

UNIVERSIDADE
AUTÓNOMA
DE LISBOA



DEPARTAMENTO DE DIREITO
MESTRADO EM DIREITO
ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS
UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA
“LUÍS DE CAMÕES”

**PACTO DE NÃO CONCORRÊNCIA NOS CONTRATOS COM
TRANSFERÊNCIA DE *KNOW-HOW*: A OPÇÃO PELA SUA NÃO
APLICAÇÃO E SUAS LIMITAÇÕES**

Dissertação para a obtenção do grau de mestre em Ciências Jurídicas

Autora: Daniela Setti de Pauli

Orientador: Professor Doutor Armindo Saraiva Matias

Número da candidata: 20151519

Maio de 2020

Lisboa

**PACTO DE NÃO CONCORRÊNCIA NOS CONTRATOS COM
TRANSFERÊNCIA DE *KNOW-HOW*: A OPÇÃO PELA SUA NÃO
APLICAÇÃO E SUAS LIMITAÇÕES**

Dissertação para a obtenção do grau de mestre em Ciências Jurídicas

Autora: Daniela Setti de Pauli

Orientador: Professor Doutor Armindo Saraiva Matias

Número da candidata: 20151519

Maio de 2020

Lisboa

Agradeço aos meus pais, Renata e Marco, por sempre acreditarem em mim.

Cassio, obrigada pelo incentivo, pela paciência e pela compreensão de sempre.

Resumo

O presente trabalho buscou mostrar a inaplicabilidade do pacto de não-concorrência nos contratos com transferência de *know-how* com a análise dos princípios contratuais, tanto os clássicos quanto os modernos, dos direitos da personalidade em comparação com os direitos fundamentais, assim como suas limitações e a interferência estatal por meio do dirigismo contratual e das disposições constantes na Constituição Federal e na legislação civil, além da doutrina e da jurisprudência. Entretanto, o mais relevante princípio contratual é o da autonomia da vontade, o qual deveria prevalecer acima do dirigismo contratual nos negócios jurídicos em que as partes convencionarem a não-aplicabilidade do pacto de não-concorrência conforme disposto na legislação e na jurisprudência, desde que não interfira nas relações com os terceiros de boa-fé.

Palavras-chave: autonomia da vontade; direito da personalidade; livre concorrência; pacto de não-concorrência.

Abstract

The current work shows the inapplicability of the covenant of non-competition on contracts of know-how transferring and analysis of contractual principles, either classic or modern, the personality rights in parallel with fundamental rights, therefore along with its limitations and interference of state through contractual enforcement of the current laws and dispositions of Federal Constitution and civil legislation, beyond doctrine and jurisprudence. However, the most relevant contractual principle is that of the autonomy of the will, which should prevail over the contractual direction in legal businesses in which the parties agree that the non-competition pact is not applicable, as provided by law and jurisprudence, as long as it does not interfere in relations with third parties in good faith.

Keywords: autonomy of the will; personality right; free competition; non-competition pact.

Sumário

Introdução.....	7
<i>1. Princípios Contratuais.....</i>	<i>10</i>
<i>1.1. Princípios Contratuais Clássicos.....</i>	<i>10</i>
1.1.1. Princípio da Autonomia Privada.....	11
1.1.2. Princípio da Obrigatoriedade dos Contratos (<i>Pacta Sunt Servanda</i>)	13
1.1.3. Princípio da Revisão dos Contratos (<i>Rebus Sic Stantibus</i>)	14
<i>1.2. Princípios Contratuais Modernos</i>	<i>17</i>
1.2.1. Princípio da Boa-Fé.....	17
1.2.2. Princípio da função social do contrato	24
<i>2. Direitos da Personalidade</i>	<i>28</i>
<i>2.1. Direitos da Personalidade e Direitos Fundamentais.....</i>	<i>29</i>
<i>2.2. Características dos Direitos da Personalidade</i>	<i>33</i>
<i>2.3. Tutela dos Direitos da Personalidade.....</i>	<i>35</i>
<i>2.4. Jurisprudência Acerca dos Direitos da Personalidade nos Tribunais Superiores do Brasil e de Portugal.....</i>	<i>37</i>
2.4.1. Supremo Tribunal de Justiça	37
2.4.2. Superior Tribunal de Justiça.....	44
<i>3. Pacto de Não Concorrência</i>	<i>53</i>
<i>3.1. Livre Iniciativa e Livre Concorrência</i>	<i>54</i>
3.1.1. Livre Iniciativa e Livre Concorrência na Constituição da República Portuguesa de 1976.....	54
3.1.2. Livre Iniciativa e Livre Concorrência na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.....	57
3.1.3. Intervenção Estatal na Economia.....	60
<i>3.2 Não Concorrência.....</i>	<i>62</i>
3.2.1. Liberdade Contratual e o Pacto de Não Concorrência.....	63
3.2.2. Limitações do Pacto de Não Concorrência.....	67

3.2.3. Não Concorrência e Concorrência Desleal.....	71
3.3. Contrato de Transferência de Know-How.....	72
3.4. Jurisprudência Acerca da Não Concorrência nos Tribunais Superiores do Brasil e de Portugal.....	74
3.4.1. Supremo Tribunal de Justiça	74
3.4.2. Superior Tribunal de Justiça.....	80
Conclusão	84
Bibliografia.....	88

Introdução

O presente trabalho pretende mostrar como tornou-se usual a inserção de pactos de não concorrência nos contratos nos quais há transferência de *know-how* cotejando o direito brasileiro e o direito português.

Referidos pactos têm como intuito a manutenção do *status quo ante* da sociedade empresarial, contudo existem questionamentos acerca de sua validade, as quais insurgem-se devido ao cerceamento da livre iniciativa e à afronta aos princípios constitucionais, os quais são intrínsecos aos pactos de não concorrência. Ao mesmo tempo, a autonomia privada, base do Direito Civil, permite que o cedente da sociedade empresarial negocie livremente e se sujeite ao período em que não pode exercer qualquer tipo de concorrência aos cessionários de sua participação.

Os atos de concorrência são, dentro do estabelecido na legislação, atos lícitos que implantam a rivalidade comercial ou industrial que induzem os empresários a buscar clientes. Nas sociedades modernas a liberdade de concorrência tornou-se observada pela legislação dos países, especialmente no que tange ao estímulo do controle de preços e desenvolvimento dos mercados.¹

Dessa forma, no comportamento do mercado existem sempre atos de concorrência nos quais um empresário busca uma posição mais favorável que os demais. A concorrência é desejada e benéfica, mesmo que cause a extinção dos concorrentes. Entretanto, deve ser sempre leal; ainda que em grande parte sejam comportamentos ostensivos, são sempre concorrenciais. Os comportamentos não ostensivos são aqueles permeados por comportamentos ocultos ou clandestinos. Mesmo assim, o ato de concorrência é um operador econômico suscetível de reproduzir efeitos negativos sobre os demais agentes.²

O pacto de não concorrência pode ser entendido como uma obrigação de não fazer, a qual impele o cedente da participação societária a não praticar um ato que, em tese, ele poderia livremente fazer se não estivesse impedido. Embora o campo de aplicação das obrigações negativas seja amplo, existem certos limites que devem ser respeitados, não sendo lícitas quaisquer convenções que impliquem um sacrifício excessivo da liberdade do cedente ou que vá contra seus direitos fundamentais.³

A obrigação de não fazer imposta pelo pacto de não concorrência é uma norma de conteúdo imperativo que não pode ser afastada por vontade das partes. Assim, ela não

¹ SILVA, Alberto Luís Camelier da. **Concorrência desleal: atos de confusão**. p.25-27

² ASCENSÃO, José de Oliveira. **Concorrência desleal**. p.125-126

³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações**. p.96-98

poderá ser disponibilizada por imposição contratual limitando a autonomia da vontade. Os interesses gerais ou de terceiros estão expressos ou implicitamente protegidos por meio dessas normas imperativas, e os interesses de uma ou ambas as partes do contrato que se identifiquem com determinada norma dão sentido à sua imperatividade.⁴

Em determinados casos o conteúdo imperativo da norma objetiva limitar a atuação de uma das partes do contrato – no caso do pacto de não concorrência, o cedente da participação societária – e reflete diretamente na liberdade contratual da parte afetada, pois não será possível a negociação desse aspeto contratual. Mesmo que somente o cedente tenha seu direito tolhido, a indisponibilidade jurídica atinge ambas as partes. Isso porque, ainda que exista a negociabilidade do pacto de não concorrência pela parte a quem seu conteúdo imperativo não seja dirigido, é possível que ela seja atacada em virtude de seu caráter ilícito.⁵

Um acordo que recaia sobre aspetos que não sejam disponíveis para uma das partes, mas estão completamente disponíveis para a outra parte, precisa ser avaliado quanto à sua admissibilidade levando em consideração sua especificidade e limitando-se apenas à liberdade contratual da parte que teve seu direito tolhido. Um ponto essencial é em quais circunstâncias foram realizadas as negociações entre as partes, uma vez que nenhuma delas poderá dispor da situação jurídica, o que normalmente ocorre com a parte mais forte. Assim, referido acordo não poderá ter um pacto não negociado de forma individual.⁶

Ante o exposto acima, delimitar o conteúdo contratual é o mesmo que traduzir em compromissos jurídicos e económicos, além de definir quais as variáveis da “conveniência económica” do contrato. Assim é comum, identificado o princípio da autonomia privada, que seja reconhecida a liberdade de inserir no contrato o conteúdo que as partes desejarem, desde que estejam concordes e haja confluência e equilíbrio entre seus interesses.⁷

Então as partes, por estarem pautadas na liberdade contratual e na autonomia da vontade, são livres para convencionar o que quiserem e da forma que quiserem, desde que não seja ilícito. Caso a fonte contratual das partes seja o Direito Privado, não é admissível, em regra, que uma delas possa abster-se daquilo que foi acordado. Em algumas situações em particular, porém, a lei reconhece a uma das partes maior liberdade contratual em relação à operação.⁸

⁴ CARVALHO, Jorge Morais. **Os limites à liberdade contratual: comentário ao art. 280.º do código civil.** p.176

⁵ *IDEM. Ibidem.* p.176

⁶ *IDEM. Op. Cit.* p.179

⁷ ROPPO, Enzo. **O contrato.** p.127

⁸ *IDEM. Op. Cit.* p.128

Para que seja possível tal exposição será realizada uma análise principiológica contratual com base na constitucionalização do Direito Civil. Entretanto, é preciso apontar que o “Direito Civil Constitucional” se baseia no fato de o Direito Civil ser um princípio lógico de normas, valores e princípios que regem a vida social e interagem entre si propiciando segurança jurídica às relações. Dessa forma, há uma visão universal do sistema do Direito Civil e do Direito Constitucional.⁹

Após a análise dos princípios que norteiam os contratos realizar-se-á a apreciação dos direitos da personalidade. Ponderando que os direitos da personalidade são aqueles reconhecidos à pessoa humana em si mesma e em suas projeções na sociedade, os quais estão previstos no ordenamento jurídico justamente para a defesa dos valores inatos ao ser humano.¹⁰

Por fim, será verificada a questão da inaplicabilidade do pacto de não concorrência nos contratos de transferência de *know-how*, pois a confecção da cláusula contratual pode aumentar ou diminuir seu lapso de duração. Vale lembrar, ainda, que o pacto de não concorrência pode ser livremente acertado entre as partes apoiando-se na autonomia privada, além de abranger um ou mais aspectos da não concorrência.¹¹

Para tanto, para a confecção deste trabalho utilizou-se o método da abordagem dedutiva, e a técnica para a recolha e tratamento das informações será a da pesquisa bibliográfica e documental.

⁹ TARTUCE, Flávio. **Função social dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002**. p.77

¹⁰ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. p.29

¹¹ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de Empresa**. p.694

1. Princípios Contratuais

Os contratos são norteados por princípios, os quais podem ser definidos como “normas finalísticas que têm por objetivo complementar o conceito de um instituto jurídico, com base em padrões legais, doutrinários, jurisprudenciais, e de aspetos políticos, económicos e sociais. Ou seja, costumamos dizer que o princípio funciona como o atualizador de uma lei. Cumpre notar que a visão moderna da doutrina é no sentido de que o *princípio tem força normativa*, pois no momento de dizer o Direito o intérprete deve somar *preceito e princípio*”.¹²

Deve-se lembrar que os princípios já estavam presentes do Direito Romano como forma de integração das normas criadas pelo imperador, as chamadas *leges*, entre os anos de 284 e 568 d.C. Nesse diapasão não se pode olvidar que os princípios consagrados no Direito Romano – *honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere* (viver honestamente, não lesar a ninguém, dar a cada um o que é seu) – continuam em uso até os dias de hoje.¹³

Dessa forma, princípios são vetores de uma relação jurídica. Além de critérios para a ação estabelecem normas e modelos jurídicos, tais como diretrizes gerais e básicas para embasar e unificar um sistema ou instituição.¹⁴

O direito contratual é regido por diversos princípios, divididos pela doutrina como tradicionais e modernos, como mostrados abaixo.

1.1. Princípios Contratuais Clássicos

Os princípios clássicos dos contratos são aqueles existentes desde as constituições liberais, as quais se alicerçam num pretensão ideal de justiça e positivação das liberdades e direitos, limitando os poderes do Estado.¹⁵

¹² CASSETTARI, Christiano. **Elementos de direito civil**. p.233

¹³ TARTUCE, Flávio. **Função social dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002**. p.93

¹⁴ *IDEM. Op. Cit.* p.91

¹⁵ AZEVEDO, Fábio de Oliveira. **Direito civil: introdução e teoria geral**. p.20

1.1.1. Princípio da Autonomia Privada

O princípio da autonomia privada se baseia na ampla liberdade contratual, no poder dos contratantes de disciplinarem seus acordos de vontade acarretando os efeitos jurídicos desejados considerando que as partes têm a faculdade de celebrar ou não referidos contrato sem qualquer interferência estatal.¹⁶

O pleno domínio da vontade privada foi uma construção resultante de um processo histórico, alcançando a “palavra dada, que é a principal herança dos contratos romanos e expressão que alavancou a ideia central do contrato como uma fonte de obrigações. Visualiza-se nesta afirmação a diferenciação clássica entre os conceitos de *liberdade para contratar*, *liberdade de contratar* e *liberdade contratual*.”¹⁷

Como *liberdade para contratar*, entende-se a ampla liberdade existente no mundo negocial para a celebração de pactos e ajustes, sendo o direito contratual inerente à concepção de pessoa humana e um direito da personalidade derivado do princípio da liberdade. Quanto à *liberdade de contratar*, esta se relaciona às escolhas da pessoa no que se refere às partes do negócio jurídico a ser celebrado. E, finalmente, a *liberdade contratual* surge em face da autonomia concernente ao conteúdo do negócio jurídico, ponto em que estão as principais limitações da liberdade da pessoa humana.¹⁸

Por essas razões no Direito Civil fica reservado um papel bastante relevante à vontade individual das partes na produção de efeitos como instrumento da realização de determinados interesses, sendo os particulares admitidos à autorregulamentação de seus interesses. Assim, a autonomia privada é um princípio característico do Direito Civil. Podendo também afirmar-se sua maior ou menor relevância reconhecida à vontade individual na ordenação das relações sociais privadas como traços próprios de cada ordenamento jurídico.¹⁹

O campo de incidência do princípio da autonomia privada é fixado fundamentando-se na liberdade de contratar projetando-se no domínio dos direitos subjetivos, prevalecendo, em princípio, grande relevância da vontade individual. Os direitos subjetivos são instrumentos por intermédio dos quais realizam-se interesses de cada parte, do domínio das relações sociais entre os particulares. Coerente seria reconhecer aos titulares dos direitos a liberdade de exercer ou não a sua autonomia pelo poder do livre exercício dos direitos de

¹⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais**. p.41

¹⁷ TARTUCE, Flávio. **Função social dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002**. p.171

¹⁸ *IDEM. Op. Cit.* p.173

¹⁹ FERNANDES, Luís Alberto Carvalho. **Teoria geral do direito civil. Vol. I**. p.94

seu titular. O livre exercício de um direito, em seus vários aspetos, deve ser condicionado pelo interesse das pessoas envolvidas. Seria, assim, inquestionável a admissão da liberdade de não exercer algum direito, afetando o interesse de quem se pretende tutelar.²⁰

Modernamente, ainda que em sistemas com afeição individualista, passou-se a entender que nenhum direito subjetivo, ainda que de propriedade, tem caráter absoluto, o que antes era conferido para a realização de alguns fins económicos e sociais que podiam ultrapassar a esfera individual da pessoa humana a quem eram atribuídos. Do lado oposto, aponta-se para o exercício discricionário de o direito subjetivo poder causar dano a outrem ou manifestar-se por meio de um comportamento em si mesmo reprovável, violando valores inerentes aos direitos ou para além do direito, mas pela pessoa escolhida. A funcionalidade desses subjetivos toma ainda mais relevância quando são suas próprias finalidades aquelas determinantes para a sua atribuição, as quais estão travestidas de novas conceções ao serem apresentadas de uma forma que a posição tradicionalista entenderia como uma finalidade social proporcionando o julgamento arbitrário de cada um.²¹

A liberdade de contratar sempre encontrou barreiras na ordem pública, entendendo-se que o interesse da sociedade deveria prevalecer sobre o interesse do particular. Assim o princípio da autonomia privada não é absoluto e sua limitação encontra-se pautada no princípio da supremacia da ordem pública. A ideia de limitação surgiu no início do século passado, pois em face da então crescente industrialização a ampla liberdade de contratar provocaria desequilíbrios e exploração da parte economicamente mais fraca. A intervenção estatal na vida contratual atualmente é tão intensa que pode configurar um verdadeiro *dirigismo contratual*.²²

Assim, vê-se que a conclusão de um contrato deveria ser algo absolutamente livre para os contraentes interessados, pois estariam estes dentro de sua soberania individual de juízo e de escolha, podendo decidir o que estipular ou não estipular em determinado contrato, estabelecer de que forma gostaria de concluí-lo, inserindo as cláusulas que julgam necessárias e como cumpri-las.²³

Reconhece-se, ante todo o que foi apresentado, a importância do princípio da autonomia privada, pois tanto o direito brasileiro como o direito português apontam-no

²⁰ *IDEM. Ibidem.* p.94

²¹ FERNANDES, Luís Alberto Carvalho. **Teoria geral do direito civil. Vol. I.** p.95

²² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais.** p.43

²³ ROPPO, Enzo. **O contrato.** p.32

expressamente: o direito brasileiro no artigo 421 do Código Civil²⁴ e o direito português no artigo 405.º do Código Civil²⁵.

1.1.2. Princípio da Obrigatoriedade dos Contratos (*Pacta Sunt Servanda*)

O princípio da obrigatoriedade dos contratos é uma decorrência natural do princípio da autonomia privada e, segundo este, os acordos de vontade têm força de lei entre as partes, compelindo-as a cumprir aquilo que foi estipulado no negócio jurídico. Esse princípio caracteriza uma restrição de liberdade, o que, na visão clássica da teoria dos contratos, limitou-se àqueles que constam como partes no contrato.²⁶

Do princípio da obrigatoriedade dos contratos decorre o princípio do consensualismo, no qual basta o acordo de vontades para o aperfeiçoamento dos contratos, em sentido contrário ao formalismo e simbolismo que vigoraram desde os tempos antigos.²⁷

Esse princípio já tinha previsão no Direito Romano como regra máxima, pela qual *pacta sunt servanda*, ou seja, a força obrigatória do estipulado no contrato. Dessa forma, por nenhum motivo o contrato poderia ser revisto ou extinto, sob pena de ocasionar a insegurança jurídica ao sistema romano.²⁸

Contudo, após a 1.ª Guerra Mundial (1914-1918), com a observância das situações contratuais da época, as quais, por força do princípio da obrigatoriedade dos contratos, tornavam-se insustentáveis por acarretarem onerosidade excessiva a uma das partes. Houve, ainda no mesmo período, o surgimento de movimentos sociais que pleiteavam o reconhecimento do poder económico como fator de exploração. Assim, conclui-se que diante desse cenário não se podia mais apoiar-se na obrigatoriedade do contrato se não houvesse idêntica liberdade contratual entre as partes envolvidas.²⁹

²⁴ “Art. 421 Código Civil brasileiro: A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. In CÓDIGO Civil Brasileiro - Lei Ordinária n.º 10.406/2002. Diário Oficial da União, Secção I. [Em linha] Ano CXXXIX, n.º 8 (11/01/2002), p.1. Disponível em: www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm [Consult. 07 Jun. 2020]

²⁵ “Art. 405.º Código Civil português (*Liberdade Contratual*): 1. Dentro dos limites da lei, as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, celebrar contratos diferentes dos previstos neste código ou incluir nestes as cláusulas que lhes aprouver. 2. As partes podem ainda reunir no mesmo contrato regras de dois ou mais negócios, total ou parcialmente regulados na lei”. In CÓDIGO Civil Português – Decreto-Lei n.º 47.334/1966. [Em linha]. Disponível em: <https://www.igac.gov.pt/documents/20178/358682/Código+Civil.pdf/2e6b36d8-876b-433c-88c1-5b066aa93991> [Consult. 07 Jun. 2020]

²⁶ TARTUCE, Flávio. **Função social dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002**. p.182-183

²⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais**. p.45

²⁸ TARTUCE, Flávio. **Função social dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002**. p.184-185

²⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais**. p.49

Em seguida ocorreu mudança na orientação acerca do princípio, passando-se a aceitar de forma excepcional a possibilidade de intervenção judicial para corrigir o desequilíbrio das prestações decorrentes dos contratos. Acabou-se que no direito moderno criou-se a ideia de que o Estado precisa intervir no conteúdo dos contratos, seja pela aplicação de leis de ordem pública em benefício do interesse coletivo, seja pela adoção de intervenção judicial na economia do contrato modificando-o ou tão somente libertando a parte lesada, com o objetivo de evitar que pela avença firmada exista um atentado contra a justiça.³⁰

Assim é possível apontar que o princípio da obrigatoriedade dos contratos é balizado pela necessidade de segurança jurídica nos negócios, o que deixaria de existir caso os contratantes não pudessem cumprir o que foi acordado e pela intangibilidade ou imutabilidade do contrato decorrente da convicção de que o acordo de vontades faz lei entre as partes personificando o *pacta sunt servanda*.³¹

O princípio da obrigatoriedade dos contratos não se encontra explícito no Código Civil brasileiro de 2002, porém referido princípio encontra-se implícito nos artigos 389³², 390³³ e 391³⁴ do referido diploma legal. Enquanto o artigo 406.º do Código Civil português³⁵ mostra o referido princípio em sua redação.

1.1.3. Princípio da Revisão dos Contratos (*Rebus Sic Stantibus*)

O último princípio clássico da teoria dos contratos é o princípio da revisão dos contratos, também conhecido por princípio da onerosidade excessiva, o qual se contrapõe

³⁰ *IDEM. Ibidem.* p.49

³¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais.** p.48

³² “Art. 389 Código Civil brasileiro: Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários advocatícios”. In CÓDIGO Civil Brasileiro - Lei Ordinária n.º 10.406/2002. Diário Oficial da União, Seção I. [Em linha] Ano CXXXIX, nº 8 (11/01/2002), p. 1. Disponível em: www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm [Consult. 07 Jun. 2020]

³³ “Art. 390 Código Civil brasileiro: Nas obrigações negativas o devedor é havido por inadimplente desde o dia em que executou o ato de que se devia abster”. In CÓDIGO Civil Brasileiro - Lei Ordinária n.º 10.406/2002. Diário Oficial da União, Seção I. [Em linha] Ano CXXXIX, nº 8 (11/01/2002), p. 1. Disponível em: www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm [Consult. 07 Jun. 2020]

³⁴ “Art. 391 Código Civil brasileiro: Pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor”. In CÓDIGO Civil Brasileiro - Lei Ordinária n.º 10.406/2002. Diário Oficial da União, Seção I. [Em linha] Ano CXXXIX, nº 8 (11/01/2002), p.1. Disponível em: www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm [Consult. 07 Jun. 2020]

³⁵ “Art. 406.º Código Civil português (*Eficácia dos contratos*): 1. O contrato deve ser pontualmente cumprido, e só pode modificar-se ou extinguir-se por mútuo consentimento dos contraentes ou nos casos admitidos na lei. 2. Em relação a terceiros, o contrato só produz efeitos nos casos e termos especialmente previstos na lei”. In CÓDIGO Civil Português – Decreto-Lei n.º 47.334/1966. [Em linha]. Disponível em: <https://www.igac.gov.pt/documents/20178/358682/Código+Civil.pdf/2e6b36d8-876b-433c-88c1-5b066aa93991> [Consult. 07 Jun. 2020]

diretamente ao princípio da obrigatoriedade dos contratos por permitir que os contratantes recorram ao Poder Judiciário, em determinadas situações, com o fim de rever as cláusulas das avenças firmadas. Sua origem está na Idade Média, quando houve a constatação de que fatores externos não podem gerar, quando do cumprimento de um contrato, um cenário consideravelmente diverso daquele do momento de sua celebração, gerando a onerosidade excessiva do devedor.³⁶

Esse princípio provém do Direito Romano e, pela sua característica estreitamente formal, não previa a possibilidade de resolução ou revisão contratual quando faltasse equilíbrio nas prestações. Contudo, foi somente na Idade Média que juristas influenciados por cânones e filósofos criaram a base para a revisão contratual por meio da cláusula do *rebus sic stantibus*, ainda no século XII.³⁷

Entretanto, da mesma maneira que o princípio da obrigatoriedade (*pacta sunt servanda*), esse princípio também tomou relevância após a 1.^a Guerra Mundial, por causa do desequilíbrio causado aos contratos. A teoria recebeu o nome de *rebus sic stantibus*, consistindo na presunção de que nos contratos comutativos, naqueles de trato sucessivo e de execução diferida, há a existência implícita de uma cláusula pela qual a obrigatoriedade de seu cumprimento pressupõe a impossibilidade de alteração da situação de fato. Contudo, se referida situação fática mudar em virtude de acontecimentos extraordinários, tal como uma guerra, que tornem os contratos excessivamente onerosos para o devedor, estes poderão ter o adimplemento da obrigação revisto pelo Poder Judiciário e seu cumprimento poderá ser isentado de forma integral ou parcial. Então, a teoria da imprevisão nada mais é do que a possibilidade de desfazimento ou da revisão forçada do contrato nos casos em que, por eventos imprevisíveis e extraordinários, a prestação da obrigação de uma das partes torna-se excessivamente onerosa.³⁸

No ordenamento jurídico brasileiro houve a adoção do princípio da revisão dos contratos quando se prevê a possibilidade de modificações nas prestações, de acordo com

³⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais**. p.50

³⁷ LOPEZ, Tereza Ancona. Princípios Contratuais. In FERNANDES, Wanderley (Coord.). **Contratos empresariais: fundamentos e princípios dos contratos empresariais**. p.45

³⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais**. p.50

os artigos 317³⁹, 421⁴⁰, 422⁴¹, 478⁴², 479⁴³ e 884⁴⁴, todos do Código Civil brasileiro. Enquanto no sistema jurídico português também são encontradas possibilidades de aplicação do referido princípio *rebus sic stantibus*, como nos casos presentes nos artigos 287.⁴⁵, 406.⁴⁶ e 437.⁴⁷ do Código Civil português.

³⁹ “Art. 317 Código Civil brasileiro: Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação”. In CÓDIGO Civil Brasileiro - Lei Ordinária n.º 10.406/2002. Diário Oficial da União, Secção I. [Em linha] Ano CXXXIX, n.º 8 (11/01/2002), p.1. Disponível em: www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm [Consult. 07 Jun. 2020]

⁴⁰ “Art. 421 Código Civil brasileiro: A Liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. In CÓDIGO Civil Brasileiro - Lei Ordinária n.º 10.406/2002. Diário Oficial da União, Secção I. [Em linha] Ano CXXXIX, n.º 8 (11/01/2002), p.1. Disponível em: www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm [Consult. 07 Jun. 2020]

⁴¹ “Art. 422 Código Civil brasileiro: Os contratantes são obrigados a guardar, assim como na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e da boa-fé”. In CÓDIGO Civil Brasileiro - Lei Ordinária n.º 10.406/2002. Diário Oficial da União, Secção I. [Em linha] Ano CXXXIX, n.º 8 (11/01/2002), p.1. Disponível em: www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm [Consult. 07 Jun. 2020]

⁴² “Art. 478 Código Civil brasileiro: Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes de tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação”. In CÓDIGO Civil Brasileiro - Lei Ordinária n.º 10.406/2002. Diário Oficial da União, Secção I. [Em linha] Ano CXXXIX, n.º 8 (11/01/2002), p.1. Disponível em: www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm [Consult. 07 Jun. 2020]

⁴³ “Art. 479 Código Civil brasileiro: A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato”. In CÓDIGO Civil Brasileiro - Lei Ordinária n.º 10.406/2002. Diário Oficial da União, Secção I. [Em linha] Ano CXXXIX, n.º 8 (11/01/2002), p.1. Disponível em: www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm [Consult. 07 Jun. 2020]

⁴⁴ “Art. 884 Código Civil brasileiro: Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários”. In CÓDIGO Civil Brasileiro - Lei Ordinária n.º 10.406/2002. Diário Oficial da União, Secção I. [Em linha] Ano CXXXIX, n.º 8 (11/01/2002), p.1. Disponível em: www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm [Consult. 07 Jun. 2020]

⁴⁵ “Art. 287.º Código Civil português (*Anulabilidade*): 1. Só têm legitimidade para arguir a anulabilidade as pessoas em cujo interesse a lei a estabelece, e só dentro do ano subsequente à cessação do vício que lhe serve de fundamento. 2. Enquanto, porém, o negócio não estiver cumprido, pode a anulabilidade ser arguida, sem dependência de prazo, tanto por via de ação como por via de exceção”. In CÓDIGO Civil Português – Decreto-Lei n.º 47.334/1966. [Em linha]. Disponível em: <https://www.igac.gov.pt/documents/20178/358682/Código+Civil.pdf/2e6b36d8-876b-433c-88c1-5b066aa93991> [Consult. 07 Jun. 2020]

⁴⁶ “Art. 406.º Código Civil português (*Eficácia dos contratos*): 1. O contrato deve ser pontualmente cumprido, e só pode modificar-se ou extinguir-se por mútuo consentimento dos contraentes ou nos casos admitidos na lei. 2. Em relação a terceiros, o contrato só produz efeitos nos casos e termos especialmente previstos na lei”. In CÓDIGO Civil Português – Decreto-Lei n.º 47.334/1966. [Em linha]. Disponível em: <https://www.igac.gov.pt/documents/20178/358682/Código+Civil.pdf/2e6b36d8-876b-433c-88c1-5b066aa93991> [Consult. 07 Jun. 2020]

⁴⁷ “Art. 473.º Código Civil português (*Condições de Admissibilidade*): 1. Se as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal, tem a parte lesada direito à resolução do contrato ou à modificação dele segundo juízos de equidade, desde que a exigência das obrigações por ela assumidas afete gravemente os princípios da boa-fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato. 2. Requerida a resolução, a parte contrária pode opor-se ao pedido, declarando aceitar a modificação do contrato nos termos do número anterior”. In CÓDIGO Civil Português – Decreto-Lei n.º 47.334/1966. [Em linha]. Disponível em: <https://www.igac.gov.pt/documents/20178/358682/Código+Civil.pdf/2e6b36d8-876b-433c-88c1-5b066aa93991> [Consult. 07 Jun. 2020]

1.2. Princípios Contratuais Modernos

Os princípios contratuais modernos decorrem da busca de uma sociedade mais justa e equilibrada, porém é essencial sua combinação com os princípios contratuais clássicos, os quais sofreram uma flexibilização com o decorrer do tempo, para que a elaboração contratual seja sólida.

