos mecanismos de controle foram criados, tais como as figuras da lesão, do estado de perigo e da onerosidade excessiva, que preservam a comutatividade do contrato.

Não será nada difícil concluir que a boa-fé objetiva apresenta vários papéis fundamentais no atual sistema do direito positivo.

No mundo dos contratos, onde com maior frequência se exige, a boa-fé objetiva vai desde a função de imputar responsabilidade extra-contratual, pela imotivada ruptura das tratativas, até a de vedar o exercício inadmissível de posições jurídicas, que pudessem quebrar a base econômica do negócio.

Como cláusula geral, a boa-fé cria para as partes deveres anexos, que independem de prévia e expressa declaração de vontade.

Quanto à função social do contrato, consagrada no artigo 421 do Código Civil, não caberia ao legislador defini-la.

Mas é intuitivo, acima de qualquer dúvida, que função social do contrato significa que não mais se pode tolerar que sirva ele apenas aos interesses das partes, ou de uma delas, como fator de seu enriquecimento exclusivo, como no passado se pensava.

O contrato, modernamente, deve servir também à sociedade, como mecanismo de construção de um estado de bem-estar, gerando empregos e contribuindo para reduzir as desigualdades sociais.

Não se trata de mera recomendação aos legisladores, o que tornaria inócuo o preceito, e nem de paternalista proteção do mais fraco.

O que se deve entender como função social é a preocupação de evitar que o contrato, desbordando das pessoas dos contratantes, alcance terceiros, causando-lhes prejuízos.

A solidariedade social, transformada em fundamento da República, conforme o artigo 3º da Carta Magna, impõe que sejam considerados, na formulação dos contratos, os interesses coletivos e não apenas os individuais.

Miguel Reale, coordenador e homogeneizador do projeto do Código Civil de 2002, ao comentá-lo, alertou que um dos principais objetivos da codificação foi:

“Tornar explícito, como princípio condicionador de todo o processo hermenêutico, que a liberdade de contratar só pode ser exercida em consonância com os fins sociais do contrato, implicando os valores primordiais da boa-fé e da probidade. Trata-se de preceito fundamental, dispensável talvez sob o enfoque de uma estreita compreensão do Direito, mas essencial à adequação das normas peculiares à concreção ética da experiência jurídica” (O Projeto do Novo Código Civil, p. 71).

O mesmo raciocínio foi desenvolvido por Flávio Tartuce, em seu excelente livro “Função Social dos Contratos”, Ed. Método, 2ª ed., p. 239, onde doutrina, com notável sensibilidade:

“Pela vanguarda dessa nova visão, os contratos devem ser interpretados de acordo com a concepção do meio social em que estão inseridos, não trazendo onerosidade excessiva ou situações de injustiça às partes contratantes, garantindo que a igualdade entre elas seja respeitada, equilibrando a relação em que houver a preponderância da situação de um dos contratantes sobre a do outro”.

É evidente que essas considerações não se aplicam apenas ao momento do aperfeiçoamento do contrato, ou à sua hermenêutica, mas também, e principalmente, à sua execução e extinção, já que a regra do artigo 422 alude a todas as fases da vida do contrato.

Em sua exposição, na obra acima citada, Flávio Tartuce transcreve lapidar comentário de Emílio Betti, em sua “Teoria Geral do Negócio Jurídico”, Ed. LZN, 2003, p. 150, que vale a pena ler:

“O direito, como vimos, não dá seu apoio ao capricho e ao arbítrio individual, mas a funções práticas que tenham uma relevância e uma utilidade social, e que, por isso mesmo, mereçam ser estavelmente organizadas”.

Por sua vez, o Professor Antônio Junqueira de Azevedo resume, com extraordinário poder de síntese, que “a função social do contrato é um limite para a liberdade contratual”.

No campo da propriedade, a tendência é a mesma, como se percebe da simples dicção do artigo 1228, parágrafo 1º:

“§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas”.

A natureza quase absoluta do direito de propriedade, no Estado Liberal, foi sendo mitigada pelas sucessivas limitações ao seu exercício, sempre em homenagem à função social e boa-fé.

O sempre lembrado e já antes citado Miguel Reale aponta essa relação íntima entre a função social do contrato e da propriedade.

Leia-se este comentário lapidar:

“Ora, a realização da função social da propriedade somente se dará se igual princípio for estendido aos contratos, cuja conclusão e exercício não interessam somente às partes contratantes, mas a toda coletividade” (Função Social do Contrato, Ed. RT, 2005, p. 266).

