

Revista Brasileira de Direito Comercial Empresarial, Concorrencial e do Consumidor

Ano VIII – Nº 44

Dez-Jan 2022

Editor

Fábio Paixão

Coordenação Científica

Fábio Ulhoa Coelho – Ives Gandra da Silva Martins

Maurício Prazak – Newton De Lucca

Conselho Editorial

Alberto Camiña Moreira – Alfredo de Assis Gonçalves Neto – Ana Frazão

Armando Luiz Rovai – Clovis da Gama Malcher Filho – Ivo Waisberg

José Anchieta da Silva – Rachel Sztajn – Uinie Caminha

Colaboradores deste Volume

Alvaro Lima Sardinha – Brendha Ariadne Cruz – Caroline Marocchi Marques

Cleverton Reikdal – Daiana Fagundes dos Santos Carboni

Elisa Souza Picorelli Assis – Eveline Denardi – Filipe Xavier Ribeiro

José Maria Pinheiro Madeira – Júlio Moraes Oliveira – Lucas Pires Maciel

Maurício Ávila Prazak – Paula Cristiane Pinto Ramada – Plínio Lacerda Martins

Revista Brasileira de Direito Comercial, Empresarial, Concorrencial e do Consumidor

Publicação bimestral da Editora Magister à qual se reservam todos os direitos, sendo vedada a reprodução total ou parcial sem a citação expressa da fonte.

A responsabilidade quanto aos conceitos emitidos nos artigos publicados é de seus autores.

Artigos podem ser encaminhados para o e-mail: editorial@editoramagister.com.br. Não devolvemos os originais recebidos, publicados ou não.

As íntegras dos acórdãos aqui publicadas correspondem aos seus originais, obtidos junto ao órgão competente do respectivo Tribunal.

Esta publicação conta com distribuição em todo o território nacional.

A editoração eletrônica foi realizada pela Editora Magister, para uma tiragem de 5.000 exemplares.

Revista Brasileira de Direito Comercial, Empresarial, Concorrencial e do Consumidor

v. 1 (out./nov. 2014)-.- Porto Alegre: Magister, 2014

Bimestral

v. 44 (dez./jan. 2022)

ISSN 2359-1137

1. Direito Comercial – Periódico. 2. Direito Concorrencial – Periódico.
3. Direito do Consumidor – Periódico.

CDU 347.7(05)

CDU 346.1(05)

CDU 347.451.031(05)

Ficha catalográfica: Leandro Augusto dos S. Lima – CRB 10/1273

Capa: Apollo 13

Editora Magister

Diretor: Fábio Paixão

Alameda Coelho Neto, 20
Boa Vista – Porto Alegre – RS – 91340-340

Sumário

Doutrina

1. Desconsideração da Personalidade Jurídica e a Arbitragem
Alvaro Lima Sardinha e Eveline Denardi..... 5
2. Análise Econômica do Direito: Origens, Conceitos e Aspectos Gerais
Elisa Souza Picorelli Assis e Maurício Ávila Prazak 28
3. O Exercício Individual da Atividade Empresarial Após a
(In)Controvérsia Mudança Suscitada pela Lei nº 14.195/2021
Lucas Pires Maciel, Brendha Ariadne Cruz e Caroline Marocchi Marques 44
4. As Mudanças Trazidas pela Lei do Superendividamento
Júlio Moraes Oliveira..... 65
5. A Doutrina Administrativista e Consumerista em Relação ao
Estacionamento Rotativo em Via Pública: Responsabilidade Civil do
Poder Público e das Prestadoras pelos Danos Causados aos Veículos
*José Maria Pinheiro Madeira, Plínio Lacerda Martins e
Paula Cristiane Pinto Ramada* 91
6. Poderes Emergenciais e a Ciência Comportamental: Duelo entre
Nudges e o *Leviatã*
Filipe Xavier Ribeiro..... 112
7. Proteção dos Dados Pessoais como Direito da Personalidade
Daiana Fagundes dos Santos Carboni..... 132
8. Cidadania, Sociedade Civil e Consumidores: Inversão de Valores para o
Exercício de um Poder Antidemocrático
Cleverton Reikdal..... 154

Jurisprudência

1. Superior Tribunal de Justiça – Impugnação ao Cumprimento de Sentença.
Ausência de Prequestionamento. Incidência das Súmulas 282 e
356/STF. Depósito Realizado Durante o Prazo de Pagamento Voluntário
com a Finalidade de Garantia do Juízo. Ressalva Feita Posteriormente ao
Ato de Comprovação do Depósito Judicial. Preclusão da Impugnação.
Não Ocorrência. Recurso Parcialmente Conhecido e, Nessa Extensão,
Desprovido
Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze..... 169

2. Superior Tribunal de Justiça – Recuperação Judicial. Habilitação de Crédito. Multa Administrativa. Natureza Não Tributária. Fazenda Pública. Concurso de Credores. Não Sujeição. Interpretação Conjugada de Disposições do CTN, Lei de Execução Fiscal e Lei de Falência e Recuperação de Empresas. Indisponibilidade do Interesse Público. Pretensão Recursal Não Acolhida
Rel^a Min^a Nancy Andrighi 179
3. Superior Tribunal de Justiça – Recuperação Judicial. Impugnação à Relação de Credores. Negativa de Prestação Jurisdicional. Não Ocorrência. Créditos Garantidos por Alienação Fiduciária. Bem Imóvel de Terceiros. Circunstância que Não Afasta a Incidência da Regra do Art. 49, § 3º, da LFRE
Rel^a Min^a Nancy Andrighi 187
4. Tribunal Regional Federal da 3ª Região – Endosso. Não Observância do Art. 39 da Lei nº 7.357/85. Fraude Perpetrada por Terceiros. Responsabilidade Objetiva da Instituição Bancária. Fortuito Interno. Danos Materiais Ressarcimento. Recursos Não Providos
Rel. Des. Fed. Hélio Nogueira 193

Desconsideração da Personalidade Jurídica e a Arbitragem

ALVARO LIMA SARDINHA

Advogado; Pós-Graduado em Direito do Trabalho e em Direito Aeronáutico; MBA em Processo do Trabalho; Mestrando em Direito pela EPD; e-mail: alvaro@alvarosardinha.com.br.

EVELINE DENARDI

Doutora e Mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); Graduada em Jornalismo e em Direito pela PUC-SP; Professora da Pós-Graduação Stricto Sensu na Escola Paulista de Direito (EPD); e-mail: evelinedenardi@uol.com.br.

RESUMO: O objetivo deste artigo é trazer elementos para a reflexão sobre a desconsideração da pessoa jurídica e a intervenção de terceiros em procedimentos arbitrais. Para tanto, serão apresentados alguns dos institutos sobre a participação de terceiros na arbitragem, o que se faz, inicialmente, pela desconsideração da personalidade jurídica. Por meio da convenção de arbitragem, as partes interessadas elegem a arbitragem como método de solução para as desavenças ocorridas em um determinado contrato, ao assinarem um negócio jurídico contendo uma cláusula compromissória, consentindo, assim, para a abertura de uma convenção arbitral. Esse consentimento pode ocorrer indiretamente, por meio da manifestação, participação e intervenção de terceiros, prática normatizada pelo Código de Processo Civil. Entretanto, a Lei n. 9.307/1996 é totalmente silente sobre o tema, demandando verificar se as regras do processo judicial podem ser aplicadas ao procedimento arbitral.

PALAVRAS-CHAVE: Desconsideração da Personalidade Jurídica. Arbitragem. Participação e Intervenção de Terceiros. Competência do Juiz Arbitral.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Personalidade Jurídica. 2 Desconsideração da personalidade jurídica; 2.1 Desvio de Finalidade e Confusão Patrimonial; 2.2 Autonomia Patrimonial; 2.3 Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica; 2.4 Desconsideração da Personalidade Jurídica Societária e o Grupo de Empresas. 3 Arbitragem. 4 Desconsideração da Personalidade Jurídica e a Arbitragem no Direito Comparado; 4.1. A Teoria do *Equitable Estoppel* na Vinculação de Terceiros na Arbitragem. 5 Desconsideração da Personalidade Jurídica e a Arbitragem; 5.1 Intervenção de Terceiros em Procedimento Arbitral; 5.2 Autonomia da Vontade e a Arbitragem. Conclusão. Referências.

Introdução

A arbitragem é o meio alternativo mais célere, econômico e confidencial utilizado no âmbito externo ao Poder Judiciário para a resolução de conflitos.

Diante disso, relevante discutir e esclarecer algumas dúvidas surgidas quando da aplicação da Lei n. 9.307/1996 (Lei da Arbitragem).

Este estudo enfatiza a possibilidade de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica e a intervenção de terceiros na arbitragem, com a aplicação do artigo 50 do Código Civil. Procura-se demonstrar a existência de possibilidade que justifique a superação da regra geral.

A cláusula arbitral pactuada entre as partes não pode simplesmente afastar terceiros de modalidades efetivas para distanciar seus direitos. Um terceiro não signatário poderá requerer para intervir como assistente, contra ou independente do consentimento e vontade das partes, para tutelar direito próprio.

Há, ainda, aquele terceiro ligado diretamente e legalmente obrigado a reembolsar qualquer das partes pela condenação.

No que diz respeito à desconsideração da personalidade jurídica, diante dos requisitos contidos no artigo 50 do Código Civil, deve-se analisar, e se for o caso aplicar, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, já que aos sócios e seus administradores não é permitido se esconder sob o manto da personalidade jurídica para praticar fraudes ou obter benefícios. Procura-se, com isso, demonstrar a existência de possibilidade que justifique a superação da regra geral.

Por fim, serão abordadas algumas teorias ligadas à doutrina internacional no que concerne à extensão da convenção de arbitragem a terceiros, como a teoria do *equitable-estoppel* e soluções normativas contempladas em alguns sistemas jurídicos estrangeiros.

1 Personalidade Jurídica

O instituto da personalidade jurídica surgiu no ordenamento jurídico com o objetivo de incentivar a atividade econômica, com o intuito de dar mais segurança para aqueles que exercem alguma atividade econômica, gerando empregos e arrecadação de impostos ao Estado. Liga-se a pessoa à ideia de personalidade, que exprime a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações.¹

1 PEREIRA, Caio M. S. *Instituições de direito civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 198. v. 1.

A personalidade é o conceito básico da ordem jurídica, que a estende a todos os homens, consagrando-a na legislação civil e nos direitos constitucionais de vida, liberdade e igualdade.²

A personalidade jurídica foi criada para o desenvolvimento de atividades voltadas à organização e à obtenção de lucros com propósitos lícitos, para que seus sócios ou administradores mantenham a organização juridicamente distinta de sua própria existência, ou seja, cria-se a pessoa jurídica para se formar um sujeito de direito com autonomia patrimonial.

2 Desconsideração da Personalidade Jurídica

A atividade empresarial, por si só, envolve riscos dos mais diversos às pessoas naturais nelas envolvidas, estando a figura da empresa ligada diretamente a seus sócios.

Assim, a criação de um ente dotado de personalidade jurídica com capacidade para ser sujeito de direitos e obrigações, diferenciando-se daqueles por trás deste ente.

A desconsideração da personalidade jurídica foi a forma, o mecanismo encontrado para atingir o patrimônio dos sócios e administradores da sociedade em favor dos que foram prejudicados. Trata-se, portanto, de exceção ao princípio da separação patrimonial.

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica é extremamente relevante e alvo de grandes controvérsias na doutrina e na jurisprudência. Os sócios se escoram no princípio da autonomia patrimonial, dando margem à prática de atos ilícitos em nome da sociedade, vindo a prejudicar seus credores.

Assim, a desconsideração da personalidade jurídica deve ser admitida em situações excepcionais, devendo os credores e interessados comprovarem a ocorrência de desvio de finalidade ou confusão patrimonial entre a personalidade jurídica com os seus sócios, requisitos objetivos contidos no artigo 50 do Código Civil.³

Quando a pessoa jurídica, por meio dos seus sócios ou administradores, se desvia de seus fins, ou seja, age diferente do que se encontra instituído em seu ato constitutivo, com o objetivo de prejudicar outrem, ou ainda quando caracterizar confusão patrimonial, que se dá pela junção do patrimônio so-

2 VALLADÃO, Haroldo. Capacidade de direito. In: *Enciclopédia Saraiva do Direito*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 34.

3 Lei 10.406/2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 04 jul. 2021.

cietário com o patrimônio dos próprios sócios, pelo abuso da personalidade jurídica, o órgão jurisdicional, a pedido de terceiro prejudicado, com base em provas, poderá decretar a desconsideração da personalidade jurídica para que os sócios respondam pelo prejuízos causados.

É possível também haver desvio de finalidade e/ou confusão patrimonial por encerramento irregular da sociedade, com a paralisação de suas atividades, sem qualquer comunicação aos órgãos competentes e sem deixar bens passíveis de penhora e garantia aos credores. Esse é outro motivo possível da decretação da desconsideração da personalidade jurídica.

2.1 Desvio de Finalidade e Confusão Patrimonial

O desvio de finalidade e a confusão patrimonial são requisitos previstos no art. 50 do Código Civil, hipóteses para fundamentação da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. O desvio de finalidade traduz a conduta do administrador ou sócio com fraude ou abuso de direito, com finalidade diversa dos fins da sociedade empresária; enquanto a confusão patrimonial ocorre quando há mistura de patrimônio entre a pessoa jurídica e os sócios da sociedade.

O desvio de finalidade e a confusão patrimonial, nas palavras de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, significa:

“(...) constatação da efetiva desenvoltura com que a pessoa jurídica produz a circulação de serviços ou de mercadorias por atividade lícita, cumprindo ou não o seu papel social, nos termos dos traços de sua personalidade jurídica. Se a pessoa jurídica se põe a praticar atos ilícitos ou incompatíveis com sua atividade autorizada, bem como se com sua atividade favorece o enriquecimento de seus sócios e sua derrocada administrativa e econômica, dá-se ocasião de o sistema de direito desconsiderar sua personalidade e alcançar o patrimônio das pessoas que se ocultam por detrás de sua existência jurídica.”⁴

A confusão patrimonial é uma das maiores causas para a desconsideração da personalidade jurídica, e se dá quando seus sócios utilizam recursos da sociedade para interesses estritamente pessoais, sem qualquer relação com a atividade societária, deixando de observar os interesses da pessoa jurídica e desrespeitando a separação patrimonial.

4 NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 249.

Assim, são esses os fundamentos basilares para se operar a desconsideração da personalidade jurídica. Entretanto, entendemos que para se configurar a desconsideração jurídica, basta a existência da prática de fraude.

2.2 Autonomia Patrimonial

A autonomia patrimonial deve ser vista não somente como um atributo essencial da personalidade jurídica, mas o que lhe imprime caráter instrumental. A constituição de seu patrimônio autônomo é útil à pessoa jurídica para o pleno desenvolvimento de suas atividades. João Cánovas Bottazzo, contempla: “Ter à disposição um patrimônio autônomo significa poder isolar, em centro de imputação distinto, os interesses institucionais da pessoa jurídica, divisando-os dos interesses individuais de cada um de seus participantes, o que naturalmente propicia maior facilidade na gestão e no controle de recursos”.⁵

A distinção patrimonial se revela com maior importância, já que a pessoa jurídica possui patrimônio autônomo, sendo titular dos direitos e obrigações no que tange às suas atividades. São seus bens que responderão pelas dívidas e obrigações que vier a contrair. Assim, os bens particulares dos sócios ou administradores não deverão responder pelas dívidas e obrigações contraídas pela sociedade enquanto o patrimônio da pessoa jurídica não houver se esgotado (art. 1.024 do Código Civil).

A dívida contraída pela sociedade só recairá sobre o patrimônio dos sócios se por ela não puder ser adimplido. Não se confunde o patrimônio da sociedade com o de seus sócios, vindo a se confundir somente no caso de os bens da sociedade não sanarem a dívida.⁶

Como visto, a autonomia patrimonial da pessoa jurídica não isenta seus sócios ou administradores de arcar com suas obrigações, já que os sócios respondem de forma subsidiária pelas dívidas e obrigações contraídas pela pessoa jurídica.

2.3 Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica

O incidente de desconsideração da personalidade jurídica, previsto no CPC/2015, é disposto pelo legislador como forma típica de intervenção de terceiros, trazendo a este terceiro, em sua maioria os sócios e administradores da sociedade, o direito ao devido processo legal e ao contraditório, podendo apresentar sua defesa e razões antes de ver seus bens bloqueados e penhorados.

5 GANACIN, João Cánovas Bottazzo. *Desconsideração da personalidade jurídica no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 27.

6 GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. *Código Civil comentado e anotado*. 2. ed. Barueri, SP: Manole, 2017. p. 571.

Segundo a lei processual, para a desconsideração da personalidade jurídica, é obrigatória a observância do incidente.

Cândido Rangel Dinamarco, sobre o incidente:

“Esse incidente veio com o manifesto escopo de pôr fim a uma desenfreada tendência de juízes e tribunais a invadir arbitrariamente o patrimônio de terceiros, nessas circunstâncias, sem prévio contraditório, sem que o indigitado responsável esteja incluído no título executivo (CPC, art. 779, inc. I) e quase sempre sem sua citação. No sistema agora implantado, aquele que pretender responsabilizar um terceiro por obrigações da parte contrária tem o ônus de suscitar o incidente de desconsideração da personalidade jurídica (arts. 133 ss.), provocando por esse meio a inclusão daquele na relação processual, da qual participará com todas as oportunidades de defesa inerentes à garantia constitucional do contraditório, sem a possibilidade de vir a suportar constringências judiciais antes da prolação de uma decisão judicial que autorize tal desconsideração (art. 795, § 4º).”⁷

O artigo 134, § 2º, do CPC/2015 prevê que o pedido de desconsideração da personalidade jurídica poderá ser requerido por quem interessar em incidente de desconsideração ou até mesmo no bojo da petição inicial. Entretanto, se o pedido estiver contido na petição inicial, a doutrina, acertadamente, identifica a formação de litisconsórcio passivo originário, devendo desde já trazer aos autos fatos que comprovem o abuso da personalidade jurídica, requerendo, tanto da pessoa jurídica quanto do sócio, a condenação ao pagamento do débito.

Instaurado o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, o terceiro envolvido, ao apresentar contestação, terá o ônus de impugnar todos os fundamentos fáticos e jurídicos que deram subsídio ao pedido. E não está restrito à desconsideração da personalidade jurídica, podendo impugnar qualquer outra matéria relevante ao processo. Ademais, o incidente de desconsideração é cabível em todas as fases do processo e sua instauração suspende o processo principal.

2.4 Desconsideração da Personalidade Jurídica Societária e o Grupo de Empresas

O CPC/2015 e a Lei n. 12.846/2013 (Lei Anticorrupção) trouxeram novidades em relação à desconsideração da personalidade jurídica e da responsabilidade societária.

7 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 491.

O problema surge quando a personalidade jurídica societária serve para acobertar fraudes e abusos de direito cometidos por seus sócios que, revestidos dessa personalidade jurídica autônoma, contraem empréstimos e adquirem bens, visando tirar proveito para aumentar seu patrimônio pessoal em detrimento da sociedade empresária.

A Lei n. 6.404/1976⁸ (Lei das S/A) trata de grupos de sociedades anônimas em seu capítulo XXI, artigo 265.⁹ A teoria de grupo de empresas teve origem na França, onde foi bem recepcionada pela doutrina. Conforme explica Andrea Marco Steingruber,¹⁰ a doutrina do grupo de empresas é provavelmente a mais proeminente e controvertida dentre as teorias desenvolvidas para a extensão da cláusula compromissória a partes não signatárias. Arnold Wald¹¹ destaca que, para a vinculação de terceiros à convenção de arbitragem com a aplicação da teoria do grupo de empresas, é necessário aferir a existência dos seguintes requisitos:

a) a sociedade tem que ter desempenhado um papel ativo nas negociações das quais decorreu o acordo no qual consta a cláusula compromissória;

b) a sociedade tem que ter sido envolvida, ativa e passivamente na execução do contrato o qual consta a cláusula compromissória;

c) a sociedade tem que ter sido representada, efetiva ou implicitamente, no negócio jurídico;

Vê-se que não basta a existência de um determinado grupo de empresas para justificar a vinculação de terceiro não signatário à cláusula de arbitragem, mas é necessário demonstrar a existência de consentimento, ainda que tácito, de cada uma das empresas que se pretenda vincular.

3 Arbitragem

A falta de celeridade processual e a ineficiência do processo judicial acabam levando as partes a buscar alternativas de resolução dos conflitos, denominadas pela doutrina de meios adequados de solução de conflitos.¹²

8 Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16404consol.htm. Acesso em: 12 jul. 2021.

9 TAVARES BORBA, José Edwaldo. *Direito societário*. 13. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 548.

10 STEINGRUBER, Andrea Marco. *Consent in international arbitration*. United Kingdom. Oxford University Press, 2012. p. 152.

11 WALD, Arnold. A arbitragem, os grupos societários e os conjuntos de contratos conexos. In: *Doutrinas essenciais de arbitragem e mediação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 101-134. v. 4.

12 CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem – mediação – conciliação – Resolução do CNJ 125/2010*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: revista dos Tribunais, 2015. p. 27.

O uso desses meios diferentes da jurisdição estatal cresceu com a entrada do CPC/2015, passando a valorar os métodos consensuais de solução de conflitos, em especial, ao estabelecer a realização de audiência de conciliação prévia à instrução processual. A arbitragem é, nesse contexto, o meio mais eficaz e adequado de solução de controvérsias, uma saída mais vantajosa, tanto quanto à celeridade processual quanto economicamente em comparação à justiça estatal. Segundo Carlos Alberto Carmona, “A arbitragem é meio alternativo (ou adequado) de solução de controvérsias, heterocompositivo, que ocorre com a intervenção de uma ou mais pessoas que recebem poderes de uma convenção privada para decidir conflito”.¹³

A arbitragem se fortaleceu com a Lei n. 9.307/1996,¹⁴ a qual foi inspirada na Lei-Modelo de Arbitragem da UNCITRAL, conforme explica José Augusto Delgado:

“A arbitragem, como meio processual para a solução dos conflitos, sem a presença do Poder Judiciário, visa consolidar os anseios daqueles que estão insatisfeitos com a demora na entrega da prestação jurisdicional, não só porque contribui para aumentar o grau de discórdia com o seu semelhante, mas, também, pelo fato de lhe ser negado o direito constitucional de ver o seu direito reconhecido em tempo razoável de ser possível o seu gozo e a sua fruição.”¹⁵

Segundo Carlos Alberto Carmona, o legislador “optou por adotar a tese da jurisdicionalidade da arbitragem, pondo termo à atividade homologatória do juiz estatal, fator de emperramento da arbitragem”.¹⁶

A arbitragem é um instrumento jurídico específico para a solução de conflitos de interesse, por meio da intervenção de um ou mais árbitros que recebem seus poderes das próprias partes interessadas na solução, por acordo particular, que orienta a atuação dos árbitros e todo o procedimento arbitral, cujo destino será a produção de uma decisão – laudo ou sentença arbitral – que tem eficácia mandatória entre as partes.¹⁷

13 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/1996*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Atlas, 2009. p. 31.

14 Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em: 23 jun. 2021.

15 DELGADO, José Augusto. A arbitragem no Brasil: evolução histórica e conceitual. *Revista de Direito Renovar*, v. 17, p. 1-24, maio/ago. 2000, p. 1-2. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/8302>. Acesso em: 07 jul. 2021.

16 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/1996*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Atlas, 2009. p. 26.

17 FERNANDES, Micaela Barros Barcelos. *Laudos arbitrais estrangeiros: reconhecimento e execução*. Curitiba: Juruá, 2005. p. 26-27.

Tendo em vista que o direito positivo brasileiro não se preocupou – até o advento da Lei 9.307/96 – com a normatização da cláusula compromissória, o legislador foi particularmente atencioso em relação ao tema, especialmente porque a cláusula deixou de ser apenas um pré-contrato de compromisso, eis que, nos termos do art. 5º, o juízo arbitral pode ser instituído (art. 19) sem que seja necessária a celebração de compromisso arbitral.¹⁸

Nota-se, portanto, que os conceitos clássicos de jurisdição estão intrinsecamente vinculados à função pública do Estado, no exercício de uma das suas funções precípua, ao lado da função legislativa.¹⁹ Especialmente em razão dessa correlação entre jurisdição e Estado, a natureza jurídica da arbitragem tornou-se ponto polêmico desde que a prática da arbitragem começou a ser efetivamente implementada no Brasil.²⁰

Se, por um lado, a própria Lei n. 9.307/1996, em seus artigos 17 e 18, equipara o árbitro ao juiz, ao afirmar que o árbitro é juiz de fato e de direito, sem que a sentença por ele proferida esteja sujeita a recurso e homologação do Poder Judiciário, e equiparando-o aos funcionários públicos para efeitos da legislação penal quando no exercício de suas funções, por outro lado, o poder de exercer a função de julgador dos árbitros decorre de um contrato celebrado entre as partes.²¹

Parte da doutrina, que defende a teoria mista, afirma que a arbitragem apresenta características tanto de direito público como de direito privado.

4 Desconsideração da Personalidade Jurídica e a Arbitragem no Direito Comparado

A desconsideração da personalidade jurídica extrajudicial no sistema jurídico estrangeiro vem sendo aplicada a contratos que contenham cláusula de arbitragem.

Segundo Andrea Marco Steingruber:

18 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/1996*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Atlas, 2009. p. 16-17.

19 TIBÚRCIO, Carmen. *Extensão e limites da jurisdição brasileira; competência internacional e imunidade de jurisdição*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 21.

20 APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Jurisdição e arbitragem no novo Código de Processo Civil*. In: CAMPOS MELO, Leonardo de; BENEDUZI, Renato Rezende. *A reforma da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 233-265.

21 CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem – mediação – conciliação – Resolução do CNJ 125/2010*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 124-126.

“Atualmente, a doutrina estrangeira passou a entender pela possibilidade de cessão da cláusula compromissória, assim como qualquer outra cláusula contratual. No entanto, um problema que remanesce é a exigência de cláusulas compromissórias por escrito, como ocorre na Convenção de Nova Iorque e diversas leis nacionais, inclusive a Lei de Arbitragem Brasileira (art. 4, § 1º).”²²

Para a doutrina internacional, este conjunto de problemas relacionados à intervenção de terceiros absolutos no processo arbitral deixou de ser problema de intervenção de terceiros, ou seja, questões processuais. Agora, devem ser considerados problemas relacionados à questão material da ação arbitral.

Segundo esta doutrina, o que verdadeiramente se discute é se deve ou não ser permitida a intervenção no processo arbitral de outras partes, partes essas que, apesar de terem a aparência de terceiros absolutos (por não serem partes formais do processo), são partes que devem ser consideradas como terceiros relativos daquele processo arbitral.²³

No direito português, aplica-se a extensão da convenção arbitral a terceiros, no caso, aos titulares da sociedade, quando estejam perante o seguinte grupo de situações: Confusão de Esferas (Confusão patrimonial), Subcapitalização, Atentado a terceiros, Abuso da Personalidade.²⁴ Assim, nos termos do nº 1 do art. 36º da LAV: 1 – só podem ser admitidos a intervir num processo arbitral em curso terceiros vinculados pela convenção de arbitragem em que aquele se baseia, quer o estejam desde a respectiva conclusão, quer tenham aderido a ela subsequentemente. Esta adesão carece do consentimento de todas as partes na convenção de arbitragem e pode ser feita só para os efeitos da arbitragem em causa.

Segundo Antônio Menezes Cordeiro, no ordenamento jurídico português, a desconsideração jurídica é admitida em um conjunto variado de situações: confusão de esferas, subcapitalização, atentado a terceiros e abuso da personalidade.²⁵

Não basta que tenha sido uma pessoa coletiva a provocar o prejuízo a terceiros. É ainda necessário que se assista a uma utilização contrária a normas

22 STEINGRUBER, Andrea Marco. *Consent in international arbitration*. United Kingdom: Oxford University Press, 2012. p. 147.

23 HANOTIAU, Bernard. Non-signatories in international arbitration: Lessons from thirty years of case law. In: BERG, Albert Jan van den (ed.) *International Arbitration 2006: Back to Basics? ICCA Congress Series*, Berlim: Kluwer Law International, v. 13, 2007. p. 342 e ss.

24 Lei nº 63/2011, de 14 de dezembro, designada de Lei da Arbitragem Voluntária (LAV). Disponível em: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/145578/details/maximized>. Acesso em: 23 jun. 2021.

25 CORDEIRO, Antônio Menezes. *Manual direito das sociedades: das sociedades em geral*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 364. v. I.

ou princípios gerais. São estes os casos em que as sociedades-filhas celebram negócios, que desde o primeiro momento são considerados ruinosos.²⁶

Segundo a doutrina portuguesa, o *equitable-estoppel* pode ser visto como a concretização no sistema jurídico de *commam law* do princípio da boa-fé, visto que opera para outra parte da doutrina portuguesa de forma muito semelhante ao abuso de direito.

Na Espanha, está presente no artigo 8º do Regulamento 200820 do Tribunal de Arbitragem de Madrid (RTAM).²⁷ Segundo este preceito normativo, um terceiro não signatário pode ser parte do processo, ainda que o seja a título provisório, sem prejuízo do que possa o tribunal arbitral de Madrid, decidir depois sobre a extensão da convenção. É o que indica Elena Cortazar: “Só é possível quando a ação tenha como autores outros signatários desta convenção. Pois só nesses casos é que temos a existência de uma convenção arbitral. Convenção que vai atribuir competência jurisdicional ao tribunal de Madrid”.²⁸ Nestes termos, parece esta norma ter-se inspirado no *equitable-estoppel*.

Observa-se, ainda, a lei de arbitragem peruana (Decreto Lei n. 1071/2008, de 1º de setembro²⁹), que, em seu art. 14, prevê que um acordo arbitral pode ser estendido àqueles que deram o seu consentimento ou àqueles que queiram fazer valer os seus direitos ou benefícios tendo em conta esse contrato no qual a cláusula compromissória se insere.

Importa indicar que o consentimento pode ser inferido pela boa-fé, verificada por meio da ativa e decisiva participação no negócio, execução ou término. Assim, na primeira vertente de extensão da convenção arbitral, a teoria do grupo de sociedades é aplicada por se considerar que o seu consentimento foi expresso por meio de atos realizados na participação ou execução do negócio. Já a segunda vertente parece remeter aos casos de *equitable-estoppel*, nomeadamente os casos de *direct benefits-estoppel*.

Enquanto a solução madrilenha soluciona provisoriamente, a peruana resolve definitivamente a questão, dando seguimento ao processo.³⁰

26 CORDEIRO, Pedro. *A desconsideração da personalidade jurídica das sociedades comerciais*. Lisboa: Universidade Lusíada Editora, 1989. p. 18.

27 MADRID. *Reglamento 200820, de 01 de setembro de 2020*. Disponível em: <https://www.arbitramadrid.com/web/guest/nuevo-reglamento>. Acesso em: 05 jul. 2021.

28 CORTÁZAR, Elena Gutiérrez García. Non-signatories and arbitration: recent development. In: FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, Miguel Angel; ARIAS, David. *Liber amicorum*: Bernardo Cremades. Madrid: Wolters Kluwer España, 2010. p. 561-571.

29 PERU. *Decreto 1071, de 1º de setembro de 2008*. Disponível em: [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/488DA732CA72637705257D0800548587/\\$FILE/DL_1071_ley_norma_arbitraje.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/488DA732CA72637705257D0800548587/$FILE/DL_1071_ley_norma_arbitraje.pdf). Acesso em: 08 jul. 2021.

30 GONZÁLEZ, Alfredo Bullard; COAGULA, Carlos Alberto Soto. *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*. Tomo II. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011. p. 200-231.

4.1 A Teoria do *Equitable Estoppel* na Vinculação de Terceiros na Arbitragem

O conceito de *estoppel* anglo-americano é a teoria utilizada para justificar a vinculação de terceiros à convenção de arbitragem: “corresponde, na tradição continental, à teoria dos atos próprios enquanto aplicação da cláusula geral da boa-fé objetiva” (CC arts. 113, 187 e 411).³¹

O *equitable-estoppel* pode ser definido como um princípio geral desenvolvido nos países de *commom law*, segundo o qual uma pessoa não pode contradizer-se em detrimento de outrem.

A aplicação dessa teoria visa a impedir que a parte que se beneficia de um determinado contrato que contenha cláusula compromissória, utilize o argumento que a cláusula não lhe pode ser oponível por não ser ela signatária, já que as partes signatárias se obrigam a participar da convenção de arbitragem com partes não signatárias, quando a questão que se pretende resolver possui uma relação direta com o contrato que possui a cláusula compromissória. Isto quer dizer que o terceiro não signatário deve, em algum momento, ter dado o seu consentimento, ainda que tácito, para estar abrangido por aquela convenção arbitral.

Esta teoria tem objetivo de impedir que o terceiro aparente designado no contrato que contém a cláusula arbitral utilize, por um lado, a sua referência nesse contrato para fundamentar pedidos contra uma das partes signatárias do contrato e, por outro lado, alegue sua condição enquanto não signatário para afirmar que não está vinculado à cláusula compromissória, visto que não é parte formal do contrato.³²

Em vista desta situação, esta teoria defende que o signatário não pode querer aceitar as vantagens e benefícios desse contrato, por um lado, e rejeitar as suas obrigações, como a obrigação de se submeter perante o tribunal arbitral. O contrato não pode ser fragmentado de forma a só ser-lhe dada eficácia na parte unilateral que beneficia o não signatário ou signatário, conforme a situação.³³

Assim, deve-se utilizar o *equitable-estoppel* como critério de fixação de ações arbitrais contra signatários e não signatários quando os pedidos contra estes não signatários são tão interligados com os pedidos feitos contra os signa-

31 COSTA, Guilherme Recena. *Partes e terceiros na arbitragem*. Orientador: Paulo Henrique dos Santos Lucon. 2015. Tese (Doutorado em Direito Processual Civil) – Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2015. p. 126.

32 HANOTIAU, Bernard. *Complex arbitrations: multiparty, multicontract, multi-issue and class actions*. *International Arbitration Law Library Series*, Berlim: Kluwer Law International, v. 14, 2006. p. 24.

33 CORRIE, Clint A. Challenges in international arbitration for non-signatories. *Comparative Law Yearbook of International Business*, Berlim: Kluwer Law International, n. 45, 2007. p. 59.

tários, que não há forma de desassociá-los. Aplica-se, ainda, o *equitable-estoppel* quando os pedidos contra os não signatários têm como base os mesmos fatos dos pedidos contra os signatários.

5 Desconsideração da Personalidade Jurídica e a Arbitragem

A discussão sobre a desconsideração da personalidade jurídica no âmbito da arbitragem normalmente diz respeito à possibilidade de ser invocada como fundamento a vincular o terceiro aos efeitos da convenção arbitral pactuada entre as partes. Essa seria uma repercussão processual da desconsideração da personalidade jurídica, muito embora a regra do Código Civil tenha cariz material e eficácia restrita, volta-se a sujeitar o patrimônio de terceiro aos efeitos da responsabilidade, quando houver abuso de personalidade.

Em seu art. 3º, a Lei de Arbitragem prevê que “as partes interessadas” poderão submeter os seus litígios à arbitragem. Dois elementos do suporte fático carecem ser marcados a partir do texto legal: “partes” e “interessadas”. Por partes interessadas entende-se aqueles sujeitos que declararam vontade segundo as circunstâncias. A declaração de vontade exprime a necessidade de consentimento para arbitrar.

A doutrina se divide quando o assunto é a desconsideração da personalidade jurídica na arbitragem. A discussão surge quando o terceiro não é signatário da convenção. Há aqueles que defendem que inexistente, no direito brasileiro, previsão para que se vincule um terceiro sem o seu expresso consentimento, aplicando-lhe a tutela sancionatória presente na teoria do *disregard*, porém, nos casos de extensão dos efeitos da convenção a quem não tenha concordado, vale-se da premissa de que tenha havido evidente conhecimento no sentido de aceitação da solução do conflito mediante instauração de arbitragem.