1.2.1. Princípio da Boa-Fé

O princípio da boa-fé é um dos fundamentos do Direito, seja Privado, seja Público, possuindo aplicação transversal. Referido princípio impõe-se a todos os sujeitos de direito, restringindo qualquer atuação que o contrarie, incluindo o domínio dessa atuação lícita ou até o resultado de outros princípios relevantes do ordenamento jurídico, tais os que já foram apresentados.⁴⁸

A boa-fé já era mencionada no Direito Romano, porém tratava-se daquela direcionada à conduta das partes, especialmente no que tange às relações contratuais e negociais. Com o nascimento do *jusnaturalismo* a boa-fé ganhou contornos relacionados à conduta dos negociantes e passou a ser chamada de boa-fé objetiva. Assim, a boa-fé transformou-se de subjetiva a objetiva, o que foi consolidado nas codificações brasileira e portuguesa em vigor.⁴⁹

Nos contornos atuais a boa-fé pode ser conceituada como a eticidade dentro das obrigações, impondo-se como regra moral e evidentemente como regra jurídica fundamental. Sendo assim, o princípio da boa-fé deve comandar as condutas no direito.⁵⁰

Ainda nos dias atuais a boa-fé pode ser dividida em boa-fé subjetiva (*Gutten Glauben*, para os alemães), a qual encontra-se vinculada ao estado psicológico do indivíduo, e em boa-fé objetiva (*Treu und Glauben*), que são as regras de conduta peculiar a qualquer negócio jurídico.⁵¹

No que tange à boa-fé subjetiva pondera-se a intenção do agente ao agir, seu estado de consciência, inclusive este será “absolvido” se demonstrada ausência de intenção no comportamento desleal, por mais que sua conduta aponte para o sentido contrário. Então

⁴⁸ CARVALHO, Jorge Morais. **Os limites à liberdade contratual: comentário ao art. 280.º do código civil.** p.125

⁴⁹ TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único.** p.544

⁵⁰ LOPEZ, Tereza Ancona. Princípios Contratuais. In FERNANDES, Wanderley (Coord.). **Contratos empresariais: fundamentos e princípios dos contratos empresariais.** p.60

⁵¹ CASSETTARI, Christiano. **Elementos de direito civil.** p.240

seria possível agir com permeado pela boa-fé subjetiva se ausente a culpa do sujeito em agir ou se omitir.⁵²

Deve-se, porém, analisar as funções atribuídas aos conceitos de boa-fé e de má-fé na boa-fé subjetiva. A inculpabilidade seria um juízo cuja fonte seria a atuação de um sujeito que age ignorando determinado fato por ter desrespeitado determinados deveres de cuidados. Quando se penaliza a má-fé insere-se o agente numa conjuntura de responsabilidade, sempre agravada pelo ónus da prova desfavorável, pois não há como reunir os pressupostos por ela requeridos ou ultrapassá-los. Admite-se, então, que a conceção ética da boa-fé não se encontra apenas em apontar os âmbitos de boa-fé e de má-fé, reduzindo a primeira à segunda. Conclui-se que não importa saber se o sujeito ignora caso tenha se comportado com a diligência necessária, sendo que neste caso atribui-se às próprias realidades matérias do caso concreto.⁵³

Já a boa-fé objetiva, a qual se constitui como norma jurídica fundada em um princípio geral do direito de acordo com o qual todos devem se comportar de forma proba em suas relações recíprocas, é decorrente da boa-fé subjetiva no sentido da honestidade, retidão, lealdade e consideração para com os interesses do outro contratante, principalmente quanto ao fornecimento de informações relevantes a respeito do objeto e conteúdo do negócio jurídico.⁵⁴

O princípio da boa-fé objetiva tornou-se uma fonte autónoma de obrigações, independentemente do que consta nos contratos. É o que se pode depreender dos prejuízos materiais e morais que surgiram da falta de solidariedade e cooperação nos negócios jurídicos contratuais, ainda que o descumprimento de um dos deveres secundários da obrigação seja ou não relacionado com a obrigação principal. É o caso da *culpa post pactum finitum*.⁵⁵

Demonstra-se, dessa forma, que a boa-fé na ocorrência de pós-eficácia das obrigações contratuais encontra essencialmente a confiança e a materialidade das situações no caso concreto. A confiança necessita de proteção no período seguinte ao cumprimento da obrigação, incluídas as expectativas geradas com a sua celebração, e no seu cumprimento pelo comportamento superveniente das partes envolvidas. A materialidade do caso concreto requer que a celebração e a observância dos negócios jurídicos não se tornem somente procedimentos formais desenvolvidos numa perspectiva de correspondência com a

⁵² AZEVEDO, Fábio de Oliveira. **Direito civil: introdução e teoria geral**. p.100

⁵³ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. p.512

⁵⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais**. p.56

⁵⁵ LOPEZ, Tereza Ancona. Princípios Contratuais. In FERNANDES, Wanderley (Coord.). **Contratos empresariais: fundamentos e princípios dos contratos empresariais**. p.68

literalidade daquilo que fora acordado, que na primeira oportunidade seria esvaziado. A finalidade do contrato não pode ser anulada sob o pretexto de que o contrato se extinguiu.⁵⁶

A boa-fé objetiva possui três funções. A primeira função é chamada de hermenêutico-integrativa, que funciona como regra de interpretação dos negócios jurídicos, na qual a doutrina acresce uma função integradora, quando da existência de lacunas contratuais, semelhantemente do que ocorre nas lacunas legais.⁵⁷ Assim, os negócios devem ser interpretados de acordo com a boa-fé e os usos do local de sua celebração.

A segunda função da boa-fé objetiva é aquela criadora de deveres jurídicos, quando a boa-fé atua como uma cláusula contratual implícita instituidora de deveres jurídicos nas fases pré e pós-contratuais, não podendo o contrato ser interpretado tão somente como um dever da parte que prestará a obrigação. Por muitas vezes o contrato estabelece uma relação continuada, mesmo que tenha como propósito a realização de prestações. Compreende-se que o processo é dinâmico e não um vínculo contratual estático, gerando os deveres acessórios do negócio jurídico contratual.⁵⁸

Como deveres acessórios da relação contratual entendem-se aqueles intrínsecos a qualquer negócio jurídico, não necessitando nem sequer previsão contratual. São considerados como deveres anexos: (i) o dever de cuidado em relação à outra parte negocial; (ii) o dever de respeito; (iii) o dever de informar a outra parte sobre o conteúdo do negócio contratual; (iv) o dever de agir conforme a confiança depositada; (v) o dever de lealdade e probidade; (vi) o dever de colaboração ou cooperação; (vii) o dever de agir com honestidade; (viii) o dever de agir conforme a razoabilidade, equidade e boa razão, dentre outros. A quebra de qualquer um desses deveres acessórios gera a violação positiva do contrato, acarretando a responsabilização civil objetiva daquele que o infringiu.⁵⁹ A violação positiva do contrato, assim como a *culpa in contrahendo*, é a obrigação de o devedor indenizar pela não realização da prestação, omitindo-se ou cumprindo-a de forma defeituosa.⁶⁰

Por fim, a terceira função do princípio da boa-fé objetiva é a limitadora do exercício de direitos. Nesses casos, o princípio da boa-fé objetiva é utilizado como defesa em casos de agressão ao outro contratante. Aqui, a teoria do abuso do direito, a qual de início era confundida com ato emulativo, era praticada tão somente objetivando causar dano à outra parte, entretanto com a sua evolução referida teoria passou a ser relacionada com o exercício

⁵⁶ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. p.630

⁵⁷ AZEVEDO, Fábio de Oliveira. **Direito civil: introdução e teoria geral**. p.102

⁵⁸ *IDEM. Op. Cit.* p.103

⁵⁹ TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. p.545

⁶⁰ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. p.595

abusivo do direito, de forma a violar os limites impostos pela finalidade económica e social do contrato. Atualmente, a boa-fé e o abuso de direito são institutos próprios, nos quais o abuso do direito é mais amplo, já que o exercício de um direito se torna abusivo não somente quando viola a boa-fé, mas igualmente quando ofende outros valores compreendidos no escopo económico e social do negócio jurídico contratual. Em sentido inverso, a boa-fé também pode ser interpretada de forma mais ampla, pois além da função avalizadora do exercício de direitos possui outras funções variadas no exercício do direito.⁶¹ A aplicação da terceira função nos negócios jurídicos se dá por meio de institutos próprios, quais sejam *venire contra factum proprium*, *supressio*, *surrectio* e *tu quoque*.

a. *Venire Contra Factum Proprium*

O instituto do *venire contra factum proprium*, que deriva da frase *nemo potest venire contra factum proprium*, tem origem no Direito Romano e retomou sua relevância com a superação dos modelos individualistas até então presentes nos negócios jurídicos e adoção de uma vertente mais humana e solidária do Direito Privado.⁶²

Venire contra factum proprium transpõe o exercício de uma posição jurídica contraditória ao comportamento assumido previamente pela parte, o que é considerado intolerável. Possui uma conexão interna com outras regulações típicas do exercício inadmissível de figuras do direito, inclusive no que tange à boa-fé.⁶³

Isso significa que esse instituto ultrapassa tão somente a proibição de um comportamento contraditório caracterizado pela conduta ora praticada, a qual é usada para a proteção das partes, qual seja, a legítima confiança consignada pelas partes objetivando que o desempenho previamente ajustado seja preservado, como pauta a boa-fé objetiva. Ante o exposto, a boa-fé objetiva torna-se o embasamento para o *venire contra factum proprium*, podendo-se dispensar a sua natureza meramente principiológica e apontar sua fundamentação como uma questão de solidariedade social.⁶⁴

Pode-se deduzir que para a aplicação do *venire contra factum proprium* devem estar presentes elementos como: (i) um fato próprio, uma conduta inicial; (ii) a legítima confiança de outrem na conservação do sentido objetivo dessa conduta; (iii) um comportamento contraditório com esse sentido objetivo; (iv) um dano ou potencial de dano decorrente da

⁶¹ AZEVEDO, Fábio de Oliveira. **Direito civil: introdução e teoria geral**. p.105

⁶² *IDEM. Op. Cit.* p.109

⁶³ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. p.742

⁶⁴ AZEVEDO, Fábio de Oliveira. **Direito civil: introdução e teoria geral**. p.109

contradição. Referidos elementos possuem relação direta com os deveres acessórios da boa-fé objetiva.⁶⁵

Assim, é possível requerer a proibição da prática do instituto em questão buscando a reparação dos danos causados e o desfazimento da conduta contraditória. Abre-se então uma gama de ações judiciais para que a vítima do ato ilícito busque a restauração do *status quo ante* com a cominação da pretensão indenizatória.⁶⁶

b. *Supressio*

A *supressio* (*Verwirkung*, para o direito alemão) pode ser caracterizada como uma situação em que o direito não foi exercido, em determinadas circunstâncias, por certo lapso temporal, assim não mais poderá ser exercido caso contrarie a boa-fé.⁶⁷

Esse instituto teve sua origem na jurisprudência, mas foi pela perturbação econômica acarretada pela 1.^a Guerra Mundial que houve a consagração definitiva da *supressio*. Em consequência do então cenário, o exercício procrastinado de determinados direitos levava a situações de desequilíbrio inaceitáveis entre as partes. Dessa maneira, a *supressio* passou a funcionar como reparação assegurando o interesse do devedor, pois a boa-fé requer, pela equivalência das prestações, que se atue no reajustamento destinado a compensar a depreciação monetária. A mesma boa-fé exige, ainda, que as prestações de reequilíbrio sejam exercidas num prazo razoável, sem que alcancem valores com os quais os devedores não possam arcar.⁶⁸

Sendo, portanto, requisitos essenciais para a sua aplicação: (i) omissão no exercício de um direito; (ii) decurso de um período de tempo; (iii) existência de indícios que apontem que esse direito não seria exercido, de modo a criar uma confiança legítima, que não se pode frustrar licitamente.⁶⁹

Por se tratar de uma inércia abusiva que pode ocorrer de três formas: pelo exercício desleal de um direito, por meio do não exercício desleal de um direito, ou, ainda, pela constituição desleal de um direito.⁷⁰

c. *Surrectio*

A *surrectio* (*Erwirkung* no direito alemão) corresponde à formação de direitos subjetivos ou de situações jurídicas ligados diretamente ao beneficiário que alcançou uma

⁶⁵ TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. p.555

⁶⁶ AZEVEDO, Fábio de Oliveira. **Direito civil: introdução e teoria geral**. p.110

⁶⁷ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. p.798

⁶⁸ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Op. Cit.** p.801

⁶⁹ AZEVEDO, Fábio de Oliveira. **Direito civil: introdução e teoria geral**. p.110

⁷⁰ *IDEM. Ibidem.*

permissão específica de aproveitamento, a qual acarreta a hipótese de titular que tendo se livrado de um aumento anteriormente existente recupera sua liberdade de movimentos.⁷¹

Referido instituto tem sido usado na instituição *ex novo* de direitos subjetivos. Sendo que sua caracterização depende de certo lapso de tempo, que pode ser variável, durante o qual o sujeito age numa situação jurídica semelhante ao direito subjetivo que irá surgir; requer-se ainda uma associação objetiva de fatores compatibilizados com a constituição desse novo direito. Impõe-se, além disso, a ausência de situações negativas que impeçam a *surrectio*.⁷²

A presença da previsão que possibilite a criação desse novo direito ao prejudicado, seja a título de culpa ou risco, tem como objetivo proteger a boa-fé do beneficiário no sentido de que este passe a possuir a regularidade de uma situação fática subjacente e ausência de quaisquer outras situações impostas pelo Direito, sejam essas obrigações de indenização ou de restituição dos valores percebidos.⁷³

Assim, enquanto a *supressio* é a perda de um direito ou de uma posição jurídica decorrente de seu não exercício num lapso temporal, a *surrectio* é o surgimento de um direito decorrente de práticas, usos e costumes.⁷⁴

d. *Tu quoque*

A *tu quoque* tem sua origem na afirmação do imperador romano Júlio Cesar, “*tu quoque, Brutus, tu quoque fili mili?*” – “Até tu, Brutus?” –, ao ser esfaqueado na escadaria do senado romano em março de 44 a.C.⁷⁵ Trata-se da situação na qual um contratante que violou uma norma jurídica não poderá, sem que caracterize um abuso de direito, aproveitar-se de uma situação anteriormente criada por esse desrespeito.⁷⁶

O instituto do *tu quoque* emerge como uma regra em que a pessoa viola alguma norma jurídica, a qual não poderia, sem abuso, exercer essa situação jurídica que determinada norma a tivesse atribuído. O que se leva em consideração é o vetor axiológico expresso em brocardos como como *turpitudinem suam allegans non aditur* ou *equity must come with clean hands*. Então, a sua aplicação requer bastante cautela, pois atinge as percepções primárias, ética e jurídica de que uma pessoa possa desprezar determinado comando e, depois, vir a exigir de outrem a sua obediência.⁷⁷

⁷¹ *IDEM. Op. Cit.* p.111

⁷² CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa-fé no direito civil.** p.822

⁷³ *IDEM. Ibidem.*

⁷⁴ TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único.** p.555

⁷⁵ CASSETTARI, Christiano. **Elementos de direito civil.** p.243

⁷⁶ TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único.** p.553

⁷⁷ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa-fé no direito civil.** p.837

Assim, veda-se que alguém faça com outrem o que não faria contra si mesmo, evitando que a pessoa que violou a norma jurídica exerça algum direito sobre esta mesma norma ou recorra, em defesa, às normas que ela mesma descumpriu. Caracteriza-se uma norma de tradição ética.⁷⁸

Tamanha é a importância do princípio da boa-fé tanto no direito brasileiro quanto no direito português que o Código Civil de ambos os países trazem inúmeros artigos que apontam, de forma implícita e explícita, a relevância desse instituto. Como alguns exemplos podemos citar os artigos 113⁷⁹, 187⁸⁰ e 422⁸¹ do Código Civil brasileiro e os artigos 227.⁸², 334.⁸³, 483.⁸⁴ e 762.⁸⁵ do Código Civil português.

⁷⁸ TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. p.553

⁷⁹ “Art. 113 Código Civil brasileiro: Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”. In CÓDIGO Civil Brasileiro - Lei Ordinária n.º 10.406/2002. Diário Oficial da União, Seção I. [Em linha] Ano CXXXIX, nº 8 (11/01/2002), p.1. Disponível em: www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm [Consult. 07 Jun. 2020]

⁸⁰ “Art. 187 Código Civil brasileiro: Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim económico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. In CÓDIGO Civil Brasileiro - Lei Ordinária n.º 10.406/2002. Diário Oficial da União, Seção I. [Em linha] Ano CXXXIX, nº 8 (11/01/2002), p.1. Disponível em: www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm [Consult. 07 Jun. 2020]

⁸¹ “Art. 422 Código Civil brasileiro: Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”. In CÓDIGO Civil Brasileiro - Lei Ordinária n.º 10.406/2002. Diário Oficial da União, Seção I. [Em linha] Ano CXXXIX, nº 8 (11/01/2002), p.1. Disponível em: www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm [Consult. 07 Jun. 2020]

⁸² “Art. 227.º Código Civil português (*Culpa na Formação dos Contratos*): 1. Quem negocia com outrem para a conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa-fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte. 2. A responsabilidade prescreve nos termos do artigo 498.º”. In CÓDIGO Civil Português – Decreto-Lei n.º 47.334/1966. [Em linha]. Disponível em: <https://www.igac.gov.pt/documents/20178/358682/Código+Civil.pdf/2e6b36d8-876b-433c-88c1-5b066aa93991> [Consult. 07 Jun. 2020]

⁸³ “Art. 334.º Código Civil português (*Abuso de Direito*): É ilegítimo e exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico deste direito”. In CÓDIGO Civil Português – Decreto-Lei n.º 47.334/1966. [Em linha]. Disponível em: <https://www.igac.gov.pt/documents/20178/358682/Código+Civil.pdf/2e6b36d8-876b-433c-88c1-5b066aa93991> [Consult. 07 Jun. 2020]

⁸⁴ “Art. 483.º Código Civil português (*Princípio Geral*): 1. Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes pela violação. 2. Só existe obrigação de indemnizar independentemente de culpa nos casos especificados pela lei”. In CÓDIGO Civil Português – Decreto-Lei n.º 47.334/1966. [Em linha]. Disponível em: <https://www.igac.gov.pt/documents/20178/358682/Código+Civil.pdf/2e6b36d8-876b-433c-88c1-5b066aa93991> [Consult. 07 Jun. 2020]

⁸⁵ “Art. 762.º Código Civil português (*Princípio Geral*): 1. O devedor cumpre a obrigação quando realiza a prestação a que está vinculado. 2. No cumprimento da obrigação, assim como no exercício do direito correspondente, devem as partes proceder de boa-fé”. In CÓDIGO Civil Português – Decreto-Lei n.º 47.334/1966. [Em linha]. Disponível em: <https://www.igac.gov.pt/documents/20178/358682/Código+Civil.pdf/2e6b36d8-876b-433c-88c1-5b066aa93991> [Consult. 07 Jun. 2020]

1.2.2. Princípio da função social do contrato

Pelo princípio da função social do contrato os negócios jurídicos devem ser concebidos e interpretados de acordo com as noções do meio social no qual se encontram inseridos, não acarretando onerosidade excessiva ou cenários de injustiça para as partes envolvidas. Garante-se, assim, que haja igualdade entre os sujeitos e equilíbrio das relações, preponderando a situação de um dos contratantes sobre a do outro, valorizando a equidade, a razoabilidade, o bom senso, obstando o enriquecimento sem causa.⁸⁶

O termo “*função social*” deve, também, ser idealizado no sentido de “*finalidade coletiva*”, tendo como principal consequência a mitigação do princípio do *pacta sunt servanda*. Não se deve, então, interpretar as avenças de acordo tão somente com aquilo que fora pactuado pelas partes, mas sim levando em conta a realidade social na qual se encontra inserido.⁸⁷

A ideia de função socioeconômica torna-se um elemento das relações jurídicas, acrescido dos limites estabelecidos pela boa-fé objetiva. Essa representação do contrato não é novidade, pois a própria idealização da constitucionalização do Direito Civil pretende cortar as amarras que ligavam o princípio da autonomia privada com o ideal liberal presente na pós-Revolução Francesa, a qual influenciou a concepção contratual e da propriedade de forma irrestrita. Nesse cenário o contrato era a maneira de circular riquezas daqueles recém-chegados ao poder, e a propriedade representava o objeto dessa riqueza ora transferida.⁸⁸

Após a Revolução Francesa (1789-1799), a Revolução Industrial (1760-1840), a 1.^a e a 2.^a Guerras Mundiais (1914-1918 e 1939-1945), abriu-se espaço para os sistemas constitucionais com vertentes sociais. Foi justamente nesse contexto, e com a intervenção estatal limitadora da autonomia, que se passou a invocar a funcionalidade das situações jurídicas, existenciais e patrimoniais, deslocando-se para relações fundadas na dignidade da pessoa humana com o intuito de criar uma sociedade mais justa e solidária, tendo a ordem econômica baseada na livre iniciativa, porém com a finalidade de proporcionar a todos uma existência digna.⁸⁹

É possível afirmar que o princípio da função social do contrato pode ser classificado quanto a sua eficácia interna e quanto a sua eficácia externa. A eficácia interna ou *inter partes* simboliza o reflexo do princípio sob os sujeitos da relação jurídica; seria uma forma

⁸⁶ TARTUCE, Flávio. **Função social dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002**. p.240

⁸⁷ TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. p.553

⁸⁸ AZEVEDO, Fábio de Oliveira. **Direito civil: introdução e teoria geral**. p.114

⁸⁹ *IDEM*. **Op. Cit.** p.115

de enfatizar uma igualdade verdadeira entre as partes, e não algo meramente formal, também um dever de os contratantes respeitarem a dignidade da pessoa humana. Já a eficácia externa repercute acerca dos “efeitos externos” da relação contratual, quais sejam o elo entre os contratantes e terceiros e vice-versa.⁹⁰

A eficácia do princípio da função social do contrato pode ser encontrada explicitamente no Código Civil brasileiro. Retratando a eficácia interna tem-se os artigos

⁹⁰ *IDEM. Op. Cit.* p.118

108⁹¹, 157⁹², 170⁹³, 187⁹⁴, 317⁹⁵, 406⁹⁶, 413⁹⁷, 423⁹⁸, 424⁹⁹, 478¹⁰⁰ e 2035, parágrafo único¹⁰¹ do Código Civil brasileiro. Enquanto aqueles que se referem à eficácia externa são os artigos 436¹⁰², 437¹⁰³, 438¹⁰⁴, 439¹⁰⁵, 440¹⁰⁶ e 608¹⁰⁷ do Código Civil brasileiro.

⁹¹ “Art. 108 Código Civil brasileiro: Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País”. *In* CÓDIGO Civil Brasileiro - Lei Ordinária n.º 10.406/2002. Diário Oficial da União, Seção I. [Em linha] Ano CXXXIX, nº 8 (11/01/2002), p.1. Disponível em: www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm [Consult. 07 Jun. 2020]

⁹² “Art. 157 Código Civil brasileira: Ocorre lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta”. *In* CÓDIGO Civil Brasileiro - Lei Ordinária n.º 10.406/2002. Diário Oficial da União, Seção I. [Em linha] Ano CXXXIX, nº 8 (11/01/2002), p.1. Disponível em: www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm [Consult. 07 Jun. 2020]

⁹³ “Art. 170 Código Civil brasileiro: Se, porém, o negócio jurídico nulo contiver os requisitos de outro, subsistirá este quando o fim a que visavam as partes permitir supor que o teriam querido, se houvessem previsto a nulidade”. *In* CÓDIGO Civil Brasileiro - Lei Ordinária n.º 10.406/2002. Diário Oficial da União, Seção I. [Em linha] Ano CXXXIX, nº 8 (11/01/2002), p.1. Disponível em: www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm [Consult. 07 Jun. 2020]

⁹⁴ “Art. 187 Código Civil brasileiro: 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”. *In* CÓDIGO Civil Brasileiro - Lei Ordinária n.º 10.406/2002. Diário Oficial da União, Seção I. [Em linha] Ano CXXXIX, nº 8 (11/01/2002), p.1. Disponível em: www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm [Consult. 07 Jun. 2020]

⁹⁵ “Art. 317 Código Civil brasileiro: Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação”. *In* CÓDIGO Civil Brasileiro - Lei Ordinária n.º 10.406/2002. Diário Oficial da União, Seção I. [Em linha] Ano CXXXIX, nº 8 (11/01/2002), p.1. Disponível em: www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm [Consult. 07 Jun. 2020]

⁹⁶ “Art. 406 Código Civil brasileiro: Quando os juros moratórios não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação de lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional”. *In* CÓDIGO Civil Brasileiro - Lei Ordinária n.º 10.406/2002. Diário Oficial da União, Seção I. [Em linha] Ano CXXXIX, nº 8 (11/01/2002), p.1. Disponível em: www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm [Consult. 07 Jun. 2020]

⁹⁷ “Art. 413 Código Civil brasileiro: A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio”. *In* CÓDIGO Civil Brasileiro - Lei Ordinária n.º 10.406/2002. Diário Oficial da União, Seção I. [Em linha] Ano CXXXIX, nº 8 (11/01/2002), p.1. Disponível em: www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm [Consult. 07 Jun. 2020]

⁹⁸ “Art. 423 Código Civil brasileiro: Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente”. *In* CÓDIGO Civil Brasileiro - Lei Ordinária n.º 10.406/2002. Diário Oficial da União, Seção I. [Em linha] Ano CXXXIX, nº 8 (11/01/2002), p.1. Disponível em: www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm [Consult. 07 Jun. 2020]

⁹⁹ “Art. 424 Código Civil brasileiro: Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio”. *In* CÓDIGO Civil Brasileiro - Lei Ordinária n.º 10.406/2002. Diário Oficial da União, Seção I. [Em linha] Ano CXXXIX, nº 8 (11/01/2002), p.1. Disponível em: www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm [Consult. 07 Jun. 2020]

¹⁰⁰ “Art. 478 Código Civil brasileiro: Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data de criação”. *In* CÓDIGO Civil Brasileiro - Lei Ordinária n.º 10.406/2002. Diário Oficial da União, Seção I. [Em linha] Ano CXXXIX, nº 8 (11/01/2002), p.1. Disponível em: www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm [Consult. 07 Jun. 2020]

¹⁰¹ “Art. 2035, parágrafo único Código Civil brasileiro: Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”. *In* CÓDIGO Civil Brasileiro - Lei Ordinária n.º 10.406/2002. Diário Oficial da União, Seção I. [Em linha] Ano CXXXIX, nº 8 (11/01/2002), p.1. Disponível em: www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm [Consult. 07 Jun. 2020]

Pode-se, ainda, dizer que o alcance da função social do contrato pode ser enquadrado sob dois aspectos: um individual e outro público. O aspecto individual é aquele que trata dos contratantes que se valem do que foi pactuado para satisfazer seus próprios interesses. Enquanto o aspecto público é o interesse da coletividade perante aquilo que foi avençado. Aqui, mais uma vez, o objetivo do contrato somente será alcançado quando a sua finalidade for conquistada de forma justa.¹⁰⁸

É oportuno mencionar que o Código Civil brasileiro de 2002 é o único dispositivo que subordina a liberdade de contratar ao princípio da função social do contrato, tratando-se de uma criação brasileira, por isso não é possível encontrá-lo no Código Civil português.¹⁰⁹

¹⁰² “Art. 436 Código Civil brasileiro: O que estipula em favor de terceiro pode exigir o cumprimento da obrigação”. In CÓDIGO Civil Brasileiro - Lei Ordinária n.º 10.406/2002. Diário Oficial da União, Seção I. [Em linha] Ano CXXXIX, n.º 8 (11/01/2002), p.1. Disponível em: www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm [Consult. 07 Jun. 2020]

¹⁰³ “Art. 437 Código Civil brasileiro: Se ao terceiro, em favor de que se faz o contrato, se deixar o direito de reclamar-lhe a execução, não poderá o estipulante exonerar o devedor”. In CÓDIGO Civil Brasileiro - Lei Ordinária n.º 10.406/2002. Diário Oficial da União, Seção I. [Em linha] Ano CXXXIX, n.º 8 (11/01/2002), p.1. Disponível em: www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm [Consult. 07 Jun. 2020]

¹⁰⁴ “Art. 438 Código Civil brasileiro: O estipulante pode reservar-se o direito de substituir o terceiro designado no contrato, independentemente de sua anuência e da do outro contratante”. In CÓDIGO Civil Brasileiro - Lei Ordinária n.º 10.406/2002. Diário Oficial da União, Seção I. [Em linha] Ano CXXXIX, n.º 8 (11/01/2002), p.1. Disponível em: www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm [Consult. 07 Jun. 2020]

¹⁰⁵ “Art. 439 Código Civil brasileiro: Aquele que tiver prometido fato de terceiro responderá por perdas e danos, quando este o não executar”. In CÓDIGO Civil Brasileiro - Lei Ordinária n.º 10.406/2002. Diário Oficial da União, Seção I. [Em linha] Ano CXXXIX, n.º 8 (11/01/2002), p.1. Disponível em: www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm [Consult. 07 Jun. 2020]

¹⁰⁶ “Art. 440 Código Civil brasileiro: Nenhuma obrigação haverá para quem se comprometer por outrem, se este, depois de se ter obrigado, faltar à prestação”. In CÓDIGO Civil Brasileiro - Lei Ordinária n.º 10.406/2002. Diário Oficial da União, Seção I. [Em linha] Ano CXXXIX, n.º 8 (11/01/2002), p.1. Disponível em: www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm [Consult. 07 Jun. 2020]

¹⁰⁷ “Art. 608 Código Civil brasileiro: Aquele que aliciar pessoas obrigadas em contrato escrito a prestar serviço a outrem pagará a este a importância que ao prestador de serviço, pelo ajuste desfeito, houvesse de caber durante dois anos”. In CÓDIGO Civil Brasileiro - Lei Ordinária n.º 10.406/2002. Diário Oficial da União, Seção I. [Em linha] Ano CXXXIX, n.º 8 (11/01/2002), p.1. Disponível em: www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm [Consult. 07 Jun. 2020]

¹⁰⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais**. p.26

¹⁰⁹ TARTUCE, Flávio. **Função social dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002**. p.244

2. Direitos da Personalidade

Os direitos da personalidade são inerentes à pessoa humana, tanto em si mesma quanto em suas projeções na sociedade. Referidos direitos encontram-se previstos no ordenamento jurídico como forma de defesa dos valores inatos do ser humano, tais como a vida, a higidez física, a intimidade, o segredo, o respeito, a honra, a intelectualidade, dentre outros.¹¹⁰

A melhor doutrina considera que os direitos da personalidade nascem com a pessoa consoante sua elaboração física, mental e moral. Tais direitos são dotados de algumas particularidades que lhes outorgam uma posição privilegiada no direito privado, a qual delimita as próprias ações de seu titular. Entretanto, o consentimento pelo titular quanto à sua limitação não descaracteriza o direito de seu exercício, o qual lhe é privativo.¹¹¹

A concepção dos direitos da personalidade baseia-se no entendimento de que, em conjunto com os direitos economicamente valoráveis, são destacáveis de seu titular, tal como a propriedade ou o crédito face a um devedor. Além desses existem outros, não menos valiosos e merecedores de tutela pelo ordenamento jurídico, inerentes à pessoa humana, os quais encontram-se ligados de forma perpétua e permanente.¹¹²

Assim, os direitos da personalidade são uma categoria de direitos subjetivos existenciais e absolutos decorrentes do princípio da dignidade da pessoa humana. Esse princípio caracteriza-se pela humanização do Direito, com a inserção do ser humano no centro do ordenamento jurídico, dividindo os conceitos de *pessoa* e de *ser humano*. Todos os conceitos jurídicos, inclusive aqueles consequentes da personalidade, surgiram para respeitar o *standard* constitucional e proteger a pessoa humana tão somente pela sua natureza e impondo ao Estado deveres negativos e, aos particulares, deveres positivos que possibilitem a proteção desses direitos por meios materiais e morais para o desenvolvimento dos atributos de ser humano.¹¹³

Quando os direitos da personalidade são colocados na perspectiva de relacionamento com o Estado e reconhecidos pelo ordenamento jurídico constitucional recebem a denominação de “Direitos Fundamentais”, o que mostra a necessidade de interação do Direito Civil com o Direito Constitucional. O Direito Civil Constitucional, decorrente do *neoconstitucionalismo*, baseia-se numa visão unitária do ordenamento jurídico que procura analisar os institutos de direito privado à luz do Direito Constitucional e, ocasionalmente, a