Daí se deve concluir, sem maior esforço, que se o nosso atual sistema condiciona o exercício do direito real de propriedade à sua função social, não há como se deixar de associar este comando ao mundo dos contratos.

O conceito de função social da propriedade serve como fundamento constitucional para a análise da natureza jurídica da função social do contrato, ensina o Ministro Eros Grau, do Colendo Supremo Tribunal Federal, *in* “A ordem econômica na Constituição”, Ed. Malheiros, 1998, p. 255.

Mas não é só no mundo dos contratos e da propriedade que se fortalece o princípio da função social, mas também em relação às empresas, consideradas hoje polos geradores de empregos e tributos, além de indispensáveis para atender aos anseios de uma sociedade consumerista.

Isto explica a proteção que hoje se confere ao fundo empresarial, e que se reflete nas leis do inquilinato que já se sucederam e no atual Código Civil.

Através da empresa são impulsionadas as engrenagens que fazem mover a roda da economia, a todos trazendo benefícios.

Em todo este universo de profundas transformações é de fundamental importância a figura do abuso de direito, agora inserida na dicção do artigo 187 do Código Civil.

No campo da locação urbana é preciso também analisar a conduta das partes, à luz da teoria do abuso de direito.

Na feliz observação de Paulo Nader, “a figura do abuso de direito, se não chegou a ser teorizada pelos romanos, pelo menos foi conhecida do ponto de vista doutrinário”, para se adotar soluções casuísticas, diante de situações práticas que surgiram no relacionamento entre as pessoas. (Introdução ao Estudo do Direito, 16ª Ed., Forense, 1999).

No Direito moderno, o “leading case” é de 1912, no famoso caso Clement Bayard, julgado pela Corte de Amiens, que expressamente reconheceu o abuso de direito praticado pelo proprietário de um terreno vizinho ao campo de pouso de dirigíveis, e que construiu enormes torres com lanças de ferro em seus topos, sem qualquer justificativa plausível, com o evidente propósito de provocar perigo para as aeronaves, impedindo sua normal utilização.

No Direito Brasileiro, durante muitas décadas se discutiu, acirradamente, se o abuso de direito traduzia uma espécie de ato ilícito, tendo em vista o silêncio do Código Civil de 1916.

A primeira corrente, amparando-se nas lições de Planiol, sustentava haver uma insuperável contradição na expressão “abuso de direito”, já que não seria possível se falar simultaneamente em ato conforme e contrário ao direito.

Essa corrente negativista está hoje superada, sendo certo que diante da omissão do Código Civil de Bevilacqua, recorria-se a uma interpretação inversa do seu artigo 160, inciso I, segundo o qual não traduziria ato ilícito “o exercício regular de um direito”.

Depreendia-se, então, que o exercício abusivo, ou seja, irregular, já se inseria no campo da ilicitude.

A segunda corrente, afirmativa, consolidou-se através de várias teorias elaboradas por eminentes juristas, como Savatier, Josserand e Ripert.

George Ripert percebeu, com sua conhecida lucidez, que o abuso de direito seria o resultado da subordinação da Lei positiva aos princípios morais.

Sempre nos impressionamos com esta Teoria, que reprova o abuso de direito pela sua infringência aos deveres morais de justiça, equidade e humanidade, os quais devem se situar em plano muito acima da legalidade.

A Teoria de Ripert, como se vê, tem o grande mérito de introduzir a ideia de moralidade no exercício dos direitos.

O Código Civil de 2002 albergou a teoria afirmativa, conforme se extrai da redação do seu artigo 187, segundo a qual “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”.

Nossos melhores doutrinadores se orientam no sentido de ter o Código Civil de 2002 se afastado da teoria subjetiva do abuso de direito, para abrigar a teoria finalista.

Entre eles, e dos mais cultos e respeitados, Eugênio Facchini Neto observa que “o novo texto não exige a intenção de prejudicar, contentando-se com o excesso objetivamente constatável” (Funções e modelos da responsabilidade aquiliana no novo Código – Revista Jurídica, vol. 309, pg. 30, 2003).

Mas se dúvida ainda houvesse, foi ela de todo espancada, com o advento do Enunciado 37, que versa sobre o abuso de direito e o artigo 187 do Código Civil, redigido sob orientação do Min. Ruy Rosado, e que emanou do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal.

É a seguinte, a sua esclarecedora dicção:

"A responsabilidade civil decorrente do abuso de direito independe de culpa, e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalista."

Será fácil perceber que o legislador atual incluiu a figura do abuso de direito no Título referente ao ato ilícito, em que pese não se confundirem os conceitos.