A conclusão de que a desconsideração da personalidade jurídica não possa ser determinada pelo árbitro para justificar a vinculação à convenção arbitral não afasta, contudo, a possibilidade de aplicação do art. 50 do CC, bem como o parágrafo 2º do art. 134 do CPC, que define a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica em qualquer fase do processo.

Além das teorias de extensão da cláusula compromissória por verificação de consentimento implícito, a extensão é também admitida em hipóteses em que se verificam situações de fraude ou de abuso de direito por uma ou mais partes envolvidas.

Apesar de ambas as situações levarem à possibilidade de vinculação à convenção de arbitragem, as teorias devem ser diferenciadas e tratadas de

forma isolada, especialmente a fim de se estabelecer parâmetros para comprovação de cada uma das situações jurídicas que podem levar à extensão da convenção de arbitragem.³⁴

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica tem origem em países de *common law* e busca coibir abusos ou desvios no exercício da personalidade jurídica. Assim, em hipóteses específicas, admite-se que se seja “levantado o véu” da pessoa jurídica para que se possa atingir os bens dos sócios, que respondem pelas dívidas da pessoa jurídica, sendo a desconsideração medida excepcional e depende de comprovação das condutas abusivas e de desvio de finalidade da pessoa jurídica.

Neste sentido, as decisões arbitrais devem invocar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica para reagir a abusos e fraudes quando se verifica o envolvimento de grupos de sociedades em que uma sociedade não tenha patrimônio se as negociações foram realizadas pela sociedade controladora. Neste sentido Arnold Wald afirma:

“Em suma, no direito suíço, a extensão da cláusula compromissória a uma parte que não consta da convenção arbitral apenas poderá ser considerada, se se puder deduzir dos documentos que aquela parte foi validamente representada por um dos cocontratantes, o que não resulta da mera aparência de um grupo, se houve ratificação subsequente ou ainda se o fato de não respeitar a cláusula arbitral constituía um abuso de direito, permitindo a desconsideração da personalidade jurídica.”³⁵

Assim, há de se aplicar a desconsideração da personalidade jurídica na arbitragem quando verificada a existência de fraude, desvio de finalidade ou confusão patrimonial já na fase de instauração do procedimento arbitral e não somente em fase de execução.

5.1 Intervenção de Terceiros em Procedimento Arbitral

A intervenção de terceiros ocorre quando um terceiro não vinculado ao contrato – pessoa física ou jurídica – ingressa no processo como parte ou para auxiliar na relação jurídica (art. 119 do CPC/2015).

Neste viés, a intervenção dos terceiros em processo arbitral interessa, por conseguinte, saber se no âmbito de um grupo societário a convenção pode ou não ser considerada vinculativa para as outras sociedades do grupo que

34 KOHLBACH, Marcela de Faria. *Participação de terceiros na arbitragem*. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 114.

35 WALD, Arnoldo. A arbitragem, os grupos societários e os conjuntos de contratos conexos. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, 2004. p. 47.

tenham participado no negócio, ou se, no âmbito de fraude, a convenção de arbitragem pode ser considerada vinculativa a todos os sócios da sociedade signatária dessa convenção, bem como a exigência da observância do princípio da boa-fé objetiva (*estoppel*, teoria dos atos próprios).

Assim, o que se pretende com a aplicação desta teoria é que possam ser considerados vinculados à convenção arbitral não somente a sociedade signatária, mas também os titulares desta. Podendo ser, neste caso, uma outra sociedade do grupo ou seus sócios, já que nos artigos 115 a 120 o Código Civil trata da representação legal e convencional no negócio jurídico, disciplinando inclusive o negócio jurídico consigo mesmo e o concluído pelo representante conflitante com os interesses do representado.

No plano do direito material, ao analisarmos um determinado contrato, teremos que o terceiro é todo aquele que integra a relação contratual, ou interveniente no mesmo negócio jurídico.

Athos Gusmão Carneiro define o conceito de terceiro de forma simples: “suposta uma relação jurídica processual pendente entre A, como autor, e B, como réu, apresentam-se como terceiros C, D, E etc., ou seja, todos os que não forem partes (nem coadjuvantes de parte) no processo pendente”.³⁶

Como a convenção de arbitragem é um negócio jurídico, fica logo definido quem poderá ser parte da ação arbitral; por outro, como qualquer outro contrato, a convenção de arbitragem é regida pelos princípios contratuais presentes na norma legal, sendo-lhe aplicável o princípio da relatividade dos contratos.

São designados de terceiros absolutos, ou terceiros, para efeitos de relatividade contratual, todas as pessoas que não integram o negócio jurídico, ou, neste caso, a convenção de arbitragem. Logo, não podem ser afetados pelos efeitos da convenção de arbitragem e, por isso, serem partes da ação arbitral.

Isto quer dizer que, mediante um litígio, e na iminência de instauração de um processo arbitral, só as partes da convenção de arbitragem podem ser tidas como partes integrantes do processo arbitral e os efeitos jurídicos causados pela celebração da convenção de arbitragem. E todos os que não forem partes desse negócio jurídico – a convenção de arbitragem – serão considerados terceiros.

Nesse sentido Marcela Kohlbach define:

36 CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiros*. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 63.

“A possibilidade de alcançar a posição de arte na arbitragem deve levar em consideração as limitações jurisdicionais impostas pela própria convenção de arbitragem, poderá não figurar como partícipe no procedimento arbitral. No entanto, é possível vislumbrar algumas situações em que o terceiro não é parte nem no procedimento arbitral, nem é signatário da convenção arbitragem.”³⁷

É certo que fazem parte de uma convenção arbitral apenas as pessoas que celebraram a convenção, uma vez que foram estas que quiseram se sujeitar à arbitragem, e que irão ver adstritos às suas esferas jurídicas os efeitos jurídicos causados pela celebração da convenção de arbitragem. No entanto, existem casos excepcionais em que pessoas que não celebraram a convenção arbitral, portanto, terceiros, podem integrá-la por meio da extensão da Convenção Arbitral a terceiros. Pretende-se que se possa ser considerado vinculado à convenção arbitral, não a sociedade signatária, mas os titulares desta, podendo ser uma pessoa coletiva ou uma pessoa singular.

Neste sentido, realça-se que o problema não é uma questão meramente formal, mas antes, de interpretação, já que se deve considerar quem assinou ou consta da cláusula como parte, visto que estes terceiros aparentes são verdadeiras partes da convenção arbitral. Na maioria dos casos, participaram da sua formulação ou, sabendo da sua existência, aderiram tacitamente.

São as três hipóteses sobre a possibilidade de terceiros no procedimento arbitral³⁸ que se destacam nesse estudo.

A primeira delas é a transmissão da cláusula compromissória pela assunção de determinadas posições contratuais. Contratos como a estipulação em favor de terceiros, a cessão da posição contratual, a sub-rogação contratual, além da sucessão universal trazem à tona o debate sobre a transmissão de obrigações contratuais, o que inclui a obrigação de vinculação à jurisdição arbitral.

A segunda hipótese é a extensão da cláusula contratual compromissória pela verificação da existência de consentimento implícito. Em algumas hipóteses, há evidência de que o terceiro, ainda que não seja parte na convenção de arbitragem, participou de forma determinante em uma ou mais etapas da relação contratual (elaboração, execução ou encerramento contratual) de forma a justificar a sua vinculação e, portanto, a sua participação no procedimento arbitral.

37 KOHLBACH, Marcela de Faria. *Participação de terceiros na arbitragem*. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 55.

38 KOHLBACH, Marcela de Faria. *Participação de terceiros na arbitragem*. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 56.

A terceira hipótese de vinculação não está ligada propriamente à existência do consentimento, mas à prática de atos fraudulentos ou verificação de má-fé pela parte que utilizar estruturas contratuais ou societárias para afastar a sua responsabilização no âmbito do contrato.

Entendemos que o consentimento expresso da cláusula compromissória não é a única forma reconhecida para a vinculação de terceiros, já que o consentimento tácito é atualmente reconhecido pela doutrina e pela jurisprudência, conforme se verifica no julgado do Superior Tribunal de Justiça:

“O encadeamento dos contratos, todavia, parece corresponder melhor à realidade dos aludidos negócios jurídicos, e a adoção da chamada arbitragem tripartite, a seguir descrita, é um reconhecimento implícito disso. A integração desses contratos, se por um lado favorece Tractebel Energia S/A – Tractebel Energia, de outro parece vinculá-la à cláusula de arbitragem estipulada em ambos (...).”³⁹

O artigo 8º da Lei de Arbitragem recepcionou o princípio da autonomia da cláusula compromissória, segundo o qual cláusula e contrato-base que a contém são considerados negócios jurídicos distintos, de modo que, inclusive, eventual nulidade deste não implique, necessariamente, nulidade daquela.⁴⁰ O objetivo do legislador com esse dispositivo foi o de preservar a escolha da via arbitral mesmo no caso de uma parte suscitar a nulidade do contrato base, para que os próprios árbitros possam examinar esse tipo de alegação.⁴¹

O fato de a cláusula compromissória ser autônoma em relação ao contrato, não vincula a obrigatoriedade de consentimento em relação à cláusula arbitral. Nesse sentido, nada impede que terceiros não signatários da cláusula compromissória fiquem sujeitos à convenção arbitral por seus atos concludentes ao contrato que contenha referida cláusula compromissória.

Felipe Vollbrecht afirma:

“Assim como a assinatura do contrato que contém cláusula arbitral presume a aceitação da cláusula arbitral, é possível afirmar que o consentimento tácito do contrato também induz o consentimento tácito da respectiva cláusula arbitral. O autor aduz existirem dois fundamentos para sustentar esse posicionamento: o primeiro, consistente no fato de que as partes não podem alegar desconhecimento da cláusula arbitral contida no contrato não assinado ao qual decidiram se vincular tacitamente; o segundo,

39 STJ. REsp 954.065/MS, Relator Min. Ari Pargendler, julgado em 13.05.2008.

40 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 173-174.

41 MARTINS, Pedro A. Batista. *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 136-137.

consubstanciado no fato de que, se uma parte extraiu ou pretende extrair benefícios de contrato não assinado, não pode negar sua sujeição à cláusula compromissória nele contida, em respeito à proibição do comportamento contraditório no direito brasileiro.”⁴²

Desta forma, não obstante a autonomia privada ter de ser expressa para a convenção de arbitragem com a assinatura ao contrato com cláusula arbitral, o consentimento em relação à convenção não necessariamente precisa ser de forma escrita, ou seja, é suficiente a existência de manifestação tácita, que deve ser analisada sob o aspecto da boa-fé objetiva.⁴³

Neste sentido, a parte que não consentiu expressamente com o contrato que contenha cláusula compromissória, também poderá integrar a convenção de arbitragem por meio do chamamento ao processo, ou, querendo participar da arbitragem por haver interesse ao negócio jurídico, invocando a seu favor a cláusula compromissória ou ainda pelo pedido de desconsideração da personalidade jurídica de sócios ou administradores por indício de desvio de finalidade ou confusão patrimonial.

Assim, a exigência de forma escrita não pode constituir óbice para a vinculação de terceiros à cláusula compromissória. É suficiente a prova da existência de fatos e atos praticados por terceiros que possa ser aferida, mesmo que tacitamente, que a parte não signatária consentiu e teve conhecimento da cláusula compromissória com participação ativa na relação jurídica.

5.2 Autonomia da Vontade e Arbitragem

A arbitragem é meio de solução de controvérsias fundado na vontade das partes. Significa afirmar que não há arbitragem e não se instaura um procedimento arbitral sem uma manifestação inequívoca de vontade dos envolvidos no litígio.

O consentimento na formação da convenção de arbitragem tem como principal função tornar incontroversa a intenção das partes em solucionar as

42 SPERANDIO, Felipe Vollbrecht. Convenção de arbitragem. In: LEVY, Daniel; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (coord.). *Curso de arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 63-118.

43 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: Introdução ao direito civil, teoria geral do direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 405. Segundo o autor, “Chama-se manifestação tácita de vontade aquela que resulta de um comportamento do agente, traduzindo a exteriorização por uma dada atitude. Para o ordenamento, tem eficácia a manifestação de vontade, tanto quanto a expressa, salvo nos casos em que a lei exige esta última forma, e muitas vezes é o próprio direito positivo que traduz em emissão volitiva um mencionado comportamento. Assim é que se interpretam como aceitação da herança os atos de uma pessoa, compatíveis com a qualidade hereditária. É um caso legal de manifestação tácita de vontade. Houve aí manifestação de vontade, embora não declarada, e emissão geradora de efeitos jurídicos”.

disputas pela via arbitral, de forma que aquela convenção se torne vinculante aos contratantes.

Uma vez convencendo-se o juiz pela inexistência de cláusula compromissória válida e eficaz que possa servir de fundamento à arbitragem, deverá impedir qualquer continuidade ao processo arbitral, ou, realizado um controle anterior, determinar a anulação da sentença arbitral.

Em regra, é inviável submeter a cláusula arbitral a terceiro não signatário que não consentiu expressamente com esse modelo, o que coloca em cláusula o próprio núcleo do consentimento com a arbitragem, justificando-se assim uma análise mais profunda.

Nosso ordenamento jurídico, por meio de algumas normas e jurisprudência, permite a extensão da arbitragem a terceiros que, de alguma forma, venham a suceder uma das partes originárias. Além disso, um terceiro não signatário pode ser obrigado a participar da arbitragem como exigência do princípio da boa-fé objetiva, obrigação esta que pode advir, por exemplo, quando esta pratica atos que configuram exercício contrário às normas jurídicas, praticando-os com o único intuito de furta-se da arbitragem.

Considerando que, em regra, grande parte das normas que regulam o processo arbitral são supletivas, com a prevalência da autonomia privada, juízes e árbitros devem refletir sobre escolhas conscientes sobre quais regras supletivas devem ser aplicadas para cada tipo de situação, considerando os objetivos a serem perseguidos. Deve-se analisar com cautela as que não estão positivadas em lei, cabendo sua interpretação a quem as utiliza.

Defende-se outros meios de vinculação de terceiros diferentes da assinatura. Um terceiro pode tornar-se parte da convenção de arbitragem por força da cláusula arbitral compromissória, situação que resulta da transferência voluntária da condição substancial, seja ela por cessão de crédito, alienação de direitos ou da posição contratual, ou até quando ocorre sub-rogação e sucessão legal de direitos e obrigações.

A manifestação de vontade das partes é essencial para a validade da convenção de arbitragem. No entanto, o princípio jurídico do consensualismo (art. 107 do Código Civil) estabelece que a validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente exigir.⁴⁴

Neste sentido, deve-se realçar que não se trata de uma questão meramente formal, mas antes, um problema de interpretação, já que se deve

44 MELO, Leonardo de Campos. *Extensão da cláusula compromissória e grupos de sociedades – A prática arbitral CCI e sua compatibilidade com o direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 31-32.

considerar quem assinou ou consta da cláusula como parte. Esses terceiros aparentes são verdadeiras partes da convenção arbitral, portanto têm, na maioria dos casos, participado na sua formulação, ou até, sabendo da sua existência, aderido a esta tacitamente sem posteriormente subscrever formalmente a sua vinculação.

A situação pode ocorrer por várias razões, alguma delas fraudulentas, como se esconderem por detrás do contraente formal, sobre o qual exercem controle, para usufruírem dos benefícios da celebração do contrato e, no caso de eventual litígio, não serem chamados à responsabilidade ou se beneficiarem da responsabilidade limitada que o contraente formal lhes pode proporcionar.

Conclusão

Do estudo elaborado, conclui-se que a descon sideração da personalidade jurídica na arbitragem e de forma extrajudicial é possível por meio da extensão de convenção arbitral a terceiros.

Assim, em primeiro lugar, é necessária a existência de uma arbitragem voluntária, isto é, que emerge de um contrato celebrado entre as partes, por meio do qual estas acordam submeter determinado litígio à arbitragem de um tribunal, neste caso, um tribunal arbitral.

É certo que integram uma convenção arbitral apenas as pessoas que celebraram a convenção, uma vez que foram estas que quiseram se sujeitar à arbitragem, e que irão ver adstritos às suas esferas jurídicas os efeitos jurídicos causados pela celebração. No entanto, existem casos excepcionais em que pessoas que não celebraram a convenção arbitral, portanto, terceiros, poderão integrá-la por meio da extensão da convenção arbitral a terceiros.

Relativamente ao *equitable estoppel*, verifica-se que, apesar de ser uma teoria estranha ao sistema jurídico brasileiro, pode ser utilizada quando aplicado o instituto do abuso de direito e da boa-fé como recurso de vinculação de terceiros e quando da descon sideração da personalidade jurídica.

O sistema jurídico protege, além dos direitos, expectativas jurídicas. Nestes casos, o não signatário é proprietário de uma expectativa jurídica legítima criada pelo signatário. Assim, sua posição deve ser protegida pelo Direito, e ser-lhe permitido invocar esse direito, sempre assegurado o devido processo legal e o contraditório.

Em relação à descon sideração da personalidade jurídica, a conclusão é similar. Tanto as suas vertentes de *alther ego*, como a sua vertente *veil piercing*,

têm correspondência nos grupos de situações em que é permitida a descon-sideração da personalidade jurídica.

Se na descon sideração da personalidade o que se pretende é vincular as pessoas jurídicas que dominam a sociedade signatária – seja essa pessoa singular ou coletiva,⁴⁵ na figura do grupo de sociedades o que importa é vincular outras sociedades do mesmo grupo societário – que não necessariamente terão de exercer o controle efetivo.

Observa-se, ainda, que os sistemas jurídicos, e sobretudo a jurisprudên-cia internacional, não têm ficado indiferentes à questão do terceiro aparente.

Ressalta-se, por fim, que a extensão da convenção arbitral a terceiros é uma situação excepcional. Cabe aos árbitros verificar se é de fato um caso de exceção, ou seja, deve ser considerada toda circunstância contratual para determinar se efetivamente aquele terceiro pode ou não ser parte da convenção arbitral.

TITLE: Disregard of legal entity and arbitration.

ABSTRACT: The purpose of this paper is to bring elements to reflect on the disregard of legal entity and the intervention of third parties in arbitration proceedings. To this end, some of the institutes on the participation of third parties in arbitration will be presented, which is done, initially, by the disregard of legal entity. Through the arbitration agreement, the interested parties elect arbitration as a method of settlement of disagreements in a particular contract, by signing a legal deal containing an arbitration clause, thus consenting to the opening of an arbitration agreement. This consent may occur indirectly, through the manifestation, participation and intervention of third parties, a practice regulated by the Civil Procedure Code. However, Law n. 9307/1996 is totally silent on the subject, demanding to verify whether the rules of the judicial proceeding can be applied to the arbitration procedure.

KEYWORDS: Disregard of Legal Entity. Arbitration. Participation and Intervention of Third Parties. Competence of the Arbitral Judge.

Referências

ABRÉU, Jorge Manuel Coutinho. *Subcapitalização de sociedade e descon sideração da personalidade jurídica*. Capital social livre e ações sem valor nominal. Coimbra: Almedina, 2011.

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Jurisdição e arbitragem no novo Código de Processo Civil. In: CAMPOS MELO, Leonardo de; BENEDUZI, Renato Rezende. *A reforma da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

BRASIL. *Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976*. Dispõe sobre as Sociedades por Ações.

BRASIL. *Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996*. Dispõe sobre a arbitragem.

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil.

45 FREITAS, José Lebre de. *A intervenção de terceiros em processo arbitral*. Revista dos Tribunais, 2016. Disponível em: <http://www.rtonline.com.br>. Acesso em: 15 jul. 2021.

BRASIL. *Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013*. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências.

BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Dispõe sobre Código de Processo Civil.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 954.065/MS*, Rel. Min. Ari Pargendler, j. 13-05-2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1698730/SP*, 3ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 08-05-2018, *DJ* 21-05-2018.

CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem – mediação – conciliação – Resolução do CNJ 125/2010*. 5. ed. São Paulo: RT, 2015.

CARMONA Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiros*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CORDEIRO, Antônio Menezes. *Manual de direito das sociedades: das sociedades em geral*. v. I. Coimbra: Almedina, 2004.

CORDEIRO, Antônio Menezes. Do abuso de direito: estado das questões e perspectivas. Estudos em homenagem ao prof. Doutor Antônio Castanheira Neves. *Boletim da Faculdade de Direito*, Universidade de Coimbra, Coimbra: Coimbra, v. II, 2005.

CORDEIRO, Pedro. *A desconsideração da personalidade jurídica das sociedades comerciais*. Lisboa: Universidade Lusíada, 1989.

CORRIE, Clint A. Challenges in international arbitration for non-signatories. *Comparative Law Yearbook of International Business*, Berlim: Kluwer Law International, n. 45, 2007.

CORTÁZAR, Elena Gutiérrez García. Non-signatories and arbitration: recent developments. In: FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, Miguel Angel; ARIAS, David. *Liber amicorum*: Bernardo Cremades. Madrid: Wolters Kluwer España, 2010.

COSTA, Guilherme Recena. *Partes e terceiros na arbitragem*. Orientador: Paulo Henrique dos Santos Lucon. 2015. Tese (Doutorado em Direito Processual Civil) – Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2015.

DELGADO, José Augusto. A arbitragem no Brasil: evolução histórica e conceitual. *Revista de Direito Renovar*, v. 17, p. 1-24, maio-ago. 2000. p. 1-2. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/8302>. Acesso em: 07 jul. 2021.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013.

DINIZ, Maria Helena. *Têoria geral do direito*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

FERNANDES, Micaela Barros Barcelos. *Laudos arbitrais estrangeiros: reconhecimento e execução*. Curitiba: Juruá, 2005.

FREITAS, José Lebre de. *A intervenção de terceiros em processo arbitral*. São Paulo: RT, 2016. Disponível em: <http://www.rtonline.com.br>. Acesso em: 15 jul. 2021.

GANACIN, João Cánovas Bottazzo. *Desconsideração da personalidade jurídica no processo civil*. São Paulo: RT, 2020.

GONZÁLEZ, Alfredo Bullard; COAGULA, Carlos Alberto Soto. *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*. t. II. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. *Código Civil comentado e anotado*. 2. ed. Barueri, SP: Manole, 2017.

HANOTIAU, Bernard. Complex arbitrations: multiparty, multicontract, multi-issue and class actions. *International Arbitration Law Library Series*, Berlim: Kluwer Law International, v. 14, 2006.

HANOTIAU, Bernard. Non-signatories in international arbitration: lessons from thirty years of case law. In: BERG, Albert Jan van den (ed.). *International Arbitration 2006: Back to basics? ICCA Congress Series*, Berlim: Kluwer Law International, v. 13, 2007.

- JUSTEN, Marçal Filho. *Desconsideração da personalidade societária*. Disponível em: https://www.pge.pr.gov.br/sites/default/arquivos_restritos/files/documento/2020-01/2019_008Desconsideracaodapersonalidadesocietaria_JustenFilhoM.pdf. Acesso em: 26 jun. 2021.
- KOHLBACH, Marcela de Faria. *Participação de terceiros na arbitragem*. São Paulo: Quartier Latin, 2019.
- MADRID. *Regulamento 200820, de 01 de setembro de 2020*. Disponível em: <https://www.arbitramadrid.com/web/guest/nuevo-reglamento>. Acesso em: 05 jul. 2021.
- MARTINS, Pedro A. Batista. *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- MELO, Leonardo de Campos. *Extensão da cláusula compromissória e grupos de sociedades – A prática arbitral CCI e sua compatibilidade com o direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado*. 6. ed. São Paulo: RT, 2008.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. v. 1.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: introdução ao direito civil – Teoria geral do direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- PERU. *Decreto n. 1.071, de 01 de setembro de 2008*. Disponível em: [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cen-docbib/con4_uibd.nsf/488DA732CA72637705257D0800548587/\\$FILE/DL_1071_ley_norma_arbitraje.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cen-docbib/con4_uibd.nsf/488DA732CA72637705257D0800548587/$FILE/DL_1071_ley_norma_arbitraje.pdf). Acesso em: 08 jul. 2021.
- PORTUGAL. *Lei n. 63/2011, de 14 de dezembro 2011*. Lei da Arbitragem Voluntária (LAV). Disponível em: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/145578/details/maximized>. Acesso em: 23 jun. 2021.
- SAMPAIO, Marcus Vinícius de Abreu. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (coord.). *Panorama atual do novo CPC*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. v. 2.
- SPERANDIO, Felipe Vollbrecht. Convenção de arbitragem. In: LEVY, Daniel; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (coord.). *Curso de arbitragem*. São Paulo: RT, 2009.
- STEINGRUBER, Andrea Marco. *Consent in international arbitration*. United Kingdom: Oxford University Press, 2012.
- BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito societário*. 13. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.
- TEIXEIRA, Paulo César Moreira; ANDREATTA, Rita Maria de Faria Corrêa. *A nova arbitragem: comentários à Lei 9.307, de 23.09.96*. Porto Alegre: Síntese, 1997.
- TIBÚRCIO, Carmen. *Extensão e limites da jurisdição brasileira – Competência internacional e imunidade de jurisdição*. Salvador: JusPodivm, 2016.
- VALLADÃO, Haroldo. Capacidade de direito. In: *Enciclopédia Saraiva do Direito*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- VALLADÃO, Erasmo Azevedo; FRANÇA, Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira Von. *Direito processual societário – Comentários breves ao CPC/2015*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- WALD, Arnold. A arbitragem, os grupos societários e os conjuntos de contratos conexos. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, v. 2, 2004.
- WALD, Arnold. A arbitragem, os grupos societários e os conjuntos de contratos conexos. In: *Doutrinas essenciais de arbitragem e mediação*. São Paulo: RT, 2014. v. 4.

Recebido em: 11.10.2021

Aprovado em: 14.12.2021

Análise Econômica do Direito: Origens, Conceitos e Aspectos Gerais

ELISA SOUZA PICORELLI ASSIS

Mestranda no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Escola Paulista de Direito; Especialista em Direito de Família pela Faculdade Única de Ipatinga; Especialista em Direito Notarial e Registral pela Universidade Anhanguera; Graduada em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro; e-mail: elisapicorelli@gmail.com.

MAURÍCIO ÁVILA PRAZAK

Professor e Pesquisador do Programa de Mestrado em Direito da Escola Paulista de Direito; Doutor pela FADISP; e-mail: mprazak@gmail.com.

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo apresentar o desenvolvimento histórico da Análise Econômica do Direito, a partir de uma análise da interdisciplinaridade entre Direito e Economia. O encontro entre essas disciplinas envolve a aplicação do raciocínio econômico na interpretação jurídica. Essa relação interdisciplinar entre Direito e Economia não é recente, mas foi fortalecida e sistematizada na década de 60 do século XX, em especial pelo movimento do *Law and Economics*. Por isso, a partir de uma revisão bibliográfica, o artigo aborda o panorama histórico e as origens da Análise Econômica do Direito, em especial os trabalhos realizados na Escola de Chicago.

PALAVRAS-CHAVE: Análise Econômica do Direito. Racionalidade Econômica. Direito e Economia. Interdisciplinaridade.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Análise Econômica do Direito: Conceito e Interdisciplinaridade. 2 Histórico; 2.1 Ronald Coase; 2.2 Guido Calabresi; 2.3 Gary Becker; 2.4 Richard Allen Posner. 3 Vertentes da Análise Econômica do Direito. Conclusão. Referências.

Introdução

A intercessão entre a ciência jurídica e a econômica vem sendo estudada ao longo de várias décadas. Muitas vezes, em um primeiro momento, a associação entre elas se restringiu a aspectos como dinheiro, capitalismo e

monopólio, deixando de fora grande parte dos métodos econômicos que são plenamente aplicáveis ao Direito.

A necessidade de se recorrer a reformulações do Direito ocorreu pela busca de uma nova perspectiva do equilíbrio jurídico econômico. Com isso, doutrinadores se valeram da Economia para alterar a visão do papel do Direito, a partir de um critério eminentemente racional.

Não é de hoje o questionamento sobre a eficiência do Estado e a maneira pela qual utiliza os recursos de políticas públicas para atingir o bem comum. Para entender se esse uso atende às demandas, é preciso analisar o comportamento dos indivíduos como um todo, ou seja, de que maneira agem em certos contextos e qual a dinâmica por trás dessas ações.

O Direito passou a ser visto também como um instrumento para atingir finalidades que não ele próprio. E, mais ainda, levantou-se a questão da relação do Estado com a economia e de que maneira a intervenção estatal não é benéfica, quando não leva em consideração os custos envolvidos nessa intervenção. Assim, a AED também se preocupa com as consequências econômicas das intervenções do Direito. Portanto, a Análise Econômica do Direito tem como escopo reinterpretar os institutos jurídicos à luz do ponto de vista econômico, mostrando como a alocação de recursos escassos influencia diretamente o entendimento jurídico.

O presente trabalho pretende analisar, em um primeiro momento, a interdisciplinaridade entre Direito e Economia e de que maneira eles se aproximam. Em um segundo momento, será avaliado o panorama histórico da Análise Econômica do Direito, por meio do estudo de seus princípios e das Escolas, com a finalidade de demonstrar as principais contribuições da AED na aplicação do direito.

Como qualquer movimento, a AED possui diversas vertentes e linhas de pensamentos que se distinguem entre si. Ainda, a AED muda a perspectiva de interpretar o Direito e, conseqüentemente, suas soluções. Todavia, insta ressaltar que o estudo da AED não traz respostas definitivas para as questões de sociedades complexas existentes na atualidade. Dessa maneira, foram selecionados os principais estudiosos da Análise Econômica do Direito como objeto de análise deste artigo, que contribuíram substancialmente para o movimento, são eles: Ronald Coase, Guido Calabresi, Gary Becker e Richard Allen Posner.

Algumas Escolas e suas teorias também foram apresentadas, destacando-se os pontos principais de cada uma delas: Escola de Chicago, a Teoria Neoinstitucional, a Teoria da Escolha Pública e a Escola de Direito e Economia de New Haven. Ressalte-se que a Escola de Chicago, movimento também

denominado de *Law and Economics*, não se confunde com as demais Escolas acima citadas.

A Análise Econômica do Direito tem uma vasta aplicação no mundo jurídico e, para ser entendida e utilizada como é atualmente, passou por diversos estudos. Este artigo tem a pretensão de analisar os trabalhos dos principais autores precursores do movimento.

1 Análise Econômica do Direito: Conceito e Interdisciplinaridade

O estudo da teoria da Análise Econômica do Direito pressupõe um exame, ainda que breve, das duas disciplinas objeto do estudo, quais sejam, Direito e Economia.

Direito e Economia são disciplinas evidentemente distintas, mas possuem um ponto em comum: ambas lidam com questões de estabilidade e eficiência na sociedade. Elas oferecem critérios para os indivíduos fundamentarem suas decisões, ainda que cada uma delas seja pautada sob um ponto de vista, econômico ou jurídico (MÂNICA, 2008).

Bruno Meyerhof Salama (2010) aponta que o diálogo entre elas se tornou mais fértil em razão dos trabalhos de autores como Ronald Coase e Guido Calabresi, não obstante as diferenças entre as disciplinas. O autor destaca que, se por um lado o Direito é exclusivamente verbal, marcadamente hermenêutico, aspira a ser justo e a crítica jurídica ocorre pela legalidade, a Economia é matemática, notadamente empírica, aspira ser científica e a crítica econômica acontece pelo custo.

De fato, a realidade é uma só, e pode ser analisada sob vários ângulos conjuntamente. A Economia é uma ciência analítica e, ao ser aplicada ao Direito, proporciona a metodologia necessária para “quantificar interesses, analisar procedimentos e indicar soluções com tendências probabilísticas que levem à dissipação dos conflitos e satisfação das necessidades” (GONÇALVES; STELZER, 2004).

Embora muito questionada, a interdisciplinaridade do Direito e da Economia existe, conforme explica Antônio José Maristello Porto (2013, p. 11):

“A AED explicitamente considera as instituições legais não como exógenas ao sistema econômico, mas como variáveis pertencentes a ele e analisa os efeitos de mudanças em uma ou mais destas variáveis sobre elementos do sistema. Essa aproximação é pleiteada não apenas para regras legais com óbvias conexões com a realidade econômica (...).”

Para Richard Posner, *Análise Econômica do Direito* é “a aplicação das teorias e métodos empíricos da economia para as instituições centrais do sistema jurídico” (POSNER, 1975, p. 759). Considerando que os recursos da sociedade são escassos, cabe à sociedade escolher alternativas dentre as diversas existentes, que, por sua vez, são excludentes entre si. As pessoas fazem opções buscando a maximização de seu bem-estar e a *Análise Econômica do Direito* traz sua contribuição ao otimizar os resultados (POSNER, 1975).

Nesse sentido, a interdisciplinaridade entre direito e economia pode auxiliar governantes, não apenas para explicar o efeito de sua aplicação para a eficiência do uso dos recursos disponíveis, mas também para identificar os efeitos sobre a distribuição dos gastos e da riqueza (FILHO, 2016). Dessa forma, é possível afirmar que a AED insere no núcleo do estudo do Direito os problemas relacionados à eficiência dessa disciplina, assim como o próprio custo dos instrumentos jurídicos em suas finalidades pretendidas e as consequências econômicas das intervenções do Direito. Assim, a função do Direito consiste no conjunto de estímulos ou desestímulos à adoção de certa conduta, que ocorrerá de acordo com o critério do custo-benefício.

Em verdade, para Alejandro Bugallo Alvarez (2006), a *Análise Econômica do Direito* tem como característica a visão de que o direito não é autônomo às realidades sociais, tampouco das demais ciências sociais. Ainda, vale-se de ideias e métodos de outras disciplinas, como economia e política, ao analisar a realidade jurídica, rejeitando a ideia do raciocínio abstrato:

“Neste sentido a análise econômica do direito é uma tentativa de dotar o pensamento jurídico de uma teoria que explique o comportamento dos indivíduos perante as regras e os efeitos destas na consecução de resultados eficientes. Uma teoria preditiva e explicativa é possível por dois motivos, em primeiro lugar, porque o direito influi no comportamento dos indivíduos e, em segundo lugar, porque esta influência é de natureza econômica.” (ALVAREZ, 2006, p. 56)

A racionalidade na qual a AED se funda pode, e deve, ser aplicada na tomada decisões da sociedade ao fazer suas escolhas. No Brasil, cada vez mais têm aumentado o estudo e a procura pela AED como uma maneira de solucionar conflitos para problemas já existentes.

A AED, a partir de um critério jurídico-econômico, diante dos fenômenos sociais de conflitos, busca uma solução que cause o menor dano ou que resulte em um maior benefício. Ocorre que, diversas vezes, o Direito causa descontentamento ao prever certas garantias e direitos individuais. E aqui se insere a AED, com o objetivo de instrumentalizar a redirecionar o

direito para um fim universal (GONÇALVES; STELZER, 2014). Os autores apontam os objetivos da AED:

“À luz da LAE, intentam-se verificar os efeitos inibidores e incentivos produzidos pelas normas jurídicas no meio social; o comportamento equitativo e eficiente induzido; a atribuição de riscos de forma eficiente; a avaliação dos resultados, a distribuição de riqueza e a simbiose entre eficiência e justiça, já que o julgador deve comportar-se, frente ao caso concreto; solucionando a lide entre as partes de forma eficiente, maximizando resultados e induzindo comportamentos.” (GONÇALVES; STELZER, 2004, p. 202)

A aplicação da Economia ao Direito envolve alguns conceitos que devem ser esclarecidos, para uma compreensão apropriada do estudo da AED. No atual contexto, em que a sociedade tem diversas demandas, mas os recursos não são proporcionais a elas, não é possível atender a todas as pessoas, situação essa denominada *escassez*. Nesse contexto, surge a *maximização racional*, na qual o indivíduo, ao fazer uma escolha, certamente levará em consideração aquela que proporcione o maior custo benefício (SALAMA, 2008).

O *equilíbrio*, por sua vez, é o ponto em que todos os indivíduos estão maximizando seus interesses. As pessoas buscam maximizar seus benefícios realizando escolhas que envolvam os menores custos possíveis e, aqui, entra a ideia dos *incentivos*, que são preços implícitos aplicados com a intenção de estimular ou desestimular certas condutas (SALAMA, 2008).