¹¹⁰ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. p.29

¹¹¹ *IDEM*. **Op. Cit.** p.35

¹¹² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: parte geral**. p.189

¹¹³ AZEVEDO, Fábio de Oliveira. **Direito civil: introdução e teoria geral**. p.196

interpretação de mecanismos constitucionais a partir do Código Civil e demais legislações infraconstitucionais.¹¹⁴

A eficácia horizontal dos direitos fundamentais é o que torna possível a aplicação do Direito Civil Constitucional. Essa visão horizontal funciona como o reconhecimento da existência e aplicabilidade de direitos que protegem a pessoa humana nas relações privadas. Afirma-se, então, que as normas constitucionais que protegem referidos direitos possuem aplicação imediata.¹¹⁵

2.1. Direitos da Personalidade e Direitos Fundamentais

Diferentemente dos direitos fundamentais, os direitos da personalidade tiveram seu reconhecimento pela doutrina, tanto brasileira quanto portuguesa, e pela jurisprudência há pouco tempo. E sua denominação apresenta-se como a mais adequada devido aos elementos que os definem, sua ligação com a personalidade em si e incidência sobre os bens da personalidade.¹¹⁶

Muitos direitos da personalidade também são considerados direitos fundamentais, porém a afirmação inversa não é verdadeira. Os direitos da personalidade são formados por direitos de estado, direitos sobre a própria pessoa, direitos distintivos da personalidade e muitos outros, incluídos os direitos de liberdade. A doutrina tradicional afastava os direitos da personalidade dos direitos fundamentais políticos e os direitos à prestação por não serem considerados atinentes à pessoa como indivíduo. Entretanto, atualmente, devido à correlação entre os institutos positivos e negativos do cidadão e em decorrência da criação de um direito geral da personalidade como um “direito à pessoa ser e à pessoa dever”, torna-se cada vez mais usual os direitos fundamentais vistos como direitos da personalidade e vice-versa.¹¹⁷

Não se pode olvidar que os direitos fundamentais possuem, muitas vezes, estrutura de princípios, ou seja, são mandamentos de otimização. Em um sistema no qual há o comprometimento com valores constitucionais será frequente a ocorrência de colisão de princípios gerando restrições recíprocas entre os valores tutelados. Nesses casos será possível falar em relativização de princípios, ou mesmo de direitos fundamentais, devendo prevalecer aqueles com peso maior, decidindo-se pela técnica da ponderação. Referida

¹¹⁴ TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. p.51

¹¹⁵ *IDEM. Op. Cit.* p.53

¹¹⁶ FERNANDES, Luís Alberto Carvalho. **Teoria geral do direito civil. Vol. I**. p.227

¹¹⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. p.396

técnica consiste na solução de um caso concreto de acordo com a máxima da proporcionalidade, a qual deverá ser calcada em uma argumentação jurídica sólida e objetiva, de forma clara e definida a predileção em relação aos valores constitucionais em questão.¹¹⁸

Os direitos fundamentais como conhecidos nos dias de hoje são divididos tradicionalmente em três gerações. A primeira geração originou-se nos Estados Liberais, onde houve a sua positivação com o intuito de garantir a maior autonomia do cidadão com menor interferência estatal. O Estado passou a ter um dever de abstenção, proporcionando aos cidadãos maior liberdade política e económica.¹¹⁹

Entretanto, foi somente após a 2.^a Guerra Mundial que os direitos fundamentais tomaram maior importância. Surgiu, assim, a segunda geração desses direitos juntamente com o desenvolvimento do Estado Social. Nessa época muitos dos direitos fundamentais decorrentes do Estado Liberal foram mantidos, porém foram também incluídos direitos relativos ao âmbito social com a positivação de direitos relativos à igualdade, saúde, educação e segurança social, além da limitação do direito de defesa estatal face à coletividade.¹²⁰

Quando o Estado Social entrou em crise pela incapacidade de gerir as enormes demandas financeiras para a prestação satisfatória de todos os direitos económicos e sociais que deveriam ser providos pelo Estado surgiu a terceira geração dos direitos fundamentais juntamente do Estado Pós-Social. Agora os direitos fundamentais, considerados “pós-modernistas”, englobam a proteção ao meio ambiente, das pessoas frente à bioética, defesa às minorias, dentre outros.¹²¹

Já os direitos da personalidade somente passaram a ser timidamente reconhecidos após a 2.^a Guerra Mundial e, ainda hoje, sofrem questionamentos acerca da sua existência. Há duas teorias que tratam do tema: teoria negativista e teoria positivista. Pela teoria negativista afirma-se não ser possível a elaboração de um direito subjetivo que tenha por objeto a própria pessoa humana, a qual poderia tão somente ser titular de direitos e não objeto deles. Essa teoria baseia-se na ideia de que os direitos da personalidade não seriam de titularidade dos seres humanos, limitando a ordem jurídica a repreender os atentados às pessoas por contrariarem a ordem pública e não porque a titularidade dos direitos da personalidade fossem das pessoas.¹²²

¹¹⁸ TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. p.88

¹¹⁹ GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Manual de direito constitucional: introdução, parte geral e parte especial**. p.188

¹²⁰ *IDEM. Op. Cit.* p.209

¹²¹ *IDEM. Op. Cit.* p.213

¹²² AZEVEDO, Fábio de Oliveira. **Direito civil: introdução e teoria geral**. p.192

Enquanto a teoria positivista afirma a existência de uma categoria própria de direitos da personalidade rechaçando o que defende a teoria negativista. Esse posicionamento defende que o ser humano deve sempre ocupar subjetivamente o centro das relações jurídicas, seja como sujeito ativo ou sujeito passivo, não podendo ser considerado um objeto. O titular do direito da personalidade é sujeito ativo de um direito subjetivo, ao mesmo tempo que o sujeito passivo é oponente *erga omnes* por se tratar de toda a coletividade, a qual se impõe e de quem se exige um dever geral de abstenção e respeito aos direitos da personalidade de seu titular. Englobando, assim, os atributos do ser humano e alcançando os bens jurídicos essenciais ao seu pleno desenvolvimento.¹²³

Brasil e Portugal adotam a teoria positivista ao reconhecer em seu ordenamento jurídico a existência de direitos da personalidade como institutos independentes, como é possível constatar pelas Constituições de ambos os países, assim como nos dois Códigos Civis.

No que tange à legislação brasileira, já no artigo 1.º da Constituição da República Federativa do Brasil¹²⁴ é possível encontrar menção à dignidade da pessoa humana. Enquanto os artigos 11 a 21 do Código Civil brasileiro¹²⁵ formam um capítulo inteiro destinado aos direitos da personalidade.

¹²³ AZEVEDO, Fábio de Oliveira. **Direito civil: introdução e teoria geral**. p.193

¹²⁴ “Art. 1.º Constituição da República Federativa do Brasil: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político”. In CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil. Diário Oficial da União, Seção I.

¹²⁵ “Art. 11 Código Civil brasileiro: Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”. In CÓDIGO Civil Brasileiro - Lei Ordinária n.º 10.406/2002. Diário Oficial da União, Seção I. [Em linha] Ano CXXXIX, nº 8 (11/01/2002), p.1. Disponível em: www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm [Consult. 07 Jun. 2020]

“Art. 12 Código Civil brasileiro: Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. Parágrafo Único: Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau”. In CÓDIGO Civil Brasileiro - Lei Ordinária n.º 10.406/2002. Diário Oficial da União, Seção I. [Em linha] Ano CXXXIX, nº 8 (11/01/2002), p.1. Disponível em: www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm [Consult. 07 Jun. 2020]

“Art. 13 Código Civil brasileiro: Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes. Parágrafo Único: O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial”. In CÓDIGO Civil Brasileiro - Lei Ordinária n.º 10.406/2002. Diário Oficial da União, Seção I. [Em linha] Ano CXXXIX, nº 8 (11/01/2002), p.1. Disponível em: www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm [Consult. 07 Jun. 2020]

“Art. 14 Código Civil brasileiro: É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte. Parágrafo Único: O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo”. In CÓDIGO Civil Brasileiro - Lei Ordinária n.º 10.406/2002. Diário Oficial da União, Seção I. [Em linha] Ano CXXXIX, nº 8 (11/01/2002), p.1. Disponível em: www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm [Consult. 07 Jun. 2020]

“Art. 15 Código Civil brasileiro: Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”. In CÓDIGO Civil Brasileiro - Lei Ordinária n.º 10.406/2002.

Já no ordenamento jurídico português é possível encontrar menção à dignidade da pessoa humana também no artigo 1.º da Constituição da República Portuguesa.¹²⁶ Diferentemente do Código Civil brasileiro, que separa um capítulo para os direitos da

Diário Oficial da União, Secção I. [Em linha] Ano CXXXIX, nº 8 (11/01/2002), p.1. Disponível em: www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm [Consult. 07 Jun. 2020]

“Art. 16 Código Civil brasileiro: Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome”. *In* CÓDIGO Civil Brasileiro - Lei Ordinária n.º 10.406/2002. Diário Oficial da União, Secção I. [Em linha] Ano CXXXIX, nº 8 (11/01/2002), p.1. Disponível em: www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm [Consult. 07 Jun. 2020]

“Art. 17 Código Civil brasileiro: O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória”. *In* CÓDIGO Civil Brasileiro - Lei Ordinária n.º 10.406/2002. Diário Oficial da União, Secção I. [Em linha] Ano CXXXIX, nº 8 (11/01/2002), p.1. Disponível em: www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm [Consult. 07 Jun. 2020]

“Art. 18 Código Civil brasileiro: Sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial”. *In* CÓDIGO Civil Brasileiro - Lei Ordinária n.º 10.406/2002. Diário Oficial da União, Secção I. [Em linha] Ano CXXXIX, nº 8 (11/01/2002), p.1. Disponível em: www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm [Consult. 07 Jun. 2020]

“Art. 19 Código Civil brasileiro: O pseudônimo adotado para atividades lícitas goza da proteção que se dá ao nome”. *In* CÓDIGO Civil Brasileiro - Lei Ordinária n.º 10.406/2002. Diário Oficial da União, Secção I. [Em linha] Ano CXXXIX, nº 8 (11/01/2002), p.1. Disponível em: www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm [Consult. 07 Jun. 2020]

“Art. 20 Código Civil brasileiro: Salvo as autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se destinarem a fins comerciais. Parágrafo Único: Em se tratando de morto ou ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes”. *In* CÓDIGO Civil Brasileiro - Lei Ordinária n.º 10.406/2002. Diário Oficial da União, Secção I. [Em linha] Ano CXXXIX, nº 8 (11/01/2002), p.1. Disponível em: www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm [Consult. 07 Jun. 2020]

“Art. 21 Código Civil brasileiro: A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”. *In* CÓDIGO Civil Brasileiro - Lei Ordinária n.º 10.406/2002. Diário Oficial da União, Secção I. [Em linha] Ano CXXXIX, nº 8 (11/01/2002), p.1. Disponível em: www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm [Consult. 07 Jun. 2020]

¹²⁶ “Art. 1.º Constituição da República Portuguesa: Portugal é uma república soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”. *In* CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa. [Em linha]. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/PAGINAS/CONSTITUICAOREPUBLICAPORTUGUESA.ASPX> [Consult. 07 Jun. 2020]

personalidade, o Código Civil português traz somente quatro artigos que tutelam os direitos da personalidade de forma específica, são eles: artigos 27.^{o127}, 70.^{o128}, 71.^{o129} e 81.^{o130}.

2.2. Características dos Direitos da Personalidade

A positivação dos direitos da personalidade os apresenta como direitos absolutos por tratarem da proteção eficaz à pessoa humana e por terem como objeto seus bens mais relevantes. Por esse motivo o ordenamento jurídico não pode permitir que seu autor simplesmente se prive deles, assim são desde o início direitos intransmissíveis e indispensáveis, pertencendo à pessoa desde o seu nascimento.¹³¹

De acordo com suas características gerais e principiológica os direitos da personalidade são inatos, absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios, necessários, dentre outros aspetos. Esses direitos se sobressaem ao ordenamento jurídico por serem naturais à natureza humana e intimamente ligados a esta.¹³²

Os direitos da personalidade são considerados inatos porque nascem com a personalidade jurídica do sujeito. Entretanto, apesar de existirem direitos da personalidade

¹²⁷ “Art. 27.º Código Civil português (*Direitos da personalidade*): 1. Aos direitos de personalidade, no que respeita à sua existência e tutela e às restrições impostas ao seu exercício, é também aplicável a lei pessoal. 2. O estrangeiro ou apátrida não goza, porém, de qualquer forma de tutela jurídica que não seja reconhecida na lei portuguesa”. In CÓDIGO Civil Português – Decreto-Lei n.º 47.334/1966. [Em linha]. Disponível em: <https://www.igac.gov.pt/documents/20178/358682/Código+Civil.pdf/2e6b36d8-876b-433c-88c1-5b066aa93991> [Consult. 07 Jun. 2020]

¹²⁸ “Art. 70.º Código Civil português (*Tutela geral da personalidade*): 1. A lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral. 2. Independentemente da responsabilidade civil a que haja lugar, a pessoa ameaçada ou ofendida pode requerer as providências adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida”. In CÓDIGO Civil Português – Decreto-Lei n.º 47.334/1966. [Em linha]. Disponível em: <https://www.igac.gov.pt/documents/20178/358682/Código+Civil.pdf/2e6b36d8-876b-433c-88c1-5b066aa93991> [Consult. 07 Jun. 2020]

¹²⁹ “Art. 71.º Código Civil português (*Ofensa a pessoas já falecidas*): 1. Os direitos de personalidade gozam igualmente de proteção depois da morte do respetivo titular. 2. Tem legitimidade, neste caso, para requerer as providências previstas no n.º 2 do artigo anterior o cônjuge sobrevivente ou qualquer descendente, ascendente, irmão, sobrinho ou herdeiro do falecido. 3. Se a ilicitude da ofensa resultar da falta de consentimento, só as pessoas que o deveriam prestar têm legitimidade, conjunta ou separadamente, para requerer as providências a que o número anterior se refere”. In CÓDIGO Civil Português – Decreto-Lei n.º 47.334/1966. [Em linha]. Disponível em: <https://www.igac.gov.pt/documents/20178/358682/Código+Civil.pdf/2e6b36d8-876b-433c-88c1-5b066aa93991> [Consult. 07 Jun. 2020]

¹³⁰ “Art. 81.º Código Civil português (*Limitação voluntária dos direitos da personalidade*): 1. Toda a limitação voluntária ao exercício dos direitos de personalidade é nula, se for contrária aos princípios de ordem pública. 2. A limitação voluntária, quando legal, é sempre revogável, ainda que com obrigação de indemnizar os prejuízos causados às legítimas expectativas da outra parte”. In CÓDIGO Civil Português – Decreto-Lei n.º 47.334/1966. [Em linha]. Disponível em: <https://www.igac.gov.pt/documents/20178/358682/Código+Civil.pdf/2e6b36d8-876b-433c-88c1-5b066aa93991> [Consult. 07 Jun. 2020]

¹³¹ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. p.43

¹³² *IDEM. Ibidem.*

realmente inatos, tais como a vida e a integridade física, outros podem vir a ser adquiridos no decorrer da vida da pessoa, tal como o direito do autor.¹³³

O caráter absoluto dos direitos da personalidade está diretamente ligado à sua oponibilidade *erga omnes* ou universal, devendo ser respeitado por todos. Dessa forma, de acordo com a corrente doutrinária tradicional os direitos subjetivos que comportem sujeito passivo determinado ou determinável são relativos, ao passo que os direitos subjetivos com sujeito passivo indeterminado são absolutos.¹³⁴

A extrapatrimonialidade dos direitos da personalidade se refere à impossibilidade de avaliação econômica de tais direitos, ou seja, estes não são suscetíveis a quantificação pecuniária. Justamente dessa característica surgem questionamentos acerca da indenização decorrente de danos morais, uma vez que a indenização é uma compensação financeira na tentativa de reestabelecer a situação anterior ao dano, porém tal questão será tratada no próximo tópico.¹³⁵

Os direitos da personalidade são, ainda, intransmissíveis, seja *inter vivos* ou *causa mortis*, embora seja possível uma disposição relativa dos mesmos. Assim, alguns atributos dos direitos da personalidade permitem a cessão de uso, tal como o direito de imagem, a qual poderá ser explorada mediante uma compensação financeira. O direito de autor também pode ser cedido. Diante do interesse negocial e de expansão tecnológica esse direito pode entrar no comércio jurídico sem perder seus elementos intrínsecos.¹³⁶

Outra característica relevante é a imprescritibilidade dos direitos da personalidade, os quais não deixam de existir pelo seu não uso, pelo decurso do tempo ou pela inércia do autor na pretensão de defendê-los. Dessa forma, existem discussões acerca dos prazos prescricionais para a reparação dos danos decorrentes das agressões aos direitos da personalidade, pois enquanto que os direitos da personalidade são extrapatrimoniais e, por isso, imprescritíveis, a busca pela compensação da violação desses direitos é patrimonial, assim prescritíveis.¹³⁷

Por se tratarem de direitos inerentes à pessoa humana e dela serem indissociáveis, por essa razão indisponíveis e, conseqüentemente, impenhoráveis. Desse modo, a constrição dos direitos da personalidade não é absoluta, sendo admissível seu uso cedido com fins comerciais de alguns direitos, tais como o direito de autor e o direito de imagem, mediante

¹³³ AZEVEDO, Fábio de Oliveira. **Direito civil: introdução e teoria geral**. p.210

¹³⁴ *IDEM. Op. Cit.* p.209

¹³⁵ *IDEM. Op. Cit.* p.217

¹³⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: parte geral**. p.192

¹³⁷ AZEVEDO, Fábio de Oliveira. **Direito civil: introdução e teoria geral**. p.224

recompensa financeira. Assim, os direitos patrimoniais decorrentes da cessão podem ser penhorados.¹³⁸

Finalmente, a vitaliciedade, outra característica dos direitos da personalidade, trata da duração desses direitos. Contudo, esses direitos não poderão ser transmitidos a terceiros e por isso os direitos da personalidade desaparecem com a morte. Porém a legitimidade para se exigir a indenização decorrente de danos causados a pessoas já falecidas é transmitida aos seus herdeiros.¹³⁹

2.3. Tutela dos Direitos da Personalidade

A tutela é o amparo conferido às partes do processo. Enquanto será jurisdicional o suporte conferido mediante a jurisdição para que o sujeito seja favorecido na sua pretensão com a situação mais proveitosa do que aquela em que se encontrava. Seja na sua realidade de vida ou em sua relação com as coisas ou com outras pessoas.¹⁴⁰

A manifestação de tutela jurisdicional da forma que é apresentada aos sujeitos permite-nos elucidar que ela poderá ser concedida a qualquer das partes, seja autor ou réu, de acordo com o caso concreto. Então, a tutela jurisdicional será inserida no sistema de proteção ao ser humano em relação a determinados valores, não se confundindo com o serviço prestado pelos juízes no exercício da função estatal, não se misturando a jurisdição. A tutela é o fruto do processo em que a atividade estatal é exercida, não se encontrando em si como ato processual, mas sim nos efeitos produzidos para além do processo, seja nas relações entre as pessoas, seja entre estas e os bens da vida tutelados.¹⁴¹

Quanto aos direitos da personalidade, estes podem ser tutelados pelo ordenamento jurídico por diferentes prismas, seja constitucional, civil ou penal, em função dos aspetos que foram atingidos. Na perspectiva constitucional, já que os direitos da personalidade são comparados aos direitos fundamentais, a estes será conferida a mesma proteção que aquela realizada à dignidade da pessoa humana. Na esfera civil a proteção se dá por meio de instrumentos de preservação da pessoa no âmbito de sua vida privada contra a agressão realizada por particulares e no amparo de seus interesses íntimos dentro de sua liberdade de autonomia. Por fim, no plano penal as figuras tuteladas são aquelas arroladas no Código

¹³⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: parte geral**. p.194

¹³⁹ AZEVEDO, Fábio de Oliveira. **Direito civil: introdução e teoria geral**. p.210

¹⁴⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel e LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria Geral do Novo Processo**. p.23

¹⁴¹ *IDEM. Ibidem.*

Penal, as quais incluem tutelas repressivas face aos atentados cometidos por outras pessoas.¹⁴²

Qualquer violação aos direitos da personalidade ocasionará a responsabilidade extracontratual do agente em decorrência da prática do ato ilícito. O direito subjetivo pela reparação é guiado pelos preceitos constitucionais, pois a responsabilidade pelo atentado aos direitos da personalidade não se encerra no âmbito do Direito Civil. Além do próprio ofendido poderão requerer a tutela estatal para a reparação do dano seus herdeiros, seu cônjuge e os colaterais, desde que provados o nexo de causalidade, o prejuízo e a culpa, quando esta não for hipótese de culpa presumida ou responsabilidade que independa de culpa.¹⁴³

Lembrando que no ano de 2018 o Supremo Tribunal Federal julgou em sede de repercussão geral a igualdade do companheiro e do cônjuge nos direitos sucessórios pelo RE 878.694/MG.¹⁴⁴ Assim, de acordo com a atual jurisprudência brasileira, o companheiro também tem legitimidade para ingressar com ação de indenização por danos morais decorrentes de insulto aos direitos da personalidade.

Já no ordenamento jurídico português a legitimidade para propor ação de indenização no caso de reparação de agressão aos direitos da personalidade caberá ao cônjuge não separado judicialmente de pessoas e bens e aos filhos ou outros descendentes, aos pais ou outros ascendentes, aos irmãos, sobrinhos ou aqueles que os representem.¹⁴⁵

Nota-se, ainda, que o dano moral não pode ser compreendido como dor, humilhação ou qualquer outro sofrimento acarretado a uma pessoa causados por um dano injusto. Tais sentimentos podem, tão somente, atestar a existência de alguma ofensa à dignidade do ofendido que permitiria a caracterização do dano moral, sendo unicamente um efeito deste. Logo, a caracterização do dano encontra-se vinculada ao dano causado injustamente ao sujeito em grau que possibilite sua distinção dos meros dissabores decorrentes da vida em sociedade.¹⁴⁶

¹⁴² BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. p.87

¹⁴³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: parte geral**. p.198

¹⁴⁴ BARROSO, Luis Roberto relat. – Acórdão do Supremo Tribunal Federal – RE 878.694/MG, de 16 de Abril de 2015 [Em linha] [Consult. 25 Jun. 2019]. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8493791>

Ementa: **DIREITO DA SUCESSÕES. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DISPOSITIVOS DO CÓDIGO CIVIL QUE PREVEEM DIREITOS DISTINTOS AO CÔNJUGE E AO COMPANHEIRO. ATRIBUIÇÃO DE REPERCUSSÃO GERAL.**

1. Possui caráter constitucional a controvérsia acerca da validade do artigo 1.790 do Código Civil, que prevê ao companheiro direitos sucessórios distintos daqueles outorgados ao cônjuge pelo art. 1.829 do mesmo Código.

2. Questão de relevância social e jurídica que ultrapassa os interesses subjetivos da causa.

3. Repercussão geral conhecida.

¹⁴⁵ AZEVEDO, Fábio de Oliveira. **Direito civil: introdução e teoria geral**. p.212

¹⁴⁶ *IDEM*. **Op. Cit.** p.218

2.4. Jurisprudência Acerca dos Direitos da Personalidade nos Tribunais Superiores do Brasil e de Portugal

2.4.1. Supremo Tribunal de Justiça

O Supremo Tribunal de Justiça foi criado durante a Guerra Civil ocorrida na década de 30 do século XIX. A nomeação de seus primeiros juizes se deu no ano de 1833. Com a implantação da República em 1910 e a seguinte promulgação da Constituição Política da República Portuguesa em 1911 confirma-se a independência da Justiça, reservando ao Congresso da República a sua organização. O poder judicial, consagrado como um dos órgãos de soberania nacional, é constituído pelo Superior Tribunal de Justiça e pelos tribunais de primeira e de segunda instâncias.¹⁴⁷

Com o Estado Novo e a promulgação da Constituição de 1933 houve a reafirmação dos tribunais como órgãos da soberania do Estado e a elevação do Supremo Tribunal de Justiça a um tribunal ordinário composto por juizes vitalícios, inamovíveis e irresponsáveis.¹⁴⁸

O Supremo Tribunal de Justiça, órgão máximo da Justiça portuguesa, tutela e reconhece em sua jurisprudência os direitos de personalidade em diversos de seus julgados. Aqueles analisados para o presente trabalho tratam especificamente de colisão de direitos de personalidade.

No primeiro caso analisado, sob número 4964/14.9T8SNT.L1.S3¹⁴⁹, uma senhora com problemas de depressão, no qual o tratamento consistia em repouso, habitava em cima

¹⁴⁷ Supremo Tribunal de Justiça. [Em linha]. [Consult. 03 Jul. 2019]. Disponível em: https://www.stj.pt/?page_id=10085.

¹⁴⁸ Supremo Tribunal de Justiça. [Em linha]. [Consult. 03 Jul. 2019]. Disponível em: https://www.stj.pt/?page_id=10085.

¹⁴⁹ GONÇALVES, Pedro de Lima relat. – Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça com número o 4964/14.9T8SNT.L1.S3 de 19 de Setembro de 2018. [Em linha]. [Consult. 17 Jul. 2019]. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/00abbc446417d50180258314004d0163?OpenDocument>.

Processo: 4964/14.9T8SNT.L1.S3

Número Convencional: 1.ª Secção

Relator: Pedro de Lima Gonçalves

DIREITO À INTEGRIDADE FÍSICA

DIREITO À QUALIDADE DE VIDA

INICIATIVA PRIVADA

RUÍDO

REPOUSO

COLISÃO DE DIREITOS

PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

DIREITOS DE PERSONALIDADE

Data do Acórdão: 09/18/2018

Votação: Unânime

de uma lavandaria, configurando um questionamento acerca do direito da autora à integridade física e moral e a um ambiente de vida sadio e ao direito da ré ao desenvolvimento de sua atividade económica. A questão foi resolvida de acordo com o princípio da concordância prática consagrado na Constituição da República Portuguesa levando em consideração os princípios da proporcionalidade e da intensidade e relevância da lesão da personalidade. Houve, ainda, a ponderação do incómodo causado, o que impossibilitaria a autora de descansar no horário de funcionamento da lavandaria, o que contribuiria para a piora de seu estado de saúde. Como a autora possui uma casa secundária para onde poderia se mudar durante o período de tratamento foi decidido que a lavandaria poderia funcionar abrindo uma hora mais tarde do que de costume e fechando uma hora mais cedo.

No caso decorrente do processo sob número 1064/12.0TVPRT.L1.S1¹⁵⁰, uma questão muito relevante nos dias atuais foi apontada, qual seja a liberdade de expressão e

DIREITO CIVIL – RELAÇÕES JURÍDICAS / PESSOAS / PESSOAS SINGULARES / DIREITOS DE PERSONALIDADE / EXERCÍCIO DA TUTELA DOS DIREITOS / COLISÃO DE DIREITOS.

DIREITO CONSTITUCIONAL – DIREITOS E DEVERES FUNDAMENTAIS / DIREITOS E DEVERES ECONÓMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS.

DIREITO PROCESSUAL CIVIL – PROCESSO DE DECLARAÇÃO / SENTENÇA / VÍCIOS E REFORMA DA SENTENÇA / RECURSOS.

I. O ruído provocado pela laboração de uma lavandaria pela ré, instalada no rés-do-chão, no estado de saúde da autora, a residir no 1.º andar do mesmo prédio, configura um conflito de direitos: o direito da autora à integridade física e moral e a um ambiente de vida sadio – arts. 25.º e 26.º, n.º 1, ambos da CRP, e 70.º do CC – e o direito da ré a desenvolver a sua atividade económica – art. 61.º da CRP.

II. A colisão de direitos, ainda que de diferente natureza, deve ser resolvida pelo princípio da concordância prática consagrado no art. 18.º, n.º 2, da CRP, o que demanda uma ponderação judicial casuística, com consideração também no princípio da proporcionalidade e da intensidade e relevância da lesão da personalidade.

III – Na consideração de que (i) os barulhos provocados são incómodos e impossibilitam a autora de descansar no período de funcionamento da lavandaria (entre as 8 e as 21 horas) e (ii) contribuem para o agravamento de síndrome depressiva da autora, com terapêutica de descanso; que (iii) a autora tem uma residência secundária e (iv) a ré exerce a atividade no local há vários anos, na harmonização dos dois direitos, mostra-se equilibrada a decisão de limitar a laboração da lavandaria ao período diário compreendido entre as 09 e as 19 horas.

¹⁵⁰ TRINDADE, João relat. – Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça com o número 1064/12.0TVPRT.L1.S1 de 03 de Março de 2017. [Em linha]. [Consult. 17 Jul 2019]. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/196321235602295a802580f4003b4d70?OpenDocument>.

Processo: 1064/12.0TVPRT.L1.S1

Número Convencional: 2.ª Secção

Relator: João Trindade

DIREITO À HONRA

DIREITO AO BOM NOME

LIBERDADE DE EXPRESSÃO

LIBERDADE DE INFORMAÇÃO

LIBERDADE DE IMPRENSA

COLISÃO DE DIREITOS

JORNAL

DIREITOS DE PERSONALIDADE

DIREITOS FUNDAMENTAIS

ILICITUDE

PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

PRINCÍPIO DA NECESSIDADE

de informação. Não se pode olvidar que existe interesse público na divulgação de determinadas informações, entretanto deve haver alguma limitação para que se protejam os demais direitos fundamentais e de personalidade existentes. Esse julgado mostra que a prevalência do direito de informação somente poderá ocorrer na medida em que haja suavização da identificação das partes envolvidas. Assim, ao verificar a ilicitude dos fatos apontados o juiz deve considerar o princípio da unidade jurídica e somente após considerar a ponderação de valores no caso concreto, após inseridas na titularidade dos direitos subjetivos e no cumprimento dos deveres jurídicos. Assim, a solução dos conflitos entre a liberdade de expressão e de informação e o direito à honra deve passar pela sua harmonização ou prevalência ao ser superado o princípio da proporcionalidade.

A jurisprudência analisada sob número 24412/02.6TVLLSB.L1.S1¹⁵¹ também aponta um conflito de direitos decorrentes da liberdade de expressão, a qual segundo o

PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO

Data do Acórdão: 03/03/2017

Votação: Unanimidade

DIREITO CIVIL – RELAÇÕES JURÍDICAS / PESSOAS SINGULARES / DIREITOS DE PERSONALIDADE

DIREITO DA COMUNICAÇÃO SOCIAL – DIREITOS FUNDAMENTAIS E A COMUNICAÇÃO SOCIAL

DIREITO PROCESSUAL CIVIL – PROCESSO DE DECLARAÇÃO (NULIDADES) / RECURSOS

I – No âmbito da violação de direitos da personalidade, como o direito à honra e ao bom nome, para além de se colocarem problemas de colisão com outros direitos fundamentais, o juízo sobre a ilicitude deve ter em conta o princípio da unidade jurídica e daí que nas causas de justificação da ilicitude se imponha considerar o princípio da ponderação dos valores conflituantes na situação concreta, quando inseridos na titularidade de direitos subjetivos e no cumprimento de deveres jurídicos.

II – A solução dos conflitos entre a liberdade de expressão e informação e o direito à honra passa pela sua harmonização ou pela prevalência a dar a um ou a outro, com recurso aos princípios da proporcionalidade, da necessidade e da adequação às circunstâncias do caso concreto.

III – Existindo verdadeiro “interesse público” (e não meramente um “interesse do público”) em que a comunidade seja informada sobre certas matérias, o dever de informação prevalece sobre a discricção imposta pelos interesses pessoais; porém a divulgação só justificará a ofensa dos direitos de personalidade fundamentais na medida em que da mesma sobressaia o referido interesse, esbatendo-se a identificação das pessoas envolvidas.

¹⁵¹ VICTOR, Távora relat. – Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça com o número 24412/02.6TVLLSB.L1.S1 de 29 de Janeiro de 2015. [Em linha]. [Consult. 17 Jul. 2019]. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/3a22d301e927d40480257ddc0052ad09?OpenDocument>.