No ato ilícito, propriamente dito, há uma violação direta ao comando da lei, como, por exemplo, quando o devedor, culposamente, deixa de entregar ao credor a prestação que lhe é devida, ou, ainda, quando um motorista imprudente atropela um pedestre, causando-lhe lesões corporais graves, infringindo o dever geral de cautela.

No abuso, o titular estaria agindo no exercício de seu direito, mas em desconformidade com os seus valores, que justificam o reconhecimento pelo ordenamento jurídico.

Heloísa Carpena, eminente Procuradora de Justiça do Ministério Público do Rio de Janeiro, doutrina que "para se proceder à caracterização do abuso de direito deve-se tentar identificar o seu motivo legítimo, o qual deve ser extraído das condições objetivas nas quais o direito foi exercido, cotejando-as com sua finalidade e com a missão social que lhe é atribuída, com o padrão de comportamento dado pela boa-fé e com a consciência jurídica dominante" (Abuso de Direito no Código de 2002, Ed. Renovar, pg. 382).

Percebe-se, facilmente, a íntima relação entre a boa-fé objetiva e o abuso de direito, já que uma das mais importantes funções daquela é o de limitar o exercício dos direitos subjetivos.

Rubens Limongi França, em sua Enciclopédia Saraiva de Direito, Ed. Saraiva, 1977, define o abuso de direito como sendo "um ato lícito pelo conteúdo, mas ilícito pelas consequências", ou seja, a ilicitude está na forma de execução do ato, tal como ocorre na hipótese da consulta.

Daí a dificuldade que hoje enfrentam os aplicadores do direito, que segundo as regras da hermenêutica e da equidade, deverão adotar soluções justas para os diversos casos concretos que lhes são submetidos, e isto porque o atual conceito de abuso de direito não está inserido exclusivamente no de ato ilícito.

Resulta nítida a intenção do legislador atual de limitar direitos e poderes previstos nos contratos, que ali são exercidos, procedendo-se a uma releitura de princípios consagrados no passado, como os da autonomia da vontade, da força obrigatória e da relatividade dos contratos.

É evidente que o conceito de “moral” é muito mais amplo, não se confundindo com o de direito, o que, muitas vezes torna difícil decidir se uma determinada cláusula, ou a execução do contrato, estão, ou não, de acordo com a “moralidade”, que agora se inseriu no mundo das relações jurídicas.

Em apertada síntese, entretanto, entendemos ser “imoral” uma cláusula contratual, ou uma conduta que traz em seu bojo um abuso de direito.

Essa só pode ser a interpretação finalista do artigo 187 do Código Civil.

Fernando Noronha acrescenta que o melhor caminho para se vislumbrar o abuso de direito é o da “manifesta desproporção entre o interesse que o agente visa realizar e aquele da pessoa afetada, ou, dizendo de outro modo, entre as vantagens do titular do direito e os sacrifícios suportados pela outra parte. Se todos os direitos têm finalidade social, não é possível tutelar pretensões que representam sacrifício manifestamente desproporcional” (Direito das Obrigações, Ed. Saraiva, 2003, vol. I, p. 372).

Ao se inserir a figura do abuso de direito no atual Código Civil, procurou-se promover uma relativização dos direitos individuais, para coibir o seu exercício de maneira a colidir com os interesses coletivos e o bem estar social.

Não basta, portanto, aferir se o direito é legítimo, mas também o modo de estar sendo ele exercido pelo seu titular, sem o que se tornaria inócua a regra do artigo 187, rompendo-se a íntima ligação que existe hoje entre a ética e o direito.

Na visão de Louis Jossierand (Relatividad y abuso de los derechos, Bogotá, Temis, 1982, p. 26) “pode acontecer, e com frequência acontece, que um ato seja conforme a determinado direito e, nada obstante, ilícito, por se mostrar contrário à boa-fé e àquelas regras que dominam todo o direito e que constituem o que Maurice Hauriou chamava de Supralegalidade”.

Afasta-se, com isto, a ideia de direitos individuais absolutos, já que todos eles se submetem a relativização decorrente da boa-fé e da função social.

A Prof^ª. Judith Martins Costa, em Comentários ao Código Civil, Ed. Forense, 2003, p. 122, elenca os requisitos do abuso de direito, a saber: conduta humana, existência de um direito subjetivo, exercício desse direito de forma emulativa, dano para outrem, ofensa à boa-fé e prática em desacordo com o fim social ou econômico do direito subjetivo.