A AED coloca os meios jurídicos como um custo que deve ser considerado para atingir certos objetivos. Por isso, passa-se a ter uma visão diferente do Direito, no sentido de ser um instrumento.

Os apontamentos de Gonçalves e Stelzer (2005) são elucidativo e apontam que, em meio à economia de mercado, com recursos escassos, é preciso agir conforme uma lógica que resulte em eficiência e maximização de interesses. Por isso, cabe ao Direito “espelhar esta realidade social e adaptar seus critérios ao ideal de justiça próprio da referida sociedade eficiente” (GONÇALVES; STELZER, 2004, p. 203).

Bruno Salama (2008) destaca uma pergunta relevante, que é: até que ponto a maximização da riqueza se relaciona com o Direito? Cada autor, de acordo com a sua linha de pensamento, irá respondê-la, não havendo um consenso no movimento da AED.

Neste trabalho, portanto, serão estudados alguns dos diversos doutrinadores da Análise Econômica do Direito, especificamente aqueles considerados como precursores do movimento.

2 Histórico

Nos Estados Unidos, a introdução do pensamento econômico ao Direito foi uma resposta à necessidade de modificação do sistema da *Common Law*. Até os anos 30, a intervenção estatal na ordem econômica era excepcional, mas, após o *New Deal*, o intervencionismo passou a ser comum, o que levou a surgir o movimento chamado *realismo jurídico* (GONÇALVES; STELZER, 2004).

Nesse contexto, o realismo jurídico norte-americano realizou esforços para alinhar a legislação intervencionista com a jurisprudência livre, que acabava por ser, em verdade, arbitrária. Nesse contexto, perdurou o consensualismo político até os anos 60, momento em que a instabilidade político-social suscitou novos questionamentos sobre a prática jurídica (GONÇALVES; STELZER, 2014).

A AED surge, nesse momento, para dar à “*Common Law*, unidade metodológica e universalidade aos seus princípios e julgados a partir do critério de eficiência” (GONÇALVES; STELZER, 2014). A Análise Econômica do Direito inegavelmente teve como marco a chamada Escola de Chicago, na década de 60, quando diversos trabalhos foram desenvolvidos e publicados. O movimento nos Estados Unidos também ficou conhecido como *Law and Economics* e ganhou uma grande proporção entre diversos doutrinadores. De fato, os estudos concentrados na Faculdade de Direito da Universidade de Chicago acarretaram em uma mudança de paradigma na relação entre Direito e Economia.

O *Law and Economics*, entretanto, não se limita à Escola de Chicago – de fato, a mais conhecida – e às teorias de Richard Posner e Ronald Coase. Inclusive, é possível afirmar que as bases da AED são anteriores à Escola de Chicago, como Adam Smith.

Richard Posner (1979) divide a Análise Econômica do Direito em dois marcos: o primeiro, que é datado pelo menos à época de Adam Smith, que é a AED que se limitava a questões de monopólio e racionalidade econômica. O segundo marco, que para Posner se originou do trabalho de Ronald Coase e Guido Calabresi, é a AED que tem ampla aplicação da Economia às normas legais, tais como acidentes, crimes, casamento, entre outros.

A chamada *nova* Análise Econômica do Direito por Posner aplica a economia de um modo sistemático em áreas do direito que antes não tinham o teor de regular relações econômicas. O autor conclui que o método microeconômico poderia proporcionar ao estudo jurídico importantes concepções sobre o comportamento dos indivíduos.

Gary Becker (1976) destaca que a análise econômica do comportamento humano não é nova, nem mesmo fora do setor de mercado, considerando que Adam Smith frequentemente usava sua abordagem para entender o comportamento político.

Na obra *A riqueza das nações*, publicada em 1776, Smith analisa os efeitos da intervenção estatal na economia, e explica que a liberdade de concorrência é a resposta ideal para a alocação dos recursos, pois considera que os preços são formados pelo próprio mercado e, conseqüentemente, alcançariam o equilíbrio desejado.

Ainda antes de 1960, Jeremy Bentham, considerado o pai do utilitarismo, defendia o princípio de que o ser humano sempre toma suas decisões de forma a maximizar seu prazer e felicidade e diminuir sua dor. Por isso, o chamado princípio da utilidade tinha como objetivo a busca pela felicidade e Bentham entendia que isso somente seria alcançado por meio do equilíbrio entre razão e lei.

É evidente que até a metade do século XX os estudos da AED eram restritos às áreas com conteúdo macroeconômico. Durante considerável tempo, o papel da economia no direito era analisar aspectos meramente técnicos de leis antitruste, não havendo revistas acadêmicas sobre o assunto (KUCHENBECKER, 2018).

Posteriormente, os principais precursores teóricos dessa época, como Aaron Director, Ronald Coase, Richard Posner e Gary Stanley Becker, concretizaram o domínio do Direito e Economia depois de diversos artigos publicados e trabalhos desenvolvidos nas universidades norte-americanas, especialmente em Chicago, Yale e Berkeley (FILHO, 2016).

2.1 Ronald Coase

Em 1937, Ronald Coase publicou o artigo “The nature of the firm”, remetendo a uma nova concepção de análise econômica, estudando problemas referentes aos custos de transação (DIAS, 2017). Todavia, o trabalho “The problem of social cost”, publicado em 1960, no *Journal of Law and Economics*, foi um marco no movimento da AED, que expandiu a aplicação da economia ao direito para além dos aspectos tradicionais.

A contribuição do trabalho de Coase, no campo da AED, consistiu em um estudo que tem como postulado a livre iniciativa, a garantia da propriedade privada sobre os bens de produção e a liberdade de contratar como componentes jurídicos importantes para o livre mercado (DIAS, 2017).

Robert D. Cooter e Daniel L. Rubinfeld (1989) explicam que a difusão da economia nos diversos ramos do direito ocorreu porque se tornou necessário explicar o comportamento humano de uma forma sistemática, com a finalidade de prever respostas às mudanças legais:

“A vacância foi criada em parte pela inabilidade da teoria legal em proporcionar orientação suficiente aos Tribunais Americanos que estavam cada vez mais envolvidos com questões políticas. Tribunais que elaboram políticas públicas precisam de uma teoria capaz de prever respostas às mudanças na lei e analisar sistematicamente essas respostas de acordo com um padrão normativo. A Economia foi capaz de proporcionar tanto uma teoria comportamental quanto um padrão normativo, ambos até então ausentes na teoria legal.” (COOTER; RUBINFELD, 1989, p. 1068, tradução nossa)

Em “The problem of social coast”, Coase realiza um estudo sobre a imputação de responsabilidade por danos causados a terceiros em razão do exercício de atividades econômicas. Nesse cenário, propôs uma nova forma de abordar os danos, ressaltando a importância das instituições legais e dos custos de transação nos processos de alocação de recursos da sociedade.

O foco da análise, para Ronald Coase, deve ser a reciprocidade dos danos, e não suas causas ou externalidades criadas pela atividade. Ressalte-se que externalidade consiste no impacto da ação de uma pessoa sobre outra, que não participa daquela ação, ou seja, é o custo de certa atividade. Se o impacto é prejudicial, denomina-se externalidade negativa, e, se é benéfico, externalidade positiva (BORBA; TEIXEIRA; SINAY; 2014). Por isso, uma solução economicamente eficiente não seria somente responsabilizar o que deu origem ao dano, mas também analisar se essa responsabilização do lesante é mais benéfica do que impedi-lo de praticar sua atividade (BORBA; TEIXEIRA; SINAY; 2014).

Coase levanta a questão da regulação do Estado na economia e defende que o governo pode criar regras sobre o que as pessoas podem ou não fazer, considerando que é capaz de organizar o sistema produtivo por meio de decisões administrativas. Por outro lado, por não se sujeitar à competição, o governo pode facilmente se tornar ineficiente, o que leva o autor a encarar a regulação estatal de modo negativo (KUCHENBECKER, 2018).

Para o autor, a regulação extrafiscal do Estado pode gerar mais custos do que a externalidade. Nesse sentido, aponta a necessidade de se analisar o custo-benefício da intervenção do Estado na economia como critério das decisões jurídicas e critica o intervencionismo estatal na economia de bem-estar, uma vez que ignora os custos necessários à intervenção na ordem econômica (MÂNICA, 2008).

O chamado “Teorema de Coase” desenvolveu a ideia de que é possível que a sociedade se coordene de forma eficiente e os custos de transação podem ser minimizados a partir da autorregulação do mercado, em substituição à intervenção estatal no domínio econômico.

2.2 Guido Calabresi

Ao lado de Ronald Coase, Guido Calabresi foi um autor essencial para a Análise Econômica do Direito, ao aplicar a racionalidade econômica na responsabilidade civil. A visão da Análise Econômica de Direito de Calabresi, distinta da perspectiva de Posner e da Escola de Chicago, serviu como fundamento teórico para a Escola de New Haven, da Faculdade de Direito de Yale.

O trabalho de Guido Calabresi *Some thoughts on risk distribution and the Law of Torts* suscita qual o melhor critério para a responsabilização por danos provocados na esfera cível e apresenta duas possibilidades. Na primeira, a parte culpada pela ocorrência do dano deve indenizar a parte prejudicada e, na segunda, o objetivo da responsabilização deve ser a distribuição das perdas de maneira mais eficiente, além de evitar danos futuros (KUCHENBECKER, 2018).

Em 1970, Guido Calabresi publicou o trabalho *The cost of accidents: a legal and economic analysis*, no qual defendeu a importância dos instrumentos econômicos para reduzir os custos de acidentes. Em resumo, o estudo de Calabresi concluiu que há uma tendência de ver, no âmbito da responsabilidade civil, a compensação pelos danos causados como principal objetivo das regras desse ramo do direito civil. Todavia, conforme o autor, a finalidade das regras de responsabilidade é minimizar os custos dos acidentes. Assim, o dever de indenizar deve ser daquele que está na melhor posição, para realizar uma análise do custo-benefício entre os custos do acidente e os custos para evitá-lo (LISBINSKI; PEREIRA; NEVES, 2020). Dessa forma, para que os agentes de fato evitem os acidentes, é preciso que os custos para tanto sejam menores do que os custos da sua reparação.

O autor propôs a substituição da responsabilidade civil subjetiva pela objetiva, em se tratando de empresas, ou por um sistema de seguro social, considerando que a interpretação subjetiva da responsabilidade civil gera um sistema individualizado entre ofensor e ofendido, desconsiderando o universo de relações sociais regidas pelo mesmo princípio (GONÇALVES; STRINGARI, 2018).

2.3 Gary Becker

Gary Becker (2010) aprimorou a ideia de que a economia pode ser aplicada a todos os campos do direito e aos problemas da vida social em geral, não se restringindo apenas aos tradicionalmente vistos como econômicos. Essa visão é chamada de imperialismo econômico e, conforme o autor, a motivação econômica tem vários significados.

Os estudos que vinculavam direito e economia basicamente focavam em temas de competição e monopólio, e em sua obra *The economic approach to human behavior*, Becker aponta que todos os comportamentos humanos podem ser analisados sob aspectos e ensinamentos econômicos, e não apenas os que envolvem questões monetárias.

O indivíduo é economicamente motivado no sentido de que, ao analisar o futuro, antecipa as consequências de suas ações e as leva em consideração ao tomar uma decisão. A teoria de Becker não significa que a economia procura reduzir as relações sociais em trocas monetárias e impessoais e é incorreto dizer que as pessoas são completamente motivadas pelo egoísmo ou ganhos materiais (BECKER, 2010).

2.4 Richard Allen Posner

Um grande marco no estudo da Análise Econômica do Direito foi a publicação do livro escrito por Richard Posner, *Economic analysis of law*, em 1973, que, para alguns estudiosos, consolidou a AED. Alejandro Bugallo Alvarez (2006) explica algumas razões para tanto: i) Posner fez um estudo sistemático da maioria dos setores do sistema jurídico norte-americano, sob a perspectiva da análise econômica; ii) conteve as principais teses pela Escola de Chicago, que defendiam a teoria positiva do sistema jurídico a partir da perspectiva do mercado e da eficiência econômica.

Já no capítulo introdutório de *Economic analysis of law*, Posner (2014) afirma como a economia é uma ferramenta poderosa para analisar diversas questões jurídicas, mas que estudantes e operadores do direito têm dificuldade em aplicar os princípios econômicos aos casos jurídicos concretos. Posner discorre sobre a economia e afirma que:

“A compreensão mais ampla é a ciência da escolha racional em um mundo – o nosso mundo – no qual os recursos são limitados em relação às vontades humanas. A tarefa da economia, assim compreendida, é explorar as implicações ao supor que os seres humanos são maximizadores racionais de seus objetivos da vida, de suas satisfações – que equivalem ao interesse

próprio, e, todavia, não pode ser confundido com egoísmo.” (POSNER, 1998, p. 3, tradução nossa)

Posner inova ao aplicar a AED às normas reguladoras de conduta e a ideia central de seu trabalho é a maximização da riqueza como fundamento do Direito, sendo a função básica desse a alteração de incentivos. Para Posner, sob uma perspectiva normativa, a eficiência é a maximização de riquezas.

O autor parte do princípio de que as pessoas agem racionalmente para promover seu bem-estar e que podem inclusive mudar seus comportamentos para atingir essa finalidade. Portanto, o direito é considerado um instrumento para alcançar a maximização da riqueza. Isso porque as normas jurídicas influenciam diretamente no comportamento das pessoas, inclusive no âmbito econômico. Por isso, a microeconomia deve ser utilizada para entender e até prever os acontecimentos do ordenamento jurídico.

No início da década de 80, Posner publicou a obra *The economics of justice*, que gerou grande polêmica ao defender “que a maximização da riqueza deveria ser a fundação ética para o direito” (ZANATTA, 2011), permitindo a conciliação de três princípios éticos, quais sejam, a utilidade, a liberdade e até a igualdade.

A ideia original de Posner concentrou-se na possibilidade de as instituições jurídico-políticas serem avaliadas em função da maximização da riqueza e daí decorreram as críticas, que consideraram uma teoria radical (DIAS, 2017). Segundo Posner (2014), se, por um lado, os princípios morais são economicamente defensáveis, eis que reduzem os custos de transação, outros valores também o são porque proporcionam a troca voluntária de bens e reduzem os custos externos.

Inclusive, de acordo com esse pensamento, pode ser considerada uma decisão justa aquela que os benefícios gerados a uma das partes fossem suficientes para recompensar a outra parte que foi prejudicada (ZANATTA, 2011). Entretanto, essa visão da maximização da riqueza não é consensual entre os doutrinadores. Ronald Dworkin questiona o fato de Posner valorar a riqueza acima da justiça dentro do ordenamento jurídico (GONÇALVES; STELZER, 2004).

O Direito como instrumento de incentivo de condutas com a finalidade de maximizar riqueza é criticada por Bruno Salama (2008), que considera radical a tese da maximização da riqueza como fundação ética para o Direito. Salama (2008) aduz que, segundo o pensamento de Posner, o critério para a avaliação das regras jurídicas é a capacidade ou não de contribuir para a

maximização da riqueza na sociedade, o que acaba sendo, no fim, o critério ético que distingue regra justa das injustas.

3 Vertentes da Análise Econômica do Direito

O movimento da AED, como demonstrado acima, tem diversas correntes teóricas e, neste trabalho, serão analisadas as principais delas: Escola de Chicago, a Teoria Neoinstitucional, a Teoria da Escolha Pública e a Escola de Direito e Economia de New Haven. Como já mencionado anteriormente, a Escola de Chicago é apenas uma entre as diversas correntes que explicam o fenômeno econômico.

O aspecto em comum a todas as teorias acima apontadas é que estão voltadas à solução dos problemas jurídicos (a lide) e econômicos (a escassez), valendo-se do próprio ordenamento jurídico para buscar um equilíbrio econômico e, assim, alcançar a justiça (GONÇALVES; STELZER, 2004).

É inegável que o marco da *Law and Economics* ocorreu na Faculdade de Direito da Universidade de Chicago. Aaron Director, economista, na década de 30, foi nomeado para uma cadeira na Universidade de Chicago e ali teve um papel de grande influência ao fundar o campo da *Law and Economics*, a partir da criação de um currículo interdisciplinar entre Direito e Economia, com o objetivo da aplicação dos métodos científicos econômicos no pensamento jurídico norte-americano. Os valores dominantes desse movimento eram a proteção dos mercados à racionalidade individual e suspeição dos governos:

“A metodologia da Escola de Chicago se baseia em três ‘pilares básicos’: (1) As pessoas são maximizadoras racionais de sua própria satisfação; (2) ‘As normas legais são preços’; (3) O Direito deve ser analisado sob a perspectiva da eficiência. A Escola de Chicago é aquela que se mantém mais ‘fiel’ aos pressupostos teóricos puramente considerados da AED. Isso por que prima pelo individualismo metodológico; é crente na racionalidade dos agentes econômicos e enfatiza soluções de mercado ao invés de medidas intervencionistas; e, principalmente, tende a refutar argumentos morais que suplantem a busca pela eficiência.” (GONÇALVES; STRINGARI, 2018, p. 84)

Não obstante a importância da Escola de Chicago, é notório que o estudo da AED não se restringe a ela. A vertente neoinstitucional, também conhecida como Nova Escola Institucional, cujo principal teórico foi Ronald Coase, entre diversos outros adeptos (Douglass North, Oliver Williamson), tem como característica mais importante a utilização de métodos analíticos

com o objetivo de prever as consequências das normas relativas ao direito de propriedade e a eficiência no seu uso (FILHO, 2016).

Assim, afirma-se que a referida Escola pretende alcançar um sistema de direitos de propriedade bem definido, que permita trocas voluntárias e também garanta que tais direitos fiquem com aquelas pessoas que mais os valorizam. Trata-se de uma lógica voltada para quem faz o uso mais eficiente da propriedade, pois é permitida a alocação de recursos e a inversão sobre certa propriedade.

Nessa perspectiva neoinstitucionalista, principalmente nos estudos de Oliver Williamson e Douglass North, a ideia central são os “custos de transação”, consistentes nos custos envolvidos em uma operação econômica. Neles, estão inseridos os custos pré-contratuais e pós-contratuais. O primeiro abarca os custos relativos ao levantamento de informações e o custo de negociação. O segundo, por sua vez, trata-se do valor do pagamento efetivo, os custos de monitoramento do cumprimento do contrato e os custos com soluções de controvérsias (GONÇALVES; STRINGARI, 2018).

A Teoria da Escolha Pública – *Public Choice Theory* – tem um caráter eminentemente político, na medida em que avalia questões de Ciência Política. Os autores da teoria, como Duncan Black e James Buchanan, partem do pressuposto de que os agentes políticos agem como os agentes econômicos, pois buscam maximizar o bem-estar para promover o interesse público e, assim, maximizam seu interesse pessoal, aumentando as chances de uma reeleição. Assim, essa vertente de pensamento da Escolha Pública volta os estudos para o processo político como a atuação do Poder Legislativo, o estudo do voto, o comportamento dos eleitores e a defesa dos interesses sociais.

Por fim, a Escola de Direito e Economia de New Haven, que teve como base os pensamentos de Guido Calabresi, conforme mencionado acima. Segundo essa teoria, o Direito tem o papel de concretizar políticas públicas, eis que é uma fonte de regulação das atividades. Nessa teoria, a questão principal é “como a construção da justiça pode se beneficiar da discussão de prós e contras, custos e benefícios” (SALAMA, 2010, p. 14). Desse modo, denota-se que não é de extrema relevância se a eficiência pode ser equiparada à justiça, mas sim que se leve em consideração as prováveis consequências das articulações práticas ao tratar da justiça.

Conclusão

A Análise Econômica do Direito consiste em um movimento que abarca o estudo interdisciplinar do Direito e da Economia. Em verdade, trata-se de

uma reinterpretação do Direito à luz da Economia que trouxe inegavelmente diversos benefícios. A interdisciplinaridade das disciplinas foi pensada além dos termos estritamente financeiros, ficando comprovado que a Análise Econômica do Direito pode ser aplicada nas mais diversas áreas jurídicas.

Em verdade, o Direito precisou adaptar-se a uma realidade de escassez de recursos na qual a sociedade busca por eficiência e maximização de interesses.

O trabalho passou pelos importantes estudiosos da AED e pontuou suas principais características. Destacou-se a importância de Richard Posner e a mudança de paradigma que seus estudos acarretaram.

A Análise Econômica do Direito é necessária para o melhor aproveitamento das normas. Em outras palavras, a partir de uma racionalidade econômica, em que os recursos são escassos e que as pessoas fazem escolhas que irão aumentar seu bem-estar, passa-se a prever o comportamento delas. E, dessa forma, o estudo e a aplicação do Direito tomam uma nova perspectiva.

Tanto na elaboração como na aplicação das regras jurídicas é possível, se não imprescindível, um viés econômico. A partir dessa mudança, isto é, segundo uma análise econômica das regras, é possível modificá-las e adaptá-las para realmente atingir o objetivo pretendido.

A questão da racionalidade econômica até então não era adequadamente explorada no Direito e a AED proporciona um método seguro de avaliação de diversas situações em oposição às inseguranças que muitas vezes o Direito traz. A AED nada mais é do que o resultado de uma demanda por segurança jurídica.

Nesse sentido, os benefícios vão do micro ao macro, ou seja, há uma melhora notória nas relações interpessoais, bem como da sociedade como um todo. À medida que se passa a ter uma análise adequada das relações, há um aumento do grau de confiabilidade entre as pessoas.

Além disso, a análise econômica não se limita às relações entre os indivíduos, mas pode, e deve, ser aplicada na elaboração de normas, gerando um crescimento econômico da sociedade. Com o aumento da segurança jurídica, confiabilidade das relações e uma maior eficiência do mercado, a sociedade cresce e se desenvolve.

TITLE: Economic analysis of the law: origins, concepts and general aspects.

ABSTRACT: This paper aims to present history development of Economic Analysis of Law, through interdisciplinary analysis of Law and Economics. The approach of this disciplines involve economic thinking in legal interpretation. This interdisciplinary relation between Law and Economics is not recent, but it has been consolidated and systematized in sixties of XX century, in particular by Law and Economics

movement. For this reason, by a bibliographic review, this paper approaches the historical background and Economic Analysis of the Law origins, especially the Chicago School works.

KEYWORDS: Economic Analysis of Law. Economic Rationality. Law and Economic. Interdisciplinary.

Referências

ABDOUCH, Rafael Parisi. *A justiça abandonada?* Posner e as limitações do raciocínio econômico e pragmático no campo do direito. Orientador: Jose Reinaldo de Lima Lopes. 2019. 126 f. Dissertação (Mestrado em Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. 2019. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-24072020-144741/pt-br.php>. Acesso em: 15 maio 2021.

ALVAREZ, Alejandro Bugallo. Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações. *Direito, Estado e Sociedade*, v. 9, n. 29, p. 49-68, jul./dez. 2006. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/287>. Acesso em: 5 maio 2021.

BECKER, Gary S. Economic imperialism. *Religion & Liberty*, v. 3, n. 2, July 20, 2010. Disponível em: <https://www.acton.org/pub/religion-liberty/volume-3-number-2/economic-imperialism>. Acesso em: 5 maio 2021.

BECKER, Gary S. *The economic approach to human behaviour*. Chicago: The University of Chicago Press, 1976.

BORBA, Rodrigo Rabelo Tavares; TEIXEIRA, Pedro Freitas; SINAY, Rafael. A análise econômica do direito na axiologia constitucional. *Revista do BNDES*, Brasília, DF, v. 42, p. 181-222, dez. 2014. Disponível em: <https://web.bnDES.gov.br/bib/jspui/handle/1408/3685>. Acesso em: 10 maio 2021.

CALABRESI, Guido. Some thoughts on the risk distribution and Law of Torts. *70 Yale Law Journal*, 1961.

COOTER, Robert D.; RUBINFELD, Daniel L. Economic analysis of legal disputes and their resolution. *Journal of Economic Literature*, Tennessee, v. 27, n. 3, p. 1067-1097, 1989. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/2726775>. Acesso em: 5 maio 2021.

GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. A análise econômica do direito e sua crítica. In: ENCONTRO NACIONAL CONPEDI/UFSC: REPENSANDO O DIREITO: DESAFIOS PARA A CONSTRUÇÃO DE NOVOS PARADIGMAS, 23., 2014. Florianópolis. *Anais (...)*. Florianópolis: CONPEDI, 2014. p. 334-363. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=fc5e676f4e53d229>. Acesso em: 15 maio 2021.

GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. O direito e a law and economics: possibilidade interdisciplinar na contemporânea teoria geral do direito. *Revista da Faculdade de Direito Juris*, Rio Grande, v. 11, p. 199-219, 2005. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=fc5e676f4e53d229>. Acesso em: 6 maio 2021.

GONÇALVES, Everton das Neves; STRINGARI, Amana Kauling. A análise econômica do direito e a teoria de Richard Allen Posner. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI/PORTE ALEGRE – RS: DIREITO, ECONOMIA E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO SUSTENTÁVEL, 27., 2018. Florianópolis: CONPEDI, 2018. p. 75-95. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/34q12098/1c7t5805/PjU8756hPXZLuor4.pdf>. Acesso em: 15 maio 2021.

KUCHENBECKER, Arthur Sonntag. Análise econômica do direito: uma introdução. Orientador: Sabino da Silva Pôrto Júnior, 2018. 78 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Ciências Econômicas, Curso de Ciências Econômicas, Porto Alegre, 2018. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/193143>. Acesso em: 20 maio 2021.

LISBINSKI, Fernanda Cigainki; PEREIRA, Adriano José; NEVES, Ednalva Felix das. Análise econômica do direito: o direito como instrumento para o desenvolvimento econômico. *Revista Econômica*, v. 22, n. 1, p. 141-160, jun. 2020.

MÂNICA, Fernando Borges. Racionalidade econômica e racionalidade jurídica na Constituição de 1988. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 8, n. 21, p. 121-132, abr./jun. 2008. Disponível em: <http://www.revistaacc.com/index.php/revistaacc/article/view/509/493>. Acesso em: 20 abr. 2021.

PORTO, Antônio José Maristello. *Análise Econômica do Direito (AED)*. Apostila do curso de graduação em Direito da FGV Direito Rio. Colaborador Guilherme Mello Graça. Rio de Janeiro, 2013. Disponível em: https://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/u100/analise_economica_do_direito_20132.pdf. Acesso em: 29 abr. 2021.

POSNER, Richard A. Some uses and abuses of economics in law. *University of Chicago Law Review*, v. 46, n. 2, p. 281-306, Winter, 1979. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2864&context=journal_articles. Acesso em: 10 maio 2021.

POSNER, Richard A. The economic approach to law. *Texas Law Review*, v. 53, n. 4, p. 757-782, 1975. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2881&context=journal_articles. Acesso em: 10 abr. 2021.

POSNER, Richard. *Economic analysis of law*. 4th ed. Boston; Toronto: Little, Brown and Company, 2014.

SALAMA, Bruno Meyerhof. *Apresentação: direito e economia: textos escolhidos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é direito e economia? *Revista Direito Unifacs*, p. 1-17, 2008. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/download/2793/2033>. Acesso em: 1º maio 2021.

Recebido em: 30.08.2021

Aprovado em: 06.12.2021

O Exercício Individual da Atividade Empresarial Após a (In)Controvérsia Mudança Suscitada pela Lei nº 14.195/2021

LUCAS PIRES MACIEL

Doutor em Direito pela Universidade de Marília; Mestre em Direito pela Universidade de Marília; Pós-Graduado em Direito do Estado pela Universidade Estadual de Londrina; Pós-Graduado em Direito Tributário e Processo Tributário pelo Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente; Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente; Advogado; e-mail: lucas@jppm.com.br.

BRENDHA ARIADNE CRUZ

Discente do Curso de Direito pelo Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente; e-mail: brendha-ariadne@hotmail.com.

CAROLINE MAROCCHI MARQUES

Discente do Curso de Direito pelo Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente; e-mail: carolinemarocchi@outlook.com.

RESUMO: Esta pesquisa científica analisará as figuras jurídicas destinadas ao exercício individual da empresa no ordenamento jurídico brasileiro após a (in) controvérsia mudança trazida pela Lei 14.195/2021. Para tanto, será ressaltada a importância do avanço do exercício individual da empresa e da limitação da responsabilidade para estimular o empreendedorismo e o desenvolvimento da economia. Assim, serão pontuadas as vantagens e desvantagens em relação às figuras de constituição de empresa por uma única pessoa. Em última análise, trar-se-ão a lume as controvérsias acerca da extinção da figura da EIRELI e concluir-se-á qual modalidade empresarial melhor atende aos anseios dos empresários e da sociedade. Para tanto, utilizar-se-á, no desenvolvimento do presente trabalho, a metodologia dedutiva, pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

PALAVRAS-CHAVE: Empresário Individual. Empresa Individual de Responsabilidade Limitada. Sociedade Limitada Unipessoal. Responsabilidade Limitada. Exercício Individual da Empresa.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Avanços do Exercício Individual da Atividade Empresarial e a Limitação de Responsabilidade no Ordenamento Jurídico Brasileiro. 2 Figuras de Exercício Individual da Atividade Empresarial; 2.1 Empresário Individual (EI); 2.2 Empresário Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI); 2.3 Sociedade Limitada Unipessoal (SLU). 3 As Vantagens da Sociedade Limitada Unipessoal ao Empresário. 4 A (In)Controvérsia Extinção da EIRELI Após a Lei 14.195/2021. Considerações Finais. Referências.

Introdução

Percebe-se que pairam muitas dúvidas em relação à melhor modalidade destinada ao exercício individual da atividade empresarial. Sendo assim, tal abordagem se faz imprescindível e relevante, uma vez que visa clarificar o entendimento a respeito dessa temática após a entrada em vigor da Lei 14.195/2021. Para tanto, com base em um método dedutivo, tem-se como fonte de apoio: o arcabouço doutrinário, o Código Civil, a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e do Supremo Tribunal Federal e demais legislações pertinentes ao tema.

Diante do referido estudo, é notável a observação imprescindível em relação à atividade empresarial, a qual se caracterizou como primordial para o avanço econômico do país na contemporaneidade, já que impulsionou a produção de mercadorias, a circulação de riquezas, além do oferecimento de empregos para a população. Haja vista o reconhecimento da importância do desenvolvimento empresarial no cenário brasileiro, o presente artigo analisou minuciosamente as figuras de exercício individual da atividade empresarial que foram extintas e as existentes no ordenamento jurídico atual, sendo elas: o Empresário Individual (EI), a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI) e a Sociedade Limitada Unipessoal (SLU).

Após a constatação dessa questão, pôs-se em debate qual seria a melhor figura de exercício individual de empresa a ser optada pelo empresário após a sanção da Lei 14.195/2021, à luz das perspectivas em que se encontram os empresários no Brasil e as características dos modelos disponíveis na legislação. Em outras palavras, de acordo com o exposto estudo, levando em consideração as condições financeiras do corpo social, foi discorrido sobre qual modalidade melhor atendeu e se encaixou dentro das exigências de único titular da empresa e também a respeito da disponibilidade financeira para arcar com possível investimento de capital mínimo inicial, de modo a atender especialmente aos anseios daqueles que se tipificam como pequenos e médios empresários.

Desse modo, foram apuradas a reflexão e a resolução sobre essa problemática. Abordou-se, primeiramente, em capítulo inicial, um panorama geral de contextualização a respeito dos avanços do exercício individual da atividade empresarial e a limitação da responsabilidade no ordenamento jurídico brasileiro. Posteriormente, empenhou-se em uma minuciosa reflexão a respeito do Empresário Individual (EI), a primeira figura estipulada no Código Civil de 2002, que abriu portas para o desenvolvimento solitário do exercício da empresa. Em seguida, o estudo se destinou à figura originária da Lei nº 12.441, que adentrou ao ordenamento no ano de 2011 e foi extinta em 2021, a EIRELI, caracterizada como uma pessoa jurídica de direito privado.

Por conseguinte, foi percorrido sobre a Sociedade Limitada Unipessoal, a qual correspondeu a uma hodierna possibilidade de constituição de atividade, por meio de uma sociedade limitada formada por uma única pessoa. Foi inserida ao ordenamento por meio da Lei nº 13.874, conhecida como a Lei de Liberdade Econômica (LLE), que advém da indispensabilidade de um novo modelo que atendesse os empreendedores (especialmente os pequenos e médios). De tal modo, impulsionou o crescimento empresarial no país. Em complemento, inferiu-se em capítulo próprio a respeito das vantagens da SLU ao empresário.

Nessa celeuma, abordaram-se as mudanças suscitadas pela Lei nº 14.195/2021 e o exercício individual da atividade empresarial diante dessa conjuntura. Finalmente, com vistas a tudo o que foi exposto, apresentaram-se as conclusões finais a respeito da temática e do problema questionado.

1 Avanços do Exercício Individual da Atividade Empresarial e a Limitação de Responsabilidade no Ordenamento Jurídico Brasileiro

Para compreender as formas de exercício individual de empresa no ordenamento jurídico brasileiro, se faz imprescindível a análise do exercício individual da atividade empresarial e da limitação da responsabilidade.

De proêmio, cumpre mencionar que o empresário, conforme disposto no artigo 966 do Código Civil, é aquele que exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços. Assim, para o efetivo exercício da atividade econômica e incentivo ao desenvolvimento da própria economia, o legislador instituiu a possibilidade de realizar individualmente o exercício da empresa sem associar-se a outrem.

Para tal exercício, em primeiro lugar, o Código Civil trazia unicamente a possibilidade de registrar-se como empresário individual (EI), o qual não goza da prerrogativa da limitação de responsabilidade e assume sozinho seu

patrimônio pessoal e todos os riscos do desenvolvimento dessa atividade. Desse modo, vigorava no Brasil apenas o princípio da responsabilidade ilimitada:

“O princípio da responsabilidade ilimitada consagrado nas legislações e segundo o qual a pessoa responde por suas dívidas com todos os bens, constitui o eixo de um inteiro sistema organizado no plano jurídico para prover à segurança das relações dos homens na ordem econômica. Sujeitando a massa dos bens da pessoa à satisfação de suas obrigações, a lei, de uma parte, confere aos credores garantias contra o inadimplemento do devedor; de outra, impõe a este uma conduta de prudência na gestão dos próprios negócios. E, assim, refreia a aventura, fortalece o crédito e incrementa a confiança.” (MARCONDES, 1956, p. 132)

Diante do risco de responder ilimitadamente com todos os bens pelas dívidas decorrentes do exercício da empresa, a sociedade brasileira ainda buscava a criação de uma forma jurídica que permitisse o exercício da atividade empresarial por uma única pessoa e com limitação de responsabilidade. Em razão disso, o direito criou técnicas de limitação de responsabilidade para incentivar o desenvolvimento da própria economia, “ao incitar que as pessoas apliquem seus recursos em atividades econômicas produtivas, sem, contudo, correr riscos extremos de perda de seu patrimônio” (TOMAZETTE 2019, p. 82).

A respeito da limitação da responsabilidade, Fábio Ulhoa Coelho (2013, p. 132) afirma que:

“A limitação da responsabilidade é um mecanismo de socialização, entre os agentes econômicos, do risco de insucesso, presente em qualquer empresa. Trata-se de condição necessária ao desenvolvimento de atividades empresariais, no regime capitalista, pois a responsabilidade ilimitada desencoraja os investimentos.”

Nessa senda, percebe-se que a limitação da responsabilidade é crucial para o desenvolvimento das atividades empresariais. Assim, é importante elucidar a problemática ante a ausência de uma figura destinada ao exercício individual da atividade empresarial, uma vez que, para suprir esse problema, a classe empresarial criava *sociedades limitadas de fachada*, formadas somente para limitar a responsabilidade empresarial. Essa prática consiste na constituição de sociedades meramente formais, criadas apenas para que uma das partes possa se beneficiar da limitação de responsabilidade que a criação de uma sociedade empresária pode ocasionar. Comumente, apenas um sócio detém a maioria das quotas, ao passo que uma pequena fração é concedida ao outro sócio, que unicamente atribui o nome para a constituição da sociedade.