Processo: 24412/02.6TVLLSB.L1.S1

Número Convencional: 7.ª Secção

Relator: Távora Victor

LIBERDADE DE EXPRESSÃO

DIREITOS DE PERSONALIDADE

DIREITO À HONRA

LIBERDADE DE IMPRENSA

ABUSO DE LIBERDADE DE IMPRENSA

RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL

OFENSA AO CRÉDITO OU AO BOM NOME

DEVER DE DILIGÊNCIA

FIGURA PÚBLICA

JUIZ

MEIO DE COMUNICAÇÃO SOCIAL

DIREITO DE CRÍTICA

próprio acórdão, é um direito da personalidade e um fundamento bastante importante do Estado de Direito; contudo a sua colisão com o direito à honra deve ser harmonizada para que ambos possam ser exercidos de forma satisfatória. Dessa forma, o abuso da liberdade de expressão cometido pela imprensa gera responsabilidade civil extracontratual, pouco importando se o fato ora divulgado seja falso ou verdadeiro. Basta que a notícia gere prejuízo ao indivíduo, seja pessoa singular ou jurídica, e a situação é agravada quando se tratar de uma pessoa pública, aqui um juiz de direito envolvido em um caso de acentuado relevo social. Assim, a liberdade de expressão e a liberdade de imprensa são inatas, porém deve haver rigor e objetividade nas informações prestadas, sob pena de responsabilização.

Data do Acórdão: 01/29/2015

Votação: Unanimidade

DIREITO CIVIL – RELAÇÕES JURÍDICAS / PESSOAS SINGULARES / DIREITOS DE PERSONALIDADE

DIREITO CONSTITUCIONAL – DIREITOS, LIBERDADES E GARANTIAS

DIREITO DA COMUNICAÇÃO SOCIAL – REGIME CONSTITUCIONAL DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO SOCIAL / DIREITOS FUNDAMENTAIS E A COMUNICAÇÃO SOCIAL

I – A liberdade de expressão do pensamento é um direito de personalidade que constitui um dos pilares fundamentais do Estado de Direito, importando, todavia e porque o seu exercício pode colidir com direitos antinômicos (como seja o direito à honra) e não menos relevantes, que o ordenamento jurídico disponha de mecanismos (inclusive, a compressão de um dos direitos colidentes) que assegurem uma exercitação harmónica dos mesmos.

II – O abuso de liberdade de expressão cometido através da imprensa é fonte de responsabilidade civil extracontratual, contanto que se verifiquem os pressupostos enunciados no art. 483.º do CC, sendo que, nessa ponderação, há que ter em conta o circunstancialismo em que decorreram os factos, bem como a qualidade dos intervenientes na qualidade dos visados.

III – Face ao disposto no art. 484.º do CC é, por vezes, irrelevante que o facto divulgado seja falso (o que não significa, contudo, que uma notícia falsa seja tratada do mesmo modo, em termos indemnizatórios, que uma notícia verdadeira), bastando a sua idoneidade para afetar o crédito ou o bom nome de uma pessoa singular ou coletiva.

IV – Ao emitente da notícia é vedada a divulgação imponderada de factos ou a divulgação de factos que não pode razoavelmente comprovar (sob pena de se favorecerem atropelos a uma informação séria), sendo, contudo, razoável a aceitação de sua verosimilhança desde que tome as providências razoáveis na análise do conteúdo e das fontes dos factos e não extrapole com comentários abusivos.

V – Quando esteja em causa uma figura pública – como é o caso de um juiz, sobretudo se estiver envolvido em casos de acentuado relevo social –, a tutela da honra tem de tomar em consideração o seu comportamento, dado que, pela escolha profissional que assumiram, as pessoas que se integram nesta categoria estão sujeitas a uma maior curiosidade por parte dos meios de comunicação social que procuram novos factos e argumentos para elucidar as suas audiências, sendo que, nessas hipóteses, bem se compreende que somente os casos que comportam nítida ofensa da dignidade devem merecer censura.

VI – À liberdade de expressão e à liberdade de imprensa são conaturais, por parte do difusor dos factos, o dever de objetividade e rigor na informação prestada, pelo que a falta da observância dos mesmos integra a violação do disposto no art. 26.º, n.º 1, da CRP e do art. 484.º do CC, sendo a licitude delimitada pela necessidade de a crítica se manter dentro do confronto de ideias, na apreciação e avaliação de atuações ou comportamentos de outrem, com a correspondente emissão de juízos racionais apreciativos ou depreciativos, não podendo resvalar para considerações ou argumentação *ad hominem*.

VII – A formulação, pela ré, de considerações rudes (e, até, desnecessárias) que versaram sobre decisões redigidas pelo autor que tinham na base diferentes conceções intelectuais acerca da adoção não atingem a personalidade do mesmo (por nelas não se imputar àquele o facto de comungar um ideário que àquele repugna) e inserem-se no domínio do debate sobre valores e institutos jurídicos com vista a atingir, em dado momento histórico e local, um consenso, pelo que se devem considerar contidas na fronteira da licitude, não sendo, por seu turno, de deixar de ponderar, nesse juízo de valor, as considerações – de causticidade porventura superior –, dirigidas aos seus críticos pelo mesmo.

Já o caso analisado sob número 1581/07.3TVLSB.L1.S1¹⁵² trata do direito à imagem, que é outro direito da personalidade bastante importante. E, ainda que seja um direito indisponível no plano constitucional, a lei autoriza, dentro de algumas limitações, a captação, reprodução e publicitação dessas imagens desde que haja consentimento do titular do direito, o qual deverá ser expresso. Entretanto, em situações pontuais poderá haver uma presunção de consentimento, bastando que o titular do direito à imagem se comporte de modo alheio à captação dessas imagens, pouco se importando a sua destinação. Caso estas sejam utilizadas com finalidades reprováveis ou de forma diversa daquela convencionada haverá um fato gerador de indenização.

Quanto ao caso sob número 2619/05.4TVLSB.L1.S1¹⁵³ mais uma vez será feita uma análise referente ao direito à honra, mas agora junto do bom nome e da reputação. A própria

¹⁵² CATARINO, Gabriel relat. – Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça com o número 1581/07.3TVLSB.L1.S1 de 07 de Junho de 2011. [Em linha]. [Consult. 17 Jul. 2019]. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/6190a514bc9d85cf802578aa003183d3?OpenDocument>.

Processo: 1581/07.3TVLSB.L1.S1

Número Convencional: 1.ª Secção

Relator: Gabriel Catarino

DIREITOS DE PERSONALIDADE

DIREITO À IMAGEM

FOTOGRAFIA

CONSENTIMENTO

CONSENTIMENTO TÁCITO

COMPORTAMENTO CONCLUDENTE LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ

Data do Acórdão: 06/07/2011

Votação: Unanimidade

DIREITO CIVIL – DIREITOS DE PERSONALIDADE

I – Não obstante o direito à imagem ser um direito indisponível, no plano constitucional, a lei permite, dentro de determinados limites, a captação, reprodução e publicitação da imagem, desde que o titular do direito anua ou consinta essas atividades.

II – Exige-se que esse consentimento seja expresso, o que constitui uma garantia de que, efetivamente, o titular está de acordo com a intromissão de um terceiro num bem da personalidade do próprio.

III – Em situações limite poderá ocorrer uma *presunção de consentimento*, bastando para tal que a conduta do titular do direito à própria imagem revele um comportamento de tal modo alheio à sorte da captação de imagens que dele se possa inferir uma anuência despreendida ou inane ao conteúdo e destino das imagens.

IV – Se alguém aceita, ainda que de forma tácita, ser fotografado para um determinado fim, não podem as imagens ser utilizadas para fim diverso, sem que para este específico fim tenha sido obtido prévio consentimento do titular ou pelo menos que, aquando da captação de imagens, não tivesse sido adquirido um sentido inequívoco de que o titular do direito permitiria na utilização das imagens captadas para esse específico fim.

V – Para que ocorra uma situação de consentimento tácito, significação externa de autorização para a captação, reprodução e publicitação de imagem de quem quer, torna-se necessário que os sinais (significantes ou exteriorizáveis) do titular do direito se revelem ou evidenciem como inequívocos ou desprovidos de qualquer dúvida.

VI – A conduta do agente processual que, sabendo que está a usar o processo para um fim processualmente reprovável ou censurável ou pelo menos desconforme a um justo e arrimado objetivo jurídico-processualmente justo e leal, deve ser considerada desvaliosa e adversa a uma necessária adequação do meio processual ao direito que pretende fazer valer.

¹⁵³ CATARINO, Gabriel relat. – Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça com o número 2619/05.4TVLSB.L1.S1 de 07 de Junho de 2011. [Em linha]. [Consult. 17 Jul. 2019]. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/950e24d5e868e997802578c700358845?OpenDocument>.

Processo: 2619/05.4TVLSB.L1.S1

legislação, seja na Constituição da República Portuguesa ou no Código Civil, protege o indivíduo contra quaisquer ofensas ou ameaças à personalidade moral, assegurando ao titular desses direitos buscar em juízo as providências necessárias à cessação ou ressarcimento dos danos causados. Entretanto, ao mesmo tempo há os direitos fundamentais à liberdade de imprensa, liberdade de informação e liberdade de expressão, salvaguardando sempre o direito à honra e à reputação das partes envolvidas. Caso haja prejuízo as partes

Número Convencional: 1.ª Secção

Relator: Gabriel Catarino

MEIO DE COMUNICAÇÃO SOCIAL

JORNALISTA

DIREITOS DE PERSONALIDADE

DIREITO À HONRA

DIREITO AO BOM NOME

LIBERDADE DE EXPRESSÃO

LIBERDADE DE INFORMAÇÃO

LIBERDADE DE IMPRENSA

CONFLITO DE DIREITOS

DANOS NÃO PATRIMONIAIS

LESADO

DIREITO À INDEMNIZAÇÃO

PESSOA COLECTIVA

Data do Acórdão: 07/06/2011

Votação: Unanimidade

DIREITO CIVIL – DIREITOS DA PERSONALIDADE – DIREITO DAS OBRIGAÇÕES

DIREITO CONSTITUCIONAL – DIREITOS, LIBERDADES E GARANTIAS

I – Os arts. 26.º, n.º 1, da CPR, e 70.º, do CC, visam proteger os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade moral, assegurando-lhes a possibilidade de requerer as providências necessárias às circunstâncias do caso para evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida e garantindo-lhes o recurso aos mecanismos da responsabilidade civil.

II – A honra configura-se como um direito fundamental do desenvolvimento da personalidade do indivíduo e estabelece-se como um valor axial e inderrogável da dimensão social-pessoal do homem numa determinada comunidade histórico-socialmente situada.

III – A par dos direitos de personalidade, de honra, bom nome e reputação, a Constituição consagra o direito à livre expressão de opinião e pensamento e de difusão de ideias – cf. art. 37.º, n.º, da CRP. Será ocioso debater a ideia de que uma sociedade democrática só mantém incólume a sua matriz de pluralidade e diversão de ideias se incentivar a promover a livre troca de ideias e o intercâmbio de opiniões.

IV – Numa sociedade pluralista e democrática surpreende-se uma tensão latente e permanente entre a salvaguarda do direito à honra e ao bom nome e reputação e o direito de informar e dar a conhecer a todos os cidadãos o que de mais relevante e com interesse para a formação de uma consciência cívica esclarecida acontece num determinado meio social.

V – A gravidade dos danos não patrimoniais, a que alude o n.º 1 do art. 496.º do CC, deve ser aferida objetivamente e de acordo com o padrão de valorações ético-culturais aceite numa determinada comunidade histórica.

VI – Na determinação do quantitativo para ressarcimento por danos não patrimoniais resultante da lesão de um direito subjetivo e absoluto de personalidade, através da comunicação social, *máxime* de uma publicação com uma razoável e impressiva difusão, devem ter-se em conta alguns vetores orientadores, ainda que meramente enunciativos: 1.º) a veracidade ou falsidade da notícia; 2.º) a difusão da notícia e/ou a possibilidade de conhecimento que a notícia teve no meio social, em geral e em concreto, frequentado pelo visado; 3.º) o destaque gráfico e/ou simbólico conferido à notícia; 4.º) o tratamento jornalístico dado à notícia e o conteúdo objetivo da mesma; 5.º) o estatuto social do visado; 6.º) a projeção que a notícia, potencialmente, teve no meio social em que o lesado se movimenta, tanto no plano pessoal, como profissional; 7.º) as apreensões concretas pressentidas e, objetivamente, projetadas na esfera pessoal e familiar do lesado.

VII – O desânimo e a falta de iniciativa provocada pelo estado de espírito de um sócio gerente, momentaneamente, quebrado na sua iniciativa por condicionamentos determinados por uma notícia, desde que não se tenham repercutido, de forma indelével e inarredável, na imagem da empresa, não podem servir como fator indutor de um ressarcimento por danos não patrimoniais desta.

poderão pedir o ressarcimento pelos danos não patrimoniais, os quais devem ser arbitrados de acordo com o caso concreto, possuindo como vetores para a determinação dos valores a veracidade da informação, a difusão da notícia ou a possibilidade de conhecimento da notícia nos locais frequentados pelo titular do direito, o destaque da notícia, o tratamento jornalístico do fato e o seu conteúdo, dentre outros.

Por fim, o caso analisado sob número 48/04.6TBVNG.S1¹⁵⁴ é de 2010 e passados dez anos o assunto continua na pauta dos tribunais superiores. Nesse acórdão há a discussão dos limites aos quais os meios de comunicação devem obedecer na divulgação das

¹⁵⁴ SALAZAR, Silvia relat. – Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça com o número 48/04.6TBVNG.S1 de 27 de Janeiro de 2010. [Em linha]. [Consult. 17 Jul. 2019]. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/ce2ca0b915f1661e802576d400376b9e?OpenDocument>.

Processo: 48/04.6TBVNG.S1

Número Convencional: 6.ª Secção

Relator: Silvia Salazar

LIBERDADE DE EXPRESSÃO

LIBERDADE DE INFORMAÇÃO

DIREITOS DE PERSONALIDADE

DIREITO AO BOM NOME

DIREITO À HONRA

CONFLITO DE DIREITOS

OFENSA DO CRÉDITO OU DO BOM NOME

JORNALISTA

TELEVISÃO

BOA-FÉ

Data do Acórdão: 01/27/2010

Votação: Unanimidade

I – A definição dos limites do direito à liberdade de expressão por via da comunicação social, quando conflituem com outros direitos fundamentais e com igual dignidade, como o direito de qualquer pessoa à integridade moral e ao bom nome e reputação, obedece a determinados princípios consagrados na jurisprudência deste Tribunal, do TC, bem como do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, e sempre dependendo da análise das circunstâncias do caso.

II – Entre estes princípios são de salientar, na divulgação de informações que possam atingir o crédito e o bom nome de qualquer cidadão, o cumprimento das regras deontológicas que regem a profissão de jornalista, designadamente procedendo de boa fé na sua recolha e na aferição de credibilidade respetiva antes da sua publicação.

III – Uma dessas regras deontológicas é a que vincula o jornalista a comprovar os factos que relate, ouvindo as partes com interesses atendíveis no caso, como resulta até no n.º 1 do denominado Código Deontológico dos Jornalistas Portugueses, por estes aprovado em 04-05-1993. Ou seja, as empresas que desenvolvem a atividade jornalística e os jornalistas que nelas operam devem ser rigorosos e objetivos na averiguação da veracidade dos factos ou acontecimentos relatados, sobretudo quando sejam suscetíveis de afetar direitos da personalidade.

IV – Em caso de colisão de direitos, o sacrifício de um dos bens só pode admitir-se pela verificação de uma causa justificativa, e essa causa justificativa deve respeitar o princípio da proporcionalidade, necessidade e adequação do meio.

V – A boa-fé, nesse sentido objetivo, deve considerar-se afastada sempre que o autor da notícia não realiza, podendo fazê-lo, todas as diligências tendentes à sua comprovação e se demonstre não corresponderem tais factos à verdade, sendo noticiados em consequência desta falta de diligência.

VI – Embora a liberdade de imprensa deva respeitar, no seu exercício, o direito fundamental do bom nome e da reputação, o jornalista não está impedido de noticiar factos verdadeiros ou que tenha como verdadeiros em séria convicção, desde que justificados pelo interesse público na sua divulgação, podendo este direito prevalecer sobre aquele, desde que adequadamente exercido, nomeadamente mediante exercício de um esforço de objetividade com recurso a fontes de informação fidedignas por forma a testar e controlar a veracidade dos factos.

informações. Ainda que toda a análise deva ser feita com base no caso concreto, os jornalistas deverão sempre estar pautados naquilo que prega o Código Deontológico dos Jornalistas Portugueses, o qual vincula o jornalista ao fato por ele divulgado. Além do mais, o trabalho do jornalista na divulgação da informação deverá resguardar o crédito e o bom nome de qualquer cidadão, procedendo de boa-fé na escolha e na aferição da veracidade da notícia antes da publicação. No caso de colisão de direitos, o sacrifício de qualquer um deles somente poderá ser admitido se decorrente de uma causa justificativa que deverá respeitar a proporcionalidade, a necessidade e a adequação do meio.

2.4.2. Superior Tribunal de Justiça

O Superior Tribunal de Justiça é um órgão bastante novo da Justiça brasileira. Foi criado com a Constituição Federal de 1988 e é fruto de amplos debates políticos e de gestão da Justiça que marcaram o século XX no Brasil. Sua instalação ocorreu no ano de 1989 e suas decisões refletem em todos os aspectos da vida cotidiana dos brasileiros, por esse motivo é conhecido como “Tribunal Cidadão”.¹⁵⁵

A principal atribuição desse Tribunal é uniformizar a interpretação de leis federais em todo o Brasil. Dessa maneira, é de sua responsabilidade a apreciação e solução definitiva de casos civis e criminais que não envolvam matérias constitucionais ou que sejam objeto da Justiça especializada.¹⁵⁶

Por ser de sua competência o julgamento de casos que envolvam os direitos da personalidade, pois são institutos pertencentes ao direito privado, sua jurisprudência acerca do tema é bastante vasta. Para exemplificar foram analisados casos relativos ao tema.

O primeiro caso estudado, sob número REsp 1724718/MG – Recurso Especial 2014/0033417-7¹⁵⁷ traz uma discussão acerca do retorno ao nome de solteira da parte após

¹⁵⁵ Superior Tribunal de Justiça. [Em linha]. [Consult. 03 Jul. 2019]. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Institucional/Historia>.

¹⁵⁶ Superior Tribunal de Justiça. [Em linha]. [Consult. 03 Jul. 2019]. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Institucional/Atribuicoes>.

¹⁵⁷ ANDRIGHI, Nancy relat. – Acórdão do Superior Tribunal de Justiça com o número REsp 1724718/MG de 22 de Maio de 2018. [Em linha] [Consult. 17 Mar 2019]. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1724718&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>.

Processo: REsp 1724718/MG – Recurso Especial 2014/0033417-7

Relator: Ministra Nancy Andrichi

Órgão Julgador: T3 – Terceira Turma

Data do Julgamento: 22/05/2018

Ementa: CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE RESTABELECIMENTO DE NOME DE SOLTEIRO. DIREITO AO NOME. ATRIBUTO DA PERSONALIDADE E VETOR DE DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. RETORNO AO NOME DE SOLTEIRO APÓS O FALECIMENTO DO CÔNJUGE. POSSIBILIDADE. QUESTÃO SOCIALMENTE MENOS RELEVANTE NA

a viuvez. Considerando que o nome é não somente um elemento dos direitos da personalidade, mas também se relaciona com a dignidade da pessoa humana, impedir a retomada do nome de solteira após o falecimento do cônjuge implicaria violação tanto ao direito da personalidade quanto à dignidade da pessoa humana. Além do mais, haveria uma violação da autonomia da vontade e da liberdade da parte, principalmente se a manutenção do nome de casada pode acarretar ao cônjuge sobrevivente abalos de natureza emocional, psicológica ou profissional.

No acórdão sob número AgInt no AREsp 1053145/RS – Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 2017/0026954-2¹⁵⁸ há a discussão acerca de abuso no direito de

ATUALIDADE. AUTONOMIA DA VONTADE E DA LIBERDADE. PROTEÇÃO AO CÔNJUGE SOBREVIVENTE DE ABALOS EMOCIONAIS, PSICOLÓGICOS OU PROFISSIONAIS. PLAUSIBILIDADE DA JUSTIFICATIVA APRESENTADA. REPARO DE DÍVIDA MORAL COM O PATRIARCA CUJO PATRONÍMICO FOI SUBSTITUÍDO POR OCASIÃO DO CASAMENTO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO.

1. Ação distribuída em 10/07/2012. Recurso especial interposto em 22/07/2013 e atribuídos à Relatoria em 25/08/2016.

2. O propósito recursal é definir se o restabelecimento do nome de solteiro apenas é admissível na hipótese de dissolução do vínculo conjugal por divórcio ou se também seria admissível o restabelecimento na hipótese de dissolução do vínculo conjugal pelo falecimento do cônjuge.

3. O direito ao nome é um dos elementos estruturantes dos direitos da personalidade e da dignidade da pessoa humana, pois diz respeito à propriedade identidade pessoal do indivíduo, não apenas em relação a si, como também em ambiente familiar e perante a sociedade.

4. Impedir a retomada do nome de solteiro na hipótese de falecimento do cônjuge implicaria em grave violação dos direitos da personalidade e à dignidade da pessoa humana após a viuvez, especialmente no momento em que a substituição do patronímico é cada vez menos relevante no âmbito social, quando a questão está, cada dia mais, no âmbito da autonomia da vontade e da liberdade e, ainda, quando a manutenção do nome pode, em tese, acarretar ao cônjuge sobrevivente abalo de natureza emocional, psicológica ou profissional, em descompasso, inclusive, com o que preveem as mais contemporâneas legislações civis.

5. Na hipótese, a justificativa apresentada pela parte – reparação de uma dívida moral com o genitor, que foi contrário à assunção do patronímico do cônjuge, e com isso atingir a sua paz interior – é mais do que suficiente para autorizar a retomada do nome de solteiro pelo cônjuge sobrevivente.

6. Não se conhece do recurso especial interposto ao fundamento de dissídio jurisprudencial se ausente o cotejo analítico dos julgados supostamente divergentes.

7. Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, provido.

¹⁵⁸ BELLIZZE, Marco Aurélio relat. – Acórdão Superior Tribunal de Justiça com o número AgInt no AREsp 1053145/RS de 20 de Fevereiro de 2018. [Em linha]. [Consult. 17 Jul. 2019]. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201700269542&dt_publicacao=01/03/2018.

Processo: AgInt no AREsp 1053145/RS – Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 2017/0026954-2

Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze

Órgão Julgador: T3 – Terceira Turma

Data do Julgamento: 20/02/2018

Ementa: AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. 1. ENTREVISTA CONCEDIDA A PROGRAMA DE RÁDIO E POSTAGENS EM BLOG. NARRAÇÃO DOS FATOS COM ABUSO DO DIREITO DE INFORMAR. AFRONTA AOS DIREITOS DE PERSONALIDADE. 2. QUANTUM INDENIZATÓRIO. CONJUNTO FÁTICO DELINEADO PELO TRIBUNAL A QUO. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME. 3. AGRAVO DESPROVIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça estabeleceu, para situações de conflito entre tais direitos fundamentais, entre outros, os seguintes elementos de ponderação: a) o compromisso ético com a informação verossímil; b) a preservação dos chamados direitos da personalidade, entre os quais incluem-se os direitos à honra, à imagem, à privacidade e à intimidade; c) a vedação de veiculação de crítica jornalística com intuito de difamar, injuriar ou caluniar a pessoa (animus injuriandi vel diffamandi).

informar decorrente de uma entrevista concedida a uma emissora de rádio e a um sítio de internet. Para delinear a solução do conflito de direitos fundamentais o Tribunal estabeleceu três elementos de ponderação, quais sejam: o compromisso ético com a informação verossímil; a preservação dos direitos da personalidade, incluídos o direito à honra, à imagem, à privacidade e à intimidade; além da vedação de veiculação de crítica jornalística com o intuito de difamar, injuriar ou caluniar a pessoa (*animus injuriandi vel diffamandi*). Assim, ao analisar o caso concreto a Corte concluiu que a entrevista e a publicação no sítio eletrônico deram ensejo ao dano moral, pois extrapolou a narrativa dos fatos e ofendeu a honra do titular do direito.

Já no caso analisado sob número REsp 1594865/RJ – Recurso Especial 2014/0189467-2¹⁵⁹ tratou-se do direito à imagem, a qual seria a exteriorização do direito da

1.1. Alinhando-se à jurisprudência desta Corte, o acórdão a quo, após análise de todo o conjunto fático-probatório dos autos, concluiu que a entrevista e as postagens publicadas em blog pelo insurgente acarretam dano moral, porquanto extrapolou a narrativa dos fatos e ofendeu a honra do autor.

2. A fixação da indenização por danos morais baseia-se nas peculiaridades da causa, exigindo, para sua revisão, o reexame do contexto fático-probatório, procedimento vedado em recurso especial, nos termos do enunciado n. 7 da Súmula do STJ.

3. Agravo interno desprovido.

¹⁵⁹ SALOMÃO, Luis Felipe relat. – Acórdão do Superior Tribunal de Justiça com o número REsp 1594865/RJ de 20 de Junho de 2017. [Em linha]. [Consult. 17 Jul. 2019]. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1594865&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>.

Processo: REsp 1594865/RJ – Recurso Especial 2014/0189467-2

Relator: Ministro Luis Felipe Salomão

Órgão Julgador: T4 – Quarta Turma

Data do Julgamento: 20/06/2017

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL. PUBLICAÇÃO DE IMAGEM DE ATRIZ FAMOSA EM REVISTA E SÍTIO ELETRÔNICO DE GRANDE CIRCULAÇÃO. FOTOGRAFIA NA QUAL OS SEIOS, INVOLUNTARIAMENTE, FICARAM À MOSTRA, QUANDO DA GRAVAÇÃO DE CENA RETRATADA EM LOCAL PÚBLICO. ABUSO DE DIREITO. USO INDEVIDO DE IMAGEM. DANOS MATERIAIS E MORAIS CONFIGURADOS.

1. A imagem é forma de exteriorização da personalidade inserida na cláusula geral de tutela da pessoa humana (art. 1.º, III da CF e En. 274 das Jornadas de Direito Civil), com raiz na Constituição Federal e em diversos outros normativos federais, sendo intransmissível e irrenunciável (CC, art. 11), não podendo sofrer limitação voluntária, permitindo-se a disponibilidade relativa (limitada), desde que não seja de forma geral nem permanente (En. 4 das Jornadas de Direito Civil).

2. Em relação especificamente à imagem, há situações em que realmente se verifica alguma forma de mitigação da tutela desse direito. Em princípio, tem-se como presumido o consentimento das publicações voltadas ao interesse geral (fins didáticos, científicos, desportivos) que retratem pessoas famosas ou que exerçam alguma atividade pública; ou, ainda, retiradas em local público.

3. Mesmo nas situações em que há alguma forma de mitigação, não é tolerável o abuso, estando a liberdade de expressar-se, exprimir-se, enfim, de comunicar-se, limitada à condicionante ética do respeito ao próximo e aos direitos da personalidade.

4. No tocante às pessoas notórias, apesar de o grau de resguardo e de tutela de imagem não ter a mesma extensão daquela conferida aos particulares, já que comprometidos com a publicidade, restará configurado o abuso do direito de uso da imagem quando se constatar a vulneração da intimidade, da vida privada ou se qualquer contexto minimamente tolerável.

5. Na hipótese, apesar de se tratar de pessoa famosa e de a fotografia ter sido retirada em local público, verifica-se que a forma em que a atriz foi retratada, tendo-se em conta o veículo de publicação, o contexto utilizado na matéria e o viés econômico, demonstra o abuso do direito da demandada, pois excedidos manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes (CC, art. 187).

personalidade e não poderia sofrer limitação voluntária, permitindo-se tão somente sua disponibilização relativa. Contudo, no caso em tela uma atriz famosa teve sua imagem publicada em um sítio eletrônico e em uma revista de grande circulação num momento em que acidentalmente mostrou um seio durante a gravação de uma cena em um lugar público. O Tribunal considerou que, por se tratar de uma pessoa pública, a proteção ao direito à imagem é de certa forma mitigada, pois tem-se presumido o consentimento das publicações dos mais diversos interesses que retratam pessoas famosas e também aquelas que exerçam algum função pública ou, ainda, as fotografias retiradas em lugares públicos. Entretanto, o abuso não pode ser tolerado e deverá sempre haver ética e respeito aos direitos da personalidade, o que no caso de pessoas famosas podem não ter a mesma extensão do que para os anónimos, ainda assim o contexto de proteção deve ser minimamente tolerado.

Neste julgado analisado sob número REsp 1504833/RJ – Recurso Especial 2014/0186398-7¹⁶⁰ há uma colisão bastante comum: de um lado o direito fundamental à

6. A conduta da ré não observou, assim, os deveres assentados, para a atividade de imprensa, pela jurisprudência do STJ, para fins de afastar a ofensa à honra: dever geral de cuidado, dever de pertinência e dever de veracidade (REsp 1.382.680/SC, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 22/11/2013).

7. No presente caso, chegar à conclusão diversa do acórdão recorrido, no tocante à existência de danos materiais e para fins de inadmissão de denunciação da lide, demandaria o revolvimento fático-probatório dos autos e a interpretação de cláusulas contratuais, o que encontra óbice nas súmulas 5 e 7 do STJ.

8. Recurso especial não provido.

¹⁶⁰ SALOMÃO, Luis Felipe relat. – Acórdão do Superior Tribunal de Justiça com o número REsp 1504833/RJ de 01 de Dezembro de 2015. [Em linha]. [Consult. 17 Jul. 2019]. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1504833&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>.

Processo: REsp 1504833/RJ – Recurso Especial 2014/0186398-7

Relator: Ministro Luis Felipe Salomão

Órgão Julgador: T4 – Quarta Turma

Data do Julgamento: 01/12/2015

Ementa: DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. PUBLICAÇÃO DE MATÉRIA JORNALÍSTICA CONSIDERADA LESIVA À HONRA DE PESSOA JURÍDICA. DANO MORAL CONFIGURADO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. DECLARAÇÕES DO RÉU QUE TRANSBORDAM OS LIMITES DO DIREITO DE CRÍTICA. ABUSO DE DIREITO. DANO MORAL CONFIGURADO. INDENIZAÇÃO DEVIDA.

1. O litígio revela, em certa medida, colisão entre dois direitos fundamentais, consagrados na Constituição Federal de 1988 quanto na legislação infraconstitucional, como o direito à livre manifestação do pensamento, de um lado, e a tutela dos direitos da personalidade, como a imagem e a honra, de outro, técnica extensível, na medida do possível, à pessoa jurídica, nos termos do art. 52 do Código Civil. Realmente, é consagrado na jurisprudência do STJ o entendimento de que “a pessoa jurídica pode sofrer dano moral” (Súm 227 STJ).

2. Embora seja livre a manifestação do pensamento – mormente quando se trata de veículo de comunicação –, a tal direito não é absoluto. Ao contrário, encontra rédeas tão necessárias para a consolidação do Estado Democrático quanto o direito à livre manifestação do pensamento. Não pode haver censura prévia, mas certamente controle posterior de matérias que ofendam a honra e a moral objetiva de cidadãos e instituições.

3. A liberdade de se expressar, reclamar, criticar, enfim, de se exprimir, esbarra numa condicionante ética, qual seja, o respeito ao próximo. O manto do direito de manifestação não tolera abuso no uso de expressões que ofendam os direitos da personalidade, extensíveis, na forma da lei, às pessoas jurídicas.