Observa a eminente civilista que a doutrina clássica qualifica o abuso de direito como ato emulativo. A verdadeira meta do titular do direito subjetivo, ao exercê-lo, é causar dano a outrem, na maioria das vezes por mero capricho ou *vindita*.

Em tese, o abuso ocorre quando o agente despreza a economia interna do negócio, continua a respeitada professora, perseguindo fim lesivo a outrem, sem proveito lícito para si.

Na mesma esteira segue José de Oliveira Ascensão, ao destacar que o verdadeiro conteúdo do abuso de direito são os atos emulativos, que são aqueles que estão formalmente incluídos no conteúdo do direito, mas que se exercem apenas para prejudicar outrem, extrapolando a função que o direito subjetivo desempenha na ordem jurídica.

Encarado sob esse prisma, a conduta descrita no artigo 187 se encaminha para o rumo dos atos contrários à boa-fé, invadindo o território pantanoso da ilicitude genérica ou antijuridicidade, que não exige a presença da culpa.

Torna-se ainda mais evidente esta "eticidade" com que se impugnou a nova ordem jurídica, na dicção do § 2º do artigo 1.228 do Código Civil, segundo o qual são defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.

Daí porque o Enunciado nº 49 da 1ª Jornada de Direito Civil assim concluiu:

"A regra do artigo 1.228, § 2º do novo Código Civil interpreta-se restritivamente, em harmonia com o princípio da função social da propriedade e com o disposto no artigo 187".

Em diversas passagens do Código Civil, se vislumbra essa preocupação de se vedar e punir o abuso de direito, conjugando-se a noção com a da função social.

No campo do condomínio edilício, caldo de cultura ideal onde germinam os conflitos entre os coproprietários, surgiu uma figura nova, que é a do condômino antissocial, que, por seu reiterado comportamento, que viola as regras mínimas da civilidade, se torna incompatível com a vida comum.

Além de poder ele ser constrangido a pagar multa equivalente ao décuplo da quota condominial, já vai se firmando a construção pretoriana no sentido do ser admissível a ação judicial para excluí-lo do edifício.

A questão foi enfrentada na 5ª Jornada de Direito Civil, que editou o Enunciado 508, segundo o qual, desde que autorizada pela Assembleia Geral, é possível a propositura de ação para excluir o condômino antissocial, assegurando-se-lhe o mais amplo direito de defesa.

Vivemos, sem dúvida, um novo tempo, oxigenado e inspirado por valores fundamentais, que nos cabe implantar, impregnando-os na sociedade brasileira, no exercício de nossas atividades profissionais, como professores, advogados, magistrados, e, principalmente, os membros do Ministério Público.

A tarefa é hercúlea e o desafio quase desanimador, diante de uma sociedade corrompida por décadas de pecados.

Certamente ainda um tempo razoável passará, sem que se perceba a transformação dos comportamentos sociais.

Mas se preservarmos nossa capacidade de sonhar, e o sonho é o combustível d'alma e lutarmos por torná-lo realidade, há de se chegar um momento em que possamos respirar o ar de uma sociedade ética, fraterna e solidária.

A nós todos, cabem os primeiros passos, e às futuras gerações, a realização final de nossos sonhos.

Ima Alana Závaga*

SUMÁRIO: 1. Legitimação do Ministério Público para tutela de direitos transindividuais: função institucional; 2. Organização do Ministério Público mediante distribuição interna de atribuições; 3. Repartição das atribuições para promover o bem comum: critério geral; 4. Repartição de atribuições para promover o bem comum: a Justiça Comum; 4.1. Distribuição da competência profissional comum entre Justiça Federal e Justiça Estadual; 4.2. Fixação da competência jurisdicional na ação civil pública; 5. Repartição de atribuições entre Ministério Público Federal e Ministério Público Estadual para ações civis públicas; 6. Conclusões.

1. Legitimação do Ministério Público para tutela de direitos transindividuais: função institucional

Entre as quais pre-eminentes funções institucionais atribuídas pela Constituição Federal ao Ministério Público está a de "promover a ação civil e a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos" (art. 129, III), função mantida na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei 8.625) de 12.02.93, art. 25, IV) e no Estatuto do Ministério Público do Estado (Lei Complementar 75, de 20.05.93, art. 6º, VIII). A legitimação para atuar em juízo, em função institucional conta também nos procedimentos que estabelecem normas processuais para as várias ações civis públicas, como é o caso da Lei 7.342, de 24.7.95 (disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, a consumidores, e

*Membro do MPJ.