Desse modo, em vista do clamor dos pequenos e médios empresários para a criação de uma modalidade de limitação de responsabilidade, foi instaurada, em 2011, mediante a Lei nº 12.441, a figura do empresário individual de responsabilidade limitada (EIRELI), como uma nova pessoa jurídica de direito privado exclusivamente responsável por todas as obrigações contraídas, ao proporcionar para o empresário gerir os riscos da atividade, sem a necessidade de criar sociedades limitadas de fachada.

Essa Lei “trata-se de iniciativa que protege o patrimônio pessoal do titular da empresa individual, pondo fim às críticas feitas durante anos, pela doutrina e pelo empresariado, à exigência de pluralidade de sócios para a constituição de uma sociedade limitada” (WALD; MORAES; WALD, 2015, p. 69). Entretanto, fato é que essa modalidade instituída possui algumas barreiras legais impeditivas de sua utilização para uma grande parcela da classe empresarial, que serão estudadas de forma mais singular no tópico seguinte, de modo que essa figura foi sabidamente extinta, em decorrência da sanção presidencial da Lei 14.195/2021.

Diante da necessidade de uma figura empresarial de fato acessível, destinada à promoção da atuação empresarial de forma individual com a limitação de responsabilidade, criou-se a sociedade limitada unipessoal (SLU) por meio da Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, que instituiu a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, com a finalidade de desburocratizar a atividade empresarial para os pequenos e médios empreendedores, a fim de permitir que a sociedade limitada seja constituída por uma única pessoa. Inclusive, tal figura pode ser utilizada para o desenvolvimento de quaisquer atividades econômicas.

Indispensáveis se fazem as observações de Luciano Monti Favaro (2020, p. 2), que, ao discorrer sobre os modelos de limitação da responsabilidade para o exercício individual da empresa, fez a seguinte pontuação:

“É inegável que a normatização desses institutos decorreu da necessidade de se atender aos anseios de pequenos e médios empreendedores para o desenvolvimento dessas atividades. O risco de desenvolvê-las é grande, torna-se ainda maior se o empreendedor tiver de responder ilimitadamente pelas obrigações decorrentes dessa atividade, na qualidade de um empresário individual. O intuito do legislador foi, assim, estabelecer modelos para a limitação da responsabilidade do exercício individual da empresa a fim de mitigar os riscos do empreendedor.”

Nesse ponto, fica patente que a limitação da responsabilidade para o exercício da atividade empresarial é “a pedra angular da moderna governança empresarial” (CHANG, 2004, p. 200) e se mostra imprescindível para estimu-

lar o empreendedorismo, pois os sujeitos se encontravam desmotivados para empreender porque, diante de um cenário de fracasso dos negócios, não havia proteção ao patrimônio pessoal. Desse modo, demonstrada a importância do exercício solitário limitado da empresa, no tópico seguinte, serão abordadas as figuras presentes no âmbito empresarial brasileiro à disposição dos sujeitos que desejam exercer a atividade empresarial individualmente.

2 Figuras de Exercício Individual da Atividade Empresarial

Diante da constatação dos avanços do exercício individual da atividade empresarial e a limitação da responsabilidade no ordenamento jurídico brasileiro, dar-se-á início à abordagem das figuras de constituição de empresa por apenas uma pessoa. Primeiramente, será estudada a figura do Empresário Individual, em seguida, a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada e, por fim, a Sociedade Limitada Unipessoal. Vale ressaltar que o estudo tem como base a análise doutrinária e jurisprudencial a respeito da temática.

2.1 Empresário Individual (EI)

O empresário individual (EI) foi a primeira figura instituída no ordenamento jurídico brasileiro com o escopo de possibilitar a exploração individual da atividade empresarial, sem que haja a necessidade de sócios para a constituição da empresa. Assim, com fundamento no artigo 966 do Código Civil, o empresário individual é a pessoa física ou natural que exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Nesse ínterim, se faz importante elucidar que o empresário individual não é pessoa jurídica, de modo que sua responsabilidade em razão das obrigações contraídas durante o exercício da atividade empresarial é direta e ilimitada. Desse modo, com a inscrição do empresário na Junta Comercial, esse responderá com todo seu patrimônio pelas obrigações que derivam do exercício da atividade empresarial, de modo que não há, portanto, a separação entre o patrimônio pessoal e o da atividade empresarial.

Ocorre que há uma problemática relacionada a esse aspecto. Ao levar em consideração o risco de desenvolver uma atividade empresarial, esse se torna maior se o empreendedor tiver de responder ilimitadamente pelas obrigações resultantes dessa atividade, na condição de um empresário individual.

Segundo Marlon Tomazette (2019, p. 82), em *lato sensu*, “essa ilimitação da responsabilidade possui o aspecto negativo de inibir, uma vez que nem todos estão dispostos a assumir riscos para obter rendimentos econômicos”. Assim,

em que pese a instituição dessa figura no direito brasileiro com o intuito de fomentar o exercício da atividade empresarial, a imposição da responsabilidade ilimitada tornou-se fator impeditivo para a pessoa individual realizar a abertura de uma empresa.

Isso posto, cabe destacar que, nessa modalidade, desde que preenchidos os requisitos legais, há a possibilidade de enquadramento como Microempreendedor Individual (MEI), modelo introduzido por meio da Lei Complementar nº 128/2008, com o escopo de facilitar a formalização da atividade econômica de pequenos empreendedores. Indubitavelmente, essa figura trouxe um benefício àqueles que desejam exercer individualmente uma atividade empresarial, pois, com o advento do MEI, ainda que continue a possuir responsabilidade pessoal pelas obrigações contraídas, ocorreu a “retirada da informalidade de pequenos exercentes de atividades econômicas, possibilitando a eles um recolhimento tributário fixo e permitindo-lhes o acesso ao crédito” (TOMAZETTE, 2019, p. 696).

Nesse contexto, há que se mencionar a limitação do Microempreendedor Individual ao exercício de atividades mais simples, isso porque o empresário individual, para ser enquadrado nessa modalidade e lograr das prerrogativas, apenas poderá ter a receita bruta anual de até R\$ 81.000,00. Portanto, fica evidente que, apesar de o legislador instituir o empresário individual ao ordenamento, a fim de possibilitar a constituição individualmente do exercício da atividade empresarial, essa modalidade não apresenta muitos benefícios àqueles que desejam constituir uma atividade empresarial de modo solitário, pois carece da limitação dos riscos econômicos que o exercício da empresa oferece, sendo, assim, pouco utilizada no âmbito empresarial interno.

2.2 Empresário Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI)

Neste subtópico, serão analisadas as características da figura que integrou o ordenamento jurídico brasileiro até a entrada em vigor da Lei nº 14.195/2021.

A fim de limitar a responsabilidade para o sujeito que deseja explorar a atividade econômica sem associar-se e sem afetar todo o seu patrimônio e, assim, incentivar o empreendedorismo de pequenos e médios empresários e o desenvolvimento da economia, o legislador brasileiro inseriu no Código Civil o artigo 980-A, o qual instituiu a empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI), com a edição da Lei nº 12.441, de 11 de julho de 2011. Desse modo, essa figura tem personalidade jurídica e patrimônio distintos daquele em que o titular é a pessoa física que explora a atividade. Refere-se,

em síntese, a uma maneira de limitação dos riscos empresariais em proveito dos empreendedores individuais.

Nas lições de André Luiz Santa Cruz Ramos (2020, p. 72):

“O objetivo é permitir que um determinado empreendedor, individualmente, exercesse atividade empresarial limitando sua responsabilidade, em princípio, ao capital investido no empreendimento, ficando os seus bens particulares resguardados. Isso funcionaria como um estímulo ao empreendedorismo.”

Nesse mesmo sentido, o objetivo da EIRELI de estimular o empreendedorismo fica patente mediante a análise do Processo Legislativo (PL) 4.605/2009, de autoria do Deputado Marcos Montes, que se converteu na Lei nº 12.441/2011, uma vez que demonstra o clamor de estabelecer um caminho para a formalização de milhares de pequenos e médios empresários, ou seja, uma maneira que lhes permitisse empreender sem colocar em risco seu patrimônio pessoal.

Insta acentuar que a EIRELI tem origem no Direito Português, por meio da edição do Decreto-Lei 248, de 25 de agosto de 1986, que instituiu o Estabelecimento Individual de Responsabilidade Limitada (EIRL) “para limitar responsabilidade do comerciante em nome individual pelas dívidas contraídas na exploração da sua empresa, com base na constituição de um patrimônio autônomo ou de afetação especial” (PORTUGAL, 1986).

Nesse sentido, Gladston Mamede (2020, p. 91) afirma que a previsão legislativa brasileira seguiu a seguinte diretiva:

“O estabelecimento individual de responsabilidade limitada (ou EIRL, criado no Direito Português por meio do Decreto-Lei 248/86) titularizado por um empresário (pessoa natural), mas beneficiário de limite de responsabilidade que resulta de afetação patrimonial: relações jurídicas, ativas e passivas, que dizem respeito à empresa são separados formalmente, por meio de afetação jurídica, seccionando-se o patrimônio pessoal do patrimônio empresarial para, assim, evitar que as obrigações empresariais, próprias do estabelecimento afetado, alcancem o patrimônio pessoal.”

De igual modo, no cenário do direito empresarial brasileiro, a EIRELI é uma pessoa jurídica de direito privado que visa “criar uma espécie de patrimônio de afetação para permitir que um empreendedor goze da limitação de responsabilidade sem precisar constituir sociedade com outrem” (RAMOS, 2020, p. 132). Sendo assim, com a inscrição na Junta Comercial, a EIRELI adquire personalidade jurídica e, portanto, passa a ter patrimônio próprio,

diverso do patrimônio do seu titular, de modo que a responsabilidade pelas obrigações assumidas pela empresa fica limitada ao capital atribuído à EIRELI, salvo nas hipóteses excepcionais previstas no artigo 50 do Código Civil e no artigo 155 do Código Tributário Nacional.

Na mesma toada, Sílvio de Salvo Venosa (2020, p. 179) salienta que:

“O efeito da limitação da responsabilidade alcança apenas o campo patrimonial, no qual determinados bens do patrimônio do empresário são afetados e destinados a responder pelas dívidas assumidas pelo sujeito em sua condição especial. Trata-se de um núcleo patrimonial constituído com certa finalidade específica, que tem um regime especial de responsabilidade por dívidas estabelecido por lei e que deve ser administrado de acordo com essa finalidade.”

Ocorre que, em que pese o benefício da limitação da responsabilidade, para a constituição da empresa individual de responsabilidade limitada foram impostas algumas condições severas que impediram a sua utilização por uma expressiva parcela da população. Esse fato gera consequências negativas para o ambiente dos negócios, a abertura de empresas e o consequente desenvolvimento do país.

Primeiramente, há a exigência de integralização de um capital social mínimo correspondente a 100 vezes o maior salário mínimo vigente no país, fato que consiste em uma barreira legal impeditiva para os sujeitos que não possuem esse capital social mínimo. A esse respeito, recentemente, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 4.637/DF, fixou o seguinte entendimento:

“Há uma barreira legal impeditiva, para aqueles que não possuem capital social no valor mínimo exigido pela própria norma, a qual inviabiliza, na prática, a existência das empresas individuais de responsabilidade limitada. Trata-se, em certa medida, de um desestímulo imposto pela norma cujo objetivo era exatamente estimular o desenvolvimento econômico e dar capacidade empresarial para aqueles que querem empreender.”

Ao partir dessa premissa, indubitavelmente, as barreiras impostas pela EIRELI funcionam como um desestímulo para o desenvolvimento da atividade empresarial. Nesse sentido, segundo Paulo de Tarso Domingues (2009, p. 100), “a fixação geral de um mínimo de investimento para o exercício de qualquer atividade consubstancia-se em verdadeiro atentado aos princípios da liberdade de iniciativa econômica”. Assim, não se pode olvidar que a necessidade da integralização do capital social mínimo dificultou o exercício da atividade empresarial e o consequente desenvolvimento econômico e social,

ao impedir que o exercente da atividade empresarial defina o montante a ser aportado na atividade negocial.

Para o Secretário de Desenvolvimento da Indústria, Comércio, Serviços e Inovação, João Carlos de Andrade Uzêda Accioly (2020, p. 529):

“Tem-se que o pequeno empresário foi então submetido a uma perversa escolha: ou arranjava um sócio figurativo para constituir uma sociedade limitada (Ltda.), sem ter propriamente um sócio (‘sociedade de fachada’); ou dizia ter integralizado cem salários mínimos no capital social para constituir uma EIRELI, quando na verdade não o fazia, mesmo porque isso às vezes nem era compatível com suas prévias declarações de imposto de renda. Praticamente, uma escolha entre duas mentiras.”

Deveras, mesmo com essa inovação legislativa, o empresário forçosamente tinha que buscar roupagens empresariais alternativas, até mesmo de fachada, pois muitas vezes era inconcebível para um novo empreendedor constituir um tipo empresarial com um capital social tão elevado. Isso ocorre porque o legislador não criou um tipo societário que promovesse de fato uma maior facilidade e simplificação no ambiente de negócios, mas uma figura que, apesar de seus avanços, possuía significativos entraves burocráticos.

Além disso, outra questão problemática consiste na restrição à criação de somente uma EIRELI por pessoa natural. Fato é que essa prerrogativa gera um impacto negativo àqueles que desejam empreender em áreas distintas sem precisar constituir uma sociedade com outra pessoa. Por essas razões, apesar de a empresa individual de responsabilidade limitada ter se tornado uma alternativa vantajosa ao exercício individual da empresa ao buscar limitar a responsabilidade dos sujeitos que desejavam empreender individualmente, a Lei que criou essa medida com o objetivo de incentivar o desenvolvimento econômico acabou por desestimular a criação da EIRELI porque impôs barreiras desvantajosas para a população ao exigir o capital social integralizado e restringir a criação de apenas uma EIRELI por pessoa natural.

Desse modo, em 26 de agosto de 2021, foi sancionada a Lei nº 14.195/2021, que tem por escopo simplificar a abertura de empresas e proporcionar a melhoria do ambiente de negócios. Assim, com a sanção presidencial da referida Lei e a regulamentação do assunto pelo DREI, as empresas individuais de responsabilidade limitada foram, independentemente de qualquer alteração em seu ato constitutivo, transformadas em sociedades limitadas unipessoais, tema que será abordado nos tópicos seguintes.

2.3 Sociedade Limitada Unipessoal (SLU)

A figura da Sociedade Limitada Unipessoal consiste, de modo sucinto, na possibilidade de se constituir uma sociedade formada por uma pessoa apenas, sem a exigência de sócios. Está presente no ordenamento jurídico europeu há muito tempo, haja vista que a Alemanha foi a pioneira ao estipular a “GmbH-Novelle”, em 1980, ao buscar regulamentar a unipessoalidade societária. De acordo com Leonardo Vilela Cardoso (2012, p. 67), em seu livro *O empresário de responsabilidade limitada*, explora-se a questão do seguinte modo:

“O instituto – sociedade limitada unipessoal – já era admitido tanto na doutrina quanto na jurisprudência alemã, principalmente quando a sociedade limitada reduzia-se a um único sócio, como em casos de morte, retirada ou exclusão de um ou mais sócios.”

Nessa senda, observa-se que a SLU não se apresentou como uma insigne novidade ao ordenamento jurídico alemão, contudo, foi um passo importante para a sua regulamentação definitiva. Ademais, diversos países na Europa similarmente estabeleceram a modalidade em suas disposições legais, como a França, em 1985, por meio da Lei nº 85.697. Outrossim, expandiu-se por todo o referido continente após a Diretiva 89/667/CEE admitida pela Comunidade Econômica Europeia – atualmente União Europeia, “ao permitir a possibilidade de a sociedade possuir único sócio no instante de sua constituição, dessa forma, países como Espanha, Itália, Irlanda e Grécia adotaram o modelo” (FAVARO, 2020, p. 5).

Entretanto, o instituto empresarial apenas surgiu no Brasil em 20 de setembro de 2019, por meio da Lei nº 13.874, popularmente conhecida como a Lei da Liberdade Econômica, sancionada pelo atual Presidente da República. O principal objetivo, como já dito, é o alcance da liberdade no exercício de atividades econômicas, de forma a garantir o livre-mercado, um menor controle das atividades empresariais e a desburocratização de alguns processos, para que proporcione o crescimento da economia e, por conseguinte, a estimulação eficaz dos empresários e daqueles que desejam adentrar no ramo.

A ilustríssima novidade que foi introduzida ao ordenamento jurídico brasileiro resultou em um formato colossalmente interessante para o exercício individual da atividade empresarial no país. Quanto à regulamentação, a Lei da Liberdade Econômica, no seu art. 7º, trouxe a seguinte alteração para o artigo 1.052, § 1º e § 2º, do Código Civil, prevendo o instituto da SLU:

“Art. 7º A Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), passa a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 1.052. (...)

§ 1º A sociedade limitada pode ser constituída por 1 (uma) ou mais pessoas.

§ 2º Se for unipessoal, aplicar-se-ão ao documento de constituição do sócio único, no que couber, as disposições sobre o contrato social.”

Insta salientar que a devida regulamentação da SLU prevista na LLE, como visto anteriormente, foi efetivada por meio da Instrução Normativa DREI nº 63, de 11 de junho de 2009. Logo, “as normas regulamentadoras do novo modelo unipessoal são as mesmas da Sociedade Limitada anteriormente prevista” (NEVES, 2020, p. 30).

O nupérrimo formato jurídico societário trata-se de uma pessoa jurídica advinda da vontade de um único sócio para a sua constituição. Segundo Luiz Gustavo Gomides Neves (2020, p. 31), em seu artigo “Sociedade limitada unipessoal no Brasil: conjuntura empresarial”,

“ao possibilitar a abertura de uma empresa por uma única pessoa, sem a amarra de um segundo sócio, que aqui pode ser chamado de sócio fantasma, o legislador também deu como garantia ao empresário a segurança em seu patrimônio particular, pois este não confunde com ao da sociedade constituída por ele.”

Destarte, nesse âmbito, a modalidade viabilizou de modo definitivo o rompimento das amarras em relação à obrigatoriedade de possuir outro sócio para a formação do empreendimento. Outrossim, observa-se que a figura tem como característica principal a responsabilidade limitada referente aos bens pessoais e ao patrimônio da empresa e, além disso, possibilitou a extinção da sociedade limitada de fachada, formada por sócio fantasma, ao visar acatar o requisito da pluralidade de sócios presente na Sociedade Limitada, já que é possível perfeitamente constituir a empresa com apenas um membro societário.

Além disso, não há qualquer exigência de capital mínimo para a sua constituição, diferentemente daquilo previsto em relação à Empresa de Responsabilidade Limitada. Portanto, conforme Sílvio de Salvo Venosa (2020, p. 182), “a SLU tem como objetivo facilitar a abertura de uma empresa sem sócios e sem a necessidade de investir inicialmente”, à vista disso, conclui-se de modo evidente que o instituto surgiu para beneficiar, especialmente, os pequenos e médios empresários.

Inclusive, é permitido que a pessoa componha mais de uma SLU, característica muito animadora para aqueles que trabalham no ramo empresarial. Vale apontar, também, que é fundamental a realização da inscrição na referida Junta Comercial do respectivo Estado da Federação, para regulamentar a situ-

ação. Ademais, em relação ao nome empresarial, mantêm-se a regulamentação referente à Sociedade Limitada, definida no art. 1.158 do Código Civil de 2002.

Nesse ínterim, se faz importante elucidar, também, o posicionamento recente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por meio da análise do Agravo de Instrumento nº 2111858-70.2021.8.26.0000 a respeito da referida figura em questão:

“Na empresa unipessoal de responsabilidade limitada não há, de fato, uma sociedade no sentido literal da expressão, mas o reconhecimento, pelo ordenamento jurídico, da personalidade jurídica própria e da autonomia patrimonial da sociedade pessoa jurídica constituída originariamente ou superveniente por uma única pessoa natural ou jurídica, superando a visão contratualista da sociedade em prol do fomento da atividade econômica organizada.”

De acordo com o que foi estabelecido pelo TJSP, a Sociedade Limitada Unipessoal trata-se de um reconhecimento legítimo da personalidade jurídica própria e da autonomia patrimonial da sociedade de pessoa jurídica constituída de modo solitário, ou seja, por uma pessoa (jurídica ou natural), ao propiciar, dessa forma, o desenvolvimento da atividade empresarial no país. Isso posto, observa-se que a SLU, oriunda da Lei de Liberdade Econômica, é um imprescindível avanço em relação aos modelos de exercício individual de empresa – EI e EIRELI, ao notar-se relevante refletir a respeito de suas características, como foi feito até o momento, e também abordar suas vantagens aos empresários brasileiros.

3 As Vantagens da Sociedade Limitada Unipessoal ao Empresário

Primeiramente, é imprescindível analisar a Sociedade Limitada Unipessoal em comparação com as demais figuras de exercício individual da atividade empresarial: o Empresário Individual (EI) e a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI). Observa-se que a SLU visa mitigar as falhas legislativas das figuras anteriores, ao estabelecer um novo modelo, o qual apresenta diversos pontos positivos. Nesse ínterim, tornou-se a escolha mais vantajosa presente no ordenamento jurídico brasileiro atual.

Em relação ao Empresário Individual, apesar de não exigir capital social mínimo e não existir qualquer limite de empregados para a contratação, tem como principal característica a responsabilidade ilimitada, que suscita em insegurança ao empresário, que assume todos os riscos advindos do desenvolvimento da atividade. A ausência de separação dos capitais é o grande imbróglio atinente ao EI, pois se sabe que a atividade empresarial é arriscada e

que existem apenas dois caminhos possíveis, sendo eles o de sucesso ou o de fracasso. Destarte, dentro desse cenário, a extinta figura da EIRELI tornou-se mais interessante, como o próprio nome já diz, a responsabilidade configura-se como limitada (fator presente também na SLU). Contudo, essa similarmente apresenta pontos negativos.

Segundo o art. 980-A do Código Civil, que foi recentemente revogado:

“Art. 980-A. A empresa individual de responsabilidade limitada será constituída por uma única pessoa titular da totalidade do capital social, devidamente integralizado, que não será inferior a 100 (cem) vezes o maior salário mínimo vigente no País.”

O Código Civil é claro no tocante à Empresa Individual de Responsabilidade Limitada exigir um capital social vultoso, correspondente a 100 salários mínimos vigentes no momento de abertura da empresa. À vista disso, não atendia os pequenos e médios empresários. Dessa forma, a Sociedade Limitada Unipessoal se torna potencialmente mais atrativa aos empresários, pois não há qualquer exigência de capital mínimo para a sua constituição. No que concerne a isso, Venosa (2020, p. 181) define assertivamente:

“É certo que a EIRELI já foi um início para esse fim, isto é, para a exploração individual da empresa, mas, e em contrapartida, a instituição de um capital social mínimo integralizado em 100 salários mínimos, afasta os micro e pequenos empresários dessa opção. Ainda, a restrição para as pessoas naturais serem titulares de apenas uma EIRELI, o que não ocorre em relação à sociedade limitada unipessoal, é outro ponto positivo em favor desta.”

Ocorre que a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada de feito, como abordado pelo autor, não é interessante economicamente em nenhum viés aos pequenos e médios empresários, justamente devido ao alto investimento. Não obstante, verifica-se outro fator problemático nessa figura empresarial – a impossibilidade de uma pessoa ser titular de mais de uma EIRELI. “Esta circunstância, novamente, aproxima o empreendedor da SLU, devido esta permitir a formação de quantas sociedades o indivíduo pretender, portanto, em vista do exposto, a EIRELI tornou-se obsoleta a partir da sanção da LLE” (NEGRÃO, 2019, p. 272).

Infere-se que o novo modelo, fruto da Lei 13.784/2019, possui inúmeros benefícios e compreende a necessidade crescente de criação de uma nova figura de exercício individual de empresa capaz de atender à realidade do país e os anseios dos empresários e também potencializar o desenvolvimento da

atividade econômica. Venosa (2020, p. 181) expõe as vantagens da constituição de SLU pelo empresário no Brasil:

“Isso porque, certamente, essa forma societária facilita e protege aquele que deseja explorar a atividade empresarial sem sócios, com capital social baixo e com o risco inerente ao exercício da empresa moderado. Cuida-se, sem dúvida, daquele empresário que prefere estar só a ‘mal acompanhado’.”

Nesse mesmo sentido, a modalidade instituída pela Lei da Liberdade Econômica apresenta-se muito benéfica ao empresário que deseja formar individualmente o seu empreendimento. Para reforçar esse entendimento, observa-se que a Lei 14.195/2021 definitivamente extingue a figura da de Empresa Individual de Responsabilidade Limitada, transformando-a em Sociedades Limitadas Unipessoais. Assim, é efetivada a superioridade da figura em questão por apresentar características benéficas ao empresário, além de desburocratizar o processo de abertura de empresas.

Diante de todo o exposto, nota-se o cenário de evolução empresarial no país em relação à exploração de atividades empresariais e especialmente, a busca pela proteção daquele que deseja constituir empresa de modo solitário. Desse modo, “o Brasil caminha cada dia mais para o fomento da economia e da geração de maior renda e investimentos” (VENOSA, 2020, p. 182).

4 A (In)Controvérsia Extinção da EIRELI Após a Lei 14.195/2021

Insta salientar que a Lei 14.195 de 2021, sancionada em 26 de agosto, trouxe novidades ao ordenamento jurídico pátrio e ao mundo dos negócios, haja vista que seu grande objetivo é modernizar o ambiente de negócios nacional, visando à recuperação econômica do país, em razão dos estragos causados pela pandemia da COVID-19.

Assim, a inovação de maior importância trazida pela lei é a desburocratização, de modo a eliminar exigências e simplificar a abertura de novas empresas, impulsionando o ambiente de negócios. Destarte, busca-se, com a novidade legislativa, evoluir o Brasil em cerca de vinte posições no *Ranking Doing Business*, de acordo com a projeção realizada pela Seae/Sepec/ME.

O *Doing Business* trata-se de uma pesquisa realizada pelo Banco Mundial – uma instituição financeira internacional, na qual é analisado minuciosamente o ambiente negocial nos países que estão em desenvolvimento. Para a determinação do *ranking*, é constatado, comparado e verificado o cumprimento das regulamentações referentes às empresas em cerca de cento e noventa

economias. Portanto, o Brasil, ao criar leis que simplificam a abertura legal de empresas, tende a crescer nas posições desse *ranking*.

O Secretário de Advocacia da Concorrência e Competitividade do Ministério da Economia, Geanluca Lorenzon, argumentou, na notícia intitulada *Sancionada Lei sobre ambiente de negócios*, que:

“Será uma vitória desde o pequeno até o grande empreendedor, do dono de uma pequena mercearia ao investidor no mercado de capitais. É mais um passo rumo a um Brasil mais competitivo, nos colocando pela primeira vez na história no *top 100* dos melhores ambientes de negócios no *ranking Doing Business* do Banco Mundial.” (BRASIL, 2021, documento não paginado)

Visando impulsionar a economia brasileira, a nova lei determinou a extinção do formato jurídico – EIRELI, sendo então substituídos por sociedades limitadas unipessoais, como se nota a seguir:

“Art. 41. As empresas individuais de responsabilidade limitada existentes na data da entrada em vigor desta Lei serão transformadas em sociedades limitadas unipessoais independentemente de qualquer alteração em seu ato constitutivo.” (BRASIL, 2021, documento não paginado)

Destarte, a lei determina que o Departamento Nacional de Registro Empresarial e Integração (DREI) é o responsável por disciplinar a questão atinente à transformação das EIRELIS em sociedades limitadas unipessoais.

Ademais, a extinção da EIRELI surgiu com o Projeto de Lei de Conversão da Medida Provisória nº 1040/2021, que já previa o disposto no artigo 41. Além disso, o PLV definiu também o artigo 57, o qual buscava a revogação dos dispositivos do Código Civil (art. 44, inc. VI, e art. 980-A) que tratavam da figura em iminente extinção.

Assim, a problemática a ser discutida neste capítulo consiste na (in) controvérsia trazida pela lei criada recentemente. Desse modo, cumpre analisar a fundo as particularidades e mudanças atinentes à alteração legislativa.

As aludidas revogações do inciso VI do artigo 44 e do artigo 980-A do Código Civil foram objetos de veto pelo Chefe do Poder Executivo. Isso porque a mesma alínea também revogava outros artigos do Código Civil atinentes a Sociedade Simples, os quais a Presidência da República entendeu que não deveriam ser revogados por motivos de interesse público (veto político).

De mais a mais, ante a impossibilidade de veto parcial de alínea, o dispositivo da PLV foi inteiramente vetado, vez que foi mantido o art. 980-A do Código Civil. Por consequência, a alínea “a” do mesmo dispositivo foi vetada, porque seria incoerente excluir a EIRELI do rol de pessoas jurídicas de direito

privado (art. 44, VI, CC), ao passo que ainda era possível a constituição dessa roupagem empresarial.

Contudo, em que pesem os referidos vetos, o PLV nº 1.040/2021 foi sancionado e convertido na Lei 14.195/2021 (Lei de Melhoria do Ambiente de Negócios), pela qual todas as EIRELIs existentes na data do início de sua vigência foram transformadas em Sociedade Limitada Unipessoal, independentemente de qualquer alteração no ato constitutivo dessas pessoas jurídicas de direito privado. Vê-se, pois, que essa situação jurídica ensejou uma incongruência incabível no ordenamento, pois é totalmente incompatível transformar todas as EIRELIs existentes em SLU (art. 41, Lei 14.195/2021) e, ao mesmo tempo, manter a possibilidade de constituição de novas EIRELIs (art. 44, VI, e art. 980-A, CC).

À luz desses fatos, resultaram duas interpretações doutrinárias. De um lado, André Santa Cruz e Sérgio Campinho defendiam o artigo 41 da Lei 14.195/2021 como dispositivo que revogava o inciso VI do art. 44 e o artigo 980-A do Código Civil por incompatibilidade (§ 1º do artigo 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB). Por sua vez, Marlon Tomazette e Henrique Arake firmaram o entendimento de que é possível constituir novas EIRELIs, as quais não serão transformadas em SLU, em decorrência da inaplicabilidade da lei de melhoria do ambiente dos negócios às EIRELIs constituídas após a sua entrada em vigor.

Nesse contexto, para resolver o problema, o Departamento Nacional de Registro Empresarial e Integração (DREI), fundamentado em parecer da consultoria jurídica do Ministério da Economia, sabidamente “entendeu que houve revogação tácita das regras do Código Civil sobre a EIRELI, em razão da incompatibilidade delas com regra posterior” (RAMOS, 2021, p. 7). Isso porque a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior (art. 2º, § 1º, da LINDB).

Exemplifica-se o citado entendimento pela seguinte transcrição:

“Essa nova conformação jurídica é incompatível com a constituição de novas EIRELI, quer porque as EIRELI e as sociedades limitadas unipessoais têm a mesma função no direito empresarial (sendo que estas últimas oferecem vantagens comparativas sobre as primeiras), quer porque não há sentido lógico extinguir as EIRELI existentes na data da entrada em vigor da Lei nº 14.195/2021, mas, a um só tempo, admitir que novas EIRELI sejam constituídas a partir da sua entrada em vigor. Numa palavra, a coerência do sistema jurídico somente é atingida se concluirmos que o instituto da EIRELI foi extinto.” (DREI, 2021, p. 3)

Nessa linha de raciocínio, é incontroverso que a EIRELI deixou de ter sua razão de existir desde a inclusão do § 1º do art. 1.052 no Código Civil pela Lei nº 13.874/2019 (Lei de Liberdade Econômica) e, mais fortemente, com o art. 41 da Lei 14.195/2021, vez que esses dispositivos acarretaram a formação de sociedades limitadas unipessoais e a conversão automática das EIRELI existentes em sociedades limitadas unipessoais. Portanto, é indiscutível que a conclusão mais plausível e coerente a ser adotada era a de colocar fim à figura da EIRELI.

Desse modo, restou ao DREI (2021, p. 4) concluir que:

“O § 1º do art. 1.052 no Código Civil (incluído pela Lei nº 13.874/2019) c/c o art. 41 da Lei nº 14.195/2021 (‘leis novas’) operaram a revogação tácita do inciso VI do art. 44 e do art. 980-A do Código Civil, com a retirada da eficácia destes últimos dispositivos do Código Civil (‘lei anterior’), na forma de revogação parcial ou derrogação, que ocorre quando uma lei nova torna sem efeito parte de uma lei anterior.”

Paulo Nader (2021, p. 135), em sua obra intitulada *Introdução ao estudo do direito*, ensina que “a ordem jurídica deve ser uma única voz de comando, não pode abrigar contradições, ou dupla orientação”. Assim sendo, acredita-se que a decisão emitida pelo DREI foi acertada, especialmente por visar manter o mínimo de coerência no sistema e a segurança jurídica dos atos empresariais, de modo a evitar interpretações duplas e corroborar a fomentação de um ambiente mais favorável para a realização de negócios.

Cumprido elucidar, ainda, que essa mudança se trata apenas de uma atualização no formato jurídico da empresa. Fato é que isso gera um impacto positivo para os empreendedores e uma facilidade maior na abertura de empresas, haja vista que, além de todos os benefícios da SLU, os quais já foram analisados no presente trabalho, fica mais claro para a classe empresária qual tipo societário constituir, uma vez que, em decorrência da semelhança entre a EIRELI e a SLU, pairavam grandes dúvidas de qual roupagem empresarial escolher.

Nessa celeuma de ponderações, atualmente, grosso modo, todas as EIRELIs existentes foram automaticamente transformadas em SLU e não há mais a possibilidade de se registrar novas EIRELIs nas Juntas Comerciais. Em razão disso, aquele que deseje exercer individualmente uma atividade empresarial terá a possibilidade de optar pela figura do Empresário Individual ou da Sociedade Limitada Unipessoal.

Considerações Finais

Nota-se, com esta análise científica, que a inserção no ordenamento jurídico brasileiro de uma figura que permitiu o exercício individual da ati-

vidade empresarial de maneira limitada representou um grande avanço no âmbito empresarial, pois estimulou o crescimento do empreendedorismo e o desenvolvimento da economia do país.

Em um primeiro momento, o legislador brasileiro criou a figura do Empresário Individual, com o escopo de possibilitar a constituição solitária do exercício da atividade empresarial. Entretanto, essa modalidade carece de benefícios aos sujeitos que desejam formar individualmente uma atividade empresarial, porque, nessa figura, não há limitação dos riscos econômicos abarcados pelo exercício da empresa. Assim, tornou-se, pouco utilizada no âmbito empresarial interno.

Por essa razão, no ano de 2011, em vista do clamor dos pequenos e médios empresários para a criação de uma modalidade de limitação de responsabilidade, foi instaurada a figura do Empresário Individual de Responsabilidade Limitada, a qual, apesar de representar um grande avanço na legislação brasileira, impôs barreiras legais desvantajosas para a população ao exigir o capital social integralizado e restringir a constituição de apenas uma EIRELI por pessoa natural, vez que resultou em um desestímulo aos empreendedores.

Assim, com o objetivo de alcançar a liberdade no exercício de atividades econômicas, a fim de garantir o livre mercado, um menor controle das atividades empresariais, a desburocratização de alguns processos e o desenvolvimento da economia, o legislador, em 2019, por meio da Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, normatizou a Sociedade Limitada Unipessoal. Dessa forma, instituiu a possibilidade de se constituir uma sociedade formada por uma única pessoa apenas e sem a necessidade de investir um capital alto logo de início. Assim, superou as limitações impostas para a criação da EIRELI, vez que essa figura ficou obsoleta com a sanção presidencial da Lei 14.195/2021, de modo que as EIRELIs existentes foram transformadas em sociedades limitadas unipessoais e as novas não podem mais ser constituídas.

Portanto, finaliza-se o entendimento sublinhando que o novo modelo de exercício individual e limitado da empresa representa um imprescindível avanço em relação aos modelos de exercício individual de empresa, vez que possui inúmeros benefícios. Assim, na atual conjuntura que se encontra o ordenamento empresarial brasileiro, a Sociedade Limitada Unipessoal é certamente a escolha mais vantajosa quando comparada à figura do Empresário Individual, pois, ao mitigar as falhas legislativas das figuras anteriores, apresenta diversos pontos positivos e compreende a necessidade crescente de instituir uma nova figura de exercício individual de empresa capaz de atender à realidade do país, os anseios dos pequenos e médios empresários e fomentar o desenvolvimento da atividade econômica no Brasil.