4. No caso, o comportamento adotado pelos recorridos, a pretexto de criticar eventual mau uso do dinheiro público ou dos meios de contratação/concessão de benefícios do governo, não enunciou propósito específico de denunciar a conduta do recorrente, mas, ao revés, de forma sub-reptícia, impingiu-lhe (e a seu sócio) diversas condutas criminosas, em verdadeiro abuso de direito. Tudo isso por se tratar de instituto que tem como um de seus sócios ministro da Suprema Corte, e por ter em seu corpo docente professores do alto escalão de todos os Poderes da República.

livre manifestação do pensamento e, de outro, os direitos da personalidade à honra e à imagem, que são, na medida do possível, extensíveis às pessoas coletivas. Como já explicitado, apesar da livre manifestação do pensamento, quando se trata dos meios de comunicação esse não é absoluto e deve ser pautado na ética e na boa-fé. No caso em estudo houve a alegação por parte da imprensa de que a parte haveria feito mau uso de dinheiro público ou de meios de contratação e concessão de benefícios por parte do governo, mas não se apontou nenhum propósito específico na denúncia, assim como houve constrangimento da empresa coletiva e de seu sócio ao serem imputadas diversas condutas criminosas, o que caracteriza abuso de direito por parte da imprensa mesmo estando a matéria jornalística baseada em informações públicas.

No que tange ao caso estudado sob número REsp 1334097/RJ – Recurso Especial 2012/0144910-7¹⁶¹ há uma hipótese de direito ao esquecimento. Aqui a jurisprudência foi

5. Realmente, infere-se a partir da leitura da matéria que, apesar de se pautar por algumas informações públicas, o contexto em que foram utilizadas acabou por ofender a honra objetiva do instituto recorrente, na medida em que o texto jornalístico – valendo-se de afirmações deletérias – traz ao leitor a nítida impressão de que a questão envolvida é policalesca, narrando uma onda de supostos crimes licitatórios, também contra a ordem económica, tráfico de influência, além de diversos atos passíveis de improbidade administrativa.

6. Recurso especial parcialmente provido.

¹⁶¹ SALOMÃO, Luis Felipe relat. – Acórdão do Superior Tribunal de Justiça com o número REsp 1334097/RJ de 28 de Maio de 2013. [Em linha]. [Consult. 17 Jul. 2019]. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1334097&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>

Processo: REsp 1334097/RJ – Recurso Especial 2012/0144910-7

Relator: Ministro Luis Felipe Salomão

Órgão Julgador: T4 – Quarta Turma

Data do Julgamento: 28/05/2013

Ementa: RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE IMPRENSA VS. DIREITOS DA PERSONALIDADE. LITÍGIO DE SOLUÇÃO TRANSVERSAL COMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DOCUMENTÁRIO EXIBIDO EM REDE NACIONAL. LINHA DIRETA-JUSTIÇA. SEQUÊNCIA DE HOMICÍDIOS CONHECIDA COMO CHACINA DA CANDELÁRIA. REPORTAGEM QUE REACENDE O TEMA TREZE ANOS DEPOIS DO FATO. VEICULAÇÃO INCONSENTIDA DE NOME E IMAGEM DE INDICIADO NOS CRIMES. ABSOLVIÇÃO POSTERIOR POR NEGATIVA DE AUTORIA. DIREITO DE ESQUECIMENTO DOS CONDENADOS QUE CUMPRIRAM PENA E DOS ABSOLVIDOS. ACOLHIMENTO. DECORRÊNCIA DA PROTEÇÃO LEGAL E CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DAS LIMITAÇÕES POSITIVADAS À ATIVIDADE INFORMATIVA. PRESUNÇÃO LEGAL E CONSTITUCIONAL DE RESSOCIALIZAÇÃO DA PESSOA. PONDERAÇÃO DE VALORES. PRECEDENTES DE DIREITO COMPARADO.

1. Avulta a responsabilidade do Superior Tribunal de Justiça em demandas cuja solução é transversal, interdisciplinar, e que abrange, necessariamente, uma controvérsia constitucional oblíqua, antecedente, ou inerente apenas à fundamentação do acolhimento ou rejeição de ponto situado no âmbito do contencioso infraconstitucional, questões essas que, em princípio, não são apreciadas pelo Supremo Tribunal Federal.

2. Nos presentes autos, o cerne da controvérsia passa pela ausência de contemporaneidade da notícia de fatos passados, que reabriu antigas feridas já superadas pelo autor e reacendeu desconfiança da sociedade quanto à sua índole. O autor busca a proclamação do seu direito ao esquecimento, um direito de não ser lembrado contra sua vontade, especificamente no tocante a fatos desabonadores, de natureza criminal, nos quais se envolveu, mas que, posteriormente, fora inocentado.

3. No caso, o julgamento restringe-se a analisar a adequação do direito ao esquecimento ao ordenamento jurídico brasileiro, especificamente para o caso de publicações na mídia televisiva, porquanto o mesmo debate ganha contornos bem diferenciados quando transposto para a internet, que desafia soluções de índole técnica, com atenção, por exemplo, para a possibilidade de compartilhamento de informações e circulação internacional do conteúdo, o que pode tangenciar temas sensíveis, como a soberania dos Estados-nações.

4. Um dos danos colaterais da “modernidade líquida” tem sido a progressiva eliminação da “divisão, antes sacrossanta, entre as esferas do ‘privado’ e do ‘público’ no que se refere à vida humana”, de modo que, na atual sociedade da hiperinformação, parecem evidentes os “riscos terminais à privacidade e à autonomia individual, emanados da ampla abertura da arena pública aos interesses privados [e também o inverso], e sua gradual mas incessante transformação numa espécie de teatro de variedades dedicado à diversão ligeira” (BAUMAN, Zygmunt. Danos colaterais: desigualdades sociais numa era global. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013, pp. 111-113). Diante dessas preocupantes constatações, o momento é de novas e necessárias reflexões, das quais podem mesmo advir novos direitos ou novas perspectivas sobre velhos direitos revisitados.

5. Há um estreito e indissolúvel vínculo entre a liberdade de imprensa e todo e qualquer Estado de Direito que se pretende autoafirmar como Democrático. Uma imprensa livre galvaniza contínua e diariamente os pilares da democracia, que, em boa verdade, é projeto para sempre inacabado e que nunca atingirá um ápice de otimização a partir do qual nada de terá a agregar. Esse processo interminável, do qual não se pode descurar – nem o povo, nem as instituições democráticas –, encontra na imprensa livre um vital combustível para sua sobrevivência, e bem por isso que a mínima cogitação em torno de alguma limitação da imprensa traz naturalmente consigo reminiscência de um passado sombrio de descontinuidade democrática.

6. Não obstante o cenário de perseguição e tolhimento pelo qual passou a imprensa brasileira em décadas pretéritas, e a par de sua inegável virtude histórica, a mídia do século XXI deve fincar a legitimação de sua liberdade em valores atuais, próprios e decorrentes diretamente da importância e nobreza da atividade. Os antigos fantasmas da liberdade de imprensa, embora deles não se possa esquecer jamais, atualmente, não autorizam a atuação informativa despreendida de regras e princípios a todos impostos.

7. Assim, a liberdade de imprensa há de ser analisada a partir de dois paradigmas jurídicos bem distantes um do outro. O primeiro, de completo menosprezo tanto da dignidade da pessoa humana quanto da liberdade de imprensa; e o segundo, o atual, de dupla tutela constitucional de ambos os valores.

8. Nesse passo, a explícita contenção constitucional à liberdade de informação, fundada na inviolabilidade da vida privada, intimidade, honra, imagem e, de resto, nos valores da pessoa e da família, prevista no art. 220, § 1.º e no § 3.º do art. 222 da Carta de 1988, parece sinalizar que, no conflito aparente entre esses bens jurídicos de especialíssima grandeza, há, de regra, uma inclinação ou predileção constitucional para soluções protetivas da pessoa humana, embora o melhor equacionamento deva sempre observar as particularidades do caso concreto.

9. Não há dúvida de que a história da sociedade é patrimônio imaterial do povo e nela se inserem os mais variados acontecimentos e personagens capazes de revelar, para o futuro, os traços políticos, sociais ou culturais de determinada época. Todavia, a historicidade na notícia jornalística, em se tratando de jornalismo policial, há de ser vista com cautela. Há, de fato, crimes históricos e criminosos famosos; mas também há crimes e criminosos que se tornaram artificialmente históricos e famosos, obra da exploração midiática exacerbada e de um populismo penal satisfativo dos prazeres primários das multidões, que simplifica o fenômeno criminal às estigmatizadas figuras do “bandido” vs. “cidadão de bem”.

10. É que a historicidade de determinados crimes por vezes é edificada à custa de vários desvios de legalidade, por isso não deve constituir óbice em si intransponível ao reconhecimento de direitos como vindicado nos presentes autos. Na verdade, a permissão ampla e irrestrita a que um crime e as pessoas nele envolvidas sejam retratados indefinidamente no tempo – a pretexto da historicidade do fato – pode significar permissão de um segundo abuso à dignidade da pessoa humana, simplesmente porque o primeiro já fora cometido no passado. Por isso, nesses casos, o reconhecimento de “direito ao esquecimento” pode significar um corretivo – tardio, mas possível – das vicissitudes do passado, seja de inquéritos policiais ou processos judiciais pirotécnicos e injustos, seja de exploração populista da mídia.

11. É evidente o legítimo interesse público em que seja dada publicidade da resposta estatal ao fenômeno criminal. Não obstante, é imperioso também ressaltar que o interesse público – além de ser conceito de significação fluida – não coincide com o interesse do público, que é guiado, no mais das vezes, por sentimento de execração pública, praxeamento da pessoa humana, condenação sumária e vingança continuada.

12. Assim como é acolhido no direito estrangeiro, é imperiosa a aplicabilidade do direito ao esquecimento no cenário interno, com base não só na principiologia decorrente dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana, mas também diretamente do direito positivo infraconstitucional. A assertiva de que uma notícia lícita não se transforma em ilícita com o simples passar do tempo não tem nenhuma base jurídica. O ordenamento é repleto de previsões em que a significação conferida pelo Direito à passagem do tempo é exatamente o esquecimento e a estabilização do passado, mostrando-se ilícito sim reagitar o que a lei pretende sepultar. Precedentes de direito comparado.

13. Nesse passo, o Direito estabiliza o passado e confere previsibilidade ao futuro por institutos bem conhecidos de todos: prescrição, decadência, perdão, anistia, irretroatividade da lei, respeito ao direito adquirido, ato jurídico perfeito, coisa julgada, prazo máximo para que o nome de inadimplentes figure em cadastros restritivos de crédito, reabilitação penal e o direito ao sigilo quanto à folha de antecedentes daqueles

construída a partir de um episódio do programa televisivo “Linha Direta”, sucesso no começo da década de 2000 e que tratava da reconstituição de casos policiais famosos no Brasil. Nesse caso especificamente houve a reconstituição da “Chacina da Candelária”, crime que ficou mundialmente famoso devido à agressão aos direitos humanos de crianças e adolescentes. A parte em questão, contudo, foi inocentada da acusação de participação no crime. Mais uma vez foram necessárias ponderações entre o direito constitucional da liberdade de expressão e o direito à imagem. Ainda que a história de uma sociedade seja de extrema relevância e crimes agucem a curiosidade natural das pessoas, no caso em estudo a parte tem o legítimo direito ao esquecimento, pois o fato já causou dor suficiente a esta e essa mancha na sua história não se justifica. A Corte decidiu que a emissora poderia manter

que já cumpriram pena (art. 93 do Código Penal, art. 748 do Código de Processo Penal e art. 202 da Lei de Execuções Penais). Doutrina e precedentes.

14. Se os condenados que já cumpriram a pena têm direito ao sigilo de folha de antecedentes, assim também a exclusão dos registros da condenação no Instituto de Identificação, por maiores e melhores razões aqueles que foram absolvidos não podem permanecer com esse estigma, conferindo-lhes a lei o mesmo direito de serem esquecidos.

15. Ao crime, por si só, subjaz um natural interesse público, caso contrário nem seria crime, e eventuais violações de direito resolver-se-iam nos domínios da responsabilidade civil. E esse interesse público, que é, em alguma medida, satisfeito pela publicidade do processo penal, finca raízes essencialmente na fiscalização social da resposta estatal que será dada ao fato. Se é assim, o interesse público que orbita o fenômeno criminal tende a desaparecer na medida em que também se esgota a resposta penal conferida ao fato criminoso, a qual, certamente, encontra seu último suspiro, com a extinção da pena ou com a absolvição, ambas consumadas irreversivelmente. E é nesse interregno temporal que se perfaz também a vida útil da informação criminal, ou seja, enquanto durar a causa que a legitimava. Após essa vida útil da informação seu uso só pode ambicionar, ou um interesse histórico, ou uma pretensão subalterna, estigmatizante, tendente a perpetuar no tempo as misérias humanas.

16. Com efeito, o reconhecimento do direito ao esquecimento dos condenados que cumpriram integralmente a pena e, sobretudo, dos que foram absolvidos em processo criminal, além de sinalizar uma evolução cultural da sociedade, confere concretude a um ordenamento jurídico que, entre a memória – que é a conexão do presente com o passado – e a esperança – que é o vínculo do futuro com o presente –, fez clara opção pela segunda. E é por essa ótica que o direito ao esquecimento revela sua maior nobreza, pois afirma-se, na verdade, como um direito à esperança, em absoluta sintonia com a presunção legal e constitucional.

17. Ressalvam-se do direito ao esquecimento os fatos genuinamente históricos – historicidade essa que deve ser analisada em concreto –, cujo interesse público e social deve sobreviver à passagem do tempo, desde que a narrativa desvinculada dos envolvidos se fizer impraticável.

18. No caso concreto, a despeito de a Chacina da Candelária ter se tornado – com muita razão – um fato histórico, que expôs as chagas do País ao mundo, tornando-se símbolo da precária proteção estatal conferida aos direitos humanos da criança e do adolescente em situação de risco, o certo é que a fatídica história seria bem contada e de forma fidedigna sem que para isso a imagem e o nome do autor precisassem ser expostos em rede nacional. Nem a liberdade de imprensa seria tolhida, nem a honra do autor seria maculada, caso se ocultassem o nome e a fisionomia do recorrido, ponderação de valores que, no caso, seria a melhor solução ao conflito.

19. Muito embora tenham as instâncias ordinárias reconhecido que a reportagem se mostrou fidedigna com a realidade, a receptividade do homem médio brasileiro a noticiários desse jaez é apta a reacender a desconfiança geral acerca da índole do autor, o qual, certamente, não teve reforçada sua imagem de inocentado, mas sim a de indiciado. No caso, permitir nova veiculação do fato, com a indicação precisa do nome e imagem do autor, significaria a permissão de uma segunda ofensa à sua dignidade, só porque a primeira já ocorrera no passado, uma vez que, como bem reconheceu o acórdão recorrido, além do crime em si, o inquérito policial consubstanciou uma reconhecida “vergonha” nacional à parte.

20. Condenação mantida em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), por não se mostrar exorbitante.

21. Recurso especial não provido.

o episódio do programa no ar devido ao interesse público relevante da história, entretanto deveria retirar dele as imagens da parte, sob pena de responsabilidade civil.

Finalmente, o caso sob número REsp 801109/DF – Recurso Especial 2005/0195162-7¹⁶² mais uma vez há a alegação de abuso por parte da imprensa tendo como base no direito

¹⁶² ARAÚJO, Raul relat. – Acórdão do Superior Tribunal de Justiça com o número REsp 801109/DF de 12 de Junho de 2019. [Em linha]. [Consult. 17 Jul. 2019]. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=801109&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>

Processo: REsp 801109/DF – Recurso Especial 2005/0195162-7

Relator: Ministro Raul Araújo

Órgão Julgador: T4 – Quarta Turma

Data do Julgamento: 12/06/2012

Ementa: RECURSO ESPECIAL. CIVIL. DANOS MORAIS. MATÉRIA JORNALÍSTICA OFENSIVA. LEI DE IMPRENSA (LEI 5250/67). ADPF N. 130/DF. EFEITO VINCULANTE. OBSERVÂNCIA. LIBERDADE DE IMPRENSA E DE INFORMAÇÃO (CF, ARTS. 5.º, IV, IX E XIV E 220, CAPUT, §§ 1.º E 2.º). CRÍTICA JORNALÍSTICA. OFENSAS À IMAGEM E À HONRA DE MAGISTRADO (CF, ART. 5.º, V E X). ABUSO DO EXERCÍCIO DA LIBERDADE DE IMPRENSA NÃO CONFIGURADO. RECURSO PROVIDO.

1. Na hipótese em exame, a Lei de Imprensa foi utilizada como fundamento do v. acórdão recorrido e o recurso especial discute dia interpretação e aplicação. Quando o v. acórdão recorrido foi proferido e o recurso especial foi interposto, a Lei 5250/67 estava sendo normalmente aplicada às relações jurídicas a ela subjacentes, por ser existente e presumivelmente válida e, assim, eficaz.

2. Deve, pois, ser admitido o presente recurso para que seja aplicado o direito à espécie, nos termos do art. 257 RISTJ, sendo possível a análise da controvérsia com base no art. 159 do Código Civil de 1916, citado nos acórdãos trazidos como paradigmas na petição do especial.

3. A admissão do presente recurso em nada ofende o efeito vinculante decorrente da ADPF 130/DF, pois apenas supera óbice formal levando em conta a época da formalização do especial, sendo o mérito do recurso apreciado conforme o direito, portanto, com base na interpretação atual, inclusive no resultado da mencionada arguição de descumprimento de preceito fundamental. Precedente: REsp 945.461/MT, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/12/2009, DJe de 16/05/2010.

4. O direito à imagem, de consagração constitucional (art. 5.º, X), é de uso restrito, somente sendo possível sua utilização por terceiro quando expressamente autorizado e nos limites da finalidade e das condições contratadas.

5. A princípio, a simples utilização de imagem da pessoa, sem seu consentimento, gera o direito ao ressarcimento das perdas e danos, independentemente de prova do prejuízo (Súmula 403/STJ), exceto quando necessária à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública (CC/2002, art. 20).

6. Tratando-se de imagem de multidão, de pessoa famosa ou ocupante de cargo público, deve ser ponderado se, dadas as circunstâncias, a exposição da imagem é ofensiva à privacidade ou à intimidade do retratado, o que poderia ensejar algum dano patrimonial ou extrapatrimonial. Há, nessas hipóteses, em regra, presunção de consentimento do uso da imagem, desde que preservada a vida privada.

7. Em se tratando de pessoa ocupante de cargo público, de notória importância social, como é o de magistrado, fica mais restrito o âmbito de reconhecimento do dano à imagem e sua extensão, mormente quando utilizada a fotografia para ilustrar matéria jornalística pertinente, sem invasão da vida privada do retratado.

8. Com base nessas considerações, conclui-se que a utilização de fotografia do magistrado adequadamente trajado, em seu ambiente de trabalho, dentro da Corte Estadual onde exerce a função judicante, serviu apenas para ilustrar a matéria jornalística, não constituindo, per se, violação ao direito de preservação de sua imagem ou de sua vida íntima e privada. Não há, portanto, causa para indenização por danos patrimoniais ou morais à imagem.

9. Por sua vez, a liberdade de expressão, compreendendo a informação, opinião e crítica jornalística, por não ser absoluta, encontra algumas limitações no seu exercício, compatíveis com o regime democrático, quais sejam: (I) o compromisso ético com a informação verossímil; (II) a preservação dos chamados direitos da personalidade, entre os quais incluem-se os direitos à honra, à imagem, à privacidade e à intimidade; e, (III) a vedação de veiculação de crítica jornalística com intuito de difamar, injuriar ou caluniar a pessoa (animus injuriandi vel diffamandi).

10. Assim, em princípio, não caracteriza hipótese de responsabilidade civil a publicação de matéria jornalística que narre fatos verídicos ou verossímeis, embora evitados de opiniões severas, iônicas ou impiedosas, sobretudo quando se trate de figuras públicas que exerçam atividades tipicamente estatais, gerindo interesses da coletividade, e a notícia e crítica gerando interesses da coletividade, e a notícia e crítica referirem-se a fatos

à liberdade de expressão. Aqui, em tese, houve ofensa à imagem e à honra de um magistrado, a qual é de uso restrito do seu titular, sendo sua utilização por terceiros vinculada à autorização e aos limites e finalidades preestabelecidas. Assim, a simples utilização da imagem sem o consentimento da pessoa já é fato gerador de responsabilidade civil. Tratando-se de uma pessoa pública, nesse caso um juiz de direito, o dano à imagem deve ser analisado de acordo com o fato concreto para que seja aferido o real prejuízo. Afinal, ainda que a matéria jornalística contenha críticas ferrenhas, sendo verossímeis os fatos, nada há em se falar em indenização por dano moral.

de interesse geral relacionados à atividade pública desenvolvida pela pessoa noticiada. Nessas hipóteses, principalmente, a liberdade de expressão é prevalente, atraindo verdadeira excludente anímica, a afastar o intuito doloso de ofender a honra da pessoa a que se refere a reportagem. Nesse sentido, precedentes do egrégio Supremo Tribunal Federal: ADPF 130/DF, de relatoria do Ministro CARLOS BRITTO; AgRg no AI 690.841/SP, de relatoria do Ministro CELSO DE MELLO.

11. A análise relativa à ocorrência de abuso no exercício da liberdade de expressão jornalística a ensejar reparação civil por dano moral a direitos da personalidade depende do exame de cada caso concreto, máxime quando atingida pessoa investida de autoridade pública, pois, em tese, sopesados os valores em conflito, mostra-se recomendável que se dê prevalência à liberdade de informação e de crítica, como preço que se paga por viver num Estado Democrático.

12. Na espécie, embora não se possa duvidar do sofrimento experimentado pelo recorrido, a revelar a presença de dano moral, este não se mostra indenizável, por não estar caracterizado o abuso ofensivo na crítica exercida pela recorrente no exercício da liberdade de expressão jornalística, o que afasta o dever de indenização. Trata-se de dano moral não indenizável, dadas as circunstâncias do caso, por força daquela “imperiosa cláusula de modicidade” subjacente a que alude a eg. Suprema Corte no julgamento da ADPF 130/DF.

13. Recurso especial a que se dá provimento, julgando-se improcedentes os pedidos formulados na inicial.

3. Pacto de Não Concorrência

Em uma economia de mercado, em que encontram-se envolvidos variados relacionamentos económicos, a concorrência é indispensável já que esta proporciona maior variedade de produtos e aperfeiçoamento da qualidade destes, auxilia na redução de preços e promove o empenho na busca de novas tecnologias e inovações. Assim, a concorrência manifesta-se como essência do equilíbrio entre a oferta e a procura.¹⁶³

A autorregulação do mercado pela concorrência, dirigida pela lei da oferta e da procura, personaliza o ideal em matéria de Direito Concorrencial e no controle do poder económico. Entretanto, o Direito Concorrencial nasce como uma reação do Estado, como uma necessidade social, por meio da legislação com o intuito de controlar os efeitos da atuação dos agentes económicos no mercado, assim como regular a própria economia e suas leis naturais. O Direito Concorrencial mostra-se como instrumento jurídico que visa dar segurança às práticas económicas, confirmando a atuação estatal por meio de sua intervenção, ainda que mínima, no domínio económico e assegurando a ordem económica e social.¹⁶⁴

Portanto, o mercado é uma ficção jurídica na qual as riquezas circulam e são repartidas e, a partir da economia e suas leis económicas de mercado, opera livremente. Porém o Direito, no intuito de organizar o funcionamento do mercado, lhe impõe regras e limites. O funcionamento do mercado pautado em uma eficaz legislação concorrencial coloca limitações na possibilidade de os agentes fazerem uso de seu poder económico de forma abusiva.¹⁶⁵

É importante ressaltar que o poder económico não é maléfico *per se*, longe disso, mas sim é um elemento necessário sem o qual não é possível viabilizar obras e investimentos vultuosos essenciais ao desenvolvimento de um País. O que se repreende é a utilização desse poder de forma a dominar o mercado e eliminar a concorrência com o aumento arbitrário dos lucros.¹⁶⁶

Como exposto, o ordenamento jurídico tem como uma de suas funções precípuas a busca do desenvolvimento económico, porém a ação estatal não pode se afastar do princípio da eficiência. Dessa forma, a interpretação das normas jurídicas não pode dispensar o elemento económico. Ao mesmo tempo não se pode olvidar que o centro de todo o

¹⁶³ FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga; BAGNOLI, Vicente. **Condutas Anticoncorrenciais**. p.415

¹⁶⁴ *IDEM. Ibidem.*

¹⁶⁵ *IDEM. Op. Cit.* p.416

¹⁶⁶ *IDEM. Op. Cit.* p.417

ordenamento jurídico é a dignidade da pessoa humana, e o campo económico deve valorizar e sustentar referida dignidade.¹⁶⁷

Por outro lado, a dignidade da pessoa humana não pode ser utilizada como pretexto para o descumprimento dos contratos, acarretando insegurança jurídica e coibindo o desenvolvimento económico. Esse posicionamento atrapalha a produção dos resultados almejados pela Constituição Federal, seja brasileira ou portuguesa, com o intuito de melhorar as condições sociais da população prestigiando, justamente, a dignidade da pessoa humana. Esses vieses sociais das Constituições em questão estão pautados na livre iniciativa e na propriedade privada.¹⁶⁸

3.1. Livre Iniciativa e Livre Concorrência

Tanto a Constituição da República Portuguesa de 1976, quanto a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 tratam da organização económica onde está incluída a normatização referente à livre iniciativa e à livre concorrência.

3.1.1. Livre Iniciativa e Livre Concorrência na Constituição da República Portuguesa de 1976

Foi na Constituição da República Portuguesa de 1976 que se consagrou pela primeira vez uma economia orientada para o desenvolvimento económico e aberta ao exterior, alinhada por meio da intervenção no Estado Democrático de Direito com a garantia dos direitos dos trabalhadores e demais agentes económicos, conciliando o planeamento e a concorrência como instrumentos utilizados na coordenação da economia.¹⁶⁹

No entanto, o plano programático original da Constituição de 1976 apresentava outros aspetos que lhe traziam particularidades típicas de um Estado Social do pós-guerra, com sua natureza de constituição dirigente e a indicação de um projeto socialista. Contudo, após diversas revisões constitucionais e a plasticidade de sua aplicação permitiu-se uma adaptação para novas conjunturas políticas e económicas.¹⁷⁰

¹⁶⁷ FONSECA, Rodrigo Garcia da. **A função social do contrato e o alcance do artigo 421 do Código Civil.** p.165

¹⁶⁸ *IDEM. Op. Cit.* p.167

¹⁶⁹ SANTOS, António Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. **Direito Económico.** p.41

¹⁷⁰ *IDEM. Ibidem.*

Referidas revisões constitucionais trouxeram modificações tão drásticas que houve uma transformação profunda no sentido do texto originário da Constituição portuguesa de 1976, proporcionando uma flexibilização que aumentou a possibilidade de ajuste entre as formas de apropriação e regulação, mas, também, reforçou o setor privado e a iniciativa privada. Assim, a referência ao socialismo presente no texto inicial da Constituição de 1976 permanece tão somente em seu preâmbulo.¹⁷¹

Atualmente é possível dizer que a Constituição de 1976 é compatível com uma economia social de mercado. Esse modelo económico visa equilibrar a economia de mercado e os interesses público e sociais projetados em diversos artigos da Constituição. Ainda assim, a Constituição de 1976 traz limitações no que tange ao livre funcionamento de mercado. Referidas restrições decorrem tanto da capacidade estatal de enquadrar e limitar a economia privada quanto para concorrer com esta na produção de bens e serviços. Há também o intuito da Constituição de 1976 de reconhecer e garantir direitos, em tese, conflitantes com o livre funcionamento do mercado.¹⁷²

De acordo com a Constituição portuguesa, o direito à iniciativa privada presente no artigo 61.º da Constituição da República Portuguesa de 1976¹⁷³ é um direito económico e não tão somente um princípio de organização económica. Ao mesmo tempo, o direito à iniciativa privada é independente do direito de propriedade, ainda que existam conexões naturais entre eles já que gozam de idêntica proteção, conforme os artigos 17.^{o174} e 18.^{o175}

¹⁷¹ SANTOS, António Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. **Direito Económico**. p.44

¹⁷² *IDEM. Op. Cit.* p.45

¹⁷³ “Art. 61.º da Constituição da República Portuguesa de 1976 (*Iniciativa Privada, Cooperativa e Autogestionária*): 1. A iniciativa económica privada exerce-se livremente nos quadros definidos pela Constituição e pela lei e tendo em conta o interesse geral; 2. A todos é reconhecido o direito à livre constituição de cooperativas, desde que observados os princípios cooperativos; 3. As cooperativas desenvolvem livremente as suas atividades no quadro da lei e podem agrupar-se em uniões, federações e confederações e em outras formas de organização legalmente previstas; 4. A lei estabelece as especificidades organizativas da cooperativas com participação pública; 5. É reconhecido o direito da autogestão, nos termos da lei”. *In* CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa. [Em linha]. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/PAGINAS/CONSTITUICAOREPUBLICAPORTUGUESA.ASPX> [Consult. 07 Jun. 2020]

¹⁷⁴ “Art. 17.º da Constituição da República Portuguesa de 1976 (*Regime dos Direitos, Liberdades e Garantias*): O regime dos direitos, liberdades e garantias aplica-se aos enunciados no título II e aos direitos fundamentais de natureza análoga”. *In* CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa. [Em linha]. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/PAGINAS/CONSTITUICAOREPUBLICAPORTUGUESA.ASPX> [Consult. 07 Jun. 2020]

¹⁷⁵ “Art. 18.º da Constituição da República Portuguesa de 1976 (*Força Jurídica*): 1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas; 2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos da Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos; 3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstrato e não podem ter efeito retroativo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais”. *In* CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa. [Em linha]. Disponível em:

da Constituição da República Portuguesa de 1976. Assim, a liberdade de iniciativa privada é uma condição básica para a existência da concorrência entre as empresas, percebido concebido como modelo de organização de atividade produtiva ou como critério de qualificação das estruturas de mercado e dos tipos de comportamento dos agentes económicos.¹⁷⁶

Entretanto, a liberdade de iniciativa privada não é reconhecida de maneira absoluta pela Constituição de 1976. Há restrições que resultam do próprio texto dessa Constituição ou da legislação ordinária, as quais podem atingir o direito como um todo ou quaisquer de seus elementos em especial, porém jamais atingindo o conteúdo essencial do direito, ou seja, a parte considerada indispensável para a satisfação básica dos interesses de seu titular.¹⁷⁷

Referidas restrições à iniciativa privada podem ser justificadas pela necessidade de proteção do interesse público em geral ou dos interesses de terceiros, principalmente daqueles grupos com alguma relação específica com a atividade da empresa. Dessa maneira, a liberdade económica deverá se adaptar à satisfação das exigências socioeconómicas.¹⁷⁸

Percebe-se que a Constituição de 1976 abrange um amplo conjunto de tarefas para a regulação económica pelo poder estatal, no qual se destacam aquelas que tratam da efetivação dos direitos fundamentais nas esferas social e económica, aquelas que regulam a liberdade concorrencial no mercado, o planeamento da atividade estatal-administrativa, incluídas as esferas financeira, monetária e creditícia.¹⁷⁹

Conclui-se então que o mercado integra o principal instrumento utilizado na coordenação da economia, tanto é que a Constituição de 1976 reconhece seu papel primordial ao encarregar o Estado de assegurar o funcionamento eficiente do mercado, como demonstrado no artigo 81.^o¹⁸⁰ da Constituição da República Portuguesa de 1976.