TITLE: The individual exercise of the business activity after the (in)change controversy suggested by Law 14.195/2021.

ABSTRACT: This scientific research will analyze the legal figures destined to the individual exercise of the company in the Brazilian legal system after the (in)controversial change brought about by Law 14.195/2021. Therefore, the importance of advancing the individual exercise of the company and limiting responsibility to encourage entrepreneurship and economic development will be highlighted. Thus, the advantages and disadvantages in relation to company formation figures by a single person will be scored. Ultimately, it will bring to light the controversies about the extinction of the figure of EIRELI and it will be concluded which business modality best meets the wishes of entrepreneurs and society. In conclusion, in the development of this work, the deductive methodology, bibliographical and jurisprudential research will be used.

KEYWORDS: Individual Entrepreneur. Individual Limited Liability Entrepreneur. Sole Personal Limited Company. Limited Liability. Individual Exercise of the Company.

Referências

ACCIOLY, João Carlos de Andrade Uzêda. Singularidade societária na Lei de Liberdade Econômica: algumas considerações sobre a limitada e a EIRELI sob as modificações da Lei nº 13.874/2019. In: SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (org.). *Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no direito brasileiro*. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 529-550.

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Senado Federal, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 10 jul. 2021.

BRASIL. *Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019*. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis nºs 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 12.682, de 9 de julho de 2012, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 10.522, de 19 de julho de 2002, 8.934, de 18 de novembro 1994, o Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946 e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; revoga a Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962, a Lei nº 11.887, de 24 de dezembro de 2008, e dispositivos do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966; e dá outras providências. Brasília, DF: Senado Federal, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm. Acesso em: 10 jul. 2021.

BRASIL. *Lei nº 14.195, de 26 de agosto de 2021*. Dispõe sobre a facilitação para abertura de empresas, sobre a proteção de acionistas minoritários, sobre a facilitação do comércio exterior, sobre o Sistema Integrado de Recuperação de Ativos (Sira), sobre as cobranças realizadas pelos conselhos profissionais, sobre a profissão de tradutor e intérprete público, sobre a obtenção de eletricidade, sobre a desburocratização societária e de atos processuais e a prescrição intercorrente na Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil) (...). Brasília, DF: Senado Federal, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14195.htm. Acesso em: 13 dez. 2021.

BRASIL. Ministério da Economia. *Sancionada lei sobre ambiente de negócios*. Brasília, 30 ago. 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/noticias/2021/agosto/sancionada-lei-sobre-ambiente-de-negocios>. Acesso em: 13 de dez. 2021.

BRASIL. Ministério da Economia. *Parecer nº 00733/2021/PGFN/AGU*. I. Parecer jurídico. Direito empresarial. Análise de minuta de Ofício Circular que o Departamento Nacional de Registro Empresarial e Integração – DREI pretende encaminhar às juntas comerciais para orientá-las sobre a interpretação a ser dada ao art. 41 da Lei nº 14.195/2021 e a revogação tácita do inciso VI do art. 44 e do art. 980-A da Lei nº 10.406/2002 (Código Civil), os quais se referem à constituição de empresa individual de responsabilidade limitada – EIRELI. II. O § 1º do art. 1.052 no Código Civil (incluído pela Lei nº 13.874/2019) c/c o art. 41 da Lei nº 14.195/2021 operaram a revogação tácita do inciso VI do art. 44 e do art. 980-A do Código Civil. III. Parecer favorável ao teor e ao encaminhamento do Ofício Circular. Brasília: Departamento Nacional de

Registro Empresarial e Integração, 2021. Disponível em: https://sci.economia.gov.br/sci/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?fqSARUWn7hYfByf1fWE0h062ExzcPxpUOH5cxXunUirYQ_TveU85XiEnNfr-sT6GyDsZj52hqw80q03kE2PTIEAss7wca4KAxW2y7b7N2w7XUalEcK_D5A-0qYWkimHI. Acesso em: 13 dez. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.637/DF*. Relator: Min. Gilmar Mendes, 7 de dezembro de 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754952950>. Acesso em: 13 dez. 2021.

CARDOSO, Paulo Leonardo Vilela. *O empresário de responsabilidade limitada*. São Paulo: Saraiva, 2012.

CHANG, Ha-Joon. *Chutando a escada: a estratégia do desenvolvimento em perspectiva histórica*. São Paulo: UNESP, 2004.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DOMINGUES, Paulo de Tarso. *Variações sobre o capital social*. Coimbra: Almedina, 2009.

FAVARO, Luciano Monti. Modelos de limitação da responsabilidade para o exercício individual de empresa. *Revista Brasileira de Direito Empresarial*, v. 6, n. 1, p. 65-86, jan./jun. 2020. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/direitoempresarial/article/view/6587>. Acesso em: 10 jul. 2021.

MAMEDE, Gladston. *Empresa e atuação empresarial: direito empresarial brasileiro*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MARCONDES, Sylvio. *Limitação de responsabilidade do comerciante individual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1956.

MONTES, Marcos. *Projeto de Lei 4.605 de 2009*. Acrescenta um novo artigo 985-A à Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, para instituir a empresa individual de responsabilidade limitada e dá outras providências. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2009. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=631421&filename=PL+4605/2009. Acesso em: 14 jul. 2021.

NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 43. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

NEGRÃO, Ricardo José. *Curso de direito: comercial e de empresa: teoria geral da empresa e direito societário*. São Paulo: Saraiva, 2019. v. 1. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553616138/>. Acesso em: 11 jul. 2021.

NEVES, Luiz Gustavo Gomides. *Sociedade Limitada Unipessoal no Brasil: conjuntura empresarial*. Orientador: Eumar Evangelista de Meneses Júnior. 2020. 47 f. Monografia (Graduação em Direito) – Unicvangélica, Anápolis, 2020. Disponível em: <http://repositorio.ace.edu.br/handle/ace/16830>. Acesso em: 11 de jul. 2021.

PORTUGAL. *Decreto-Lei 248, de 25 de agosto de 1986*. Disponível em: <https://dre.pt/home/-/dre/219121/details/maximized>. Acesso em: 12 de jul. de 2021.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Direito empresarial*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Manual de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento nº 2111858-70.2021.8.26.0000*. Relator: Adilson de Araujo, 2021.

TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário*. São Paulo: Saraiva, 2019. v. 1.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito empresarial*. São Paulo: Atlas, 2020.

WALD, Arnoldo; MORAES; Luiza Rangel de; WALD, Alexandre de Mendonça. *Direito civil: direito de empresa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

Recebido em: 05.01.2022

Aprovado em: 12.01.2022

As Mudanças Trazidas pela Lei do Superendividamento

JÚLIO MORAES OLIVEIRA

Mestre em Instituições Sociais, Direito e Democracia pela Universidade FUMEC; Especialista em Advocacia Civil pela Escola de Pós-Graduação em Economia e Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas da Fundação Getúlio Vargas EPGE/FGV e EBAPE/FGV; Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos – FDMC; Membro da Comissão de Defesa do Consumidor – Seção Minas Gerais – OAB/MG, desde 2013; Membro do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor (BRASILCON); Membro Suplente do Conselho Municipal de Proteção e Defesa do Consumidor – Comdecon/BH; Membro do Instituto Defesa Coletiva; Membro do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil – IBERC; Professor da FAPAM, da Faculdade Asa de Brumadinho, do Curso preparatório para a OAB Premium Educacional e de Cursos online no CEI Acadêmico; Foi Professor do Centro Universitário Newton Paiva; Professor-Orientador e Advogado do Centro Universitário Newton Paiva no CEJU; Colunista do Magis Portal Jurídico; Parecerista da Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, da Revista Quaestio Iuris da Universidade do Estado Rio de Janeiro, da Revista de Direito da Cidade; Advogado, com experiência em contencioso e consultivo, em direito civil, consumidor, empresarial e trabalhista.

RESUMO: O presente artigo tem por escopo analisar as mudanças introduzidas no Código de Defesa do Consumidor pela Lei n. 14.181/21, Lei do Superendividamento. Para tanto, faz-se uma análise de seus elementos ou requisitos, seus princípios e novas cláusulas e práticas abusivas inseridas pela nova legislação, bem como pelos novos instrumentos à disposição dos consumidores para prevenir e tratar um dos aspectos mais importantes das sociedades atuais.

PALAVRAS-CHAVE: Superendividamento. Crédito. Prevenção.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Princípio do Fomento à Educação Financeira e Ambiental ou do Crédito Responsável. 2 Novos Instrumentos da Política Nacional de Relações de Consumo. 3 Cláusulas Abusivas. 4 A Definição de Superendividamento e seus Elementos. 5.O Direito à Informação. 6 Aspectos da Oferta e Publicidade de Crédito. 7 Contratos de Crédito. 8 Das Práticas Abusivas na Concessão do Crédito. 9 Da Conciliação no Superendividamento. 10 Da Repactuação de Dívidas. Conclusão. Referências.

Introdução

Depois de muitos anos de discussão foi aprovada, em 1º de julho de 2021, uma das atualizações do Código de Defesa do Consumidor, a Lei n. 14.181, para aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento. Essa lei denominada por muitos como Lei Claudia Lima Marques, em virtude da atuação da brilhante professora nas discussões e aperfeiçoamento do projeto, veio para estabelecer um novo paradigma no direito do consumidor brasileiro e promover o acesso ao crédito responsável e à educação financeira, evitando-se a sua exclusão social com o comprometimento do mínimo existencial. “O prefixo super denota algo superior, acima do comum ou próprio da normalidade das relações jurídicas e econômicas.”¹

Claudia Lima Marques define superendividamento como a impossibilidade global de o devedor pessoa-física, consumidor, leigo e de boa-fé, pagar todas as suas dívidas atuais e futuras de consumo (excluídas as dívidas com o Fisco, oriundas de delitos e de alimentos).² O superendividamento é um fenômeno das sociedades de consumo, nas quais o crédito passou a ser extremamente facilitado e acessível a quase todos, na maioria das vezes até incentivado para se obter os bens de consumo disponíveis no mercado.

Já se afirmou anteriormente que o sociólogo Zygmunt Bauman esclarece que, com a criação dos cartões de crédito, houve uma inversão da ordem dos fatores, ou seja, antes, se o sujeito desejasse uma coisa, era preciso trabalhar e esperar para realizar seu sonho. Hoje, com os cartões de crédito, a ordem é inversa, pois o sujeito pode desfrutar imediatamente seu sonho e pagar depois.³ Segundo o referido autor, a oferta de crédito é tão grande no mercado de consumo que a ausência de débitos não é o estado ideal:

“As pessoas que se recusam a gastar um dinheiro que ainda não ganharam, abstendo-se de pedi-lo emprestado, não têm utilidade alguma para os emprestadores, assim como as pessoas que (levadas pela prudência ou por honra hoje fora da moda) se esforçam para pagar seus débitos nos prazos estabelecidos. Para eles, o devedor ideal é aquele que jamais paga integralmente suas dívidas.”⁴

1 MIRAGEM, Bruno. A lei do crédito responsável altera o Código de Defesa do Consumidor: novas disposições para a prevenção e o tratamento do superendividamento. *Migalhas*, 7 jul. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/348157/a-lei-do-credito-responsavel-altera-o-codigo-de-defesa-do-consumidor>. Acesso em: 6 dez. 2021.

2 BENJAMIN, Antonio Herman *et al.* *Comentários à Lei n. 14.181/2021: a atualização do CDC em matéria de superendividamento*. São Paulo: Thomson Reuters, 2021. p. 27.

3 BAUMAN, Zygmunt. *Capitalismo parasitário*. Tradução Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010. p. 12.

4 *Idem*, p. 15.

O ato de consumo está ligado à realização pessoal, sucesso profissional, ascensão social, dentre outras coisas.⁵ O consumo passou a ser um dos aspectos de autoafirmação social. As pessoas adquirem produtos incompatíveis com seu padrão social, carros, celulares, bolsas, roupas, aparelhos de alta tecnologia, tudo para parecer o que não são. O *ter* passou a ser mais importante do que o *ser*.

A Doutora psiquiatra Ana Beatriz Barbosa Silva afirma que, ao resolver tratar e estudar compradores compulsivos denominados de oniomaníacos ou *compulsive buying* (em inglês), surpreendeu-se ao descobrir que eles apresentavam características semelhantes aos viciados e dependentes químicos. Segundo a médica referida, a oniomania foi descrita pela primeira vez em 1915, por Emil Kraepelin, um psiquiatra alemão, e, posteriormente, pelo psiquiatra suíço Eugen Bleuler, em 1924.⁶

O superendividamento é um fenômeno atrelado à economia de mercado. “Consumo e crédito são duas faces de uma mesma moeda, vinculados que estão no sistema econômico e jurídico de países desenvolvidos e de países emergentes, como o Brasil.”⁷ O superendividamento afeta aspectos importantes da dignidade humana, pois atinge não só diretamente o consumidor, mas também sua família e a sociedade, ou seja, é um problema macroeconômico também.

Segundo dados da Pesquisa de Endividamento e Inadimplência do Consumidor (Peic), realizada pela Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo (CNC), o mês de junho de 2021 teve o maior percentual de famílias endividadas no Brasil desde 2010. O 1º semestre do ano acabou com 69,7% das famílias brasileiras endividadas, uma alta de 1,7% em relação a maio e de 2,5% em comparação a junho de 2020. Pela segunda vez seguida, houve também alta na inadimplência.⁸

José Reinaldo de Limas Lopes, em 1996, já alertava para o problema social que envolve o fenômeno do superendividamento,⁹ assim também Márcio Mello Casado.¹⁰

5 SOUZA, Adriano Stanley Rocha de; THEBALDI, Isabela Maria Marques. Consumo consciente: a responsabilidade do consumidor da aquisição ao descarte. In: SOUZA, Adriano Stanley Rocha de; ARAÚJO, Marinella Machado (coord.). *Temas de direito civil*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2013. p. 9-21. p. 9.

6 SILVA, Ana Beatriz Barbosa. *Mentes consumistas: do consumo à compulsão por compras*. São Paulo: Globo, 2014. p. 10.

7 BENJAMIN *et al.*, *op. cit.*, p. 28.

8 G1. *Percentual de famílias com dívidas chega a 70% e Brasil atinge o maior nível em 11 anos, aponta CNC*. 1º jul. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2021/07/01/percentual-de-familias-com-dividas-chega-a-70percent-e-brasil-atinge-o-maior-nivel-em-11-anos-aponta-cnc.ghtml>. Acesso em: 1º dez. 2021.

9 LOPES, José Reinaldo de Lima. Crédito ao consumidor e superendividamento: uma problemática geral. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 17, p. 57-64, jan./mar. 1996. p. 58.

10 CASADO, Márcio Mello. Os princípios fundamentais como ponto de partida para uma primeira análise do sobreendividamento no Brasil. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 33, p. 130-142, jan./mar. 2000. p. 130.

Nitidamente baseada no modelo francês, a experiência brasileira sobre o superendividamento teve seu laboratório no projeto piloto de renegociação em bloco coordenado pelas magistradas Clarissa Costa de Lima e Karen Bertoncello,¹¹ em duas comarcas do Rio Grande do Sul (Charqueadas e Sapucaia do Sul) originadas das pesquisas coordenadas pela Professora Claudia Lima Marques na Universidade Federal do Rio Grande do Sul e ganhadora do prêmio INNOVARE da Magistratura, em 2009.

1 Princípio do Fomento à Educação Financeira e Ambiental ou do Crédito Responsável

A Lei n. 14.181/2021 alterou a Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), e a Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), para aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento. A referida lei incluiu como direito básico do consumidor o inciso XI, dispondo que é direito básico “a garantia de práticas de crédito responsável, de educação financeira e de prevenção e tratamento de situações de superendividamento, preservado o mínimo existencial, nos termos da regulamentação, por meio da revisão e da repactuação da dívida, entre outras medidas”. Também no art. 4º, IX, dispôs que é princípio do Código de Defesa do Consumidor o fomento de ações direcionadas à educação financeira e ambiental dos consumidores.

Tal acréscimo trouxe um novo princípio para o direito do consumidor, qual seja, o princípio do fomento à educação financeira ou do crédito responsável:

“A noção de educação dos consumidores e fornecedores já era mencionada no inciso IV do art. 4º do CDC, mas no que se refere a direitos e deveres no mercado de consumo, agora, a regra é diretamente voltada para a educação financeira e específica para os consumidores.”¹²

A educação financeira do consumidor é objetivo a ser alcançado em comum pelo Estado, pela sociedade e pelos próprios fornecedores e agora está disciplinada explicitamente do Código de Defesa do Consumidor com um princípio importante na prevenção e tratamento do superendividamento. “A maioria dos consumidores compreensivelmente subestima o risco de

11 Ver LIMA, Clarissa Costa; BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. *Superendividamento aplicado: aspectos doutrinários e experiência no Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

12 BENJAMIN, *et al.*, *op. cit.*, p. 183.

seu próprio excesso na aquisição de crédito sob forma de empréstimos, por exemplo.”¹³

O crédito é um elemento extremamente importante da sociedade de consumo no mundo todo, mas principalmente nos países com maior desigualdade social, como é o caso do Brasil. Fomentar a educação financeira e estimular o crédito responsável passa a ser um dever do Estado brasileiro. São políticas necessárias a prevenção e o tratamento do superendividamento dos consumidores, com vistas a garantir direitos constitucionais mínimos de acesso a bens e serviços disponíveis no mercado de consumo.

O inciso IX do art. 4º também destaca a necessidade de educação ambiental dos consumidores. Esse ponto também é de extrema importância já que o consumo consciente está diretamente relacionado à proteção e à preservação do meio ambiente. A preocupação com o meio ambiente tem sido um aspecto extremamente valorizado pelos consumidores e pelas empresas.

A Constituição da República institui como direito fundamental de todos o meio ambiente ecologicamente equilibrado, considerando-o como bem de uso comum do povo e essencial à qualidade de vida. O art. 37, § 2º, do CDC considera como abusiva a publicidade que despreze os valores ambientais, assim como o art. 36 do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária (CBARP), que dispõe que é prática antiambiental a poluição do ar, das águas, das matas e dos demais recursos naturais, bem como a poluição do ambiente urbano, etc.:

“O desprezo aos valores ambientais ao qual se refere o art. 37, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor pode ser encontrado ainda na prática do *greenwashing*, que consiste em uma estratégia publicitária mediante a qual os fornecedores veiculam mensagens publicitárias no sentido de transparecer um engajamento ou compromisso ambiental que na realidade não existe.”¹⁴

Com essa técnica denominada de *greenwashing*, o fornecedor cria uma imagem de empresa “verde” para os consumidores que procuram esse tipo de estabelecimento e desviam o consumo daquelas empresas que realmente adotam esse comportamento.

Com relação à preservação do mínimo existencial, será melhor tratado no capítulo sobre o superendividamento, já que o tema requer uma análise mais aprofundada devido a sua complexidade.

13 OLIVEIRA, Amanda Flávio de; CARVALHO, Diógenes Faria de, Vulnerabilidade comportamental do consumidor: por que é preciso proteger a pessoa superendividada. In: MIRAGEM, Bruno; MARQUES, Claudia Lima; OLIVEIRA, Amanda Flávio de (org.). *25 anos do Código de Defesa do Consumidor: trajetórias e perspectivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 527-548. p. 534.

14 ALVES, Fabrício Germano. *Direito publicitário: proteção do consumidor*. São Paulo: Thomson Reuters, 2021. p. 199.

2 Novos Instrumentos da Política Nacional de Relações de Consumo

A Lei n. 14.181/21 acrescentou mais dois incisos ao art. 5º do CDC. O primeiro dispõe sobre a “instituição de mecanismos de prevenção e tratamento extrajudicial e judicial do superendividamento e de proteção do consumidor pessoa natura” e, o segundo, sobre a “instituição de núcleos de conciliação e mediação de conflitos oriundos de superendividamento”. Respectivamente, os incisos VI e VII do art. 5º do Código de Defesa do Consumidor criam novos instrumentos para a execução da Política Nacional das Relações de Consumo.

É importante ressaltar que esses dois novos instrumentos são essenciais para o tratamento do superendividado no mercado brasileiro, já que os órgãos de defesa do consumidor e os tribunais dos Estados terão que se adaptar a essa nova realidade. Talvez, de todos os aspectos da legislação do superendividamento, esse seja o ponto mais complicado de ser implementar, uma vez que depende de outros fatores, como orçamento dos referidos órgãos. Se até hoje ainda se tem uma defensoria deficitária na maioria dos Estados e um déficit enorme também com relação aos órgãos de defesa do consumidor, com o Judiciário não é diferente. Apesar da sua capilaridade, está muito longe do ideal. Talvez a implementação desses núcleos de conciliação e mediação leve algum tempo para acontecer.

3 Cláusulas Abusivas

A Lei n. 14.181/21 incluiu o inciso XVII no art. 51 do Código de Defesa do Consumidor e considerou como prática abusiva condicionar ou limitar de qualquer forma o acesso aos órgãos do Poder Judiciário. Esse inciso veio em um momento muito importante dessa discussão, principalmente depois do advento da plataforma consumidor.gov.br, do Ministério da Justiça.

A referida plataforma é um importante instrumento de auxílio na solução dos problemas dos consumidores, mas alguns tribunais e juízes têm condicionado o acesso dos consumidores ao Judiciário, mediante prévia comprovação de tentativa de resolução na plataforma consumidor.gov.br, o que é flagrantemente inconstitucional e agora também é uma prática abusiva:

“O direito de acesso à Justiça, constitucionalmente assegurado (CRFB, art. 5º, XXXV) é multifacetado e policêntrico. Ele não se resume ao direito de ação, mas pressupõe que o Poder Judiciário seja acessível a quem lhe pede socorro. Há verdade na conhecida máxima de que a justiça atrasada é justiça negada, ou uma injustiça disfarçada. Por isso é que o elevado grau

de congestionamento do Poder Judiciário a ninguém interessa (ao menos, não deveria interessar).¹⁵

Os requisitos para a propositura de uma ação judicial são elencados no Código de Processo Civil. E inexistente na lei qualquer previsão estabelecendo como condição para a demanda judicial de lides de consumo a adoção de procedimentos administrativos prévios. Pelo contrário, o art. 6º, VII, do Código de Defesa do Consumidor, inclusive estabelece como direito básico dos consumidores ‘o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados’.¹⁶

É importante destacar que o Brasil, além de possuir uma grande parcela da população como analfabeta e analfabeta funcional, também possui uma grande parcela população sem acesso à internet. Os hipervulneráveis ou de vulnerabilidade agravada, como idosos e analfabetos, encontram muita dificuldade para realizar esses serviços digitais. Pode-se dizer que no país existe uma enorme exclusão digital. Essas pessoas não podem ser obrigadas a realizar procedimentos administrativos como condicionantes da ação, dificultando ainda mais seu acesso ao poder judiciário. Além disso, nem todos os fornecedores estão cadastrados na plataforma. Em um universo de milhares de empresas, a plataforma encontra-se, hoje, com aproximadamente mil fornecedores cadastrados:

“(…) trata-se de clara reação do legislador a uma das tendências equivocadas de desjudicialização de conflitos, em voga entre nós, que vem condicionando, sem previsão legal, a proposição de ações pelos consumidores, ao

15 A Comissão Especial de Defesa do Consumidor tem recebido denúncias de que diversos Juízos de todas as regiões do País passaram a condicionar o conhecimento das ações promovidas por consumidores à comprovação de tentativa extrajudicial de resolução do conflito. Trata-se de prática de alguns integrantes do Poder Judiciário que, paradoxalmente, constitui um grave obstáculo ao exercício do direito fundamental de acesso à Justiça, assegurado no art. 5º, XXXV, da Constituição. Essa constatação ensejou a edição, no último ano, de uma moção da CEDC em reação às decisões que condicionam o processamento das ações dos consumidores à reclamação administrativa prévia no consumidor.gov, nos SACs dos fornecedores ou nos meios de mediação e conciliação dos próprios fornecedores, sem as quais os consumidores brasileiros supostamente não teriam direito de ação, ou seja, direito de acesso ao Judiciário. A forte moção, aprovada por unanimidade pela Comissão do Conselho Federal da OAB é a seguinte: “a exigência de reclamação administrativa prévia ou uso dos SACs como requisito para o recebimento de ação judicial é incompatível com o sistema de proteção e defesa do consumidor e com o direito de acesso à Justiça do consumidor lesado, constitucionalmente assegurado. Segundo o CDC, a reclamação extrajudicial e a tentativa de conciliação com o fornecedor de produtos e serviços não é condição da ação ou requisito para o processamento da petição inicial, mas obsta ou é causa de suspensão do prazo decadencial (art. 26, parágrafo 2º, I, CDC), caracterizando direito potestativo do consumidor, não podendo a livre opção do consumidor de não utilizar o ‘consumidor.gov’ ou outros meios alternativos de solução com os fornecedores, influenciar o direito de ressarcimento de danos morais e materiais do consumidor e o seu acesso direto ao Judiciário”. ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *Nota Técnica n. 1/2019/CEDC/CFOAB*. Brasília: OAB, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/oab-emite-nota-plataforma-direitos.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2021.

16 OAB, *op. cit.*

prévio registro da pretensão perante serviços governamentais ou não, de reclamações, e a respectiva negativa do fornecedor. Resulta da confusão entre iniciativas louváveis e de grande importância, como os próprios esforços de desjudicialização e bons serviços de mediação e solução de conflitos (como p. ex. o portal ‘Consumidor.gov’, da Secretaria Nacional do Consumidor), e a imposição de um obstáculo ao exercício do direito fundamental de acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da Constituição).¹⁷

Essa prática abusiva também não pode ser inserida como cláusula de um contrato de adesão.

A Lei n. 14.181/21 incluiu o inciso XVIII no art. 51 do Código de Defesa do Consumidor e considerou como prática abusiva estabelecer prazos de carência em caso de impontualidade das prestações mensais ou impedir o restabelecimento integral dos direitos do consumidor e de seus meios de pagamento a partir da purgação da mora ou do acordo com os credores. Esse inciso visa impedir que o consumidor, ao purgar a mora ou recorrer à conciliação no caso de superendividamento, sofra prejuízo em relação aos serviços que tenha contratado, os quais deverão ser reestabelecidos imediatamente, em sua integralidade. Esse é um importante aspecto da nova legislação, pois de nada adiantaria o consumidor ter que esperar a quitação integral do pagamento, sendo privado dos serviços que contratou.

4 A Definição de Superendividamento e seus Elementos

O § 1º do art. 54-A do Código de Defesa do Consumidor dispõe que “entende-se por superendividamento a impossibilidade manifesta de o consumidor pessoa natural, de boa-fé, pagar a totalidade de suas dívidas de consumo, exigíveis e vincendas, sem comprometer seu mínimo existencial, nos termos da regulamentação”. A Lei n. 14.181/21 definiu o conceito de superendividamento, assim como o *Code de La Consommation* da França, em seu art. L 711-1, modificado pela *Ordonnance* 2016-301. O Código Francês não menciona o mínimo existencial e inclui outros elementos.¹⁸

17 MIRAGEM, *op. cit.*

18 “Le bénéficié des mesures de traitement de situations de surendettement est ouvert aux personnes physiques de bonne foi. La situation de surendettement est caractérisée par l'impossibilité manifeste de faire face à l'ensemble de ses dettes non professionnelles exigibles et à échoir. Le seul fait d'être propriétaire de sa résidence principale dont la valeur estimée à la date du dépôt du dossier de surendettement est égale ou supérieure au montant de l'ensemble des dettes non-professionnelles exigibles et à échoir ne fait pas obstacle à la caractérisation de la situation de surendettement. L'impossibilité de faire face à un engagement de cautionner ou d'acquitter solidairement la dette d'un entrepreneur individuel ou d'une société caractérisée également une situation de surendettement.” “O benefício das medidas para lidar com situações de superendividamento está aberto a indivíduos que ajam de boa fé. A situação de sobreendividamento caracteriza-se pela óbvia impossibilidade de cumprir todas as suas dívidas não profissionais vencidas e vincendas. O simples fato de ser proprietária da sua residência principal, cujo valor estimado à data da autuação do processo de superendividamento seja igual ou superior ao valor de todas as dívidas não profissionais a pagar e a vencer, não

Os elementos da definição de superendividamento são subjetivos, materiais e finalísticos. Os elementos subjetivos ou em razão da pessoa (*ratione personae*). Segundo a definição de superendividado, o conceito só se aplica às pessoas naturais, pois as pessoas jurídicas já se beneficiam do procedimento da Recuperação Judicial da Lei n. 11.101/2005. Esse seria o primeiro elemento subjetivo. “Aqui a Lei 14.181/21 inova profundamente, pois cria um privilégio (a exemplo do art. 51, I, *in fine* do CDC) para as pessoas naturais”.¹⁹ Cria uma espécie de recuperação de empresas para o consumidor pessoa natural. Segundo Claudia Lima Marques, tal fato é reforçado pelo fenômeno da exclusão social, que seria um aspecto atrelado somente às pessoas naturais e também o mínimo existencial.²⁰

“A opção brasileira foi subdividir as regras da falência dos empresários e pessoas jurídicas e de pessoas naturais, consumidoras, estas incluídas nos novos capítulos do CDC, que não prevê nenhum perdão de dívidas.”²¹ Entretanto, sabe-se que há muito tempo os tribunais brasileiros vêm adotando com relação ao conceito de consumidor, a denominada teoria finalista mitigada ou aprofundada.

Segundo essa teoria, aplica-se o Código de Defesa do Consumidor ao empresário ou sociedade empresária, excepcionalmente, no caso concreto em que for demonstrada a vulnerabilidade desse consumidor-empresário. Nos últimos julgados do Superior Tribunal de Justiça, a destinação final do produto tem-se demonstrado irrelevante para a caracterização do consumidor-empresário.

Diante desse novo instituto introduzido no direito do consumidor brasileiro, a pergunta que se faz é: não haveria uma contradição dentro do próprio Código de Defesa do Consumidor que prevê a pessoa jurídica como consumidora? O art. 2º, *caput*, do CDC, dispõe que “consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Ainda, no art. 51, I, está expressamente previsto que “nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis”.

Percebe-se que não foi equívoco do legislador expressamente prever a aplicação do Código de Defesa do Consumidor ao empresário e sociedade

impede a sua caracterização. situação de sobreendividamento. A impossibilidade de se enfrentar um compromisso de garantia ou de quitação solidária de um empresário individual ou de uma empresa também caracteriza uma situação de sobreendividamento.” (Tradução nossa).

19 BENJAMIN *et al.*, *op. cit.*, p. 33.

20 *Idem*, p. 33-34.

21 *Idem*, p. 35.

empresária. Todavia, como já amplamente debatido pela doutrina, a finalidade do Código de Defesa do Consumidor é a proteção da pessoa natural; ela é a destinatária final da lei, e a jurisprudência, com o finalismo mitigado, admitiu a aplicação do CDC ao empresário e à sociedade empresária, de forma excepcional.

Ocorre que a aplicação do finalismo mitigado não foi restrita a um instituto ou um dispositivo do Código, e nem poderia sê-lo, pois a aplicação ocorre em todo o Código de Defesa do Consumidor. Desse modo, ao restringir a aplicação da prevenção e o tratamento do superendividamento somente ao consumidor pessoa natural, fica clara a intenção do legislador em retirar da proteção desse instituto a pessoa jurídica, mas parece que esses dispositivos mostram-se contraditórios ao próprio Código.

Ao estabelecer que consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final, o legislador original não fez qualquer restrição. Nesse sentido, os autores João Paulo A. Vasconcelos, Sandro Marcos Godoy e Lícia Pimentel Marconi já defenderam que as regras do surendividamento aplicam-se ao empresário individual:

“Diante do exposto, entende-se que as normas da lei do Superendividamento alcançam o empresário-individual-consumidor, destinatário dos processos de repactuação de dívidas e por superendividamento para revisão e integração dos contratos e repactuação das dívidas previstos nos artigos 104-A e 104-B do CDC, meios alternativos ao instituto da recuperação da empresa (Lei 11.101/2005) para a superação da crise econômica ou financeira do empreendedor individual, porquanto, em tese, mais acessíveis, eficientes e efetivos, à medida que, de um lado, viabilizam a adimplência e a preservação da empresa e, de outro, garantem o mínimo existencial e a dignidade.”²²

Afirmam os autores que aplicar as regras do superendividamento ao empresário individual atende ao princípio da preservação da empresa, uma vez que esses agentes têm crucial relevância na economia nacional. Além disso, esses atores possuem um regime de responsabilidade patrimonial único, “regra segundo a qual não há distinção entre os bens pessoais ou particulares do empreendedor e os bens empresariais (afetados ao exercício da empresa), que se confundem”.²³

22 VASCONCELOS, João Paulo A.; GODOY, Sandro Marcos; MARCONI, Lícia Pimentel. O empresário individual como destinatário da Lei do Superendividamento? *Migalhas*, 2 ago. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/349433/o-empresario-individual-como-destinatario-da-lei-do-superendividamento>. Acesso em: 5 nov. 2021.

23 VASCONCELOS; GODOY, *op. cit.*

Ocorre que a teoria finalista mitigada também não faz qualquer restrição à aplicação do CDC ao empresário individual. Existem vários julgados aplicando o finalismo mitigado ao empresário e à sociedade empresária. O que define o finalismo mitigado não é o tipo de pessoa jurídica, mas, sim, a sua vulnerabilidade perante o fornecedor, conforme o art. 4, I, da Lei n. 8.078/90. Portanto, excluir as demais espécies de pessoas jurídicas da aplicação das regras do superendividamento não parece adequado. A intenção do legislador era excluir todas as pessoas jurídicas, e não esta ou aquela espécie.

Percebe-se que o tema é bastante polêmico e será objeto de debate no Poder Judiciário. É cediço que os empresários e as sociedades empresárias obtêm empréstimos e créditos no mercado financeiro como forma de fomento à sua atividade, sendo um dos principais aspectos econômicos de qualquer país. Sabe-se que esses personagens são os principais destinatários desses créditos e estão sujeitos a todas as práticas elencadas na Lei n. 14.181/21.

Um dos pontos que se pode questionar acerca da aplicação das regras do superendividamento ao consumidor-empresário seria o mínimo existencial. Esse conceito, que bastante polêmico, se refere ao consumidor pessoa natural, mas não seria possível pensar em um mínimo existencial da pessoa jurídica? Um valor ou um percentual que deveria ser preservado para que essa continue operando?

As pessoas jurídicas possuem um regime próprio, que é a recuperação de empresas prevista na Lei n. 11.101/05, mas a pessoas jurídicas também possuem regulamentação própria no que diz respeito aos seus contratos empresariais e, mesmo assim, na prática, os tribunais reconheceram a possibilidade de aplicação do Código de Defesa do consumidor àquelas que se mostravam vulneráveis. Perceba-se que a chave de aplicação do finalismo mitigado é a vulnerabilidade e elas podem ser vulneráveis em uma contratação de crédito. Ademais, a recuperação de empresas prevista na referida lei é um procedimento bem mais amplo, envolvendo qualquer espécie de dívida, e também muito mais complexo. Esses fatores, por si só, levarão pequenos empresários e sociedades empresárias ao Judiciário na busca de uma repactuação de suas dívidas de crédito. No Brasil, deve-se ficar atento entre o *ser* o *dever ser*.

Sabe-se que o empresário e a sociedade empresária deveriam ser constituídos por pessoas preparadas, com assessoria jurídica e conhecimento de contratos dos mais diversos tipos, mas a realidade é completamente diferente. É o seu José, taxista que vai solicitar um empréstimo bancário para financiar o veículo; é a sociedade empresária da papelaria que assina um contrato com o banco com cláusulas abusivas. Esses abusos das instituições financeiras com

o pequeno e médio empresário continuarão acontecendo e agora pode existir um instrumento adequado para a solução do problema.

O certo é que, mesmo com todas as intenções do legislador em restringir a aplicação do superendividamento às pessoas naturais, a realidade pode ser completamente diferente. À medida que esses novos direitos previstos no CDC forem sendo implementados, os tribunais provavelmente serão chamados a se posicionar a respeito da aplicação das regras do superendividamento às pessoas jurídicas e, assim como acontece com o restante do Código, a aplicação do finalismo mitigado provavelmente será excepcional, desde que a pessoa jurídica demonstre a sua vulnerabilidade no caso concreto, mas essa resposta será dada pela jurisprudência.

O segundo elemento subjetivo é a boa-fé do consumidor. Essa boa-fé é a boa-fé objetiva e presume-se para todos os consumidores, principalmente depois das alterações do art. 113, § 1º, do CC, que a presume para todos os aderentes, inclusive para os empresários. Caberá aos credores do consumidor demonstrar, no caso concreto, a má-fé do consumidor na obtenção dos créditos com uma possível fraude ou dolo. “Trata-se, pois, de elemento geral, presumido e objetivo de boa-fé, que encontra limite na comprovação de má-fé, fraude ou dolo.”²⁴

Os elementos objetivos ou materiais são a impossibilidade manifesta de pagar a totalidade das dívidas. “Por impossibilidade ‘manifesta’ entende-se aquela que é evidente, notória, ou facilmente percebida de que o consumidor não dispõe de recursos suficientes para realizar o pagamento de todas as dívidas de consumo no vencimento.”²⁵ Essa impossibilidade só pode ser aferida no caso concreto, levando-se em consideração aspectos patrimoniais do consumidor, como sua renda, seus gastos, sua situação financeira, ativo e passivo, situações circunstanciais como desemprego, diminuição de renda, doenças, dentre outras.

Também são elementos objetivos as dívidas exigíveis e vincendas de consumo. Dívidas exigíveis são aquelas em que o consumidor já pode ser cobrado imediatamente pelo credor e as vincendas são aquelas que ainda estão por vencer. Já as dívidas de consumo são aquelas que estão relacionadas aos bens de consumo adquiridos pelo consumidor, portanto, estão excluídas as dívidas tributárias fiscais e parafiscais, as de alimentos e as relacionadas a atividades profissionais. Isso implica dizer que assuntos que o STJ já considerou não serem relação de consumo, a princípio, estariam excluídas da aplicação

24 MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2021. p. 1257.

25 *Idem*, p. 1257.

do benefício do superendividamento. Por exemplo, as dívidas oriundas do FIES, do Programa Minha Casa, Minha Vida e crédito rural. É importante ressaltar que, apesar de não poderem ser pactuadas, elas deverão ser levadas em consideração no plano de pagamento, pois essas obrigações afetam a renda global do consumidor.

Elemento teleológico ou finalístico é o denominado mínimo existencial. O mínimo existencial é a garantia de um patrimônio intocável que preserva a dignidade do devedor. O mínimo existencial tem origem constitucional baseada no art. 1º, III, da CF e concretiza o objetivo fundamental da República a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III, da CF).²⁶ A ideia é que as dívidas do consumidor não comprometam de forma extrema a sua sobrevivência. O consumidor deve continuar conseguindo quitar seus débitos mínimos como água, luz, telefone, transporte, educação, dentre outras. O mínimo existencial tem sua origem no direito público e no direito privado; está ligado à ideia de impenhorabilidade do patrimônio mínimo. Já no direito do consumidor, o mínimo existencial está presente nas discussões do corte de luz, por exemplo.

No direito civil, é importante destacar a obra de Luiz Edson Fachin ao afirmar que o patrimônio mínimo vai ao encontro das tendências de despatriomonalização das relações civis e privadas, visto que coloca em primeiro plano a pessoa e suas necessidades fundamentais.²⁷ Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias afirmam que se justifica esse posicionamento, vez que a pessoa humana é o fim almejado, devendo-se sempre assegurar a dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, é necessário ultrapassar as fronteiras dos direitos da personalidade para buscar, também nos direitos patrimoniais, a afirmação da proteção da pessoa humana.²⁸

Nesse sentido, é o Enunciado 4 da Primeira Jornada de Pesquisa CDEA Sobre Superendividamento e Proteção do Consumidor UFRGS-UFRJ: “A menção ao mínimo existencial, constante da Lei 14.181/2021, deve abranger

26 **Enunciado 7** da Primeira Jornada de Pesquisa CDEA Sobre Superendividamento e Proteção do Consumidor UFRGS-UFRJ: “A noção do mínimo existencial tem origem constitucional no princípio da dignidade da pessoa humana e é autoaplicável na concessão de crédito e na repactuação das dívidas, visando a prevenção e o tratamento do superendividamento do consumidor pessoa natural, por força da Lei 14.181,2021, cabendo a regulamentação prevista na Lei, sob o limite da proibição de retrocesso, esclarecer o mínimo existencial de consumo deve ter relação com ‘o menor valor mensal não tributável a título de imposto de renda’ ou ser feito por faixas de renda, como na França, com um valor fixo ‘vital’ de um salário mínimo ou de 2/3 do salário mínimo, em todos os casos.” (ENUNCIADO 7. In: JORNADA DE PESQUISA CDEA SOBRE SUPERENDIVIDAMENTO E PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR UFRGS-UFRJ, 1., 2021. [Enunciados] (...). Porto Alegre; Rio de Janeiro: UFRGS; UFRJ, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-ago-26/jornada-aprova-enunciados-lei-superendividamento>. Acesso em: 10 nov. 2021).

27 FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 11-12.

28 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: parte geral e LINDB*. 14. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 505.

a teoria do patrimônio mínimo, com todas as suas aplicações doutrinárias e jurisprudenciais”.²⁹

O mínimo existencial é conceito fluido e aberto de difícil definição, pois, em cada caso, pode-se apresentar sob um aspecto diferente, em quantidades diferentes a depender das necessidades e possibilidades de cada pessoa. Muito se discute sobre um percentual para se garantir um mínimo existencial, como 30% da renda, por exemplo. Karen Rick Danilevicz Bertoncello, em sua obra, opta por não atribuir um valor específico para o mínimo existencial. A autora afirma que o mínimo existencial deve ser construído caso a caso:

“O mínimo existencial substancial (ou mínimo existencial propriamente dito) pode ser identificado ao momento, quanto à forma e quanto ao conteúdo, a saber: a) quanto ao momento, é identificado na fase conciliatória, quando alcançado o entendimento entre devedor e credor(es), com a formatação de acordo com homologado pelo juiz; ou, na fase judicial, através da prolação da sentença; b) quanto à forma (moldura), o mínimo existencial substancial deve ser assegurado *ex officio*, é irrenunciável, não podendo ser ficado aprioristicamente; c) quanto ao conteúdo (pintura), deve ser apurado quando da apreciação do caso concreto com a preservação de parte do orçamento pessoal do devedor para garantir que viva em condições dignas e viabilizando o pagamento das despesas básicas.”³⁰

Deve-se ou não fixar um percentual fixo? Ele é invariável a depender da faixa de renda? Essas são algumas questões que deverão ser enfrentadas. O certo é que a Lei n. 14.181/21 optou por uma regulamentação do assunto que virá posteriormente.³¹

O § 3º do art. 54-A exclui as dívidas decorrentes da aquisição ou contratação de produtos e serviços de luxo de alto valor. Esse elemento é um conceito jurídico indeterminado que deve ser analisado nos casos concretos, não se atendo somente ao valor. Isso é o que dispõe o Enunciado 16 da Pri-

29 ENUNCIADO 4. In: JORNADA DE PESQUISA CDEA SOBRE SUPERENDIVIDAMENTO E PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR UFRGS-UFRJ, 1., 2021. [Enunciados] (...). Porto Alegre; Rio de Janeiro: UFRGS; UFRJ, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-ago-26/jornada-aprova-enunciados-lei-superendividamento>. Acesso em: 10 nov. 2021.

30 BERTONCELLO, Karen. *Superendividamento do consumidor: mínimo existencial: casos concretos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 123.

31 **Enunciado 5** da Primeira Jornada de Pesquisa CDEA Sobre Superendividamento e Proteção do Consumidor UFRGS-UFRJ: “A falta de regulamentação do mínimo existencial, que tem origem constitucional, não impede o reconhecimento do superendividamento da pessoa natural e a sua determinação no caso concreto.” (ENUNCIADO 5. In: JORNADA DE PESQUISA CDEA SOBRE SUPERENDIVIDAMENTO E PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR UFRGS-UFRJ, 1., 2021. [Enunciados] (...). Porto Alegre; Rio de Janeiro: UFRGS; UFRJ, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-ago-26/jornada-aprova-enunciados-lei-superendividamento>. Acesso em: 10 nov. 2021).

meira Jornada de Pesquisa CDEA Sobre Superendividamento e Proteção do Consumidor UFRGS-UFRJ:

“Para a exclusão da prevenção e tratamento do superendividamento, segundo art. 54-A, par. 3º, *in fine*, do CDC, como regra de exceção, deve-se interpretar restritivamente e atentar à combinação do alto valor e da superfluidade dos produtos e serviços, não bastando um ou outro, isoladamente; devendo ser determinada caso a caso.”³²

5 O Direito à Informação

Um dos principais aspectos da reforma do CDC no tocante ao superendividamento é o direito à informação. Esse é um direito básico do consumidor, previsto no art. 6, III, e tem como fundamento a vulnerabilidade desse sujeito no mercado de consumo. O art. 54-B dispõe que:

“No fornecimento de crédito e na venda a prazo, além das informações obrigatórias previstas no art. 52 deste Código e na legislação aplicável à matéria, o fornecedor ou o intermediário deverá informar o consumidor, prévia e adequadamente, no momento da oferta, sobre:

I – o custo efetivo total e a descrição dos elementos que o compõem;

II – a taxa efetiva mensal de juros, bem como a taxa dos juros de mora e o total de encargos, de qualquer natureza, previstos para o atraso no pagamento;

III – o montante das prestações e o prazo de validade da oferta, que deve ser, no mínimo, de 2 (dois) dias;

IV – o nome e o endereço, inclusive o eletrônico, do fornecedor;

V – o direito do consumidor à liquidação antecipada e não onerosa do débito, nos termos do § 2º do art. 52 deste Código e da regulamentação em vigor.”

Também determina o art. 54-B, § 1º, que “as informações referidas no art. 52 deste Código e no *caput* deste artigo devem constar de forma clara e resumida do próprio contrato, da fatura ou de instrumento apartado, de fácil

32 ENUNCIADO 16. In: JORNADA DE PESQUISA CDEA SOBRE SUPERENDIVIDAMENTO E PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR UFRGS-UFRJ, 1., 2021. [Enunciados] (...). Porto Alegre; Rio de Janeiro: UFRGS; UFRJ, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-ago-26/jornada-aprova-enunciados-lei-superendividamento>. Acesso em: 10 nov. 2021.

acesso ao consumidor”. As informações constantes do art. 54-B são inspiradas nas Diretivas Europeias de 2008 e 2016.

Importante ressaltar o direito à informação sobre a liquidação antecipada da dívida do consumidor, informação que muitas vezes sequer é oferecida ao consumidor.

6 Aspectos da Oferta e Publicidade de Crédito

Além da proteção prevista no Capítulo V do Código de Defesa do Consumidor, a Lei n. 14.181/21 trouxe aspectos específicos com relação à oferta e à publicidade de crédito, o que, por si só, é um avanço considerável da lei, já que grande parte dos problemas nessa seara ocorre justamente nas relações creditícias. A finalidade do art. 54-C é proibir práticas irresponsáveis na concessão de crédito e proibir o assédio de consumo. O objetivo da norma é informar amplamente o consumidor sobre todos os aspectos da contratação sem disfarçar artifícios que levem o consumidor a acreditar que obteve benefícios.

Nesse sentido, o art. 54-C dispõe que é vedado ao fornecedor expressa ou implicitamente indicar que a operação de crédito poderá ser concluída sem consulta a serviços de proteção ao crédito ou sem avaliação da situação financeira do consumidor. Também é vedado ao fornecedor ocultar ou dificultar a compreensão sobre os ônus e os riscos da contratação do crédito ou da venda a prazo.

Outra importante inovação é a manifestação expressa ao assédio de consumo, principalmente dos consumidores hipervulneráveis. O inciso IV do art. 54-C dispõe que é vedado ao fornecedor assediar ou pressionar o consumidor para contratar o fornecimento de produto, serviço ou crédito, principalmente se se tratar de consumidor idoso, analfabeto, doente ou em estado de vulnerabilidade agravada ou se a contratação envolver prêmio. A opção do legislador brasileiro foi considerar o assédio como gênero para todas as práticas comerciais agressivas. A Diretiva Europeia 2005/29/CE, em seu art. 8º, apresenta como termo geral e espécies de assédio (*harassment*) a coerção (*coercion*), a força física (*physical force*) e a influência indevida (*undue influence*).

Também é vedado condicionar o atendimento de pretensões do consumidor ou o início de tratativas à renúncia ou à desistência de demandas judiciais, ao pagamento de honorários advocatícios ou a depósitos judiciais. Essa é uma vedação que implica em restrição a direitos do consumidor. É vedado ao fornecedor impor condições que dificultem ou impossibilitem a possibilidade de renegociação das dívidas.

O art. 54-D determina que:

“Na oferta de crédito, previamente à contratação, o fornecedor ou o intermediário deverá, entre outras condutas:

I – informar e esclarecer adequadamente o consumidor, considerada sua idade, sobre a natureza e a modalidade do crédito oferecido, sobre todos os custos incidentes, observado o disposto nos arts. 52 e 54-B deste Código, e sobre as consequências genéricas e específicas do inadimplemento;

II – avaliar, de forma responsável, as condições de crédito do consumidor, mediante análise das informações disponíveis em bancos de dados de proteção ao crédito, observado o disposto neste Código e na legislação sobre proteção de dados;

III – informar a identidade do agente financiador e entregar ao consumidor, ao garante e a outros coobrigados cópia do contrato de crédito.”

É importante ressaltar que o *caput* do art. 54-D expressamente prevê que essas providências devem ser prévias à contratação e, caso não sejam obedecidas, o parágrafo único dispõe que:

“O descumprimento de qualquer dos deveres previstos no *caput* deste artigo e nos arts. 52 e 54-C deste Código poderá acarretar judicialmente a redução dos juros, dos encargos ou de qualquer acréscimo ao principal e a dilação do prazo de pagamento previsto no contrato original, conforme a gravidade da conduta do fornecedor e as possibilidades financeiras do consumidor, sem prejuízo de outras sanções e de indenização por perdas e danos, patrimoniais e morais, ao consumidor.”

Esse parágrafo introduz uma nova espécie de revisão do contrato de consumo de crédito, resultante da aplicação das sanções decorrentes da violação dos deveres legais na oferta de crédito.

Cabe ressaltar que esses *standards* de crédito foram indicados pela OECD em seu relatório de 2019 e pelo Banco Mundial e que o Brasil se comprometeu a cumprir na Reunião do G20. “A complexidade dos contratos de crédito e de algumas informações exigem que elas se associem a uma outra obrigação: aquela de esclarecimento e conselho, especialmente considerando a idade do consumidor.”³³

O inciso II do artigo 54-D prevê o dever de avaliação. Nas palavras de Claudia Lima Marques, Antonio Herman Benjamin e Bruno Miragem:

33 MARQUES; BENJAMIN; MIRAGEM, *op. cit.*, p. 1283.

“O dever de avaliação responsável do crédito tem duas dimensões, individual e coletiva. Representa o dever de boa-fé em relação do candidato tomador do crédito, visando impedir dar causa ou agravar situação de superendividamento; mas é também dever que o fornecedor do crédito respeita em favor da coletividade, prevenindo seu próprio risco de sofrer inadimplemento em níveis que comprometa sua própria higidez econômica, e sua repercussão para o próprio sistema financeiro e ao mercado em geral.”³⁴

7 Contratos de Crédito

O art. 54-F complementa o art. 52 estabelecendo a conexão entre os contratos de consumo de crédito. Dispõe que:

“São conexos, coligados ou interdependentes, entre outros, o contrato principal de fornecimento de produto ou serviço e os contratos acessórios de crédito que lhe garantam o financiamento quando o fornecedor de crédito:

I – recorrer aos serviços do fornecedor de produto ou serviço para a preparação ou a conclusão do contrato de crédito;

II – oferecer o crédito no local da atividade empresarial do fornecedor de produto ou serviço financiado ou onde o contrato principal for celebrado.”

A redação da norma foi extremamente abrangente por apresentar um rol meramente exemplificativo ao estabelecer os tipos de contratos conexos, coligados ou interdependentes, entre outros. Nesse sentido, apontam Marques, Benjamin e Miragem:

“A Lei n. 14.181/2021 introduz regra sobre conexidade, complementando o art. 52 do CDC, para deixar esclarecido no CDC a conexão entre o contrato de fornecimento de produto ou serviço com o contrato acessório de crédito, assim, se houver o arrependimento do principal, o acessório deve seguir a mesma linha.”³⁵

O exercício do direito de arrependimento nas hipóteses previstas neste Código, no contrato principal ou no contrato de crédito, implica a resolução de pleno direito do contrato que lhe seja conexo, art. 54-F, § 1º. O artigo também prevê a hipótese de inexecução dos contratos conexos, isto é, se houver inexecução de qualquer das obrigações e deveres do fornecedor de produto ou

34 *Idem*, 1285.

35 MARQUES; BENJAMIN; MIRAGEM, *op. cit.*, p. 1292.

serviço, o consumidor poderá requerer a rescisão do contrato não cumprido contra o fornecedor do crédito.

8 Das Práticas Abusivas na Concessão do Crédito

Em complementação ao art. 39 do Código de Defesa do Consumidor, o art. 54-G apresenta práticas abusivas relacionadas ao crédito:

“Art. 54-G. Sem prejuízo do disposto no art. 39 deste Código e na legislação aplicável à matéria, é vedado ao fornecedor de produto ou serviço que envolva crédito, entre outras condutas:

I – realizar ou proceder à cobrança ou ao débito em conta de qualquer quantia que houver sido contestada pelo consumidor em compra realizada com cartão de crédito ou similar, enquanto não for adequadamente solucionada a controvérsia, desde que o consumidor haja notificado a administradora do cartão com antecedência de pelo menos 10 (dez) dias contados da data de vencimento da fatura, vedada a manutenção do valor na fatura seguinte e assegurado ao consumidor o direito de deduzir do total da fatura o valor em disputa e efetuar o pagamento da parte não contestada, podendo o emissor lançar como crédito em confiança o valor idêntico ao da transação contestada que tenha sido cobrada, enquanto não encerrada a apuração da contestação;

II – recusar ou não entregar ao consumidor, ao garante e aos outros coobrigados cópia da minuta do contrato principal de consumo ou do contrato de crédito, em papel ou outro suporte duradouro, disponível e acessível, e, após a conclusão, cópia do contrato;

III – impedir ou dificultar, em caso de utilização fraudulenta do cartão de crédito ou similar, que o consumidor peça e obtenha, quando aplicável, a anulação ou o imediato bloqueio do pagamento, ou ainda a restituição dos valores indevidamente recebidos.”

Veja-se que a Lei n. 14.181 trouxe um importante direito aos consumidores, que é a possibilidade de correção de erros e *charge back*. O *charge back* “reversão de pagamento” ocorre quando uma cobrança é contestada pelo titular. Tal fato ocorre, por exemplo, quando o cliente nota um lançamento em sua fatura de cartão de uma compra que ele não realizou:

“Assim, o fornecedor não pode mais realizar ou proceder à cobrança ou ao débito em conta de qualquer quantia que houver sido contestada pelo consumidor em compra realizada com cartão de crédito ou similar, enquanto não for adequadamente solucionada a controvérsia, desde que o

consumidor haja notificado administradora do cartão com antecedência de pelos menos 10 dias contados da data de vencimento da fatura.”³⁶

O artigo também trouxe novos deveres de informação e de entrega de cópia do contrato, salientando que esse deve ser realizado em papel ou outro suporte duradouro disponível e acessível. Hoje, usa-se muito o papel térmico, que possui uma durabilidade pequena e se apaga com facilidade. E, por fim, um novo dever de pesquisa, mas margem consignada que foi muito bem fundamentada no Enunciado 12 da Primeira Jornada de Pesquisa CDEA sobre Superendividamento e Proteção do Consumidor UFRGS-UFRJ: “A consulta prévia sobre a existência de margem consignável pelo credor é condição para a formalização do contrato de crédito consignado (art. 54-G, § 1º)”.³⁷

9 Da Conciliação no Superendividamento

O art. 104-A do CDC dispõe que:

“A requerimento do consumidor superendividado pessoa natural, o juiz poderá instaurar processo de repactuação de dívidas, com vistas à realização de audiência conciliatória, presidida por ele ou por conciliador credenciado no juízo, com a presença de todos os credores de dívidas previstas no art. 54-A deste Código, na qual o consumidor apresentará proposta de plano de pagamento com prazo máximo de 5 (cinco) anos, preservados o mínimo existencial, nos termos da regulamentação, e as garantias e as formas de pagamento originalmente pactuadas.”

A Lei n. 14.181/21 instituiu um sistema binário de tratamento do superendividamento, ou seja, extrajudicial e judicial. A lei determina uma intervenção estatal para a realização de uma conciliação em bloco, o consumidor e seus credores. O objetivo da conciliação em bloco é o de facilitar um acordo entre todos e que um ou alguns não sejam preteridos na negociação. Para tanto, a lei incentiva o comparecimento dos credores aplicando-lhes sanção prevista no § 2º do art. 104-A do CDC, que assim explicita:

“O não comparecimento injustificado de qualquer credor, ou de seu procurador com poderes especiais e plenos para transigir, à audiência de conciliação acarretará a suspensão da exigibilidade do débito e a interrupção dos encargos da mora, bem como a sujeição compulsória ao plano de

36 MARQUES; BENJAMIN; MIRAGEM, *op. cit.*, p. 1296.

37 ENUNCIADO 12. *In*: JORNADA DE PESQUISA CDEA SOBRE SUPERENDIVIDAMENTO E PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR UFRGS-UFRJ, 1., 2021. [Enunciados] (...). Porto Alegre; Rio de Janeiro: UFRGS; UFRJ, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-ago-26/jornada-aprova-enunciados-lei-superendividamento>. Acesso em: 10 nov. 2021.

pagamento da dívida se o montante devido ao credor ausente for certo e conhecido pelo consumidor, devendo o pagamento a esse credor ser estipulado para ocorrer apenas após o pagamento aos credores presentes à audiência conciliatória.”

10 Da Repactuação de Dívidas

O primeiro momento da conciliação pode ser realizado judicialmente se o consumidor requerer ao juiz a instauração do processo de repactuação de dívidas, ou extrajudicialmente pelos órgãos públicos integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – os Procons. O que preocupa sobremaneira é se tanto o Judiciário quanto os órgãos de defesa do consumidor estão preparados e aparelhados para a realização dessas audiências. Entender os aspectos e a importância da Lei n. 14.181/21 leva tempo e depende do orçamento desses órgãos.

Caso seja instaurada uma ação judicial, há a previsão de uma audiência de conciliação presidida pelo juiz ou conciliador. Nessa audiência, o consumidor apresentará um plano de pagamento com prazo máximo de cinco anos, preservando-se, é claro, o mínimo existencial. Já a conciliação extrajudicial pode se originar de reclamações individuais nos órgãos de defesa do consumidor, em convênio com as instituições credoras e suas entidades representativas de classe.

Os professores Pablo Stolze Gagliano e Carlos Eduardo Elias de Oliveira sintetizam muito bem o procedimento de repactuação:

“O procedimento tem início com uma petição inicial por meio da qual o devedor demonstra que atende aos requisitos legais para configuração da sua situação jurídica de superendividado, abrindo, com isso, espaço para a obtenção dos direitos à conciliação e à repactuação judicial compulsória. Os requisitos são os seguintes: a) a incapacidade financeira de garantir o mínimo existencial (art. 6º, XII, 54-A, § 1º, CDC); b) a ausência de má-fé ou de fraude na obtenção das dívidas (art. 54-A, § 3º, e art. 104-A, § 1º, CDC), observado que esses conceitos devem ser interpretados restritiva e teleologicamente, nos moldes do que defendemos em artigo anterior; c) a desvinculação entre as dívidas e a aquisição de produtos ou de serviços de luxo (art. 54-A, § 3º, CDC); d) a não caracterização das dívidas *sub oculi* nas seguintes exceções: crédito com garantia real, crédito de financiamento imobiliário e crédito rural (art. 54-A, § 1º, do CDC; e e) a apresentação de proposta de plano de pagamento (art. 104-A, *caput*, CDC).”³⁸

38 GAGLIANO, Pablo Stolze; OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. Lei do Superendividamento: questões práticas no procedimento judicial de repactuação das dívidas. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 26, n. 6732, 6 dez. 2021. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/95307>. Acesso em: 6 dez. 2021.

O Plano de pagamento conterà, de acordo com o § 4º do art. 104-A do CDC,

I – medidas de dilação dos prazos de pagamento e de redução dos encargos da dívida ou da remuneração do fornecedor, entre outras destinadas a facilitar o pagamento da dívida;

II – referência à suspensão ou à extinção das ações judiciais em curso;

III – data a partir da qual será providenciada a exclusão do consumidor de bancos de dados e de cadastros de inadimplentes;

IV – condicionamento de seus efeitos à abstenção, pelo consumidor, de condutas que importem no agravamento de sua situação de superendividamento.”

O plano de pagamento, uma vez aprovado, torna-se uma novação contratual e passa produzir todos os efeitos nele consignados. É importante ressaltar que o pedido do consumidor não importará em declaração de insolvência civil e poderá ser repetido somente depois de decorrido o prazo de 2 (dois) anos, contado da liquidação das obrigações previstas no plano de pagamento homologado, sem prejuízo de eventual repactuação.

Caso não haja um acordo entre consumidor e credores, o juiz, a pedido do consumidor, instaurará processo por superendividamento para revisão e integração dos contratos e repactuação das dívidas remanescentes mediante plano judicial compulsório e procederá à citação de todos os credores cujos créditos não tenham integrado o acordo porventura celebrado. Cabe ressaltar que se excluem do processo de repactuação as dívidas, ainda que decorrentes de relações de consumo, oriundas de contratos celebrados dolosamente sem o propósito de realizar pagamento, bem como as dívidas provenientes de contratos de crédito com garantia real, de financiamentos imobiliários e de crédito rural, mas serão levadas em consideração para o cálculo do mínimo existencial. No caso de conciliação, com qualquer credor, a sentença judicial que homologar o acordo descreverá o plano de pagamento da dívida e terá eficácia de título executivo e força de coisa julgada:

“A imposição do plano compulsório de pagamento tanto poderá ser feita pelo juiz diretamente, quanto por administrador que nomeie, sem ônus para as partes – hipótese que remete à dúvida sobre o perfil e origem do administrador e sua eventual remuneração. Se nomeado administrador, este terá 30 dias, depois de cumpridas as diligências necessárias, para apresentar o respectivo plano. Este deverá assegurar, no mínimo, o valor principal da dívida, corrigido monetariamente por índices oficiais de preço, com o pagamento da primeira parcela em no máximo 180 dias contados da sua homologação, e a quitação em até 5 anos (art. 104-B, § 4º).”³⁹

No processo de superendividamento, serão considerados, se for o caso, os documentos e as informações prestadas em audiência. Os credores terão o prazo de 15 (quinze) dias, nos quais juntarão documentos e as razões da negativa de aceder ao plano voluntário ou de renegociar. É importante ressaltar que o tratamento judicial do superendividamento é residual. Consoante o § 4º do art. 104-B do CDC:

“O plano judicial compulsório assegurará aos credores, no mínimo, o valor do principal devido, corrigido monetariamente por índices oficiais de preço, e preverá a liquidação total da dívida, após a quitação do plano de pagamento consensual previsto no art. 104-A deste Código, em, no máximo, 5 (cinco) anos, sendo que a primeira parcela será devida no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, contado de sua homologação judicial, e o restante do saldo será devido em parcelas mensais iguais e sucessivas.”

Tema que tem levantado discussões é se no plano de pagamento do consumidor existem pessoas públicas federais, como a Caixa Econômica Federal. Os professores Gagliano e Oliveira afirmam que a competência continuará sendo da Justiça Comum. Segundo os autores,

“o art. 109, I, da Constituição Federal (CF) merece interpretação teleológica. Embora o referido preceito fixe a competência da Justiça Federal quando empresa pública federal for parte, essa regra é excepcionada nas causas de falência. A referência a falência, aí, é constitucional. Não pode, pois, ser tomada no sentido técnico estrito. Abrange, em verdade, todos os procedimentos de natureza concursal. Abarca, pois, o recentemente criado procedimento concursal relativo ao superendividamento. Engloba, assim, processos que tenham sido etiquetados diversamente pelo legislador infraconstitucional.”⁴⁰

Outro ponto de questionamento é se existe a possibilidade de se ajuizar o procedimento de repactuação nos juizados especiais. A doutrina vem entendendo que não é possível a realização desse procedimento nos juizados especiais, uma vez que o procedimento é especial da Lei n. 14.181/21 e pode exigir uma dilação probatória mais complexa para se verificar o real estado de superendividamento do consumidor. Já os créditos perante o Poder Público não podem ser objeto de repactuação, já que essas dívidas possuem regulamento específico que só pode ser alterado por legislação própria.

Gagliano e Oliveira apontam uma interessante questão: é possível uma revisional do plano judicial compulsório caso as circunstâncias do consumidor se alterem para pior, ou para melhor? Segundo os referidos autores, o plano

judicial compulsório carrega implicitamente uma cláusula *rebus sic stantibus* e, nesse sentido seria possível uma rediscussão da dívida, proposta tanto pelo consumidor quanto pelos credores. Já com relação ao acordo celebrado entre o consumidor e os credores, o entendimento é diferente. “Assim é que, na hipótese de enriquecimento superveniente do consumidor, não é cabível ação revisional, salvo pacto expresso em contrário.”⁴¹ Já “no caso de empobrecimento superveniente do consumidor, é cabível ação revisional. É nula cláusula contratual em contrário por abusividade”.⁴²

Conclusão

O Código de Defesa do Consumidor sofreu uma profunda reforma desde o seu advento em 1990. A Lei n. 14.181/21, que aborda a prevenção e tratamento do superendividamento é um marco no direito do consumidor brasileiro. Ao se preservar o mínimo existencial dos consumidores superendividados, a lei inova na legislação com instrumentos adequados capazes de ajudar os consumidores superendividados. O crédito, como afirmado alhures, é um dos principais aspectos da sociedade atual. Não existe mercado de consumo sem crédito. A regulamentação do superendividamento veio em boa hora, uma vez que se está em uma pandemia mundial que afetou a produção, o consumo e a renda das pessoas.

A lei traz várias mudanças que afetarão não só os consumidores, mas também os advogados e operadores do direito, bem como os órgãos de defesa do consumidor e o próprio Judiciário, visto que a lei prevê expressamente a participação desse.

Ainda é muito cedo para traçar qualquer panorama a respeito da efetividade da lei e de seus instrumentos, mas a legislação já é um grande avanço para a sociedade brasileira tão carente de instrumentos eficazes de proteção e abuso cometidos na oferta e contratação do crédito.

TITLE: The changes brought by the Over-Indebtedness Law.

ABSTRACT: The scope of this article is to analyze the changes introduced in the Consumer Defense Code by Law n. 14.181/21, Over-indebtedness Law. Therefore, an analysis is made of its elements or requirements, its principles and new abusive clauses and practices introduced by the new legislation, as well as by the new instruments available to consumers to prevent and address one of the most important aspects of today's societies.

KEYWORDS: Over-Indebtedness. Credit. Prevention.

41 *Idem.*

42 *Idem.*

Referências

- ALVES, Fabrício Germano. *Direito publicitário: proteção do consumidor*. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.
- BAUMAN, Zygmunt. *Capitalismo parasitário*. Tradução Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.
- BENJAMIN, Antonio Herman *et al.* *Comentários à Lei n. 14.181/2021: a atualização do CDC em matéria de superendividamento*. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.
- BERTONCELLO, Karen. *Superendividamento do consumidor: mínimo existencial: casos concretos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 nov. 2021.
- BRASIL. *Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 10 nov. 2021.
- BRASIL. *Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005*. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília, DF: Presidência da República, 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em: 10 nov. 2021.
- BRASIL. *Lei n. 14.181, de 1º de julho de 2021*. Altera a Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), e a Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), para aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14181.htm. Acesso em: 10 nov. 2021.
- CASADO, Márcio Mello. Os princípios fundamentais como ponto de partida para uma primeira análise do sobreendividamento no Brasil. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 33, p. 130-142, jan./mar. 2000.
- ENUNCIADO 4. In: JORNADA DE PESQUISA CDEA SOBRE SUPERENDIVIDAMENTO E PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR UFRGS-UFRJ, 1., 2021. [Enunciados] (...). Porto Alegre; Rio de Janeiro: UFRGS; UFRJ, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-ago-26/jornada-aprova-enunciados-lei-superendividamento>. Acesso em: 10 nov. 2021.
- ENUNCIADO 5. In: JORNADA DE PESQUISA CDEA SOBRE SUPERENDIVIDAMENTO E PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR UFRGS-UFRJ, 1., 2021. [Enunciados] (...). Porto Alegre; Rio de Janeiro: UFRGS; UFRJ, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-ago-26/jornada-aprova-enunciados-lei-superendividamento>. Acesso em: 10 nov. 2021.
- ENUNCIADO 7. In: JORNADA DE PESQUISA CDEA SOBRE SUPERENDIVIDAMENTO E PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR UFRGS-UFRJ, 1., 2021. [Enunciados] (...). Porto Alegre; Rio de Janeiro: UFRGS; UFRJ, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-ago-26/jornada-aprova-enunciados-lei-superendividamento>. Acesso em: 10 nov. 2021.
- ENUNCIADO 12. In: JORNADA DE PESQUISA CDEA SOBRE SUPERENDIVIDAMENTO E PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR UFRGS-UFRJ, 1., 2021. [Enunciados] (...). Porto Alegre; Rio de Janeiro: UFRGS; UFRJ, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-ago-26/jornada-aprova-enunciados-lei-superendividamento>. Acesso em: 10 nov. 2021.
- ENUNCIADO 16. In: JORNADA DE PESQUISA CDEA SOBRE SUPERENDIVIDAMENTO E PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR UFRGS-UFRJ, 1., 2021. [Enunciados] (...). Porto Alegre; Rio de Janeiro: UFRGS; UFRJ, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-ago-26/jornada-aprova-enunciados-lei-superendividamento>. Acesso em: 10 nov. 2021.
- FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: parte geral e LINDB*. 14. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze; OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. Lei do Superendividamento: questões práticas no procedimento judicial de repactuação das dívidas. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 26, n. 6732, 6 dez. 2021. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/95307>. Acesso em: 6 dez. 2021.

G1. *Percentual de famílias com dívidas chega a 70% e Brasil atinge o maior nível em 11 anos, aponta CNC*. 1º jul. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2021/07/01/percentual-de-familias-com-dividas-chega-a-70percent-e-brasil-atinge-o-maior-nivel-em-11-anos-aponta-cnc.ghtml>. Acesso em: 1º dez. 2021.

LIMA, Clarissa Costa; BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. *Superendividamento aplicado: aspectos doutrinários e experiência no Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Crédito ao consumidor e superendividamento: uma problemática geral. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 17, p. 57-64, jan./mar. 1996.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.

MIRAGEM, Bruno. A lei do crédito responsável altera o Código de Defesa do Consumidor: novas disposições para a prevenção e o tratamento do superendividamento. *Migalhas*, 7 jul. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/348157/a-lei-do-credito-responsavel-altera-o-codigo-de-defesa-do-consumidor>. Acesso em: 6 dez. 2021.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de; CARVALHO, Diógenes Faria de. Vulnerabilidade comportamental do consumidor: por que é preciso proteger a pessoa superendividada. In: MIRAGEM, Bruno; MARQUES, Claudia Lima; OLIVEIRA, Amanda Flávio de (org.). *25 anos do Código de Defesa do Consumidor: trajetórias e perspectivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 527-548.