<https://www.parlamento.pt/Legislacao/PAGINAS/CONSTITUICAOREPUBLICAPORTUGUESA.ASPX>
[Consult. 07 Jun. 2020]

¹⁷⁶ SANTOS, António Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. **Direito Económico**. p.51

¹⁷⁷ SANTOS, António Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. **Direito Económico**. p.52

¹⁷⁸ *IDEM. Op. Cit.* p.53

¹⁷⁹ *IDEM. Op. Cit.* p.76

¹⁸⁰ “Art. 81.^o da Constituição da República Portuguesa de 1976 (*Incumbências Prioritárias do Estado*): Incumbe prioritariamente ao Estado no âmbito económico e social: a) Promover o aumento do bem-estar social e económico e da qualidade de vida das pessoas, em especial das mais desfavorecidas, no quadro de uma estratégia de desenvolvimento sustentável; b) Promover a justiça social, assegurar a igualdade de oportunidades e operar as necessárias correções das desigualdades na distribuição da riqueza e do rendimento, nomeadamente através da política fiscal; c) Assegurar a plena utilização das forças produtivas, designadamente zelando pela eficiência do setor público; d) Promover a coesão económica e social de todo o território nacional, orientando o desenvolvimento no sentido de um crescimento equilibrado de todos os setores e regiões e eliminando progressivamente as diferenças económicas e sociais entre a cidade e o campo e entre o litoral e o interior; e) Promover a correção das desigualdades derivadas da insularidade das regiões autónomas e incentivar a sua progressiva integração em espaços económicos mais vastos, no âmbito nacional e internacional; f) Assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada

Dessa maneira, o planeamento estatal tão somente cumpre uma função de enquadramento geral, particularmente da atividade do Estado-administração que é orientada no sentido de promoção do desenvolvimento económico.¹⁸¹

3.1.2. Livre Iniciativa e Livre Concorrência na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi a primeira elaborada após o regime militar (1964-1985) e foi um marco na transição de um Estado autoritário, intolerante e algumas vezes violento para um Estado democrático de direito.¹⁸²

Em muitas áreas a Constituição de 1988 solidificou e promoveu melhorias, principalmente no que tange aos direitos fundamentais, tendo como ponto central a dignidade da pessoa humana. Quanto aos direitos individuais às liberdades públicas, tais como liberdade de expressão, de reunião, de associação, e os direitos como o devido processo legal e a presunção de inocência foram incorporados com naturalidade aos campos político e jurídico do país.¹⁸³

Ao mesmo tempo, nasceu a discussão acerca da eficácia privada dos direitos fundamentais e sua aplicabilidade ou não às relações entre os particulares, pois ao centro da controvérsia encontra-se o princípio norteador das relações privadas, o princípio da autonomia da vontade. Com o surgimento desses questionamentos, três correntes se formaram em relação ao tema.¹⁸⁴

A primeira corrente está filiada à corrente liberal tradicionalista e nega aplicabilidade dos direitos fundamentais em relações em que o Estado não participe. A segunda corrente de entendimento admite a aplicação indireta dos direitos fundamentais nas

concorrência entre as empresas, a contrariar as formas de organização monopolistas e a reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas ao interesse geral; g) Desenvolver as relações económicas com todos os povos, salvaguardando sempre a independência nacional e os interesses do portugueses e da economia do país; h) Eliminar os latifúndios e reordenar o minifúndio; i) Garantir a defesa dos interesses e os direitos dos consumidores; j) Criar os instrumentos jurídicos e técnicos necessários ao planeamento democrático do desenvolvimento económico e social; l) Assegurar uma política científica e tecnológica favorável ao desenvolvimento do país; m) Adotar uma política nacional de energia, com preservação dos recursos naturais e do equilíbrio ecológico, promovendo, neste domínio, a cooperação internacional; n) Adotar uma política nacional de água, com aproveitamento, planeamento e gestão racional dos recursos hídricos”. *In* CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa. [Em linha]. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/PAGINAS/CONSTITUICAOREPUBLICAPORTUGUESA.ASPX> [Consult. 07 Jun. 2020]

¹⁸¹ SANTOS, António Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. **Direito Económico**. p.77

¹⁸² BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a constituição do novo modelo**. p.383

¹⁸³ *IDEM*. **Op. Cit.** p.395

¹⁸⁴ *IDEM*. **Op. Cit.** p.518

relações privadas auxiliados pela ação do legislador, principalmente com a previsão de aplicabilidade na legislação privada ordinária, nas cláusulas gerais, nos conceitos jurídicos indeterminados, tais como os costumes e a boa-fé, servindo como porta de entrada dos direitos fundamentais nas relações privadas. Finalmente, a terceira corrente admite a aplicação imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas. Sendo que o Superior Tribunal de Justiça brasileiro tem jurisprudência no sentido da aplicabilidade indireta, mediante interpretação conforme, e aplicabilidade direta dos direitos fundamentais.¹⁸⁵

Além dos direitos e garantias fundamentais, a Constituição de 1988 reservou o Título VII para tratar da ordem econômica e financeira. A preocupação com esses bens jurídicos foi tamanha que lhes foi conferido importante destaque. Dessa forma, a realização da justiça social foi inserida tanto no Capítulo I do Título VII, referente aos princípios gerais da atividade econômica no artigo 170¹⁸⁶ da Constituição de 1988, quanto no Título VIII, que trata da ordem social, conforme disposto no artigo 193¹⁸⁷ da Constituição de 1988.¹⁸⁸

O comprometimento com a melhora das condições sociais da população brasileira e sua harmonização em todo o território nacional levou o legislador constituinte a incluí-las tanto nos objetivos da República no artigo 3.^o¹⁸⁹ da Constituição de 1988, quanto nos princípios da ordem economia, conforme o inciso VII do artigo 170 da Constituição de 1988 citado acima. Enquanto a soberania nacional foi inserida já no Título I como um dos fundamentos da República, no artigo 1.^o¹⁹⁰ da Constituição de 1988 e também como

¹⁸⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a constituição do novo modelo.** p.518

¹⁸⁶ “Artigo 170 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos 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 tratamento diferenciado conforme 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 administração no País”. *In* CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil. Diário Oficial da União, Seção I.

¹⁸⁷ “Artigo 193 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”. *In* CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil. Diário Oficial da União, Seção I.

¹⁸⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** p.842

¹⁸⁹ “Artigo 3.^o da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. *In* CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil. Diário Oficial da União, Seção I. [Em linha] Ano CXXVI, n.^o 191-A (05/10/1988). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. [Consult. 7 Jul. 2020].

¹⁹⁰ “Artigo 1.^o da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político”. *In* CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil. Diário Oficial da União, Seção I. [Em linha] Ano

princípio da ordem económica, no inciso I do artigo 170 da Constituição de 1988, já citado anteriormente.¹⁹¹

Já a livre iniciativa e os valores sociais do trabalho também são referidos como fundamentos da República no artigo 1.º da Constituição de 1988, já citado, e, especificamente, no Título VII, que trata da ordem económica, também no artigo 170 da Constituição de 1988 anteriormente apontado, encontrando-se este último como primazia da ordem social.¹⁹²

Ante análise dos dispositivos acima pode-se perceber que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é uma antinomia do neoliberalismo, uma vez que não entrega a regulação económica e social a uma implícita eficiência de mercado. Contrariamente, o Estado brasileiro aponta que possui compromissos explícitos com os valores listados no texto constitucional, impondo que a ordem económica e social esteja articulada de forma a realizar os objetivos da República Federativa do Brasil listados no artigo 3.º da Constituição de 1988, anteriormente citado.¹⁹³

Para o ramo do Direito de Empresas dois aspetos relevantes se revelam com a colocação da livre iniciativa dentre os fundamentos da ordem económica. Primeiramente, a constitucionalidade de normas que visam incentivar a exploração da atividade de empresa pelos particulares, pois a primazia da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas quando aplicada ao direito das sociedades tem o intuito de limitar o risco para que as pessoas não tenham receio em investir nas atividades económicas decorrentes de elevado comprometimento de seu património.¹⁹⁴

Em segundo lugar, a importância que a liberdade de iniciativa recebe da Constituição de 1988 significa o reconhecimento de um direito de todos, qual seja, a exploração de atividades empresariais. Dessa liberdade decorre o dever de respeitar os limites constitucionais e reconhecer a ilicitude dos atos que impeçam seu pleno direito.¹⁹⁵

A defesa da livre iniciativa se projeta em duas direções: primariamente contra o próprio Estado, o qual tão somente atua por meio de ingerências na economia dentro dos limites constitucionalmente impostos e, também, contra as demais pessoas privadas. O

CXXVI, n.º 191-A (05/10/1988). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. [Consult. 7 Jul. 2020].

¹⁹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. p.842

¹⁹² *IDEM. Ibidem*. p.842

¹⁹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. p.843

¹⁹⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial: direito de empresa. Vol. 1**. p.217

¹⁹⁵ *IDEM. Ibidem*.

direito das empresas tutela esse segundo aspeto, ou seja, as normas jurídicas que cuidam do exercício da livre iniciativa quando este for ameaçado pela concorrência ilícita.¹⁹⁶

3.1.3. Intervenção Estatal na Economia

Considerando que a ordem económica apresenta como fundamentos a liberdade de iniciativa simultaneamente com a livre concorrência, o poder estatal não pode conservar o poder de outorgar aos particulares o direito de desempenhar atividades económicas. Assim, também pereceria a capacidade de fixar o volume da produção ou da comercialização que os empresários pretendam realizar. Conforme o texto constitucional, a escolha da atividade a ser empreendida, como o *quantum* a ser gerado ou negociado, deve resultar da autonomia da vontade dos agentes económicos. Dessa forma, o Estado não poderia compelir aos particulares o atendimento das diretrizes impostas, mas tão somente incentivar e atrair os particulares ante um planeamento tentador que condicione a atuação da iniciativa privada.¹⁹⁷

As limitações impostas pelo poder estatal vêm acompanhadas de justificativas, muitas vezes respaldadas na lógica económica, tal como efeitos contratuais taxativamente proibidos quando o cumprimento do contrato possa gerar externalidades negativas que, caso padeçam sobre bens públicos ou recursos comuns, seriam arduamente reveladas, produzindo danos sociais maiores do que o bem-estar que gerariam.¹⁹⁸

Ocasionalmente a vedação legal pretenderá evitar perdas das partes envolvidas quando acolhida por faltas ou vícios de vontade, seja por incompleta ou por deturpada representação das condições contratuais e dos resultados económicos pretendidos. Além de outros regramentos que espelham uma vertente paternalista de delimitação de finalidades aprováveis ou condenáveis no exercício da liberdade contratual.¹⁹⁹

O paternalismo estatal é refutado pela ciência económica, pois não passa de uma incoerência que pressupõe que o juiz está imune às imperfeições e insuficiências e enxerga as limitações e inabilidade prevalentes, teoricamente, em todos. Mas a realidade é que este se encontra alheio ao conhecimento direto das circunstâncias em que as partes realizaram determinado contrato, o que gera uma desvantagem informativa que, em tese, prevalecerá. Esse argumento apoia-se na corrente libertária que não está afastada de uma análise económica do contrato, pois o argumento encontra-se embasado na ideia de que dificilmente

¹⁹⁶ *IDEM. Ibidem.*

¹⁹⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** p.843

¹⁹⁸ ARAÚJO, Fernando. **Teoria económica do contrato.** p.433

¹⁹⁹ *IDEM. Ibidem.* p.434

o juiz poderá exterminar o valor do bem-estar resultante do contrato com maior habilidade do que as próprias partes envolvidas no negócio jurídico.²⁰⁰

Não obstante, deve-se sempre estar atento para que não haja abuso das alegações acerca do paternalismo estatal, pois está implícito que muitas das soluções imperativas manifestadas no âmbito dos contratos os direciona em maior parte para o sentido de proteger aquilo que, aos olhos do Estado, seria o ideal para as partes – enquanto essa tutela estatal deveria estar orientada para a correção de externalidades ou de vícios formais. Entretanto, referidos argumentos não económicos podem, de forma bastante célere, evoluir para consequências mais sérias capazes de relativizar amplamente a liberdade contratual.²⁰¹

Claramente existem argumentos não económicos que se opõem ao paternalismo estatal e que não se encontram afastados da realidade se for sustentado que é juntamente do consensualismo jurídico, do relevante respeito pela autonomia e relatividade contratual, até mesmo de uma santificação do “*pacta sunt servanda*”. Sendo que as maiores discordâncias se formarão em face da “alteração” do paternalismo que permite a ingerência de terceiros desrespeitando o acordo entre as partes.²⁰²

É justamente nesses termos que se enfrenta a crescente intenção reguladora que se projeta no direito dos contratos, principalmente quando invoca a proteção de determinados grupos, o que pode ser reconhecido como demasiado tutelar e paternalista, chegando a um “solidarismo forçado”. Além de impor deveres positivos perçivelmente inclinados a escavar enormes lesões quanto ao equilíbrio contratual espontâneo atestando a menoridade desses grupos protegidos.²⁰³

Diferente maneira de analisar a questão é contestando a visão “internalista” independente do conteúdo das obrigações assumidas e cumpridas com a percepção do consentimento. Há, também, a visão “externalista”, que se trata do conteúdo dos contratos e visa analisar não tanto a existência do consensualismo, mas sim suas implicações no campo jurídico ou, ainda, a sua eficiência.²⁰⁴

Ante essa dicotomia pode-se concluir que o paternalismo estatal é um reflexo da vedação à disciplina contratual no que se refere à pretensão de neutralidade política ou, ainda, na tentativa de aprisionar-se à vertente “internalista” de considerações tão somente técnicas, sem auxiliar na melhoria dos efeitos equilibradores ou redistributivos com os quais o Direito atua na tentativa de conquistar o bem-estar entre as partes envolvidas ou, também,

²⁰⁰ IDEM. *Ibidem.* p.435

²⁰¹ IDEM. *Ibidem.* p.436

²⁰² ARAÚJO, Fernando. *Teoria económica do contrato.* p.437

²⁰³ IDEM. *Op. Cit.* p.438

²⁰⁴ IDEM. *Ibidem.*

na tentativa de não demonstrar um posicionamento em meio ao altruísmo ou ao egoísmo que se exprime na contratação.²⁰⁵

Como exposto, não restam questionamentos de que as limitações impostas pelo paternalismo estatal interferem arduamente nas possibilidades de contratação e no processo negocial. Essas regulações são, na prática, um efeito maléfico que provoca o afastamento das soluções jurídico-institucionais que podem ser compreendidas como mais restritivas e aproximadas do dimensionamento normativo que sejam gozados pelos mais passivos ou favoráveis à tutela estatal. A conclusão dependerá do modo de avaliação acerca da bondade ou de sua ausência, da solução oferecida supletivamente pela ordem jurídica e, por conseguinte, o modo de analisar a escolha contratual da alternativa normativa oferecida pelo regime supletivo.²⁰⁶

No que tange à pura eficiência, a regulação do contrato segue a mesma ideia da regulação do mercado, uma vez que nesse contexto as “falhas do mercado” podem ser equiparadas às “falhas do contrato”, especialmente quanto à existência de custos de transação, negociação e decisão ou, ainda, aqueles relacionados aos obstáculos resistentes à otimização de resultados essenciais ao negócio jurídico.²⁰⁷

Essa correspondência pode revelar, em ambos os casos, uma “falha de intervenção”, pois existe a consciência de que a intervenção estatal não pode ser realizada no escuro, sem considerar custos ou a eficiência do contrato. O que pode se dar pelas próprias limitações orçamentárias evidentes, pelo maior cuidado acerca dos riscos e impactos exprimidos pelas intervenções, pela avaliação dos efeitos da assimetria limitadora do mediador e dos riscos somados que são oriundos dos poderes especiais que sejam praticados.²⁰⁸

3.2. Não Concorrência

A regra da não concorrência deve ser observada considerando a concorrência como meio de alcançar dignidade e justiça social coletiva, motivo pelo qual quaisquer limites ou restrições à concorrência podem ser considerados inconstitucionais. Na hipótese de transferência de *know-how*, os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência devem ser ponderados com certa restrição, qual seja o restabelecimento do transmitente.²⁰⁹

²⁰⁵ *IDEM. Ibidem.*

²⁰⁶ ARAÚJO, Fernando. **Teoria económica do contrato.** p.440

²⁰⁷ *IDEM. Op. Cit.* p.441

²⁰⁸ *IDEM. Ibidem.*

²⁰⁹ FRIEDA, Geisy. **Obrigação de não-concorrência: diretrizes para aplicação no âmbito civil e antitruste.** p.95

Não se pode olvidar que a vedação de concorrência não representa o encerramento da vida empresarial do impedido, pois este tão somente não poderá se restabelecer em condições que permitam atrair a clientela de seu antigo estabelecimento, a qual foi incluída na composição do preço pago na transferência do *know-how*, sendo assim de responsabilidade do adquirente na manutenção do valor da tecnologia ora obtida.²¹⁰

3.2.1. Liberdade Contratual e o Pacto de Não Concorrência

Um comportamento pode ser considerado como oposto daquilo convencionado no negócio jurídico, pois o sentido subjetivo do ato ou atos que integram referido negócio jurídico deve ser considerado como norma, pois o negócio jurídico é um fato produtor de normas. Dessa forma, o negócio jurídico típico é um contrato, onde as partes contratantes acordam acerca das condutas que devem ser empregadas entre elas.²¹¹

O contrato é o mais importante negócio jurídico bilateral ou plurilateral do Direito moderno. O fato contratual compõe-se de declarações de vontade convencionadas entre esses dois ou mais indivíduos direcionadas a consecução de uma conduta predeterminada. Porém, a ordem jurídica pode deliberar de forma específica que as convenções devem estar revestidas de um contrato juridicamente vinculante, que produza normas que institua deveres e confirmem direitos aos contratantes. Entretanto, em todas as hipóteses as partes devem expressar sua vontade.²¹²

Já que o contrato espelha, pela sua natureza, operações económicas, é indiscutível que sua função no sistema é mensurada pelo género e quantidade destas, o que confere dignidade legal àquilo que foi convencionado. Ao mesmo tempo, a disciplina jurídica dos contratos, resultante de leis e jurisprudências, condiz com a realização de objetivos e interesses qualificados de acordo com as opções políticas, a qualquer tempo mutáveis, acarretando o modo de ser e de se conformar do contrato como instituto jurídico, não se permitindo sofrer influências da organização político-social transmutada a cada momento. Isso pode ser percebido por meio da relativização do contrato, que muda sua disciplina, funções e estrutura de acordo com o contexto económico em que se encontra inserido.²¹³

Numa perspectiva económica, o contrato é principalmente um facilitador da circulação de títulos de valor e de maneiras de governabilidade de problemas inerentes ao

²¹⁰ *IDEM. Ibidem.*

²¹¹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** p.284

²¹² *IDEM. Op. Cit.* p.286

²¹³ ROPPO, Enzo. **O contrato.** p.24

conhecimento, poder e interesses. Seguindo esse conceito descentralizador e liberalizador, tem completo cabimento a afirmação da liberdade contratual e do caráter vinculativo das obrigações contratuais, no escopo de contratar ou não contratar.²¹⁴

Assim, o princípio da autonomia privada somente foi invocado como fundamento para legitimação quando surgiram os impasses quanto à limitação da admissibilidade de determinadas cláusulas, e a necessidade de limitar a liberdade contratual originou-se principalmente do entendimento da substancial limitação material dessa liberdade.²¹⁵

Ao lado da liberdade contratual está o pacto de não concorrência que visa impor ao transferente a obrigação de não fazer concorrência ao novo titular da tecnologia transferida. De acordo com a legislação brasileira em vigor, no artigo 1147, *caput* e parágrafo único do Código Civil brasileiro²¹⁶, o alienante não poderá se restabelecer de maneira que possa desviar a clientela do transferido pelo prazo de cinco anos, no caso de alienação, ou enquanto duraram os efeitos do contrato, no caso de arrendamento ou usufruto, se o negócio jurídico em questão não dispuser de forma diversa.²¹⁷ Enquanto em Portugal ainda não existe legislação acerca do tema da não concorrência.

Já que o pacto de não concorrência decorre de um valor maior pago na negociação da tecnologia transferida, parece justo, e até mesmo lógico, assegurar ao novo titular o proveito do *know-how* adquirido, vedando ao transferente seu restabelecimento, assegurando que este não se aproprie na clientela visada pelo adquirente. Dessa forma, o pacto de não concorrência tem como escopo evitar uma disputa entre transferente e transferido na competição pela preferência da clientela pela tecnologia adquirida.²¹⁸

Resta claro que o pacto de não concorrência é uma garantia de intangibilidade do valor desembolsado pelo *know-how*, o qual inclui a clientela conquistada pelo transferente. Caso o transferente tente desviar a clientela adquirida pelo transferido estará depreciando o objeto do negócio jurídico, até mesmo porque o valor despendido no contrato inclui a clientela.²¹⁹

²¹⁴ ARAUJO, Fernando. **Teoria económica do contrato**. p.18

²¹⁵ PRATA, Ana. **Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual**. p.265

²¹⁶ Artigo 1147 do Código Civil brasileiro: Não havendo autorização expressa, o alienante do estabelecimento não pode fazer concorrência ao adquirente, nos cinco anos subsequentes à transferência. Parágrafo Único: No caso de arrendamento ou usufruto do estabelecimento, a proibição prevista neste artigo persistirá durante o prazo do contrato. *In* CÓDIGO Civil Brasileiro - Lei Ordinária n.º 10.406/2002. Diário Oficial da União, Secção I. [Em linha] Ano CXXXIX, nº 8 (11/01/2002), p.1. Disponível em: www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm [Consult. 07 Jun. 2020]

²¹⁷ FRIEDA, Geisy. **Obrigação de não-concorrência: diretrizes para aplicação no âmbito civil e antitruste**. p.80

²¹⁸ *IDEM. Op. Cit.* p.81

²¹⁹ *IDEM. Ibidem.*

Percebe-se assim que o pacto de não concorrência é uma obrigação de não fazer, também chamada de obrigação negativa, a qual impõe um dever de não praticar o ato que antes do negócio jurídico podia-se livremente fazer. Dessa maneira, se houver a prática do ato proibido o transferente tornar-se-á inadimplente, podendo o transferido obrigá-lo a desfazer e pleitear o ressarcimento por perdas e danos.²²⁰

Não obstante o pacto de não concorrência ser enquadrado como uma obrigação de não fazer, ainda assim é usualmente discutida a sua natureza, como pessoal ou impessoal, transmissível ou intransmissível. A obrigação de não concorrência é pessoal e intransmissível e, dessa forma, aquele que assumir tal encargo terá o compromisso até que se esgote o prazo estipulado, seja legal ou contratual, a menos que venha a falecer, o que extinguirá o encargo.²²¹

Enquanto a obrigação daquele que se tornou o credor do *know-how* objeto do negócio jurídico, assim como de seus sucessores, é única, qual seja a garantia de proteção da tecnologia ora transferida.²²²

O marco brasileiro acerca da discussão da não concorrência foi analisado pelo Poder Judiciário ainda em 1913. O caso tratava de uma discussão envolvendo um contrato de trespasse entre a Companhia Nacional de Tecido de Juta, defendida por José Xavier Carvalho de Mendonça, e a Companhia de Paulista de Aninhagem, representada por Rui Barbosa. Devido à importância do caso como enorme precedente relativo à livre concorrência e, talvez, em relação ao conceito de liberdade de iniciativa como entendido atualmente²²³, segue um breve relato acerca dos fatos:

Os fatos que originaram a demanda a respeito dos questionamentos quanto à não concorrência aconteceram em 09 de setembro de 1907, quando o Conde Álvares Leite Penteadó e os industriais Alexandre Leslie, Ildefonso Dutra e Jorge Street celebraram um contrato visando a fusão das fábricas Santa'Ana, São João e Santa Luzia, o que gerou a Companhia Nacional de Tecidos de Juta, uma sociedade anônima localizada na cidade de São Paulo.²²⁴

Em seguida à ampliação da fabricação do tecido de juta, o Conde Álvares Leite Penteadó decidiu alienar o controle acionário da Companhia pelo valor total de Rs

²²⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações**. p.96

²²¹ FRIEDA, Geisy. **Obrigação de não-concorrência: diretrizes para aplicação no âmbito civil e antitruste**. p.100

²²² *IDEM*. **Op. Cit.** p.106

²²³ FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga; BAGNOLI, Vicente. **Condutas Anticoncorrenciais**. In CARVALHOSA, Modesto (Coord.). **Coleção Tratado de Direito Empresarial: Direito Concorrencial**. p.582

²²⁴ MARTORANO, Luciana dos Santos. **Obrigação de não concorrência nos contratos empresariais: do trespasse de estabelecimento aos contratos associativos**. p.94

10.500:000\$000 (dez mil e quinhentos contos de Réis), sendo que Rs 7.500:000\$000 (sete mil e quinhentos contos de Réis) correspondiam aos ativos da fábrica e os outros Rs 3.000:000\$000 (três mil contos de Réis) eram decorrentes da boa reputação e posição conquistada pela fábrica Santa'Ana no mercado.²²⁵

Decorrido um ano da alienação da companhia, o Conde Álvares Leite Penteado decidiu empreender novamente no ramo do mercado têxtil com a fundação da Companhia Paulista de Aninhagem, no mesmo bairro da cidade de São Paulo onde funcionava a Companhia Nacional de Tecidos de Juta, agora sob comando dos novos controladores.²²⁶

Descontentes com a concorrência da fábrica recém-inaugurada pelo ex-acionista, os novos controladores da Companhia Nacional de Tecidos de Juta acionaram o Conde Álvares Leite sob o argumento de que a Companhia Paulista de Aninhagem estava concorrendo de forma direta com a sociedade cujo controle havia sido alienado, requerendo a condenação do Conde Álvares Leite ao reembolso da quantia dos Rs 3.000:000\$000 (três mil contos de Réis) que haviam sido pagos referentes à boa reputação e posição mercadológica da Companhia Nacional de Tecidos de Juta, além da condenação da Companhia Paulista de Aninhagem por perdas e danos solidariamente com o Conde Álvares Leite Penteado.²²⁷

José Xavier Carvalho de Mendonça alegou que o prestígio comercial do Conde Álvares Penteado foi o que auxiliou na formação do capital social da Companhia Nacional de Tecidos de Juta e que seu reingresso no mercado, na condição de respeitado empresário da região, não poderia fazer concorrência direta à companhia que acabara de alienar, não fazendo boa a coisa vendida por analogia ao artigo 214 do Código Comercial de 1850²²⁸, ora em vigor.²²⁹

Para José Xavier Carvalho de Mendonça a limitação à concorrência era inerente à alienação do controle societário, considerando que a coisa vendida deveria ser entregue como boa, firme e valiosa, conforme disposto no princípio da boa-fé atinente a qualquer negociação mercantil, e o ato de desvio de clientela pelo Conde Álvares Leite Penteado somente poderia ser interpretado como um vício do negócio jurídico, uma vez que a

²²⁵ *IDEM. Ibidem.*

²²⁶ *IDEM. Op. Cit.* p.95

²²⁷ MARTORANO, Luciana dos Santos. **Obrigação de não concorrência nos contratos empresariais: do trespasse de estabelecimento aos contratos associativos.** p.95

²²⁸ “Artigo 214 do Código Comercial brasileiro de 1850: O vendedor é obrigado a fazer boa ao comprador a coisa vendida, ainda que no contrato de estipule que não fica sujeito a responsabilidade alguma; salvo se o comprador, conhecendo o perigo ao tempo da compra, declarar expressamente no instrumento do contrato, que toma sobre si o risco; deverão entender-se que esta cláusula não compreende o risco da coisa vendida, que, por algum título possa pertencer a terceiro”. *In* CÓDIGO Comercial Brasileiro – Lei n.º 556/1950. [Em linha]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L0556-1850.htm

²²⁹ MARTORANO, Luciana dos Santos. **Obrigação de não concorrência nos contratos empresariais: do trespasse de estabelecimento aos contratos associativos.** p.95

instituição de concorrência pelo alienante representaria uma ameaça às expectativas dos adquirentes de lucrar com a ascensão da Companhia.²³⁰

Na outra ponta encontrava-se Rui Barbosa, que utilizou como argumentos de defesa do Conde Álvares Leite Penteado o fato de não haver sido pactuada qualquer cláusula que limitasse a concorrência entre o alienante da Companhia Nacional de Tecidos de Juta e seus adquirentes, uma vez que a obrigação de não concorrência não estava expressa no contrato de compra e venda formalizado. Disse, ainda, que o direito à concorrência não deveria ser substituído por, tão somente, uma presunção interpretativa do contrato, já que a proibição de um indivíduo ou uma sociedade empresária a determinada atividade afetaria diretamente o princípio constitucional da livre concorrência. Alegou também que a clientela da Companhia Nacional de Tecidos de Juta não era objeto do negócio jurídico avençado, uma vez que a freguesia não constava como um valor autônomo no inventário de bens da sociedade. Por fim, argumentou que a clientela não poderia ser interpretada como um bem do capital da sociedade anônima em observância ao disposto no artigo 17 do Decreto n.º 434/1891²³¹, no qual o capital das sociedades anônimas seria composto de dinheiro, bens, coisas ou direitos.²³²

A demanda foi julgada em 12 de agosto de 1914 pelo Supremo Tribunal Federal, o qual acolheu os argumentos da tese de defesa de Rui Barbosa, fazendo com que o pleito proposto em face ao Conde Álvares Leite Penteado não alcançasse o objetivo pretendido.²³³

A ausência de regulamentação acerca dos pactos de não concorrência, acrescida ao preceito da autonomia da vontade, tendência à época, forma as causas que fundamentaram a decisão que transitou em julgado de forma completamente oposta ao que foi consolidado nos dias atuais.²³⁴

3.2.2. Limitações do Pacto de Não Concorrência

O pacto de não concorrência traz, ainda, algumas limitações. Referidas limitações abarcam três requisitos, quais sejam: essenciais, estratégicos e de eficiência. Os requisitos

²³⁰ *IDEM. Op. Cit.* p.96

²³¹ “Artigo 17 do Decreto 434/1891: O capital das sociedades anônimas pode consistir em dinheiro, bens, coisas ou direitos. As entradas ou prestações em bens, coisas ou direitos só serão admitidas pelo valor em que forem estimadas por louvados”. *In* DECRETO n.º 434/1891. [Em linha]. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-434-4-julho-1891-504758-publicacaooriginal-1-pe.html> [Consult. 07 Jun. 2020]

²³² MARTORANO, Luciana dos Santos. **Obrigação de não concorrência nos contratos empresariais: do trespasse de estabelecimento aos contratos associativos.** p.96

²³³ *IDEM. Ibidem.*

²³⁴ *IDEM. Op. Cit.* p.97

essenciais tratam dos elementos de limitação temporal, territorial e de objeto que conferem ao pacto de não concorrência plena aplicabilidade. Enquanto os requisitos estratégicos englobam os elementos compreendidos no pacto de não concorrência diretamente ligados à atividade essencial, uniprofissional, prévio domínio do *know-how*, descumprimento contratual por parte do transferido e responsabilidade de terceiros envolvidos. Por fim, os requisitos de eficiência são aqueles relativos à multa contratual caso o transferido não cumpra o que foi estabelecido no pacto de não concorrência.²³⁵

Há uma clara limitação da liberdade de trabalho do indivíduo instituído pelo pacto de não concorrência, o que pode ser enquadrado em dois direitos constitucionais em colisão. De um lado as normas relativas aos direitos fundamentais que não possuem caráter absoluto e de outro as normas que lhes impõem limitações, as quais também não são absolutas, o que exige uma análise de caso concreto para legitimação do pacto de não concorrência.²³⁶

Já que os direitos fundamentais são absolutos, o princípio da proporcionalidade é empregado como parâmetro de análise acerca da extensão da restrição imposta ao direito de livre exercício do trabalho estabelecido pelo pacto de não concorrência de acordo com o caso concreto, porém almejando sempre a máxima efetividade dos preceitos constitucionais.²³⁷

O princípio da proporcionalidade é utilizado como um balizador nos conflitos entre princípios, ou entre princípios e regras, sempre privilegiando um em detrimento do outro, porém sem atingir a sistemática do ordenamento jurídico, de maneira a extinguir quaisquer excessos aptos a prejudicar as partes integrantes do negócio jurídico. Contudo, a questão não se soluciona com a imposição da prevalência urgente de um princípio sobre o outro, mas, sim, há o estabelecimento em função da preponderância entre os princípios em colisão, pela qual somente um deles, de acordo com a análise do caso concreto, irá prevalecer.²³⁸

Dessa maneira, surgindo como garantia constitucional, o princípio da proporcionalidade encontra-se presente em todas as relações jurídicas e servirá como guia ante interesses antagônicos, quando deverão ser analisados os possíveis sacrifícios, contrabalançando qual dos princípios será o de maior proporção. Dever-se-á quando aplicado o princípio da proporcionalidade ao caso concreto optar pelo menor sacrifício.²³⁹