OLIVEIRA, Júlio Moraes. *Consumidor-empresário: a defesa do finalismo mitigado*. 2. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2021.

OLIVEIRA, Júlio Moraes. *Curso de Direito do Consumidor Completo*. 8. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2021.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *Nota Técnica n. 1/2019/CEDC/CFOAB*. Brasília: OAB, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/oab-emite-nota-plataforma-direitos.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2021.

SILVA, Ana Beatriz Barbosa. *Mentes consumistas: do consumo à compulsão por compras*. São Paulo: Globo, 2014.

SOUZA, Adriano Stanley Rocha de; THEBALDI, Isabela Maria Marques. Consumo consciente: a responsabilidade do consumidor da aquisição ao descarte. In: SOUZA, Adriano Stanley Rocha de; ARAÚJO, Marinella Machado (coord.). *Temas de direito civil*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2013. p. 9-21.

VASCONCELOS, João Paulo A.; GODOY, Sandro Marcos; MARCONI, Lícia Pimentel. O empresário individual como destinatário da Lei do Superendividamento? *Migalhas*, 2 ago. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/349433/o-empresario-individual-como-destinatario-da-lei-do-superendividamento>. Acesso em: 5 nov. 2021.

Recebido em: 15.12.2021

Aprovado em: 03.01.2022

A Doutrina Administrativista e Consumerista em Relação ao Estacionamento Rotativo em Via Pública: Responsabilidade Civil do Poder Público e das Prestadoras pelos Danos Causados aos Veículos

JOSÉ MARIA PINHEIRO MADEIRA

Pós-Doutorado em Direito Público pela Cambridge International University; Doutor Honoris Causa em Ciência Política e Administração Pública pela Emil Brunner University; Mestre em Direito do Estado pela Estácio de Sá; Presidente da Academia Nacional de Juristas – ANAJ; Procurador Legislativo aposentado.

PLINIO LACERDA MARTINS

Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense – UFF; Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho – UGF; Professor Adjunto da Universidade Federal Fluminense – UFF; Professor de Direito do Consumidor da Universidade Federal Fluminense – UFF; Coordenador Jurídico da Comissão de Direito do Consumidor da ALERJ; Promotor de Justiça aposentado.

PAULA CRISTIANE PINTO RAMADA

Doutora em Direito, Instituições e Negócios da Universidade Federal Fluminense – UFF; Mestre em Hermenêutica e Direitos Fundamentais pela UNIPAC; Especialista em Direito do Consumidor pela UGF; Professora de Direito do Consumidor da Faculdade Lusófona; Advogada Associada ao Brasilcon.

RESUMO: O presente ensaio tem como objetivo refletir a responsabilidade civil do Poder Público e os fornecedores pelos danos causados aos veículos estacionados nas vias públicas. O entendimento predominante é que o estacionamento em vias públicas não é de responsabilidade do fornecedor e o público pode, devido à atribuição do espaço público para o usuário estacionar, não caracterizando um estacionamento privado operado por uma empresa na qual a responsabilidade civil por danos causados aos proprietários, como resultado da natureza do serviço de estacionamento regulamentado pelo Código de Defesa do Consumidor.

PALAVRAS-CHAVE: Estacionamento. Via Pública. Responsabilidade.

SUMÁRIO: Introdução. 1 O Usuário do Serviço Público como Consumidor. 2 Entendimento do Direito Administrativo dos Estacionamentos Rotativos. 3 Entendimento Consumerista a Respeito da Responsabilidade Civil dos Prestadores de Serviços Públicos. 4 O Entendimento Jurisprudencial da Responsabilidade Civil do Poder Público pelos Danos Causados aos Veículos Estacionados em Via Pública. 5 Os Veículos Estacionados e o Dever de Fiscalização. Conclusão. Referências.

Introdução

A questão da gratuidade dos estacionamentos públicos e a responsabilidade pelos danos causados aos veículos por terceiros traduz preocupação para os usuários do serviço público, classificados como consumidores.

O Supremo Tribunal Federal derrubou a exigência de segurança em estacionamentos gratuitos prevista pela Lei Estadual nº 1.748 do Estado do Rio de Janeiro, que previa obrigação de segurança em estacionamentos, ao argumento de que a Lei estadual viola a competência privativa da União para legislar sobre direito civil e a livre iniciativa.¹

A questão da irresponsabilidade por danos causados aos veículos estacionados, inclusive em depósito de particulares com atividade econômica, também merece destaque, pois tem prevalecido o entendimento do rompimento donexo causal quando há a intervenção do terceiro que causa danos. O caso do serviço de manobristas de rua (*valets*) vale como exemplo em que, na hipótese de roubo, a Jurisprudência vem firmando o entendimento que constitui em princípio, fato exclusivo de terceiro, não havendo prova da concorrência do fornecedor, mediante defeito na prestação do serviço, para o evento danoso.²

Este ensaio jurídico pretende refletir, sem a intenção de esgotar o assunto, a respeito da existência ou não da obrigação do Poder Público e dos prestadores pela manutenção do patrimônio do proprietário do veículo, na visão administrativista e na visão consumerista, considerando que o pro-

1 A ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pela Confederação Nacional do Comércio (CNC). OSTF julgou procedente a ação para declarar integralmente inconstitucional a Lei 1.748/90 do Estado do Rio de Janeiro, firmando as seguintes teses: 1 – “Lei estadual que impõe a prestação de serviço de segurança em estacionamento. Ato da pessoa física ou jurídica que disponibilize local para estacionamento é inconstitucional, quer por violação à competência privativa da União para legislar sobre direito civil, quer por violar a livre iniciativa”. 2 – “Lei estadual que impõe a utilização de empregados próprios na entrada e saída de estacionamento, impedindo a terceirização, viola a competência privativa da União para legislar sobre direito do trabalho”. Ação Direta de Inconstitucionalidade 451. Relator: Min. Roberto Barroso.

2 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.321.739-SP (2012□0088797-0)*. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 5 de setembro de 2013. Disponível em: https://brasil.mylex.net/jurisprudencia/stj-resp-restauranteservico-exame-fato_2956.html. Acesso em: 11 ago. 2017. Nesse aresto, o STJ entendeu pelo reconhecimento do rompimento do nexocausal pelo roubo praticado por terceiro, excluindo a responsabilidade civil do restaurante fornecedor do serviço do manobrista (art. 14, § 3º, II, do CDC).

prietário do veículo deposita confiança no estacionamento em vias públicas administrado pelo Poder Público e sua responsabilidade advinda dos danos provocados por terceiros caracterizados como fortuito interno, relacionado à atividade de um autêntico serviço de estacionamento.

1 O Usuário do Serviço Público como Consumidor

A figura do usuário do serviço público se confunde com a figura do consumidor.³ Usuário do serviço público é a:

“Pessoa física ou jurídica que se beneficia ou utiliza, efetiva ou potencialmente, de serviço público, sendo que o serviço público é considerado como atividade administrativa ou de prestação direta ou indireta de bens ou serviços à população, exercida por órgão ou entidade da Administração Pública.”⁴

César Guimarães afirma que os conceitos de consumidor e usuário são apartados sob critérios variados realçando que alguns são vinculados ao regime jurídico, enquanto outros à origem ou função de cada instituto.⁵

Alguns doutrinadores preferem o reconhecimento da pessoa do usuário com o consumidor. Maria d’Assunção C. Menezello considera que usuário e consumidor são sinônimos e que CDC aplica aos fornecedores públicos e privados.⁶ Claudia Lima Marques, por sua vez, leciona que o CDC não faz qualquer distinção entre o consumidor e o usuário de serviço público.⁷

Outra parte da doutrina prefere o entendimento do reconhecimento de semelhanças entre o usuário do serviço público e o consumidor, afirmando que ambos têm amparo na Constituição Federal. O consumidor é reconhecido na observância do princípio da ordem econômica (art. 170, V) e art. 48, ADCT, para a confecção do Código de Defesa do Consumidor, e o usuário também, com a importância assegurada pelos arts. 150, § 3º, art. 175, II (pela relevância da Lei de Concessão) e o art. 37, § 3º, pela criação da lei do usuário, destacando que o usuário pode ser tanto o beneficiário (consumidor) quanto o administrado em geral.⁸

3 Nesse sentido, recomenda-se a leitura de: Pereira, César A. Guimarães. *Usuários de serviços públicos: usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos*. São Paulo: Saraiva, 2008.

4 Conceito retratado no art. 2º, II, da Lei do Usuário do Público (Lei 13.460/2017).

5 PEREIRA, *op. cit.*, p. 141.

6 MENEZELLO, Maria d’Assunção C. Código de Defesa do Consumidor e a prestação dos serviços públicos. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 19, p. 232-235, jul./set. 1996. p. 232-233.

7 MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 2002. p. 485-486.

8 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 nov. 2021.

Newton de Lucca afirma que o art. 22 do CDC e outros são atinentes ao serviço público, incluindo os prestadores de serviço público no conceito jurídico de fornecedor, reconhecendo a necessidade de “conciliação entre a proteção do consumidor de um lado e as prerrogativas da administração de outro, em relação ao descumprimento de prazos contratuais para instalação de linhas telefônicas e o corte de serviço por inadimplemento”.⁹

Renato Cunha registra que há serviços públicos não protegidos pelo CDC, cujos usuários estão amparados pelo regime de direito administrativo, como os arts. 6º e 7º da Lei 8.987/1995.¹⁰ Prefere-se a definição retratada por Sandra Barbosa, que traduz:

“Portanto, consumidor ou usuário de serviços públicos é o tomador dos serviços públicos prestados diretamente pela Administração Pública ou por seus delegados mediante remuneração.”¹¹

O Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento jurisprudencial de que a relação entre concessionária de serviço público e o usuário final para o fornecimento de serviços públicos essenciais é consumerista, sendo cabível a aplicação do Código de Defesa do Consumidor.¹²

A Lei do Usuário do Serviço Público, Lei 13.460, sancionada em 26 de junho de 2017, dispõe sobre participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública, estabelecendo normas básicas para participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos prestados direta ou indiretamente pela administração pública. A edição da Lei do Usuário atende ao comando Constitucional previsto no inciso I do § 3º do art. 37 da Constituição Federal, que determina a edição de lei para disciplinar as formas de participação do usuário na administração

9 LUCICA, Newton de. *Direito do consumidor*. São Paulo: Quartier Latin, 2003. p. 209-210.

10 CUNHA, Renato Alves Bernardo da. *Serviços públicos essenciais: o princípio da continuidade e o inadimplemento do consumidor*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004. p. 60-61.

11 BARBOSA, Sandra Pires. O usuário de telecomunicações. *Revista de Direito Administrativo*, n. 227, p. 231-251, 2002. p. 232. César Pereira (*op. cit.*) critica a restrição do conceito do consumidor vinculado à remuneração, pois há, também, usuários de serviços públicos gratuitos, como os de saúde e educação.

12 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). REsp. 1595018/RJ. Relator: Min. Humberto Martins, 18 de agosto de 2016. *DJe*, 29 ago. 2016. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1. Turma). AgRg no REsp 1421766/RS. Relator: Min. Olindo Menezes, 17 de dezembro de 2015. *DJe*, 4 fev. 2016. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). REsp 1396925/MG. Relator: Min. Herman Benjamin, 5 de novembro de 2014. *DJe*, 26 fev. 2015. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). AgRg no AREsp 479632/MS. Relatora: Min. Assusete Magalhães, 25 de novembro de 2014. *DJe*, 3 dez. 2014. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). AgRg no AREsp 546265/RJ. Relator: Min. Og Fernandes, 7 de outubro de 2014. *DJe*, 15 out. 2014. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1. Turma). AgRg no AREsp 372327/RJ. Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima, 5 de junho de 2014. *DJe*, 18 jun. 2014.

pública direta e indireta, inclusive em relação à prestação dos serviços públicos em geral, garantindo a qualidade do serviço.¹³

A Lei 13.460/2017 reconhece a aplicação do Código de Defesa do Consumidor na hipótese da existência de uma relação de consumo, ao dispor no § 2º do art. 1º que a aplicação da Lei do Usuário não afasta a necessidade de cumprimento da Lei nº 8.078, *quando caracterizada relação de consumo* (§ 2º, II, do art. 1º), aplicando-se subsidiariamente aos serviços públicos prestados por particular (§ 3º).

2 Entendimento do Direito Administrativo dos Estacionamentos Rotativos

Este é o assunto da vez estacionamento, embora a questão que aqui se vai tratar refira-se aos estacionamentos rotativos, aqueles encontrados por toda parte da cidade, cujas vagas são controladas por elementos autorizados, pela Administração Pública Municipal ou entidade delegada, a cobrar do cidadão um valor pela utilização de logradouros públicos para estacionar seu veículo.¹⁴ Por ser um estacionamento por tempo limitado, o objetivo dos estacionamentos rotativos é beneficiar toda a coletividade, estimulando o estacionamento rápido, a fim de que qualquer um possa dele se utilizar e, com isso, desafogar o trânsito, prevenindo, inclusive, o cometimento de infrações por estacionamento em locais indevidos. Para falar a verdade, quem já não deixou de pagar esse estacionamento que, de tão rápido, o próprio agente autorizado liberou a cobrança?

Tem-se que admitir, no entanto, que nem sempre esses estacionamentos são realmente rotativos. Como prova disso, pode-se considerar um sujeito de sorte aquele que encontrar uma vaga nesses estacionamentos, por exemplo, às onze horas da manhã ou à uma da tarde, em determinados locais do centro da Cidade. Isso porque aquele que a encontra mais cedo estaciona seu veículo, que ali fica. Embora se saiba que há um tempo-limite para esse estacionamento, não é isso que se vê na prática.

Tudo isso foi apenas um pretexto para se levantar uma questão que, com muita frequência, surge nos Tribunais brasileiros, onde pessoas pleiteiam indenização por perdas e danos por terem seus veículos furtados ou roubados nos estacionamentos rotativos, invocando, por isso, o Código de Defesa do

13 CF. Art. 37 (...) § 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: I – as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços.

14 Nesse sentido, recomendamos a leitura de: MADEIRA, José Maria P. *Administração pública*. 14. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2016. t. I. p. 427-429.

Consumidor. Dessa forma, colocam a Administração Pública na posição de fornecedora de serviços, não podendo, assim, ser exonerada ou atenuada de sua obrigação contratual, a ela competindo, portanto, a responsabilidade de indenizar pelos danos advindos de um serviço que envolve o bem público.

Seria, então, um direito do cidadão ser indenizado nesse caso, ou seja, quando seu veículo é furtado ou roubado durante o período em que estiver estacionado em um desses estacionamentos rotativos? Para começar, é preciso entender o que envolve esse tipo de estacionamento, esclarecendo certos aspectos.

Primeiro, diz respeito aos logradouros públicos, uma vez que muitos desconhecem seu significado. Esses logradouros nada mais são do que os espaços livres, inalienáveis, destinados à circulação pública, não só de pedestres, como de veículos; são bens de uso comum do povo, assim como são as praias, as praças, as ruas, etc. Portanto, sua destinação é pública, mas nem por isso retira do Poder Público o direito de regulamentar seu uso para o bem da própria coletividade.

Outro aspecto a ser observado é quanto ao fato de que a Administração Pública pode limitar, condicionar e até mesmo restringir direitos individuais em prol do interesse público, desde que não retire o próprio direito do cidadão, exercício esse denominado poder de polícia administrativa – a que já se elucidou com ilustrações –, que, é bom que se diga, nada têm a ver com a Polícia, organismo encarregado de assegurar a ordem pública e de promover a segurança do cidadão. No caso dos estacionamentos rotativos, o que a Administração Pública faz, portanto, no seu legítimo exercício de poder de polícia, é nada mais do que disciplinar, ordenar o uso do espaço urbano, em favor da coletividade, a ela garantindo a rotatividade dos veículos, sem que isso signifique a obrigação de guardá-los.

Por fim, há de se verificar que a relação jurídica existente entre Poder Público e o proprietário do veículo é de um simples contrato de permissão de uso daquele espaço público, que, na verdade, é de todos, ou seja, um bem comum do povo, mas que é concedido ao particular, mediante o pagamento de um determinado valor, cuja contraprestação é o respeito àquele período de tempo para sua utilização. A partir daí, fica fácil entender por que a Administração Pública não pode ser responsabilizada por eventuais danos sofridos pelos usuários desses parqueamentos, uma vez que seu objetivo, como já dito, é promover um estacionamento rápido e rotativo, para que todos possam dele usufruir, sem a aferição de lucro, diferentemente da atividade empresarial, pois a finalidade é lucrativa. Prova maior disso é que os próprios funcionários que lá trabalham também pagam o estacionamento.

Portanto, se a Administração Pública está cumprindo seu dever de gerir os bens e interesses públicos conforme a lei e seu objetivo, com os estacionamentos rotativos, e tão somente garantir ao usuário, por meio de agentes controladores, o cumprimento de uma curta permanência de veículos naqueles parqueamentos, assim possibilitando sua rotatividade, então não há que se invocar nem mesmo a teoria do risco administrativo, uma vez que esse ocorreria na hipótese de culpa da Administração, isto é, se ela faltasse com aquele compromisso, o que não é o caso.

Vem predominando nos Tribunais que a relação jurídica estabelecida entre a CET-Rio e o usuário de estacionamento rotativo é de simples permissão de utilização do espaço público municipal, criando para esse apenas o direito de estacionar o veículo em local que seria de uso comum do povo, mediante o pagamento de certa quantia e, para o ente público, o dever de respeitar o estacionamento no período contratado. A grande finalidade desse sistema é racionalizar o tráfego de veículos, estimulando o estacionamento rápido para que um número maior de veículos possa ser beneficiado.

A cobrança, pela Administração Pública Municipal ou por entidade delegada, de um valor para estacionamento de veículos nos chamados estacionamentos rotativos situados em logradouros públicos, está inserida no exercício do poder de polícia conferido à Administração, visando disciplinar o uso do solo urbano, não assumindo a entidade que controla tais estacionamentos a obrigação de guarda dos veículos que os utilizam, daí não poder ser responsabilizada pelo furto ou roubo desses.¹⁵

3 Entendimento Consumerista a Respeito da Responsabilidade Civil dos Prestadores de Serviços Públicos

A teoria da irresponsabilidade civil do Estado, sob o fundamento de que o soberano não erra (*The king can do no wrong* e *Le roi ne peut mal faire*), demonstrando a impossibilidade de o Estado causar danos aos administrados, foi superada pela Constituição Federal de 1988 ao reconhecer a responsabilidade do Estado.

O artigo 37, § 6º, da Carta Magna estabelece a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado, bem como as prestadoras de serviço público.

A Jurisprudência do STJ firmou o posicionamento no sentido de que as empresas públicas, as concessionárias e as permissionárias prestadoras de

15 Trechos de: MADEIRA, *op. cit.*, p. 427-429.

serviços públicos respondem objetivamente pelos danos causados a terceiros, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição Federal e dos arts. 14 e 22 do Código de Defesa do Consumidor.¹⁶

O Poder Público, ao efetuar a licitação, para que a empresa privada possa explorar uma atividade de estacionamentos em vias públicas de uso comum do povo, cobrando remuneração, tem o dever de vigiá-los, com responsabilidade pelos danos causados. Soma-se, ainda, o entendimento expressado pela Sumula 130 do STJ, que dispõe que “a empresa responde, perante o cliente, pela reparação do dano ou furto de veículo ocorrido em seu estabelecimento”.¹⁷

Sergio Cavalieri advoga que a Constituição de 1988 deu uma amplitude muito maior às normas com a inclusão do artigo 37, § 6º, atribuindo a responsabilidade objetiva que até a Constituição de 1988 era só do Estado, isto é, das pessoas jurídicas de direito público e não havia como estendê-las às pessoas jurídicas de direito privado, prestadoras de serviços públicos. A Constituição de 1988 estendeu essa responsabilidade a todos os prestadores de serviços públicos.¹⁸

A doutrina sustenta que o Estado é responsável pelos atos de seus concessionários, contudo, ao Poder Público imputa-se a chamada responsabilidade subsidiária. Assim afirma Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Em se tratando de responsabilidade subsidiária do Estado, incluem-se, também, as demais pessoas jurídicas de direito público auxiliares do Estado, bem como quaisquer outras, inclusive de direito privado, que, inobstante [*sic*] alheias à sua estrutura orgânica central, desempenham cometimentos estatais sob concessão ou delegações explícitas (concessionárias de serviço público e delegados de funções públicas) ou implícitas (sociedade de economia mistas e empresas do Estado em geral, quando no desempenho de serviço público propriamente dito). Isso porque não faria sentido que o Estado se esquivasse a responder subsidiariamente, ou seja, depois de

16 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). Resp 974138/SP. Relator: Min. Raul Araújo, 22 de novembro de 2016. *DJe*, 9 dez. 2016. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). Resp 1469087/AC. Relator: Min. Humberto Martins, 18 de agosto de 2016. *DJe*, 17 de novembro de 2016. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). Agint no Agrg no Ag 1225135/SP. Relatora: Min. Maria Isabel Gallotti, 4 de agosto de 2016. *DJe*, 12 ago. 2016. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). Agrg no Aresp 586409/PR. Relator: Min. Antonio Carlos Ferreira, 4 de agosto de 2015. *DJe*, 13 ago. 2015. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Seção). Eresp 1097266/PB. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 10 de dezembro de 2014. *DJe*, 24 fev. 2015. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). Agrg no Aresp 479632/MS. Relatora: Min. Assusete Magalhães, 25 de novembro de 2014. *DJe*, 3 dez. 2014.

17 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 130. A empresa responde, perante o cliente, pela reparação de dano ou furto de veículo ocorridos em seu estacionamento. *DJ*, 4 abr. 1995. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2010_9_capSumula130.pdf. Acesso em: 10 nov. 2021.

18 ABREU E SILVA, Roberto de. Responsabilidade civil constitucional. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro: EMERJ, v. 4, n. 16, p. 60-72, 2001. p. 65. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista16/revista16_60.pdf. Acesso em: 10 nov. 2021.

exaustas as forças da pessoa alheia à sua intimidade estrutural – se a atividade lesiva só é possível porque o estado lhe colocou em mãos o desempenho da atividade exclusivamente pública geradora do dano.”¹⁹

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor, atendendo a um mandamento constitucional, estabelece como direito básico do consumidor a proteção à vida, à saúde, à segurança contra os riscos dos produtos e serviços, no artigo 6º, inciso I. No inciso VI, estabelece a efetiva prevenção e a reparação dos danos patrimoniais, morais, lesivos a interesses individuais, coletivos e difusos por fato do produto ou serviço na relação de consumo, inclusive aos serviços públicos de forma geral (art. 6, X, do CDC).

Celso Antônio Bandeira de Mello leciona que a Constituição Federal, no art. 37, § 6º, não faz exigência em relação ao sujeito passivo do dano, podendo ser usuário do serviço público ou mesmo terceiro, bastando o dano para a responsabilidade do Estado, quer na qualidade de pessoa jurídica de direito público ou as de direito privado prestadoras de serviços públicos.²⁰ Nesse sentido, foi editada a Súmula 130 do STJ, que, conforma já comentado anteriormente, dispõe que “a empresa responde, perante o cliente, pela reparação do dano ou furto de veículo ocorrido em seu estabelecimento”.²¹

Ao estacionar o veículo em local remunerado, o consumidor busca a segurança contra danos que venham a ser causados em seu veículo, além da qualidade no préstimo do serviço. Ressalta-se que, a partir do disposto no Código de Defesa do Consumidor, tanto os estacionamentos privados quanto os controlados por empresas permissionárias ensejam o dever de indenizar, uma vez verificado o dano e o nexo de causalidade.

No que se refere ao princípio da segurança do serviço como direito do usuário, o Ministro Ricardo Lewandowski, do STF, assim expressou em relação à segurança do serviço público de estacionamento em vias públicas:

“A obrigação de cercar áreas livres para estacionamento de veículos não é absolutamente incomum. Minha experiência em matéria de estacionamento é péssima. Eu mesmo deixei de frequentar estádios de futebol, que era uma paixão minha da juventude e depois ao longo da vida adulta, porque hoje quem vai ao estádio de futebol e deixa seu carro na porta do estádio é literalmente achacado pelos tais dos flanelinhas. Tem que deixar uma

19 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 744.

20 BANDEIRA DE MELLO, *op. cit.*, p. 744.

21 BRASIL, STF, Súmula nº 130, *op. cit.*

gorjeta, a pessoa não toma conta do carro, e não raro o carro é danificado na volta.”²²

O art. 4º da Lei do Usuário do Serviço público impõe ao prestador a observância, entre outros, ao princípio da segurança do serviço público prestado, sendo que o art. 5º da mesma lei afirma que o usuário de serviço público tem direito à adequada prestação dos serviços ofertados por seus agentes públicos e prestadores de serviços públicos. Assim dispõe o art. 4º da Lei 13.460/2017:

“Os serviços públicos e o atendimento do usuário serão realizados de forma adequada, observados os princípios da regularidade, continuidade, efetividade, segurança, atualidade, generalidade, transparência e cortesia.”²³

O Código de Defesa do Consumidor também garante como direito básico do consumidor “a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral” (art. 6º, X, do CDC),²⁴ assegurando ao consumidor o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida (art. 4º, *caput*), atendendo, entre outros, como princípio nuclear, a racionalização e a melhoria dos serviços públicos (VII, art. 4º do CDC). O art. 22 do CDC assim prescreve em relação à qualidade dos serviços públicos:

“Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste Código.”²⁵

Destarte, não é plausível que o Poder Público e os prestadores de serviços públicos efetuem o serviço público sem a nítida segurança para o usuário/consumidor, não efetuando qualquer fiscalização sob o bem estacionado em via pública, possuindo mecanismos de coibição, exigindo somente a fiscali-

22 MOURA, Rafael Moraes; PIRES, Breno. STF derruba exigência de segurança em estacionamentos gratuitos. *Estadão*, São Paulo, 1º ago. 2017. Disponível em: <http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,stf-derruba-exigencia-de-seguranca-em-estacionamentos-gratuitos-oferecidos-por-estabelecimentos,70001918919>. Acesso em: 15 ago. 2017.

23 BRASIL. Lei nº 13.460, de 26 de junho de 2017. Dispõe sobre participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública. Brasília, DF: Presidência da República, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13460.htm. Acesso em: 10 nov. 2021.

24 BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 10 nov. 2021.

25 *Ibidem*.

zação no recolhimento da taxa/tarifa, como é comum verificar nos reboques de veículos por ausência da afixação do bilhete.

4 O Entendimento Jurisprudencial da Responsabilidade Civil do Poder Público pelos Danos Causados aos Veículos Estacionados em Via Pública

Conforme acima mencionado, o STJ firmou o posicionamento no sentido de que as empresas públicas, as concessionárias e as permissionárias prestadoras de serviços públicos respondem objetivamente pelos danos causados a terceiros, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, e dos arts. 14 e 22 do Código de Defesa do Consumidor.²⁶

No mesmo sentido, o STJ também já uniformizou o entendimento de que a relação entre concessionária de serviço público e o usuário final para o fornecimento de serviços públicos essenciais é consumerista, sendo cabível a aplicação do Código de Defesa do Consumidor.²⁷

Contudo, quando o dano é causado por veículo estacionado em via pública sob a responsabilidade da administração do Poder Público, a Jurisprudência entende em não responsabilizar o Poder Público nem o prestador pelos danos causados por terceiros. O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro chegou a julgar uma demanda envolvendo o caso de um dano que um usuário sofreu em decorrência do estacionamento em via pública, julgando improcedente o pedido do usuário prejudicado ao argumento de que o sistema de estacionamento rotativo aberto difere do sistema de estacionamento particular regulado pelo Código Civil no art. 627 e ss., que impõe o dever de guarda, vigilância e conservação, independentemente da existência de remuneração.²⁸

26 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). Resp 974138/SP. Relator: Min. Raul Araújo, 22 de novembro de 2016. *DJe*, 9 dez. 2016. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). Resp 1469087/AC. Relator: Min. Humberto Martins, 18 de agosto de 2016. *DJe*, 17 nov. 2016. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). AgInt no Agrg no Ag 1225135/SP. Relatora: Min. Maria Isabel Gallotti, 4 de agosto de 2016. *DJe*, 12 ago. 2016. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). Agrg no Aresp 586409/PR. Relator: Min. Antonio Carlos Ferreira, 4 de agosto de 2015. *DJe*, 13 ago. 2015. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Seção). Eresp 1097266/PB. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 10 de dezembro de 2014. *DJe*, 24 fev. 2015. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). Agrg no Aresp 479632/MS. Relator: Min. Assusete Magalhães, 25 de novembro de 2014. *DJe*, 3 dez. 2014.

27 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). REsp 1595018/RJ. Relator: Min. Humberto Martins, 18 de agosto de 2016. *DJe*, 29 ago. 2016. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1. Turma). AgRg no REsp 1421766/RS. Relator: Min. Olindo Menezes, 17 de dezembro de 2015. *DJe*, 4 fev. 2016. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). REsp 1396925/MG. Relator: Min. Herman Benjamin, 5 de novembro de 2014. *DJe*, 26 fev. 2015. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). AgRg no AREsp 479632/MS. Relatora: Min. Assusete Magalhães, 25 de novembro de 2014. *DJe*, 3 dez. 2014. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). AgRg no AREsp 546265/RJ. Relator: Min. Og Fernandes, 7 de outubro de 2014. *DJe*, 15 out. 2014. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1. Turma). AgRg no AREsp 372327/RJ. Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima, 5 de junho de 2014. *DJe*, 18 jun. 2014.

28 RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça (8. Câmara Cível). *Apelação Cível nº 0014940-02.2013-8.19.0004*. Relatora: Des. Norma Suely Fonseca Quintes.

O fato *sub judice* envolvia o dano sofrido pelo usuário do serviço público que pretendia a condenação, em face da Niterói Park Ltda., ao pagamento de indenização por danos material e moral, em razão da colisão de veículos ocorrido em estacionamento aberto, no sistema rotativo, administrado por Niterói Park Ltda. O Tribunal de Justiça Carioca entendeu que o sistema de estacionamento rotativo aberto difere do sistema de estacionamento particular regulado pelo Código Civil nos arts. 627 e seguintes, que impõem o dever de guarda, vigilância e conservação, independentemente da existência de remuneração, fundamentando que, tratando-se de logradouro público, de uso comum do povo, a permissionária do serviço, na qualidade de Órgão Executivo de Trânsito, criada por lei, atua com a finalidade de ordenar a utilização do espaço público no exercício do poder de polícia administrativa.

Assim, a mera existência de contraprestação pecuniária não caracteriza o contrato de depósito, nem tem o condão de equiparar a Niterói Park à condição de depositária do bem, tendo em vista as peculiaridades da relação jurídica. Desse modo, o TJRJ decidiu que a responsabilidade pelo sinistro ocorrido em estacionamento rotativo aberto não pode ser transferida à permissionária, vez que incumbe ao Estado promover a segurança pública da sociedade, nos termos do art. 144 da Constituição Federal, somando ao argumento de que o preço pago pelo usuário destina-se à utilização do espaço público como mecanismo para permitir ao Poder Público ordená-lo no exercício do seu poder de polícia administrativa.

Nesse sentido, também é o entendimento consolidado pelo STJ:

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE RESSARCIMENTO. FURTO DE VEÍCULO. ESTACIONAMENTO DE CARRO EM LOGRADOURO PÚBLICO. INEXISTÊNCIA DE RESPONSABILIDADE. REEXAME DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. ART. 544, § 3º, E 577, *CAPUT*, DO CPC. Agravo conhecido para negar seguimento ao recurso especial. Decisão. Cuida-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que inadmitiu o recurso especial (...). O apelo especial obstado enfrenta acórdão com a seguinte ementa (fl. 179): ação de Ressarcimento. Estacionamento de carro em logradouro público. Roubo do veículo. Inexistência de responsabilidade. Sentença improcedente que se mantém. Apelo desprovido. Embargos de declaração opostos e rejeitados (fls. 141/144). No recurso especial aponta-se violação aos artigos 1.265 e 1.266 do Código Civil de 1916 e 627 e 629 do Código Civil atual. Contrarrazões às fls. 263/266. Nas razões do agravo de instrumento, afirma-se que não se pretende a rediscussão de matéria fático-probatória. Contraminuta às fls. 303/306. É o relatório. Passo a decidir. O recurso em apreço não merece prosperar. O Tribunal *a quo*, soberano na análise do acervo fático-probatório dos autos, entendeu ser

inexistente a responsabilidade do ente administrativo por furto de carro em estacionamento situado em logradouro público e, também, inexistir, no caso, contrato de depósito e de guarda do bem (fl. 181): exhibe-se in-censurável a sentença monocrática que, decidindo a demanda, houve por bem de julgar improcedente o pedido do autor. O estacionamento de carro em logradouro público só confere ao usuário a utilização do local da via pública, de uso comum do povo, com o fim de ordenar o espaço público. *In casu*, não há o contrato de depósito e de guarda do bem como quer fazer crer o apelante. A regulamentação do Poder de Polícia nos logradouros públicos, em estacionamento aberto, não pode acarretar ao ente público a ampliação de sua responsabilidade em caso de furto do mesmo. Reexaminar o entendimento ora transcrito, conforme busca a agravante, demandaria o revolvimento de matéria fático-probatória, inadmissível no apelo especial e obstado pela Súmula nº 7/STJ. Ante o exposto, conheço do agravo de instrumento para negar seguimento ao recurso especial, nos termos do art. 544, § 3º, combinado com o art. 557, *caput*, ambos do CPC. Publique-se. Intimem-se. Brasília (DF), 26 de março de 2009.²⁹

Seguem essa mesma linha os julgados do Tribunal de Justiça:

“RESPONSABILIDADE CIVIL. ESTACIONAMENTO EM LOGRADOURO PÚBLICO. COBRANÇA DESTINADA A DISCIPLINAR A UTILIZAÇÃO DO ESPAÇO URBANO NATUREZA JURÍDICA NÃO CONTRATUAL. FURTO NO INTERIOR DO VEÍCULO. INEXISTÊNCIA DO DEVER DE GUARDA E VIGILÂNCIA. A cobrança de estacionamento de veículos em logradouros públicos, que visa o controle e disciplina do espaço urbano, não tem natureza contratual de guarda e vigilância a gerar o espaço urbano, não tem natureza contratual de guarda e vigilância a gerar o dever de indenizar no caso de furto do veículo. Recurso improvido.”³⁰

“AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL E MORAL. VEÍCULO DA AUTORA ESTACIONADO EM LOGRADOURO PÚBLICO. SISTEMA ROTATIVO DE ‘VAGA CERTA’. ALEGAÇÃO DE OCORRÊNCIA DE FURTO NO INTERIOR DO VEÍCULO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. INSURGIMENTO AUTURAL. IMPOSSIBILIDADE. A COBRANÇA PELO ESTACIONAMENTO DE AUTOMÓVEL REPRESENTA REMUNERAÇÃO PELO USO TEMPORÁRIO DE BEM COMUM DE USO DO POVO. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO CONTRATUAL DE DEPÓSITO A ENSEJAR O SURGIMENTO DO DEVER DE GUARDA E CONSEQUENTE

29 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento nº 1.112.981/RJ (2008/0243275-1)*. Relator: Min. Benedito Gonçalves, 3 de abril de 2009.

30 RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça (7. Câmara Cível). *Apelação Cível nº 0045018-32.2006.8.19.0001 (2008.001.01156)*. Relator: Des. Jose Geraldo Antonio, 20 de fevereiro de 2008.