²³⁵ SANTOS, Alexandre David. **Aplicabilidade e limites das cláusulas de não concorrência nos contratos de franquia**. p.19

²³⁶ OLIVEIRA NETO, Célio Pereira. **Cláusula de não-concorrência no contrato de emprego: efeitos do princípio da proporcionalidade**. p.107

²³⁷ *IDEM. Ibidem.*

²³⁸ FRIEDA, Geisy. **Obrigação de não-concorrência: diretrizes para aplicação no âmbito civil e antitruste**. p.96

²³⁹ *IDEM. Op. Cit.* p.97

Ante o exposto, com o intuito de proteger seus bens imateriais o transferido não pode vedar o direito ao trabalho do transferente, assim como é proibida a imposição do pacto de não concorrência de forma injustificada. O que cabe é o cerceamento do exercício económico em uma determinada área harmonizando quaisquer conflitos entre princípios constitucionais.²⁴⁰

As limitações mais importantes no pacto de não concorrência tratam da limitação acerca do período de tempo, limitação no que tange ao espaço geográfico e limitação quanto à área de atuação, também chamada de limitação substancial. Outro aspeto relevante que deve ser levado em consideração é a compensação financeira ao licenciado.²⁴¹

Referidas limitações devem ser cumulativas, pois não há razão de ser no pacto de não concorrência se os limites temporal, geográfico e substancial não coexistirem. Eles servem, ainda, como balizadores dos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência, além da liberdade de escolha de qualquer atividade.²⁴²

A limitação quanto ao período de tempo deve ser adequada para impedir a violação do direito que se pretenda resguardar e também indicar quais as medidas necessárias para tanto, sempre aplicando o princípio da proporcionalidade para sopesar o custo/benefício das restrições; entretanto sempre deverá haver a análise do caso concreto.²⁴³

A prorrogação do período de tempo do pacto de não concorrência para aquele além do determinado na legislação e na jurisprudência decorre do princípio da autonomia da vontade das partes e não tem por que ser denegada no caso de uma demanda judicial. Contudo, a prorrogação de tempo não pode decorrer de decisão exclusiva de uma das partes do contrato, já que perderia sua bilateralidade contratual.²⁴⁴

Quanto à limitação geográfica, sua amplitude dependerá principalmente da área de abrangência do objeto negociado, desde que ausente a efetiva possibilidade de prejuízo ao transferente. Ainda que a limitação geográfica faça parte do rol de requisitos do pacto de não concorrência, esta poderá se tornar inofensiva devido à globalização dos mercados. Essa limitação, porém, não deve ser desprezada, até mesmo porque, em regra, limitações muito amplas só têm razão em serviços de extrema especialização, o que deve ser analisado diante de um caso concreto.²⁴⁵

²⁴⁰ OLIVEIRA NETO, Célio Pereira. **Cláusula de não-concorrência no contrato de emprego: efeitos do princípio da proporcionalidade.** p.109

²⁴¹ *IDEM. Op. Cit.* p.120

²⁴² FRIEDA, Geisy. **Obrigação de não-concorrência: diretrizes para aplicação no âmbito civil e antitruste.** p.116

²⁴³ OLIVEIRA NETO, Célio Pereira. **Cláusula de não-concorrência no contrato de emprego: efeitos do princípio da proporcionalidade.** p.120

²⁴⁴ *IDEM. Op. Cit.* p.121

²⁴⁵ *IDEM. Ibidem.*

Entretanto, podem-se apontar alguns critérios específicos para que se estabeleça o alcance da limitação geográfica do pacto de não concorrência. Isso posto, seria necessário ponderar o princípio da proporcionalidade de acordo com o caso concreto; uma análise do tipo de serviço do produto negociado, pois esse é um fator essencial para determinar a área de influência do *know-how* obtido; definir a capacidade de produção do produto ou serviço objeto da tecnologia ora adquirida; delimitar o público-alvo do produto objeto do negócio jurídico; e qual a relação entre volume e quantidade adquiridos pelos clientes.²⁴⁶

Já a limitação de atuação visa delimitar a área de trabalho do transferente, onde este não poderá atuar no mesmo ramo empresarial correspondente àquele que exercia à época do negócio jurídico em que houve a transferência do *know-how*. Essa limitação se faz necessária como meio menos gravoso para a conservação do bem ora protegido.²⁴⁷

Essa limitação substancial incide tão somente no mesmo ramo empresarial objeto do produto transferido e em seus similares. Dessa forma sua delimitação depende da identificação da atividade. É vedada, então, a proibição de restabelecimento em qualquer área de atuação, uma vez que aquilo que se pretende proteger é a clientela adquirida junto com o *know-how* objeto do negócio jurídico. Dessa maneira, para que haja descumprimento do pacto de não concorrência do transferente não será necessária a identidade de produtos criados por este, mas sim a capacidade de desviar a clientela.²⁴⁸

Para determinar limitação da área de atuação também é preciso observar o caso concreto aplicando o princípio da proporcionalidade com a finalidade de que a restrição não seja excessiva, mas na medida exata para a proteção da tecnologia objeto do negócio jurídico.²⁴⁹

No que se refere à compensação do transferente, esta tem como finalidade assegurar a manutenção do *status quo ante*. É necessário observar a comutatividade da relação de forma a equilibrar as obrigações e os deveres das partes envolvidas, as quais deverão sempre agir de acordo com os deveres do princípio da boa-fé e seus acessórios.²⁵⁰

²⁴⁶ FRIEDA, Geisy. **Obrigação de não-concorrência: diretrizes para aplicação no âmbito civil e antitruste.** p.118

²⁴⁷ OLIVEIRA NETO, Célio Pereira. **Cláusula de não-concorrência no contrato de emprego: efeitos do princípio da proporcionalidade.** p.122

²⁴⁸ FRIEDA, Geisy. **Obrigação de não-concorrência: diretrizes para aplicação no âmbito civil e antitruste.** p.127

²⁴⁹ *IDEM.* **Op. Cit.** p.128

²⁵⁰ OLIVEIRA NETO, Célio Pereira. **Cláusula de não-concorrência no contrato de emprego: efeitos do princípio da proporcionalidade.** p.123

3.2.3. Não Concorrência e Concorrência Desleal

Faz-se necessário distinguir o pacto de não concorrência da concorrência desleal. Ainda que ambos institutos visem a proteção da clientela adquirida, são estatutos distintos. Para tanto, é preciso compreender a abrangência e o significado da concorrência desleal.²⁵¹

O cuidado com a concorrência desleal nasce na França no século XIX, numa época dominada pelo liberalismo económico. O interesse mais relevante era, sem dúvida, o interesse dos concorrentes. Por esse motivo, o artigo 1.º da Convenção da União de Paris²⁵², com sua primeira versão do ano de 1883, se propõe a tutela dos interesses privados, assim como a repreensão da concorrência desleal. Esse entendimento mantém-se vigente até os dias atuais.²⁵³

A legislação portuguesa foi pioneira na positivação dos atos concorrenciais, sendo que o conceito de concorrência desleal se originou pelo Decreto de 15 de dezembro de 1894, no qual foram inseridas diversas figuras típicas.²⁵⁴

A concorrência desleal pode ser caracterizada como todo e qualquer ato praticado por alguém envolvido no ramo da indústria, comércio ou prestação de serviços contra algum concorrente, seja de forma direta ou indireta, ou, ainda, contra um não concorrente, utilizando-se de meios ilícitos com o objetivo de manter ou aumentar a sua clientela, desviando-os ou não em proveito próprio ou de terceiros. Referidos atos são considerados contra as práticas e os usos honestos esperados pelas atividades económicas.²⁵⁵

Dessa maneira, a concorrência desleal não corresponde a um conceito económico de concorrência, mas sim de uma limitação abstrata de diversos ramos em que se pode verificar uma concorrência inadequada. A concorrência deve ser medida baseando-se em um caso

²⁵¹ FRIEDA, Geisy. **Obrigação de não-concorrência: diretrizes para aplicação no âmbito civil e antitruste.** p.110

²⁵² “Article 1.º from Paris Convention for the Protection of Industrial Property: [Establishment of the Union; Scope of Industrial Property] (1) The countries to which this Convention applies constitute a Union for the protection of industrial property; (2) The protection of industrial property has its object patents, utility models, industrial designs, trademarks, service marks, trade names, indications of source or appellations of origin, and the repression of unfair competition; (3) Industrial property shall be understood in the broadest sense and shall apply not only to industry and commerce proper, but likewise to agricultural and extractive industries and to all manufactured or natural products, for example, wines, grain, tobacco leaf, fruit, cattle, minerals, mineral waters, beer, flowers, and flour; (4) Patents shall include the various kinds of industrial patents recognized by the laws of the countries of the Union, such as patents of importation, patents of improvement, patents and certificates of addition, etc”. *In* PARIS Convention for the Protection of Industrial Property. [Em linha]. Disponível em: https://www.unido.org/sites/default/files/2014-04/Paris_Convention_0.pdf [Consult. 07 Jun. 2020]

²⁵³ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Concorrência desleal.** p.129

²⁵⁴ SILVA, Alberto Luís Camelier da. **Concorrência desleal: atos de confusão.** p.68

²⁵⁵ *IDEM. Op. Cit.* p.63

concreto, pois não importa se os tipos de atividade são concorrentes de forma abstrata, mas sim se as atividades em análise atingem de forma concreta as demais.²⁵⁶

Para que haja a configuração da concorrência desleal é necessária a presença de alguns pressupostos, quais sejam: a desnecessidade de dolo ou fraude, sendo suficiente a culpa do agente; a desnecessidade de verificação de dano no caso concreto, bastando tão somente a possibilidade ou o risco de perigo de sua superveniência; a existência de colisão de interesses, ou seja, atividade concorrente direta; a existência obrigatória de clientela, ainda que potencial; e, por fim, a caracterização do ato praticado como contrário aos preceitos da moral e dos bons costumes.²⁵⁷

As regras que tratam de concorrência desleal podem incidir também sobre os institutos da propriedade industrial, o que é o caso dos atos de confusão. Constitui, ainda, fundamento para a recusa de concessão de alguns direitos privativos, tais como patentes, modelos ou desenhos e marcas, pois seu reconhecimento visa por meio destes a realização de concorrência desleal, mesmo que esta não seja a sua intenção.²⁵⁸

3.3. Contrato de Transferência de *Know-How*

O acesso à tecnologia, seja aquela agregada no capital ou aquela integrada ao conhecimento, é uma das condições essenciais ao desempenho das diferentes atividades económicas e compõe o rol de elementos determinantes da capacidade competitiva das empresas, pois recai diretamente sobre a qualidade dos processos de produção e, também, dos produtos.²⁵⁹

A transferência de tecnologia atém-se ao fornecimento de sigilos tecnológicos, tais como técnicas industriais, práticas comerciais, dentre outros, e pode ser realizada de diversas formas, as quais podem ser agrupadas em: (i) investimento estrangeiro, o qual engloba a construção ou instalação de estabelecimentos ou equipamentos industriais, incluída a tecnologia incorporada ao capital; (ii) venda de bens e capitais ou de bens intermediários, também ligados à tecnologia incorporada ao capital; (iii) trabalho humano qualificado, englobando a assistência e a formação técnica, conhecido como tecnologia incorporada nos homens; (iv) informação de natureza técnica ou comercial protegida pelos

²⁵⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Concorrência desleal**. p.118

²⁵⁷ SILVA, Alberto Luís Camelier da. **Concorrência desleal: atos de confusão**. p.66

²⁵⁸ VICENTE, Dario Moura. **A tutela internacional da propriedade intelectual**. p.90

²⁵⁹ SANTOS, António Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. **Direito Económico**. p.290

direitos de propriedade industrial, seja pela patente ou aquelas não especificamente protegidas, como o *know-how*.²⁶⁰

Considera-se contrato de transferência de *know-how* aquele em que uma parte se obriga a transmitir à outra parte determinada tecnologia ou conhecimento técnico exclusivos, os quais são empregados na produção ou comercialização de bens e serviços. Assim, a pluralidade da vida econômica e o desenvolvimento técnico exigem que a transmissão da tecnologia seja complementada pela assistência técnica necessária ao usuário para que este tenha pleno acesso ao *know-how* para que seja extraído todo seu proveito.²⁶¹

O conceito de *know-how* muitas vezes se confunde com o conceito de segredo industrial, porém não são sinônimos. O segredo de empresa é uma invenção protegida pela patente, e o proprietário da carta de patente faz sua utilização de forma exclusiva, sem transferi-la à ninguém. Enquanto o *know-how* não é um segredo absoluto e poderá se transmitido por via de contrato.²⁶²

Vê-se que a referida espécie de contrato envolve um segredo de fábrica ou um segredo comercial, qual seja uma informação que deve ser mantida em regime de confidencialidade, qualidade que, comumente, é relacionada com o proveito econômico, ou seja, uma informação qualquer não pode ser protegida pelo segredo industrial. Pode-se, então, afirmar que a tecnologia objeto do contrato de transferência de *know-how* poderá ou não estar coberta pelo segredo empresarial, afinal diversas vezes é usual considerar a existência de fontes alternativas de tecnologia, as quais auxiliam o receptor dessa tecnologia e, de forma bastante transparente, não são secretas. E o principal objetivo dessa modalidade contratual é a aquisição do *know-how* e de informações técnicas destinadas à produção de produtos e de serviços industriais.²⁶³

O contrato de transferência de *know-how* é uma modalidade de contrato bilateral, em geral oneroso, sendo permitida, todavia, sua transferência de forma gratuita, consensual e *intuitu personae*. É um contrato autônomo, não podendo ser reduzido a quaisquer modalidades preexistentes de contrato, porém é um tipo que engloba diversas modalidades contratuais.²⁶⁴

A transferência de tecnologia pode se dar de forma definitiva ou de forma temporária. A transferência definitiva é chamada de “cessão”, e o cessionário, em regra, não poderá transferi-la a terceiros. Esse conhecimento será fornecido por escritos, por materiais,

²⁶⁰ *IDEM. Ibidem.*

²⁶¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais.** p.712

²⁶² *IDEM. Op. Cit.* p.713

²⁶³ BARBOSA, Cláudio Roberto. Propriedade intelectual e contratos intelectuais. In CARVALHOSA, Modesto (Coord.). **Coleção Tratado de Direito Empresarial: Direito Concorrencial.** p.438

²⁶⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais.** p.713

mediante treinamento de pessoal ou pela combinação dessas opções. Enquanto a transferência temporária é realizada por meio de “licença de *know-how*”, devendo o licenciado encerrar sua utilização com o fim do contrato.²⁶⁵

A extinção do contrato de transferência de *know-how* pode se dar pelas modalidades habituais de extinção dos contratos, assim como por nulidade ou anulabilidade. Dentre os modos habituais encontram-se o vencimento do prazo de duração, o distrato ou resilição bilateral, infração de cláusula contratual, modificação essencial do objeto do contrato tendo como consequência a perda do valor do *know-how* ou pela mudança de pessoa que recebe as informações referentes à tecnologia. Esta última é decorrente da qualidade de *intuitu personae* do contrato de transferência de *know-how*. Entretanto, a extinção do contrato de transferência de *know-how* deve ser analisada de forma minuciosa, afinal essa espécie contratual prolonga-se no tempo e normalmente abarca investimentos vultuosos.²⁶⁶

3.4. Jurisprudência Acerca da Não Concorrência nos Tribunais Superiores do Brasil e de Portugal

3.4.1. Supremo Tribunal de Justiça

Conforme explicitado anteriormente no item 2.4.1., o Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, criado na década de 1830, é o órgão principal da soberania da Justiça portuguesa. Da mesma forma que referido tribunal tutela os direitos da personalidade, há também a tutela da concorrência no direito português. Dessa forma, verifica-se o que fora exposto por meio dos exemplos escolhidos, os quais na jurisprudência portuguesa têm maior incidência nos contratos de trabalho por se tratar de um tema bastante novo no ordenamento jurídico do país.

A jurisprudência analisada sob o número 312/07.2TCFUN.L1.S2²⁶⁷ traz a discussão acerca do pacto de não concorrência. A discussão aqui gira em torno do exercício de

²⁶⁵ *IDEM. Op. Cit.* p.712

²⁶⁶ *IDEM. Op. Cit.* p.714

²⁶⁷ ALMEIDA, Pinto de relat. – Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça com o número 312/07.2TCFUN.L1.S2 de 14 de Maio de 2019. [Em linha]. [Consult. 06 Mar. 2020]. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/b5372123865cc56b802583fa004d0cdf?OpenDocument&Highlight=0,312%2F07.2TCFUN.L1.S2>

Processo: 312/07.2TCFUN.L1.S2

Número Convencional: 6.ª Secção

Relator: Pinto de Almeida

CESSÃO DA POSIÇÃO CONTRATUAL

PACTO DE NÃO CONCORRÊNCIA

NORMA IMPERATIVA

OBJECTO INDETERMINÁVEL
NULIDADE DO NEGÓCIO
EXCEÇÃO DE NÃO CUMPRIMENTO
CLÁUSULA PENAL
REDUÇÃO
INCUMPRIMENTO PARCIAL
COMERCIANTE
DÍVIDA DE CONJUGES
COMUNICABILIDADE
PROVEITO COMUM DO CASAL
PRESUNÇÕES LEGAIS
ACTO DE COMÉRCIO
ATO DE COMÉRCIO
EXCEÇÃO DE NÃO CUMPRIMENTO
OBJECTO INDETERMINÁVEL
PRESSUPOSTOS
EQUILÍBRIO DAS PRESTAÇÕES
INTERPRETAÇÃO DA DECLARAÇÃO NEGOCIAL
EXIGIBILIDADE DA OBRIGAÇÃO
JUROS LEGAIS
NATUREZA COMERCIAL
RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA
ÔNUS DE ALEGAÇÃO
ÔNUS DA PROVA
ELEVADOR
FIM SOCIAL
ORDEM PÚBLICA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA
CONCORRÊNCIA
REDUÇÃO DO NEGÓCIO
BOA-FÉ
REGIÃO AUTÓNOMA
QUESTÃO NOVA

Data do Acórdão: 05/14/2019

Votação: Unânime

DIREITO CIVIL – RELAÇÕES JURÍDICAS / FACTOS JURÍDICOS / NEGÓCIO JURÍDICO / DECLARAÇÃO NEGOCIAL / INTERPRETAÇÃO / CASOS DUVIDOSOS.

DIREITO COMERCIAL – EXERCÍCIO DA EMPRESA COMERCIAL EM GERAL / EMPRESÁRIOS COMERCIAIS, EMPRESAS COMERCIAIS E ACTOS DE COMÉRCIO / OBRIGAÇÕES ESPECIAIS DOS EMPRESÁRIOS COMERCIAIS / PEQUENOS EMPRESÁRIOS.

I – O n.º 1 do art 6.º do DL Regional n.º 2/2004/M apenas veda o exercício da actividade de manutenção de elevadores a entidades que não estejam inscritas como empresas de manutenção e assistência a esses equipamentos, o que se justifica por razões de segurança garantindo que tais tarefas são executadas por entes devidamente habilitados e apetrechados.

II – O âmbito da proibição mencionada em I (e o correspondente sancionamento contra-ordenacional) restringe-se à execução dos contratos que tenham por objecto as actividades aí aludidas, o que implica que a tutela dos interesses em causa não imponha a nulidade dos contratos de cessão de posições nesses outros contratos e, bem assim, dos contratos de manutenção de elevadores celebrados com os condomínios, tanto mais não se identifica qualquer princípio fundamental de ordem pública que se possa ter contrariado.

III – A mera restrição pactuada da liberdade de decisão económica não é susceptível de integrar a previsão do n.º 1 do art. 4.º da Lei n.º 18/2003, de 11-06, havendo que indagar quais os efeitos que a mesma projecta no contexto jurídico e económico do mercado e, bem assim, se, de acordo com o critério balanço económico, a prática restritiva da concorrência é justificada por via de ponderação das vantagens e desvantagens a ela associadas; porém não tendo os réus alegado e demonstrado, como lhes competia, que, da cláusula de não concorrência firmada, resultaram os efeitos a que a alude aquele preceito, é inviável concluir pela respectiva nulidade, tanto mais que, como anuíram, aquela se destinava a recuperar o elevado investimento feito pela autora.

IV – Ainda que devesse entender que a perduração da obrigação de não-concorrência por 10 anos era excessiva, dever-se-ia, em obediência à boa-fé, proceder-se à redução – pois a invalidade total redundaria em prejuízo da autora e em indevido benefício do infractor – desde período para 4 anos (correspondente ao prazo

determinada atividade da qual a parte deveria se abster e a cessão dos contratos já existentes com o estabelecimento que foi objeto do negócio jurídico. Mais uma vez a análise do caso concreto se faz necessária para que a melhor solução seja encontrada, assim o contexto jurídico económico é usado com embasamento para que se justifique o pacto de não concorrência.

Quanto ao caso estudado sob número 1019/09.1TTLRA.C1.S1²⁶⁸ há o questionamento acerca do pacto de não concorrência nos contratos de trabalho, o qual fica

inicial de duração de contratos de manutenção), assim se obviando a que a ré vendedora pudesse recuperar a clientela dos contratos transferidos.

V – Pese embora não seja possível determinar, antecipadamente, quais os contratos de manutenção que a autora poderia vir futuramente a celebrar a que constituem objecto da cláusula de não-concorrência, a viabilidade do recurso a critérios de determinabilidade e a elementos informativos pertinentes leva a que a determinação desse segmento da cláusula não fique dependente do arbítrio da credora ou de terceiro, não se verificando, pois, a indeterminabilidade do respectivo objecto.

VI – A obrigação de não concorrência não é correspectiva e interdependente da obrigação de pagamento do preço da compra e venda, sendo meramente instrumental à efectiva transmissão dos contratos e, em todo caso, a sua atendibilidade apenas determinaria a suspensão de exigibilidade da obrigação do excipiente e não a sua desvinculação.

VII – O critério interpretativo contido no art. 237.º do CC apenas intervém quando não seja possível alcançar o sentido da declaração.

VIII – Em casos de incumprimento parcial, a redução a cláusula penal será, em princípio, proporcional à utilidade retirada pelo credor do cumprimento ocorrido: porém, verificando-se que as rés, prevalecendo-se da especial ligação aos condomínios, actuaram concertadamente para obter a rescisão da quase totalidade dos contratos transferidos e que a cláusula penal imposta visava compelir ao cumprimento da obrigação de não concorrência (impedindo, por essa via, a recuperação daqueles contratos), é de concluir que apela não deve ser reduzida.

IX – Não detendo o réu a qualidade de comerciante (cft. n.º 1 so art. 13.º do CCom), a circunstância de ter praticado um acto objectivo do comércio é insuficiente para considerar que a dívida foi por ele contraída no exercício do comércio e presuntivamente, em proveito comum do casal.

²⁶⁸ PINTO, Ferreira relat. – Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça com o número 1019/09.1TTLRA.C1.S1 de 02 de Maio de 2018. [Em linha]. [Consult. 06 Mar. 2020]. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/a59b8b467ab97b5d802582810046ca98?OpenDocument&Highlight=0,1019%2F09.1TTLRA.C1.S1>

Processo: 1019/09.1TTLRA.C1.S1

Número Convencional: 4.ª Secção

Relator: Ferreira Pinto

**PACTO DE NÃO CONCORRÊNCIA
INCUMPRIMENTO DO CONTRATO
NEGÓCIO FORMAL**

INTERPRETAÇÃO DA DECLARAÇÃO NEGOCIAL

Data do Acórdão:05/02/2018

Votação: Unanimidade

DIREITO CIVIL – RELAÇÕES JURÍDICAS / FACTOS JURÍDICOS / NEGÓCIO JURÍDICO / DECLARAÇÃO NEGOCIAL / INTERPRETAÇÃO E INTEGRAÇÃO / SENTIDO NORMAL DE DECLARAÇÃO.

I – Estando prevista uma cláusula penal, no “pacto de não concorrência”, para o seu funcionamento basta o incumprimento objetivo por parte do trabalhador, mesmo que não materializado (ainda) num dano efetivo ou, pelo menos aferível, no imediato, pelo empregador.

II – O “pacto de não concorrência”, como negócio jurídico que é, deve ser interpretado de acordo com os artigos 236.º e seguintes do Código Civil, estando consagrado no artigo 236.º, n.º 1, a “teoria da impressão do destinatário”, em homenagem aos princípios da proteção da confiança e da segurança do tráfico jurídicos.

III – Um declaratório normal, razoável, medianamente esclarecido e instruído, diligente e sagaz, colocado no lugar do declaratório real, recorrendo à letra do documento, às circunstâncias em que ele foi feito, às negociações respetivas, à finalidade prática visada pelas partes, aos interesses que nele estão em jogo e à finalidade prosseguida, e considerando o que ele conhecia e aquilo que podia conhecer, interpreta o segmento “com uma indemnização que será fixada no parágrafo anterior” no sentido de que o trabalhador, aqui Réu,

caracterizado assim que o trabalhador não cumpra o que fora ajustado. Entretanto, o negócio jurídico deverá se interpretado de acordo com a “teoria da impressão do destinatário” embasada nos princípios da proteção da confiança e da segurança do tráfico jurídico. Assim, o homem médio quando colocado no lugar do destinatário real interpretaria as cláusulas do contrato objeto do negócio jurídico no sentido de que o trabalhador deverá pagar ao empregador uma indemnização nos moldes estabelecidos pelas partes referente ao não cumprimento do pacto de não concorrência.

No que tange ao caso sob número 2525/11.3TTLSB.L1.S1²⁶⁹ há mais uma discussão acerca do pacto de não concorrência envolvendo contrato de trabalho. Neste há o

terá que pagar à empregadora, aqui Autora, uma indemnização, no mínimo, de valor igual ao dobro da quantia total estabelecida, determinada e definida no parágrafo anterior.

IV – Se nele está fixada a quantia de € 50.000,00, o montante mínimo para indemnização a pagar pelo trabalhador, que incumpriu o pacto, à empregadora é no valor de € 100.000,00.

²⁶⁹ MORGADO, Mário Belo relat. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça com o número 2525/11.3TTLSB.L1.S1 de 30 de Abril de 2018. [Em linha]. [Consult. 06 Mar. 2020]. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/129c6ef90f43bf7b80257ccc003169dc?OpenDocument&Highlight=0,2525%2F11.3TTLSB.L1.S1>

Processo: 2525/11.3TTLSB.L1.S1

Número Convencional: 4.ª Secção

Relator: Mário Belo Morgado

CONTRATO DE TRABALHO

PACTO DE NÃO CONCORRÊNCIA

RENÚNCIA

ABUSO DE DIREITO

Data do Acórdão: 04/30/2018

Votação: Unanimidade

DIREITO CIVIL – RELAÇÕES JURÍDICAS / FACTOS JURÍDICOS / NEGÓCIO JURÍDICO / EXERCÍCIO E TUTELA DE DIREITOS – DIREITO DAS OBRIGAÇÕES / FONTES DAS OBRIGAÇÕES / CONTRATOS / CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES.

DIREITO DO TRABALHO – CONTRATO DE TRABALHO / CLÁUSULAS ACESSÓRIAS / CLÁUSULAS DE LIMITAÇÃO DE LIBERDADE DE TRABALHO.

I – O pacto de *não concorrência* tem obrigatoriamente carácter oneroso e é sinalagmático (gera uma obrigação de *non facere* para o trabalhador e uma obrigação compensatória para o empregador), constituindo parte integrante do conjunto de contrato de trabalho (trata-se de uma cláusula acessória, conformadora de um efeito acessório da cessação do contrato).

II – Os pactos de *não concorrência*, para além de cercearem a liberdade de trabalhar no convencionado prazo de abstenção de concorrência, também limitam a cabal participação do trabalhador no mercado de trabalho nos antecedentes períodos, assim condicionando a sua possibilidade (e o seu interesse) de procurar/equacionar outras alternativas profissionais e de otimizar a gestão de sua carreira, realidade que se traduz mesmo, com frequência, em situações de *perda de oportunidade*.

III – O contrato de trabalho – como qualquer outro contrato – consubstancia um equilíbrio global, um conjunto de “pesos e contrapesos” que lhe conferem uma coerência unitária, o que não se compadece com uma análise compartimentada das diferentes partes que o integram, nomeadamente das cláusulas atinentes ao estatuto remuneratório do trabalhador e das relativas à compensação estipulada como contrapartida da *não concorrência*.

IV – Apesar de a compensação pela *não concorrência* não revestir natureza retributiva, goza da proteção que a lei desenha para a retribuição do trabalho, gerando a sua estipulação expectativas legítimas que não podem ser ignoradas, pelo que não é razoável permitir que as mesmas possam ser unilateralmente frustradas pelo empregador.

V – Assim, e na ausência de disposição legal que o consinta, não pode deixar de concluir-se no sentido da impossibilidade de subtrair os pactos de *não concorrência* do princípio segundo o qual os contratos livremente celebrados devem ser pontualmente cumpridos e só por acordo dos contraentes podem modificar-se (art. 406.º, n.º 1 do CC).

reconhecimento do pacto de não concorrência como um negócio jurídico obrigatoriamente oneroso e sinalagmático, pois ao mesmo tempo que cerceia o direito ao trabalho no prazo convencionado também limita a participação do trabalhador no mercado de trabalho por determinado período, o que muitas vezes causa a perda de uma oportunidade. Dessa forma, ainda que o pacto de não concorrência não tenha natureza retributiva, em tese, não pode o empregador frustrar essas expectativas decorrentes dos termos ora estabelecidos. Conclui-se, então, que no caso de ausência de disposição legal não pode o pacto de não concorrência ser afastado do princípio segundo o qual os contratos devem ser pontualmente cumpridos e só por acordo entre as partes passível de modificações.

No caso examinado sob número 08S322²⁷⁰ há a discussão acerca das formalidades necessárias para a validade das cláusulas do pacto de não concorrência. Considerando que a limitação das atividades do trabalhador deve estar pautada no interesse e ordem públicos, a ausência de referidas formalidades torna impossível especificar as regras estipuladas, pois ficaria demais abrangente, infringindo a liberdade de exercício do direito ao trabalho. Assim, é necessário que as partes integrantes do negócio jurídico consagrem a totalidade

VI – Sendo certo que o A. imediatamente comunicou à R. não aceitar a renúncia ao pacto de não concorrência, nada nos autos evidencia, ou sequer sugere, a verificação de qualquer dos requisitos do *abuso do direito* invocado por esta.

²⁷⁰ SERRA, Bravo relat. – Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça com o número 08S322 de 07 de Maio de 2008. [Em linha]. [Consult. 06 Mar. 2020]. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/5202a033d2f2a72f8025744800462aeb?OpenDocument&Highlight=0,08S322>

Processo: 08S322

Número Convencional: JSTJ000

Relator: Bravo Serra

PACTO DE NÃO CONCORRÊNCIA FORMALIDADES AD SUBSTANTIAM

Data do Acórdão: 05/07/2008

Votação: Unanimidade

I – Consagra-se nos arts. 47.º, n.º 1 e 58.º, n.º 1, da Lei Fundamental e art. 36.º, n.º 1 do *Regime Jurídico do Contrato Individual de Trabalho*, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 49.408, de 24 de novembro de 1969 (LCT), a regra da liberdade de trabalho.

II – Todavia, do n.º 2 do referido art. 36.º ressaltam condições que permitem a estipulação de uma cláusula de limitação da atividade do trabalhador, que são ditadas por interesse e ordem pública e constituem formalidade *ad substantiam*, sem as quais não será possível efectuar-se a outorga desse específico arco do negócio jurídico, porque, se não fora a ocorrência das condições previstas no preceito, ficaria a reger a regra geral da proibição das cláusulas dos contratos individuais de trabalho ou das convenções colectivas, limitadoras, por qualquer forma, da liberdade de exercício do direito ao trabalho.

III – De acordo com aquele preceito (n.º 2 do art. 36.º), para que seja aceite o clausulado limitativo, torna-se *mister* que as partes intervenientes no negócio, na respectiva estipulação, consagrem a totalidade do condicionalismo legal permissor desse clausulado, sob pena de, assim não agindo, ficarem submetidas à regra do n.º 1 do referido artigo.

IV – Por se apresentar vaga e mais não representar que uma declaração de mera intenção, não consagra a *conditio ad substantiam* expressa no dito n.º 2 do art. 36.º a cláusula que estipula que “*A Primeira Outorgante pela limitação da atividade do/a Segundo/a Outorgante, assume cumprir o exposto neste Decreto [-] Lei no Artigo 36, alínea 2c , desde que o Segundo/a Outorgante coloque a questão por escrito, devidamente documentada, com valores e identificação de todas as partes, dentro do prazo de aviso para rescisão do contrato e seja recebida pela legal representante da Primeira Outorgante, através de assinatura de protocolo*”.

das condições legais para que haja a possibilidade de sua perfeita delimitação e plena aplicabilidade.

Por fim, o caso sob número 09S0625²⁷¹ também trata das formalidades necessárias ao pacto de não concorrência. Foi reconhecida a possibilidade de o trabalhador obedecer à não concorrência pelo prazo máximo de dois anos para que não causasse efetivo prejuízo ao seu então empregador, desde que sob uma compensação adequada durante todo o tempo convencionado. Todavia, a obrigação de exclusividade eventualmente estabelecida em uma

²⁷¹ DINIS, Vasques relat. – Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça com o número 09S0625 de 10 de Dezembro 2019 [Em linha]. [Consult. 09 Mar. 2020]. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/879a127328b8a3668025768c0058272d?OpenDocument&Highlight=0,08S322>

Processo: 09S0625

Número Convencional: JSTJ000

Relator: Vasques Dinis

PACTO DE NÃO CONCORRÊNCIA

CLÁUSULAS DE EXCLUSIVIDADE

CONSTITUCIONALIDADE

CLÁUSULAS DE CONFIDENCIALIDADE

OBRIGAÇÃO DE INDEMNIZAR

NEXO DE CAUSALIDADE

Data do Acórdão: 12/10/2019

Votação: Unanimidade

I – A possibilidade de, no contrato de trabalho, se estipular, por escrito, a obrigação de o trabalhador não exercer, no período máximo de 2 anos subsequentes à cessação do contrato, atividade cujo exercício possa efetivamente causar prejuízo ao empregador, com a atribuição ao trabalhador de uma compensação adequada durante o período convencionado, consignada no artigo 146.º, n.º 2, do Código do Trabalho de 2003 não viola o princípio da liberdade de trabalho consagrado no artigo 47.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa.

II – A obrigação de exclusividade, eventualmente, consignada em cláusula acessória do contrato de trabalho, se referida a atividades concorrentes com a do empregador, não releva com autonomia, na perspectiva de restrição à liberdade de trabalho, por se tratar de obrigação inerente à relação laboral, por força do disposto na alínea e) do n.º 1 do artigo 121.º do referido Código, como afloramento do dever geral de lealdade.

III – A licitude da cláusula de exclusividade que limite o exercício das atividades não concorrentes com a do empregador há-de ser averiguada segundo critérios de adequação e proporcionalidade, em função de um real e efectivo interesse do empregador (atendendo, designadamente, ao sector económico em que a empresa se insere) correlacionado com a natureza das tarefas objecto do contrato (tendo em conta a complexidade técnica destas, o tempo exigido para um eficiente desempenho e a responsabilidade do trabalhador, que podem reclamar disponibilidade total).

IV – A cláusula inscrita no contrato de trabalho, segundo a qual o trabalhador se vinculou a não aceitar outros trabalhos remunerados ou não remunerados por terceiros e/ou de levar a cabo negócios por sua conta, sem o prévio consentimento do empregador, e este se comprometeu, em contrapartida, a pagar-lhe 20% da remuneração mensal bruta, não se verificando os factores referidos no ponto III, só pode considerar-se lícita se encarada como tendo em vista reforçar a protecção legal contra o perigo da concorrência.

V – Se, no pacto de não concorrência, a obrigação assumida foi a de, no período de 12 meses subsequentes à cessação do contrato de trabalho, não prestar serviços profissionais de *delegada de informação médica*, definidos como envolvendo o permanente contacto com médicos, colaboração com médicos em sessões de informação de um formulário de prescrição, não pode afirmar-se o incumprimento do pacto quando apenas se prova que a trabalhadora constitui uma sociedade concorrente da qual foi designada co-gerente e, após a cessação do contrato, trabalhou como *vendedora de fundos de investimentos* para uma sociedade do mesmo grupo da última.

VI – A constituição, pelo trabalhador, de uma sociedade concorrente do empregador, na vigência do contrato, sendo um acto que configura infracção ao dever de lealdade prescrito na alínea e) do n.º do artigo 121.º do Código do Trabalho de 203, não basta, por si só, para fundar o direito de indemnização, tornando-se necessária a demonstração de que da actividade desenvolvida pela nova sociedade, no período de vigência da relação laboral resultaram danos para o empregador, o que pressupõe o estabelecimento de um nexo de causalidade, a efectuar em função da matéria de facto apurada, à luz da doutrina da causalidade adequada, na sua formulação negativa, acolhida no artigo 563.º

cláusula acessória do contrato de trabalho se refere às atividades que façam concorrência direta ao empregador, não caracterizando uma limitação ao direito ao trabalho. Dessa maneira, deverá haver uma avaliação embasada nos critérios de adequação e proporcionalidade acerca daquilo que seria realmente concorrência ao empregador, incluídos o setor econômico em que estão as partes inseridas e a natureza das tarefas ora desenvolvidas.

3.4.2. Superior Tribunal de Justiça

Também mostrado no item 2.4.2., o Superior Tribunal de Justiça, criado pela Constituição Federal de 1988, tem como principal função a uniformização da jurisprudência acerca de casos civis e criminais que não envolvam matérias constitucionais ou decorrentes de decisões de justiças especializadas. E, assim como o Supremo Tribunal de Justiça português, julgou questões referentes à tutela da concorrência no direito brasileiro, o que pode ser verificado de acordo com os casos escolhidos expostos abaixo. Entretanto, por ser uma questão enfrentada há algum tempo pelos tribunais brasileiros, o enfoque será nos contratos empresariais.

Neste primeiro caso analisado sob número AgInt no Recurso Especial 1802278/RJ (2019/0065938-3)²⁷² houve o questionamento acerca do pacto de não concorrência nos contratos de franquia. O Tribunal considerou indiscutível a existência do pacto de não concorrência, o qual deveria ser plenamente cumprido, e a parte não poderia fazer concorrência durante todo o período de restrição, exaurindo, assim, os efeitos pretendidos no negócio jurídico.

²⁷² ARAÚJO, Raul e GALLOTTI, Maria Isabel relat. – Acórdão do Superior Tribunal de Justiça com o número AgInt no Recurso Especial 1802278/RJ (2019/0065938-3) de 29 de Outubro de 2019. [Em linha]. [Consult. 08 Mar. 2020]. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201900659383&dt_publicacao=02/12/2019

Processo: AgInt no Recurso Especial 1802278/RJ (2019/0065938-3)

Relator: Ministro Raul Araújo e Ministra Maria Isabel Gallotti

Órgão Julgador: T4 – Quarta Turma

Data do Julgamento: 29/10/2019

Ementa: AGRAVO INTERNO. RECURSO ESPECIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. REEXAME. SÚMULAS N. 7/STJ E 735/STF. CONTRATO DE FRANQUIA. CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA. IRREVERSIBILIDADE INVERSA.

1. Não ofende o art. 300 §3º do CPC, decisão que, diante da incontroversa existência de cláusula de não concorrência, defere tutela de urgência voltada ao estrito cumprimento do contrato, inibindo a pretensão do contratante a ela vinculado de exercer a concorrência no mesmo mercado durante o respectivo período de vigência. Irreversibilidade causaria a revogação da antecipação de tutela, uma vez que escoaria o período de restrição, exaurindo-se os efeitos da cláusula, sem que ela tivesse surtido seus efeitos próprios, nos termos do contrato de franquia.

2. Não cabe, em recurso especial, reexaminar matéria fático-probatória (Súmula n. 7/STJ).

3. Agravo interno a que se nega provimento.

No caso estudado sob o número AgInt no Recurso Especial 1785820/RJ (2018/0328804-4)²⁷³ houve a discussão acerca da incidência ou não de Imposto Sobre a Renda das verbas provenientes do pacto de não concorrência. Defende-se que referidos valores possuem caráter indenizatório e por esse motivo não haveria a incidência de Imposto Sobre a Renda. Apesar de o recurso não ter sido provido por falta de prequestionamento, a Corte apresentou posicionamento alegando que os valores pagos em decorrência do pacto de não concorrência são mera liberalidade do empregador, desta forma haveria a incidência de Imposto Sobre a Renda.

Já no caso analisado sob o número AgInt no Recurso Especial 1173942/SP (2017/0238998-5)²⁷⁴ houve a discussão acerca de uma eventual violação aos embargos de

²⁷³ FALCÃO, Francisco relat. – Acórdão do Superior Tribunal de Justiça com o número AgInt no Recurso Especial 1785820/RJ (2018/0328804-4) de 27 de Agosto de 2019. [Em linha]. [Consult. 09 Mar. 2020]. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28%22FRANCISCO+FALC%C3O%22%29.MI N.&processo=1785820&data=%40DTDE+%3E%3D+20190827+E+%40DTDE+%3C%3D+20190827&tip o_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true
Processo: AgInt no Recurso Especial 1785820/RJ (2018/0328804-4)

Relator: Ministro Francisco Falcão

Órgão Julgador: T2 – Segunda Turma

Data do Julgamento: 27/08/2019

Ementa: **PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DO ART. 111, II, DO CTN E DO ART. 6º, V, DA LEI N. 7.713/1998. QUESTÕES DEBATIDAS NO RECURSO ESPECIAL NÃO FORAM ABORDADAS PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. INCIDÊNCIA DOS ENUNCIADOS N. 282 E N. 356 DA SÚMULA DO STF. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DO ART. 43, I E II, DO CTN. INCIDÊNCIA DE IMPOSTO DE RENDA (IR). RECURSO ESPECIAL EM ACORDO COM O ENTENDIMENTO DESTA CORTE SUPERIOR.**

I – Na origem, cuida-se de apelação interposta pela parte impetrante, ora recorrida contra a sentença que julgou improcedente a pretensão deduzida no mandado de segurança impetrado, consistente no reconhecimento do caráter indenizatório das verbas oriundas da denominada “cláusula de não concorrência”, presente no contrato de trabalho rescindido, com o consequente afastamento da incidência de Imposto de Renda (IR) sobre elas.

II – No tocante à suposta violação do art. 111, II do CTN, bem como do art. 6º, V, da Lei n. 7.713/1998, o recurso especial não merece conhecimento. Isso porque as questões debatidas no recurso especial não foram abordadas pelo Tribunal de origem à luz dos dispositivos legais federais reputados malferidos, arrolados acima, tampouco foram opostos embargos declaratórios a fim de suprir as omissões eventualmente constatadas no acórdão recorrido.

III – Configurada a carência do indispensável requisito do prequestionamento, impõe-se o não conhecimento do recurso especial. Incidem sobre hipótese, por analogia, os óbices constantes dos enunciados das Súmulas n. 282 e 356, ambas do STF.

IV – Entretanto, no que diz respeito à alegada violação do art. 43, I e II do CTN, cuja verificação independe do revolvimento dos elementos fático-probatórios dos autos, assiste razão à recorrente.

V – A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça manifestou-se, especificamente, no sentido de que as verbas rescisórias pagas por mera liberalidade do empregador sujeitam-se à incidência de Imposto de Renda (IR), ainda que adimplidas a título de compromisso de não aliciamento, porquanto destituídas de natureza indenizatória (AgRg no REsp n. 911.667/SP, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Seção, julgado em 28/5/2008, DJe de 23/6/2008). Acerca do assunto destaque, ainda, os seguintes precedentes nesse mesmo sentido: AgInt no AREsp n. 1.043.801/SP, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 4/9/2018; REsp n. 1.671.670/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 6/3/2018, DJe de 22/11/2018.

VI – O recurso especial está acordado com o cediço entendimento desta Corte Superior, enquanto que o acórdão impugnado foi proferido em desacordo com esse entendimento, razão pela qual merece reforma.

VII – Agravo interno improvido.

²⁷⁴ BUZZI, Marco relat. – Acórdão do Superior Tribunal de Justiça com o número AgInt no Recurso Especial 1173942/SP (2017/0238998-5) de 21 de Junho de 2018. [Em linha]. [Consult. 08 Mar. 2020]. Disponível em:

declaração em que se pretendia alterar as premissas da decisão quanto ao reconhecimento da validade dos pactos de não concorrência e de confidencialidade a partir do caso concreto e análise das cláusulas contratuais e reexame dos autos.

Finalmente, o caso estudado sob número REsp 1203109/DF – Recurso Especial 2010/0127767-0²⁷⁵ debate acerca da validade e eficácia do pacto de não concorrência inserido em um contrato comercial eminentemente associativo. De acordo com a teoria finalista do direito do consumidor somente pode ser considerado consumidor aquele que

https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28%22MARCO+BUZZI%22%29.MIN.&processo=1173942&data=%40DTDE+%3E%3D+20180621+E+%40DTDE+%3C%3D+20180621&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true

Processo: AgInt no Recurso Especial 1173942/SP (2017/0238998-5)

Relator: Ministro Marco Buzzi

Órgão Julgador: T4 – Quarta Turma

Data do Julgamento: 21/06/2018

Ementa: **AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – AÇÃO DECLARATÓRIA C/C PEDIDO CONDENATÓRIO – DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECLAMO. INSURGÊNCIA RECURSAL DA PARTE DA RÉ.**

1. Não constatada a alegada violação ao artigo 1022,II do CPC/15, porquanto todas as questões submetidas a julgamento foram apreciadas pelo órgão julgador, com fundamentação clara, coerente e suficiente.
2. Alterar as premissas adotadas pelo decisum atacado, no tocante ao reconhecimento da validade da cláusula de não concorrência e confidencialidade, demanda, no caso em apreço, a interpretação de cláusulas contratuais e o reexame do acordo fático-probatório dos autos, o que encontra óbice nas Súmulas 5 e 7 do STJ.
3. Quanto à alegada violação ao artigo 355 do CPC/15, tal questão não foi objeto de apreciação pela Corte estadual, tampouco constou dos aclaratórios opostos pela recorrente, carecendo do necessário e constituindo indevida inovação recursal.
4. Agravo interno desprovido.

²⁷⁵ BELLIZZE, Marco Aurélio relat. – Acórdão do Superior Tribunal de Justiça com o número REsp 1203109/DF de 05 de Maio de 2015. [Em linha]. [Consult. 08 Mar. 2020]. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28%22MARCO+AUR%C9LIO+BELLIZZE%22%29.MIN.&processo=1203109&data=%40DTDE+%3E%3D+20150505+E+%40DTDE+%3C%3D+20150505&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true

Processo: REsp 1203109/DF – Recurso Especial 2010/0127767-0

Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze

Órgão Julgador: T3 – Terceira Turma

Data do Julgamento: 05/05/2015

Ementa: **RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. CONTRATO EMPRESARIAL ASSOCIATIVO. INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. AFASTADA. PEDIDO E CAUSA DE PEDIR. TEORIA DA CONSUBSTANCIAÇÃO. JULGAMENTO EXTRA PETITA. NÃO CARACTERIZADO. EXTINÇÃO DO VÍNCULO CONTRATUAL. CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA. LIMITE TEMPORAL E ESPACIAL. ABUSIVIDADE. NÃO OCORRÊNCIA.**

1. Demanda em que se debate a validade e eficácia de cláusula contratual de não-concorrência, inserida em contrato comercial eminentemente associativo.
2. A aplicação do direito ao caso concreto, ainda que com fundamentos jurídicos diversos, não caracteriza julgamento extra petita.
3. Pela teoria finalista, só pode ser considerado consumidor aquele que exaure a função econômica do bem ou serviço, excluindo-o de forma definitiva do mercado de consumo.
4. A jurisprudência do STJ admite a flexibilização da teoria finalista, em caráter excepcional, desde que demonstrada situação de vulnerabilidade de umas das partes, o que não se vislumbra no caso dos autos.
5. A funcionalização dos contratos, positivada no art. 421 do Código Civil, impõe aos contratantes o dever de conduta proba que se estende para além da vigência contratual, vinculando as partes ao atendimento da finalidade contratada de forma plena.
6. São válidas as cláusulas contratuais de não- concorrência, desde que limitadas espacial e temporalmente, porquanto adequadas à proteção da concorrência e dos efeitos danosos decorrentes de potencial desvio de clientela – valores jurídicos reconhecidos constitucionalmente.
7. Recurso especial provido.

esgota a função económica do bem ou do serviço afastando-o do mercado de consumo. Entretanto, o Tribunal permite a flexibilização dessa teoria de forma excepcional, desde que demonstrada a vulnerabilidade de uma das partes envolvidas, o que não ocorreu neste caso. Assim, o contrato deve ser cumprido de forma plena, cumprindo sua função social e de acordo com o princípio da boa-fé, o qual é esperado do início ao fim do negócio jurídico. Além do mais, ao reconhecer a validade do pacto de não concorrência houve o condicionamento desta ao cumprimento das formalidades, principalmente as limitações espaciais e temporais, para que se atingisse a finalidade de proteção da concorrência e dos efeitos danosos de um eventual desvio de clientela.

Conclusão

O pacto de não concorrência ainda sofre questionamentos acerca de sua validade, sempre se baseando na ideia de cerceamento da livre iniciativa e afronta aos direitos fundamentais. Ficou demonstrado, contudo, que a autonomia privada, como base do Direito Civil, permite às partes que se negocie livremente se sujeitando àquilo que fora estipulado entre elas.

Por ser uma norma de conteúdo imperativo, o pacto de não concorrência, em tese, não pode ser afastado. Entretanto, a delimitação do conteúdo de um contrato de direito privado é um compromisso jurídico e econômico, o que é mais um reflexo da autonomia privada e permite que as partes incluam em seus contratos aquilo que desejarem, desde que estejam concordes e haja convergência de vontade e equilíbrio de interesses. Assim, fundando-se na liberdade contratual e na autonomia da vontade, as partes são livres para convencionar aquilo que lhes satisfizer.

A autonomia da vontade é um princípio característico do Direito Civil com campo de incidência na liberdade de contratar que se projeta no âmbito subjetivo do indivíduo, prevalecendo sua vontade. Modernamente, contudo, passou-se a entender que a autonomia privada não teria caráter absoluto sob a alegação de que a sociedade deveria prezar pelo interesse público, o qual, em tese, deveria sempre sobrepor-se sobre o interesse particular, resultando em um verdadeiro dirigismo contratual por parte do Estado.

Como decorrência natural da autonomia da vontade tem-se o *pacta sunt servanda*, princípio que reza que o contrato faz lei entre as partes, obrigando-as a cumprir aquilo que fora estipulado. Caso o contrato seja modificado ou extinto pelo Poder Judiciário, causará verdadeira insegurança jurídica ao sistema. No entanto, de forma excepcional, haveria a possibilidade de intervenção jurídica para corrigir eventual desequilíbrio nas prestações decorrentes dos contratos.

Até porque a quebra do *pacta sunt servanda* afetaria diretamente a boa-fé, a qual é imposta a todos os sujeitos de direito, restringindo quaisquer ações que a contrariem, e deve ser obedecida desde o início das negociações dos contratos até o exaurimento de seus efeitos, devendo ser analisada de acordo com cada caso concreto. O princípio da boa-fé tem tamanha relevância que é fonte autônoma de obrigações, independentemente daquilo que foi estipulado nos negócios jurídicos, e sua rotura gera o dever de indenizar pelo não cumprimento da prestação, na omissão ou cumprimento de forma delituosa da mesma.

Ainda visando a eficácia do contrato de acordo com o caso concreto inserido, tem-se o princípio da função social dos contratos garantindo que não haja onerosidade excessiva

ou cenários de injustiça afetando as partes envolvidas. Seu objetivo é que exista igualdade entre os sujeitos e equilíbrio nas relações ponderando a situação de um contratante sobre a situação do outro.

Além da autonomia privada, como justificativa para a inaplicabilidade do pacto de não concorrência nos contratos de transferência de *know-how* estão os direitos da personalidade. Os direitos da personalidade são inerentes à pessoa humana e estão positivados como forma de proteção dos valores inatos ao ser humano. Dessa maneira são subjetivos, existenciais, absolutos e decorrentes do princípio da dignidade da pessoa humana.

A positivação dos direitos da personalidade visou proteger a pessoa humana impondo deveres negativos ao Estado e deveres positivos aos particulares para que estes viabilizem a proteção desses direitos por meios morais e materiais que garantam a evolução desses atributos dos seres humanos. Assim, alguns dos direitos da personalidade podem ser economicamente valoráveis e destacados do seu titular.

Ainda que intimamente ligados à natureza humana, os direitos da personalidade podem ser transmitidos *inter vivos* ou *causa mortis*, sendo que alguns deles podem ser objeto de cessão de uso mediante compensação financeira. O direito de autor poderá ser cedido em face de seu interesse negocial e de expansão tecnológica, sendo possível seu ingresso no mercado jurídico sem perder seus elementos intrínsecos.

A compensação financeira está diretamente ligada ao pacto de não concorrência, pois o ordenamento jurídico tem como uma de suas funções a busca do desenvolvimento económico da sociedade, mas sem afastar o princípio da eficiência. Ao mesmo tempo, o direito não pode se olvidar da dignidade da pessoa humana, sem que esta seja, porém, utilizada como pretexto para o não cumprimento dos contratos provocando insegurança jurídica e prejudicando o desenvolvimento económico.

Pelo próprio texto constitucional, a escolha profissional é livre ao particular, assim não cabe ao Estado impor o acolhimento de diretrizes por ele impostas. A vedação legal deverá tão somente evitar perdas pelas partes envolvidas no negócio jurídico quanto às faltas ou vícios de vontade por estar incompleta ou corrompida a representação das condições do contrato e dos resultados económicos pretendidos. Afastando a vertente paternalista do Estado, o que é absolutamente condenável no exercício da liberdade contratual.

Existem também argumentos não económicos para refutar o paternalismo estatal que se encontram bastante próximos à realidade social, como o consensualismo jurídico, o relevante respeito pela autonomia privada e relatividade contratual. Não restando dúvidas de que o paternalismo estatal interfere arduamente na possibilidade de contratação e no

processo negocial, além de ser um efeito maléfico que provoca o afastamento das soluções jurídico-institucionais pertinentes ao caso concreto.

Contudo, o pacto de não concorrência deve ser observado de acordo com a própria concorrência, pois essa é uma forma de atingir dignidade e justiça social coletiva e quaisquer limites ou restrições podem ser considerados inconstitucionais. Já nos casos de transferência de *know-how* em questão os princípios da livre iniciativa e livre concorrência devem ser ponderados com restrição.

É essencial lembrar que a vedação da concorrência não significa o encerramento da vida empresarial do impedido a concorrer, pois seu restabelecimento somente não poderá se dar no mesmo ramo em que atuava. Tal restrição tem o objetivo de manutenção da clientela que fora incluída do valor pago pelo *know-how* adquirido; já a responsabilidade da manutenção da tecnologia obtida é do adquirente.

Dessa forma, o contrato que norteia o negócio jurídico espelha operações económicas e sua função no sistema é mensurada pelo volume dessas operações, conferindo dignidade legal àquilo que foi convencionado entre as partes. Ao passo que a disciplina jurídica dos contratos que resulta de leis e jurisprudência corresponde com a realização dos objetivos e interesses convencionados de acordo com o contexto social do momento, o qual é mutável a qualquer tempo. Por esse motivo o negócio jurídico não pode ser relativizado a cada mudança nesse contexto social.

O pacto de não concorrência, como cláusula contratual, decorre de uma compensação financeira pela transferência do *know-how*, o que é justo para assegurar ao adquirente a manutenção da clientela visada. Dessa maneira, tem como um de seus principais objetivos evitar a disputa comercial entre as partes envolvidas no negócio jurídico. E, caso o transferente tente desviar a clientela alienada ao transferido, estará depreciando o que fora pactuado, pois o valor que recebeu pela tecnologia inclui a clientela.

Por ser considerado uma limitação ao direito de trabalho, no pacto de não concorrência há dois direitos constitucionais em colisão. De um lado existem as normas de direitos fundamentais que não são absolutas, do outro lado há normas limitativas, as quais também não são absolutas, o que faz com que o pacto de não concorrência seja analisado de acordo com o caso concreto para que seja alcançada máxima efetividade dos preceitos constitucionais.

Dessa forma, com o objetivo de proteger os bens imateriais, é cabível o cerceamento do exercício económico em uma determinada área desde que harmonizados quaisquer conflitos entre princípios. Ainda assim, o pacto de não concorrência deve obedecer a algumas limitações referentes ao período de tempo, ao espaço geográfico e quanto à área de

atuação, também chamada de limitação substancial. Todas essas limitações devem ser analisadas com cautela de acordo com o caso concreto para que não haja violação de direitos fundamentais.

Ante todo o exposto, pode-se concluir que é perfeitamente possível a inaplicabilidade do pacto de não concorrência não somente nos contratos de transferência de *know-how*, mas em quaisquer contratos que envolvam partes iguais. A grande relevância da paridade das partes é a realização de um contrato equilibrado, no qual não exista a possibilidade de discussão de suas cláusulas para que não haja insegurança jurídica ao sistema e para toda a cadeia de relações jurídicas decorrentes do contrato em questão.

Por isso é tão relevante a análise do caso concreto, pois se existir qualquer desequilíbrio econômico entre os contratantes o pacto de não concorrência deverá ter suas cláusulas repensadas. Entretanto, se as partes forem economicamente equilibradas não haverá quaisquer malefícios à sociedade e às relações jurídicas e o princípio da autonomia da vontade deverá prevalecer caso as partes não queiram aplicar ao contrato o pacto de não concorrência da forma imposta pelo poder estatal.

Bibliografia

Legislação

CÓDIGO Civil Brasileiro - Lei Ordinária n.º 10.406/2002. Diário Oficial da União, Secção I. [Em linha] Ano CXXXIX, n.º 8 (11/01/2002), p.1. Disponível em: www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm

CÓDIGO Civil Português – Decreto-Lei n.º 47.334/1966. [Em linha]. Disponível em: <https://www.igac.gov.pt/documents/20178/358682/Código+Civil.pdf/2e6b36d8-876b-433c-88c1-5b066aa93991>

CÓDIGO Comercial Brasileiro – Lei n.º 556/1950. [Em linha]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L0556-1850.htm

CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil. Diário Oficial da União, Secção I. [Em linha] Ano CXXVI, n.º 191-A (05/10/1988). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa. [Em linha]. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/PAGINAS/CONSTITUICAOREPUBLICA/PORTUGUESA.ASPX>

DECRETO n.º 434/1891. [Em linha]. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-434-4-julho-1891-504758-publicacaooriginal-1-pe.html>

PARIS Convention for the Protection of Industrial Property. [Em linha]. Disponível em: https://www.unido.org/sites/default/files/2014-04/Paris_Convention_0.pdf

Jurisprudências

SUPERIOR Tribunal de Justiça. [Em linha]. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Inicio>

SUPREMO Tribunal de Justiça. [Em linha]. Disponível em: <https://www.stj.pt>

SUPREMO Tribunal de Justiça. [Em linha]. Disponível em:
<http://stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>

Livros e Teses

ARAÚJO, Fernando. Teoria económica do contrato. 1.^a ed. Coimbra: Almedina, 2007.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Concorrência desleal. Coimbra: Editora Almedina, 2002.

AZEVEDO, Fábio de Oliveira. Direito civil: introdução e teoria geral. 4.^a ed. rev. e ampl.
Rio de Janeiro: Forense, 2014. ISBN 978-85-309-5508-3

BARBOSA, Cláudio Roberto. Propriedade intelectual e contratos intelectuais. In
CARVALHOSA, Modesto (Coord.). Coleção Tratado de Direito Empresarial:
Direito Concorrencial. Vol.4. 2.^a ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters
Brasil, 2018. ISBN 978-85-5321-122-7

BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos
fundamentais e a constituição do novo modelo. 8.^a ed. São Paulo: Saraiva Educação,
2019.

BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade. 8.^a ed., rev., aum. e mod. por
Eduardo C. B. Bittar. São Paulo: Saraiva, 2015. ISBN 978-85-02-20827-8

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7.^a edição, 17.^a
reimp. Coimbra: Almedina, 2003. ISBN 978-972-40-2106-5

CARVALHO, Jorge Morais. Os limites à liberdade contratual: comentário ao art. 280.º do
código civil. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6470-3.

CASSETTARI, Christiano. Elementos de direito civil. 5.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
ISBN 978-85-472-1570-5

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial: direito de empresa. Vol. 1. 20.^a ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. ISBN 978-85-203-6479-6

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. Da boa-fé no direito civil. 1.^a ed. Coimbra: Almedina, 2015. ISBN 978-972-40-1011-3

DINAMARCO, Cândido Rangel e LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Teoria Geral do Novo Processo. 4.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2019 ISBN 978-392-0442-7

FERNANDES, Luís Alberto Carvalho. Teoria geral do direito civil. Vol. I. 6.^a ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2012. ISBN 978-972-54-0361-7

FONSECA, Rodrigo Garcia da. A função social do contrato e o alcance do artigo 421 do Código Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. ISBN 85-7147-589-9

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga; BAGNOLI, Vicente. Condutas Anticoncorrenciais. In CARVALHOSA, Modesto (Coord.). Coleção Tratado de Direito Empresarial: Direito Concorrencial. Vol.7. 2.^a ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. ISBN 978-85-5321-125-8

FRIEDA, Geisy. Obrigação de não-concorrência: diretrizes para aplicação no âmbito civil e antitruste. 1.^a ed. São Paulo: Editora Singular, 2007. ISBN 978-85-866626-26-5

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: parte geral. Vol. 1. 15.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2017. ISBN 978-85-472-1289-6

_____. Direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações. Vol. 2. 13.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016. ISBN 978-85-02-63668-2

_____. Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais. Vol. 3. 13.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2017. ISBN 978-85-02-63671-2

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. Direito de Empresa. 7.^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. ISBN 978-85-203-7128-2

- GOUVEIA, Jorge Bacelar. Manual de direito constitucional: introdução, parte geral e parte especial. 1.º Volume. 5.ª edição, rev. e actual. Coimbra: Almedina, 2013. ISBN 978-972-40-5393-6
- KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 8.ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. ISBN 978-85-7827-205-0
- LOPEZ, Tereza Ancona. Princípios Contratuais. In FERNANDES, Wanderley (Coord.). Contratos empresariais: fundamentos e princípios dos contratos empresariais. 2.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. (Série GVlaw) ISBN 978-85-02-11303-9
- MARTORANO, Luciana dos Santos. Obrigação de não concorrência nos contratos empresariais: do trespasse de estabelecimento aos contratos associativos. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 34.ª ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 99, de 14.12.2017. São Paulo: Malheiros, 2019 ISBN 978-85-392-0433-5
- OLIVEIRA NETO, Célio Pereira. Cláusula de não-concorrência no contrato de emprego: efeitos do princípio da proporcionalidade. São Paulo: LTr, 2015. ISBN 978-85-361-8482-1
- PRATA, Ana. Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual. 1.ª ed. Reimp. Coimbra: Almedina, 2005.
- ROPPO, Enzo. O contrato. 1.ª ed. Coimbra: Almedina. 2009. ISBN 978-972-40-3647-2
- SANTOS, António Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. Direito Económico. 7.ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2014. ISBN 978-972-40-5536-4

SANTOS, Alexandre David. Aplicabilidade e limites das cláusulas de não concorrência nos contratos de franquia. São Paulo: Almedina, 2019. ISBN 978-85-8493-401-0

SILVA, Alberto Luís Camelier da. Concorrência desleal: atos de confusão. São Paulo: Saraiva, 2013. ISBN 978-85-02-20331-0

TARTUCE, Flávio. Função social dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002. São Paulo: Método, 2007. (Coleção Prof. Rubens Limongi França) ISBN 978-85-7660-191-3

_____. Manual de direito civil: volume único. 6.^a ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. ISBN 978-85-309-6764-2

VICENTE, Dario Moura. A tutela internacional da propriedade intelectual. Coimbra: Almedina, 2008. ISBN 978-972-40-3707-3