INDENIZAÇÃO NA HIPÓTESE DE SINISTRO, CONFORME JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA DESTE EGRÉGIO TRIBUNAL. RECURSO CONHECIDO, AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO, NOS TERMOS DO ART. 557, *CAPUT*, DO CPC.”³¹

“DIREITO ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. FURTO DE VEÍCULO EM VIA PÚBLICA. SISTEMA VAGA CERTA. ESTACIONAMENTO ROTATIVO ABERTO ADMINISTRADO PELA SMTR. AUSÊNCIA DE CONTRATO DE DEPÓSITO A ENSEJAR O DEVER DE GUARDA E VIGILÂNCIA. EXERCÍCIO DO DEVER DE POLÍCIA DO MUNICÍPIO. UTILIZAÇÃO ORDENADA DO ESPAÇO PÚBLICO. APLICAÇÃO DO ARTIGO 3º, PARÁGRAFO ÚNICO, DO DECRETO MUNICIPAL Nº 16.393/97. PRECEDENTES DESTA CORTE DE JUSTIÇA. SEGUIMENTO QUE SE NEGA LIMINARMENTE AO RECURSO.”³²

“RESPONSABILIDADE CIVIL. VAGA CERTA. FURTO DE VEÍCULO. 1. Quem opta por estacionar em via pública, ainda que em local permitido, não busca encontrar ali a guarda ou segurança de seu veículo, mas apenas dispor de um local conveniente para estacionar. 2. Ainda que se examinasse a questão à luz da teoria do risco administrativo outro não poderia ser o resultado, até porque, ainda que diante de responsabilidade objetiva, seria necessário comprovar a conduta do agente público causador a do dano que se alega. 3. desprovimento do recurso.”³³

5 Os Veículos Estacionados e o Dever de Fiscalização

O art. 24, X, do Código de Trânsito Brasileiro³⁴ estabelece que compete aos órgãos de trânsito dos Municípios implantar, manter e operar sistema de estacionamento rotativo pago nas vias, denominados de área azul, mediante concessão ou permissão por meio de licitação na forma do art. 175 da CF.

Soma-se o entendimento daqueles que entendem que o “serviço de estacionamento prestado por empresa permissionária não se esgota na venda do talão, mas se estende à garantia de rotatividade e à fiscalização do sistema”:³⁵

31 RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça (2. Câmara Cível). *Apelação Cível nº 0043912-93.2010.8.19.0001*. Relator: Des. Jaime Dias Pinheiro Filho, 13 de julho de 2015.

32 RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça (1. Câmara Cível). *Apelação Cível nº 0400561-39.2009.8.19.0001*. Relator: Des. Custódio Tostes, 4 de dezembro de 2012.

33 RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça (15. Câmara Cível). *Apelação Cível nº 0182979-10.2009.8.19.0001*. Relator: Des. Jacqueline Montenegro, 22 de novembro de 2012.

34 Redação dada pela Lei nº 13.154, de 2015.

35 TAMG (3. Câmara Civ.). AC 254.187-7. Relator: Juiz Dorival G. Pereira. *DJMG*, 23 set. 1998.

“A cláusula de ‘não indenizar’, constante dos cartões de estacionamento, é tida como ineficaz, e, por conseguinte, nula de pleno direito, ante a legislação de proteção ao consumidor. A comprovação de furto de veículo se faz por registro policial e pelo controle de rotatividade mantido pela empresa permissionária, não se exigindo prova escorreita de dúvida, o que levaria a impossibilitar tal indenização.”³⁶

Comunga-se, ainda, com o entendimento pretoriano:

“A operadora de área de estacionamento concedida pelo município tem a obrigação de reparar o dano decorrente de furto de veículo ali estacionado, dever que advém do descumprimento do contrato independentemente da indagação de culpa (art. 14 do Código de Defesa do Consumidor). Se o veículo é recuperado em mau estado, em razão de avarias, impõe-se sua completa recuperação, independentemente de seu valor de mercado, pois o lesado não está obrigado a aceitar sua substituição por outro. Recursos desprovidos.”³⁷

Há discussão doutrinária a respeito da natureza jurídica do estacionamento de veículo em via pública denominado área azul. Trata-se de contrato de adesão de guarda de veículos ou de depósito? Contrato de permissão de uso de via pública?

Predomina o entendimento, inclusive na Jurisprudência, de que, no estacionamento rotativo em via pública, inexistente contrato de depósito a ensejar o dever de guarda e vigilância. “Quem opta por estacionar em via pública, ainda que em local permitido, não busca ali guarda ou segurança de seu veículo, mas apenas dispor de local conveniente para estacionar... demonstrando assim o exercício do dever de polícia do município na utilização ordenada do espaço público.”³⁸

No juízo destes autores, não se trata de contrato de guarda, ou mesmo de depósito, como acontece em alguns estacionamentos privados. Na visão administrativista, é uma permissão de utilização do espaço público e, na visão consumerista, é um serviço de estacionamento com previsão no Código de Defesa do Consumidor. Salvo melhor juízo, na visão consumerista, não prevalece o fundamento de que as empresas que exploram os estacionamentos rotativos são isentas da responsabilidade por ocasião de danos causados aos veículos estacionados nas áreas demarcadas pelo poder público.

36 *Idem.*

37 RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça (5. Câmara Cível). *AC 1.689/99*. Relator: Des. Carlos Raymundo, 16 de março de 1999.

38 RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça (8. Câmara Cível). *Apelação Cível nº 0014940-02.2013.8.19.0004*. Relatora: Des. Norma Suely, 19 de julho de 2016.

Conforme citado, o art. 37, § 6º, da CF instituiu a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de direito público e de direito privado e das prestadoras de serviço público. Verifica-se assim, por conseguinte, a responsabilidade das empresas permissionárias a indenizarem por danos causados, em decorrência de ato comissivo ou omissivo, praticado por seus agentes quando do exercício da função pública.

Celso Antônio Bandeira Melo sustenta que fica caracterizada a existência da responsabilidade civil das empresas permissionárias. A empresa que explora a rotatividade do estacionamento público localizado nas áreas públicas não se esgota a partir da venda do bilhete ou do cartão, possuindo atividade fiscalizatória, dentre os serviços colocados à disposição do usuário.

Não se pode esquecer que seus funcionários, na qualidade de fiscais e vendedores dos cartões de controle de horários, circulam permanentemente em zonas previamente estabelecidas pela permissionária, seja para efetuar o controle, como também para aplicar a multa devida, caso algum usuário ultrapasse o tempo permitido ou estacione na zona azul sem o devido cartão adquirido e corretamente preenchido.

É crível acreditar que o usuário-consumidor, ao adquirir um cartão de estacionamento zona azul e ao parquear o seu veículo nos termos contratados, assim o faz com a certeza de que seu automóvel está sendo cabalmente fiscalizado pelos prepostos da permissionária do serviço público, ou, em outras palavras, que esse veículo, durante o período compreendido na cartela, estará sob a vigilância dos prepostos da requerida.³⁹

Em relação à prestação de serviço, sustenta Arnold Wald que o prestador assume a obrigação de efetuar a prestação contratada, sendo, para tanto, remunerado, respondendo por qualquer espécie de *eventus damni* que venha a dar causa. Assim, a prestação de serviço enquadra-se no conceito definido no art. 3º, § 2º, da Lei nº 8.078/90.⁴⁰

Nesse diapasão, uma prestação de serviço caracteriza-se por representar um vínculo no qual se tem, de um lado o prestador/fornecedor, que coloca no mercado serviço visando ao atendimento das necessidades da coletividade e, do outro, o consumidor/contratador do serviço, que, para o seu consumo individual, contrata aquele serviço oferecido no mercado a fim de satisfazer-se.

39 SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível nº 03.019568-8*. Relator Originário: Dionízio Jenczac. Relator Designado: Des. Orli Rodrigues, 23 de novembro de 2004.

40 “Art. 3º (...) § 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.”

Conclusão

Este ensaio jurídico consignou as doutrinas administrativista e consumerista relacionadas à questão dos estacionamentos em via pública, registrando cada doutrina, da possibilidade ou não de responsabilizar o proprietário de veículo por danos sofridos ao veículo estacionado em logradouro público (área azul, estacionamento rotativo etc.).

Na opinião dos doutrinadores administrativistas, o entendimento predominante, hoje, é no sentido de que a estatal ou o próprio ente federativo municipal não responderiam pelos danos causados, porque não teria celebrado contrato com o proprietário do veículo e não teria havido depósito nem guarda, mas mero exercício do poder de polícia quanto ao uso de vagas públicas para estacionamento, tendo em vista que a finalidade de tais estacionamentos é a ordenação do trânsito e o aproveitamento dos espaços públicos, inexistindo responsabilidade contratual, pois, ao receber o veículo no estacionamento, o ente municipal ou a estatal não assumem o dever de guarda (obrigação de resultado) que só pode ser afastado por uma das causas que excluem o nexo causal.

Reconhecem os administrativistas que a responsabilidade civil no CDC é objetiva pelo fato do serviço na forma do artigo 14 do CDC, sendo que a estatal responde de forma comissiva como prestadora de serviço público, subordinando-se ao Código de Defesa do Consumidor. Contudo, a responsabilidade do poder público pela omissão de dever não é objetiva, e sim subjetiva, caso tivesse que se provar a culpa do seu preposto (falta de vigilância). Nesse sentido, seria inaplicável o art. 37, § 6º, da Constituição Federal, porque há contrato entre as partes e o citado artigo só se aplica à responsabilidade extracontratual.

Na visão dos consumeristas, fica caracterizada a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos serviços de estacionamento em vias públicas, uma vez que o cidadão que remunera pelo serviço de estacionamento é considerado consumidor e a empresa prestadora do serviço da área azul é considerada fornecedora do serviço. O consumidor, ao fazer uso do estacionamento público, arca com a obrigação de pagar pela área azul, de modo que, ocorrendo dano ou perda do veículo, será demonstrada a má qualidade na prestação de serviço, gerando o dever de indenizar por parte do Estado.

As empresas privadas que exploram o serviço de estacionamento rotativo concedido pela Administração Pública equiparam-se aos estacionamentos particulares, pois prestam serviços do mesmo gênero, recebendo a contraprestação do contratante, e, assim, são também responsáveis por qualquer eventual indenização.

Se o Poder Público opta por instalar o estacionamento rotativo em suas vias públicas, cobrando uma remuneração do usuário-consumidor, também deverá ser responsável pelos danos causados aos veículos estacionados em decorrência da ausência de fiscalização. A remuneração do serviço de estacionamento, sob regime de preço público, é de responsabilidade do Poder Público e das empresas permissionárias, com aplicação da responsabilidade objetiva, respondendo pelos danos causados nos veículos estacionados.

Conforme citado, a Constituição Federal, no artigo 37, § 6º, atribuiu a responsabilidade objetiva do Estado, das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado, prestadoras de serviços públicos, estendendo essa responsabilidade a todos os prestadores de serviços públicos. Também é cediço que a responsabilidade civil do Estado é subsidiária, respondendo o prestador do serviço diretamente pelos danos causados ao cidadão.

Por fim, Yussef Said Cahali leciona que:

“A exclusão da responsabilidade objetiva e direta do Estado (da regra constitucional) em reparar os danos causados a terceiros pelo concessionário (como também o permissionário ou autorizatário), assim admitida em princípio, não afasta a possibilidade do reconhecimento de sua responsabilidade indireta (por fato de outrem) e solidária, se em razão da má escolha do concessionário a quem a atividade diretamente constitutiva do desempenho do serviço, foi concedida, ou desídia na fiscalização da maneira como este estaria sendo prestado à coletividade, vem a concorrer por esse modo para a verificação do evento danoso.”⁴¹

A Lei do Usuário do Serviço Público (Lei 13.460/2017) reconhece a aplicação do Código de Defesa do Consumidor na hipótese da existência de uma relação de consumo,⁴² aplicando-se subsidiariamente aos serviços públicos prestados por particular (§ 3º).⁴³ Nesse sentido, é notório que a responsabilidade do poder público, em relação à concessão de serviços públicos ela subsidiária, significando dizer que o Estado possui também responsabilidade pelos danos causados aos usuários do serviço público de forma supletiva.

Na hipótese de os estacionamentos em via pública, a concessão é conferida ao particular para explorar atividade de vagas certas para que veículos particulares possam estacionar em logradouro público. Geralmente, é escolhido particular para esse fornecimento de serviço mediante remuneração

41 CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 151.

42 Art. 1º, § 2º, II, da Lei nº 13.460/2017.

43 Art. 1º, § 3º, da Lei nº 13.460/2017.

por meio de licitação, razão pela qual se denominam essas pessoas, físicas ou jurídicas, como fornecedor.

Por fim, o poder público deve exigir na sua licitação que a pessoa que irá prestar esse serviço público mediante remuneração também seja responsável pelo patrimônio do veículo estacionado em logradouro público e não somente responsável pelo recolhimento do valor do estacionamento, mas também pelos danos de forma direta e o poder público de forma secundária.

É mister o reconhecimento da aplicação do Código de Defesa do Consumidor a esse serviço público impróprio, prestado ao usuário/consumidor, na forma do art. 6º, X, delegado a empresa particular, não podendo o Estado eximir a sua responsabilidade civil em face de danos causados aos veículos estacionados em áreas cedidas pelo poder público (estacionamento rotativo).

TITLE: The administrative and consumerist doctrine in relation to rotary parking on public street: civil responsibility of the public authorities and service providers for damages caused to vehicles.

ABSTRACT: The purpose of this essay is to reflect the civil liability of the Government and suppliers for the damage caused to vehicles parked on public roads. The prevailing understanding is that parking on public roads is not the responsibility of the supplier and the public may, due to the allocation of public space for the user to park, not characterize a private parking operated by a company in which civil liability for damages caused to as a result of the nature of the parking service regulated by the Consumer Protection Code.

KEYWORDS: Parking. Off Street. Responsibility.

Referências

- ABREU E SILVA, Roberto de. Responsabilidade civil constitucional. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro: EMERJ, v. 4, n. 16, p. 60-72, 2001. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista16/revista16_60.pdf. Acesso em: 10 nov. 2021.
- ANDRADE, Roberto Braga de. Fornecimento e consumo de serviços: em busca de uma formação dogmática. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: RT, v. 16, p. 63-77, out./dez. 1995.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BARBOSA, Sandra Pires. O usuário de telecomunicações. *Revista de Direito Administrativo*, n. 227, p. 231-251, 2002.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 nov. 2021.
- BRASIL. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/8078compilado.htm. Acesso em: 10 nov. 2021.
- BRASIL. *Lei nº 13.154, de 30 de julho de 2015*. Altera a Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 – Código de Trânsito Brasileiro, a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e a Lei nº 13.001, de 20 de junho de 2014; e dá outras providências. Brasília, DF:

Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113154.htm. Acesso em: 10 nov. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.460, de 26 de junho de 2017. Dispõe sobre participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública. Brasília, DF: Presidência da República, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113460.htm. Acesso em: 10 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 130. A empresa responde, perante o cliente, pela reparação de dano ou furto de veículo ocorridos em seu estacionamento. *DJ*, 4 abr. 1995. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2010_9_capSumula130.pdf. Acesso em: 10 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento nº 1.112.981/RJ (2008/0243275-1)*. Relator: Min. Benedito Gonçalves, 3 de abril de 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). REsp 1396925/MG. Relator: Min. Herman Benjamin, 5 de novembro de 2014. *DJe*, 26 fev. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1. Turma). AgRg no AREsp 372327/RJ. Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima, 5 de junho de 2014. *DJe*, 18 jun. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1. Turma). AgRg no REsp 1421766/RS. Relator: Min. Olindo Menezes, 17 de dezembro de 2015. *DJe*, 4 fev. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). AgRg no AREsp 546265/RJ. Relator: Min. Og Fernandes, 7 de outubro de 2014. *DJe*, 15 out. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). Agrg no Aresp 479632/MS. Relatora: Min. Assuete Magalhães, 25 de novembro de 2014. *DJe*, 3 dez. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Seção). Eresp 1097266/PB. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 10 de dezembro de 2014. *DJe*, 24 fev. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). REsp 1595018/RJ. Relator: Min. Humberto Martins, 18 de agosto de 2016. *DJe*, 29 ago. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). Resp 1469087/AC. Relator: Min. Humberto Martins, 18 de agosto de 2016. *DJe*, 17 de novembro de 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). Agint no Agrg no Ag 1225135/SP. Relatora: Min. Maria Isabel Gallotti, 4 de agosto de 2016. *DJe*, 12 ago. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). Agrg no Aresp 586409/PR. Relator: Min. Antonio Carlos Ferreira, 4 de agosto de 2015. *DJe*, 13 ago. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). Resp 974138/SP. Relator: Min. Raul Araújo, 22 de novembro de 2016. *DJe*, 9 dez. 2016.

CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 1995.

CUNHA, Belinda Pereira da. Da proteção do consumidor de serviços. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: RT, v. 30, p. 18-27, abr./jun. 1999.

CUNHA, Renato Alves Bernardo da. *Serviços públicos essenciais: o princípio da continuidade e o inadimplemento do consumidor*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2004.

DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. *Direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

DI SPIRITO, Marco Paulo Denucci. Os serviços de saneamento: afronta ao Código do Consumidor e às leis ambientais. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: RT, v. 42, p. 241-274, abr./jun. 2002.

FERREIRA, William Santos. Estacionamento: roubo de veículo: força maior. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: RT, v. 11, p. 212-217, jul./set. 1994.

LAZZARINI, Álvaro. Serviços públicos nas relações de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: RT, v. 29, p. 21-28, jan./mar. 1999.

LUCCA, Newton de. *Direito do consumidor*. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

- LUCCA, Newton de. Globalização, mercados comuns e o consumidor de serviços: os processos de integração comunitária e a questão da defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: RT, v. 26, p. 154-158, abr./jun. 1998.
- MADEIRA, José Maria P. *Administração pública*. 14. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2016. t. I.
- MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. A proteção dos usuários de serviços públicos: a perspectiva do direito do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: RT, v. 37, p. 77-91, jan./mar. 2001.
- MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 2002.
- MARQUES, Cláudia Lima. Direitos básicos do consumidor na sociedade pós-moderna de serviços: o aparecimento de um sujeito novo e a realização de seus direitos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: RT, v. 35, p. 61-96, jul./set. 2000.
- MARTINS, Plínio Lacerda. *Anotações ao Código de Defesa do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- MENEZELLO, Maria d'Assunção C. Código de Defesa do Consumidor e a prestação dos serviços públicos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: RT, n. 19, p. 232-235, jul./set. 1996.
- MOURA, Rafael Moraes; PIRES, Breno. STF derruba exigência de segurança em estacionamentos gratuitos. *Estadão*, São Paulo, 1º ago. 2017. Disponível em: <http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,stf-derruba-exigencia-de-seguranca-em-estacionamentos-gratuitos-oferecidos-por-estabelecimentos,70001918919>. Acesso em: 15 ago. 2017.
- PASQUALOTTO, Adalberto. Os serviços públicos no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: RT, v. 1, p. 130-148, jan./abr. 1992.
- PEREIRA, César A. Guimarães. *Usuários de serviços públicos: usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos*. São Paulo: Saraiva, 2008.
- PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Serviços públicos concedidos e proteção do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: RT, v. 36, p. 164-175, out./dez. 2000.
- RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça (1. Câmara Cível). *Apelação Cível nº 0400561-39.2009.8.19.0001*. Relator: Des. Custódio Tostes, 4 de dezembro de 2012.
- RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça (2. Câmara Cível). *Apelação Cível nº 0043912-93.2010.8.19.0001*. Relator: Des. Jaime Dias Pinheiro Filho, 13 de julho de 2015.
- RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça (5. Câmara Cível). *AC 1.689/99*. Relator: Des. Carlos Raymundo, 16 de março de 1999.
- RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça (7. Câmara Cível). *Apelação Cível nº 0045018-32.2006.8.19.0001 (2008.001.01156)*. Relator: Des. Jose Geraldo Antonio, 20 de fevereiro de 2008.
- RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça (8. Câmara Cível). *Apelação Cível nº 0014940-02.2013.8.19.0004*. Relatora: Des. Norma Suely, 19 de julho de 2016.
- RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça (15. Câmara Cível). *Apelação Cível nº 0182979-10.2009.8.19.0001*. Relator: Des. Jacqueline Montenegro, 22 de novembro de 2012.
- RODYCZ, Wilson Carlos. A responsabilidade civil das empresas privadas por danos causados na prestação de serviços públicos delegados. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: RT, v. 45, p. 192-227, jan./mar. 2003.
- SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível nº 03.019568-8*. Relator Originário: Dionízio Jenczac. Relator Designado: Des. Orli Rodrigues, 23 de novembro de 2004.
- TAMG (3. Câmara Civ.). *AC 254.187-7*. Relator: Juiz Dorival G. Pereira. *DJMG*, 23 set. 1998.
- WALD, Arnoldo. *Direito civil: responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 7.

Recebido em: 15.12.2021

Aprovado em: 04.01.2022

Poderes Emergenciais e a Ciência Comportamental: Duelo entre *Nudges* e o Leviatã

FILIPE XAVIER RIBEIRO

Mestrando em Direito pela UFBA;
e-mail: xavier.sl.adv@gmail.com.

RESUMO: De que modo se compatibilizam Poderes Emergenciais e Estado de Direito? O problema proposto é a tensão inerente entre, de um lado, a necessidade de poderes atípicos para que o governante possa agir de forma rápida e eficaz em situações de perturbação da ordem pública e, de outro, a configuração do Estado Democrático de Direito e a vinculação das pessoas ao contrato social. O tema possui relevância atual e justifica-se em razão da utilização desses poderes no enfrentamento da pandemia de SARS-Cov-19. Objetivou-se, com utilização da *Behavioral Law Economics*, identificar os impactos da forma com a qual esses poderes são exercidos no comportamento das pessoas. Constatou-se, ao final, que a utilização de *nudges*, bem como a recondução da *psiqué* coletiva ao *status quo* são indispensáveis pra preservação do *rule of law*. *Nudge* é definido como uma intervenção que afeta o comportamento da pessoa, mantendo a sua liberdade de escolha.

PALAVRAS-CHAVE: Poderes Emergenciais. Calamidade Pública. Psicologia Coletiva. *Behavioral Law Economics*.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Contrato Social e o Estado de Direito. 2 Princípio da Proteção da Confiança. 3 Metodologia da *Law and Economics*; 3.1 *Behavioral Law Economics* e as Políticas Públicas. 4 Dos Poderes Emergenciais; 4.1 O Modelo Brasileiro à Luz da Ciência Comportamental. Conclusões. Referências.

Introdução

O Estado Democrático de Direito possui como alicerces a existência de mecanismos de contenção de investidas autoritárias e o respeito aos direitos e garantias individuais das pessoas. Ocorre que isso pode tornar os governos incapazes de exercer respostas rápidas e efetivas em situações emergenciais.

Do ponto de vista sociológico, o contrato social representa o abandono das pessoas ao estado da natureza para poder viver de forma ordeira e harmoniosa,

por intermédio da organização estatal da sociedade. A necessidade de utilização de poderes capazes de suspender direitos e garantias individuais para enfrentar emergências gera tensão na aderência das pessoas ao contrato social e à configuração do Estado de Direito. Esse é o problema a ser enfrentado neste artigo.

O assunto será abordado, de forma interdisciplinar, pelo ângulo da sociologia, tendo a teoria estrutural-funcional de Niklas Luhmann como marco teórico; da ciência jurídica, com esboço em Boaventura de Souza Santos, José Joaquim Gomes Canotilho e Valter Shuenquener Araújo, bem como da *Behavioral Law Economics*, sobretudo em vista dos apontamentos efetuados por Cass Sunstein acerca da crescente utilização da ciência comportamental para qualificação de políticas públicas, inclusive no combate à pandemia de SARS-CoV-19.

Reputa-se importante investigar os modos de compatibilização dos Poderes Emergenciais com o Estado Democrático de Direito, com ênfase no comportamento das pessoas, visto que ele é o que determinará o abandono ou não do estado da natureza, em alguma medida, para a vida coletiva. Almeja-se, com isso, contribuir para a redução da tensão que é inerente a esse tipo de situação, bastante atual em razão da pandemia pela qual atravessou a humanidade nos anos de 2020 e 2021.

Cuida-se de trabalho científico de espécie reflexiva, por meio do qual se demonstram, de forma analítica, os resultados das investigações empíricas da economia comportamental para, ao final, realizar-se posicionamento crítico e construtivo sobre o problema proposto. A metodologia utilizada será dedutiva. A maior premissa da qual se partirá é a manutenção do Estado de Direito e vinculação das pessoas ao contrato social durante e após a utilização dos Poderes Emergenciais. Dessa equação partirão as constatações jurídicas, sociológicas e empíricas da *Behavioral Law and Economics* de forma decompositiva até se conduzir ao posicionamento preciso sobre o dilema. Há, desse modo, construção dogmática via pesquisa tanto epistemológica quanto instrumental.

Inicia-se com a revisão da literatura pertinente da sociologia e do direito, com ênfase na construção do princípio da proteção da confiança no Estado brasileiro. Na segunda parte do trabalho, serão investigados os apontamentos da *Behavioral Law Economics* acerca das questões que influem positiva e negativamente o comportamento das pessoas. Ao final, serão realizadas as anotações conclusivas com o encerramento do raciocínio dedutivo.

1 Contrato Social e o Estado de Direito

Boaventura de Souza Santos (1988, p. 2) expressa que o contrato social é a metáfora fundadora da racionalidade social e da renúncia do estado natural pelos contratantes. Disso resulta a constatação que é a diacronia do

contrato social. Os critérios de inclusão e exclusão contratual consistem em um campo de luta entre interesses plúrimos e os resultados desse embate são as cláusulas contratuais redigidas. As tensões e antinomias fazem parte da lógica operacional (SANTOS, 1988, p. 6).

Mas, se o contrato social possui uma dialética que lhe é inerente, critérios de inclusão, bem como de exclusão, o que, afinal, desperta nas pessoas a vontade de se manterem contratualizadas?

Émile Durkheim, ao realizar análise crítica da obra de Hobbes, debruçou-se sobre as circunstâncias fáticas que criariam a vinculação das pessoas ao contrato e concluiu que o elemento aglutinador seria fundado na confiança (ARAÚJO, 2009, p. 11). Contudo é nas teorias do sociólogo alemão Niklas Luhmann em que este texto se fundamentará primordialmente acerca desse assunto. Isso porque o autor, além de ter se dedicado ao tema em farta produção, pautou-se pela interdisciplinaridade, ou seja, possui traços comuns com a *Law and Economics*. Além de dialogar com a psicologia e economia, buscou inovações conceituais na biologia e na cibernética, o que se traduziu em clareamento dos fenômenos sociais.

A sociologia luhmanniana entende ser a complexidade a principal questão a ser resolvida pela sociedade. Propõe o sociólogo a chamada Teoria Funcional-Estrutural, marcada pela diferença entre o ambiente e o sistema, cuja identidade, desse modo, é construída em uma relação do “fora” com o “dentro” (MOTA, 2016, p. 184).

Para Luhmann (2005), o complexo não é o estado do “ser”, mas a totalidade dos acontecimentos possíveis na relação entre o sistema e o mundo. Se isso é verdade, então também é pressuposta a necessidade de um redutor da complexidade social que faça uma pré-seleção das possibilidades, generalizando-se expectativas.

A generalização da expectativa pauta o conceito de normalidade dentro do sistema, o que é possível e o que não é. Uma das formas de se operacionalizar essa atividade é por meio da história, considerada meio indispensável por Luhmann (2005, p. 98), visto que “o passado já não tem mais possibilidades. É complexidade reduzida”.

Nessa senda, ocorre o traslado do futuro para o passado, o que faz concluir que o elemento redutor da complexidade social é a confiança, uma vez que “quem demonstra confiança, antecipa o futuro. Ele age como se o futuro fosse para ele mais seguro” (LUHMANN, 2005, p. 98). Sem confiança, apenas formas muito elementares de relações sociais são possíveis, o que revela sua capacidade de potencializar o desenvolvimento humano e estabilizar a convivência coletiva.

Do ponto de vista estrutural desse redutor de complexidade, Luhmann realiza três constatações relevantes (MOTA, 2016, p. 191). A primeira é a de que o risco constitui elemento fundamental da confiança. Confiar significa cada vez mais que situações consideradas perigosas não o são, em razão das decisões tomadas que impõem ao agente decisor a responsabilidade pelas consequências. A interpretação do sistema ocorre de forma seletiva, opta-se pelos dados aparentemente mais relevantes e interpreta-se de modo a lhe dar sentido. Como nesse processo muitas informações são encobertas, o ato de confiar é inevitavelmente um ato de risco.

A segunda constatação é a de que o desenvolvimento da confiança demanda que as ações sejam percebidas como pessoais. Nesse sentido, os agentes devem ter liberdade de agir de forma contrária, ou mesmo de não agir. Luhmann (2005) remete-se a Hobbes para comentar que isso representa solução para o Leviatã, ou seja, para o autoritarismo. Explica, também, a experiência fracassada de Estados autoritários, como fascismo e comunismo, marcados pelo corrompimento da confiança da população e também de outros Estados soberanos.

A última constatação é que os sistemas sociais complexos exigem que os indivíduos se tornem reflexivos. Nessa senda, confiança e desconfiança são “equivalentes funcionais”. Ambos reduzem a complexidade social. A diferença é que a confiança é caracterizada pelas expectativas positivas e a desconfiança, por negativas. “Logo, o problema da disposição para confiança consiste não de um acréscimo de segurança sob diminuição adequada de insegurança; ele está, ao contrário, em um acréscimo de insegurança sustentável ao custo de segurança” (LUHMANN, 2000b, p. 195).

Deslocando-se da sociologia interdisciplinar de Luhmann para a ciência jurídica, Canotilho (1999) concorda com o exposto e afirma que é o Estado de Direito que, por intermédio de um conjunto de princípios, estrutura a ordem jurídica de forma a dar segurança e confiança às pessoas. Constata o constitucionalista que a “experiência comum revela que as pessoas exigem fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência aos actos dos poderes públicos, de forma a poderem orientar a sua vida de forma segura, previsível e calculável” (CANOTILHO, 1999, p. 25).

O Estado de Direito encontra-se historicamente assentado na separação de poderes e na legalidade, segundo a concepção de que a atividade legislativa funcione como mecanismo de freio ao autoritarismo estatal. Canotilho (1999) concorda com isso, mas reconhece essa concepção insatisfatória e entende que a lei perdeu prestígio e importância por terem transportado elas próprias os

lenhos da injustiça e não do direito. Sendo assim, o Estado de Direito, para ser democrático necessita de requisitos adicionais (CANOTILHO, 1999, p. 26).

Viu-se que, do ponto de vista sociológico, não há como dissociar a confiança do contrato social. Já do ponto de vista jurídico, a segurança jurídica e a confiança são inerentes à configuração do Estado Democrático de Direito. Ainda que regido pela legalidade, sem esses elementos, ele não se configura, é fórmula vazia. Disso resulta o reconhecimento do caráter principiológico da proteção da confiança, ou seja, como mandamento de otimização, no sentido de implementar na maior medida possível.

2 Princípio da Proteção da Confiança

Valter Shuenquener de Araújo (2009, p. 12) sustenta que a confiança está relacionada à redução da falta de informações sobre condutas futuras e do risco quanto a incertezas. Além disso, atribui relevância ao quesito reputação e anota que ela tem a função de fazer com que a análise do custo-benefício de uma relação de confiança tenha mais durabilidade.

A história do Direito conta que a gênese do princípio geral da proteção da confiança remonta ao episódio conhecido como Sínodo Cadavérico (ARAÚJO, 2009, p. 17), no ano de 896. O papa Formoso foi submetido a julgamento póstumo e condenado à excomunhão; seu corpo foi despido e teve os dedos da mão direita decepados.

A condenação fez com que a nomeação como Papa e todos os seus efeitos fossem anulados de modo *ex tunc*. Ocorre que as consequências dessa anulação forçaram o Direito Canônico a considerar a preservação dos atos, em razão da confiança neles depositadas pelas pessoas. Está-se diante da modulação de efeitos, fórmula bastante difundida nos dias atuais.

Araújo (2009) analisou de forma crítica o enfrentamento do problema do direito intertemporal, sobretudo na jurisprudência, por entender como representativo do nível de relevância com o qual o Estado trata a confiança. Afirma o autor que o conflito de normas no tempo é tradicionalmente resolvido por meio da dicotomia entre expectativa de direitos e direitos adquiridos. Nesse sentido, uma nova norma possui eficácia nas relações em que não haja direito adquirido, visto que, nesse caso, o particular tem, para utilizar expressão cunhada na jurisprudência brasileira, mera expectativa de direito, como se isso fosse algo irrelevante.

Refuta-se o argumento de que não há direito adquirido a regime jurídico ou à imutabilidade da legislação. Para o autor, o legislador é considerado “senhor das expectativas” ao poder dispor livremente sobre os regulamentos,

sem que a confiança existente nos destinatários seja protegida. De toda sorte, Araújo (2009) considera que a apontada dicotomia não conduz a uma solução satisfatória para o problema. A sugestão é que o Direito Público avance para tutelar as expectativas em desenvolvimento de um sujeito de Direito. Deve haver uma gradação de modo que o nível de proteção varie conforme o nível de confiança depositada numa situação (ARAÚJO, 2009, p. 81).

Ainda que não haja direito adquirido, mas presente a legítima confiança do particular, a nova norma não deve ter efeitos imediatos de forma indistinta. Cabe a adoção de solução intermediária, conforme circunstâncias do caso concreto, de modo a tutelar a confiança e a reputação estatal.

3 Metodologia da *Law and Economics*

Efetuada a revisão da literatura acerca do contrato social, Estado de Direito e princípio da proteção da confiança, passa-se a realizar a leitura dos mesmos assuntos, contudo, à luz da Análise Econômica do Direito.

A economia aplicada ao direito é antes de tudo um método de investigação do comportamento humano, ou seja, um instrumento de análise das reações aos estímulos em um ambiente de recursos escassos (GICO JÚNIOR, 2010, p. 12). A AED pode ter uma abordagem positiva, relacionada a um critério de verdade (o que é), ou uma abordagem normativa, relacionada a um critério de valor (o que deve ser) (GICO JÚNIOR, 2010, p. 19).

A abordagem positiva implica em uma aferição de prognose. Ela é eminentemente descritiva, oportunidade em que o jurista precisa os contornos fáticos e as consequências de determinada atividade em um contexto definido. A abordagem normativa, por seu turno, permite o aconselhamento da escolha de uma política pública em detrimento de outra. A análise é qualitativa. Para isso, alerta-se que o critério normativo, isto é, o objetivo a ser alcançado, deve estar previamente acertado.

No presente artigo, a abordagem será positiva e normativa. Almeja-se compreender o comportamento do cidadão diante dos Poderes Emergenciais e na forma de sua utilização. O objetivo previamente definido, para fins deste trabalho, é a utilização desses Poderes de modo a preservar a vinculação das pessoas ao contrato social e a manutenção do Estado como Democrático de Direito.

3.1 *Behavioral Law Economics* e as Políticas Públicas

A microeconomia parte do pressuposto de que, em um ambiente de escassez de recursos, materiais e imateriais (o tempo, por exemplo), o indivíduo racional toma suas decisões pautado por uma análise racional de custos e benefícios e aversão a perdas. Ocorre que se percebeu a citada racionalidade como limitada, seja porque nem sempre os agentes econômicos possuem a totalidades das informações, seja porque aspectos irracionais influem nas preferências dos indivíduos de modo que existem desvios comportamentais que devem ser considerados.

Cass Sunstein (1997, p. 11) pontua que erros cognitivos e desvios motivacionais podem pressionar as decisões e que o futuro da *Law and Economics* passa pelo aperfeiçoamento dessas análises. Observa, também, que alguns indivíduos tomam decisões na intenção de que as demais pessoas os vejam como justos. Nesse caso, há uma variação do comportamento racional pautado na acumulação de riquezas, se embargo considerar-se que os bens intangíveis também configuram vantagens na escolha racional.

Neste contexto a economia neoclássica abriu espaço para que a psicologia e a neurociência participassem do debate acerca do comportamento humano o que deu origem à denominada *Behavioral Law and Economics*, assunto do qual se ocupará nas linhas abaixo.

A limitação da racionalidade era tema já visitado por George Akerlof, Michael Spence e Joseph Stilitz (RIBEIRO; KLEIN, 2011, p. 100). Os três economistas receberam o Prêmio Nobel de 2001 em razão do desenvolvimento da teoria da assimetria da informação.

Sustentam que, em uma relação econômica, uma das partes pode conhecer com mais detalhes os aspectos relacionados ao objeto da transação ou, ainda, outras partes desconfiarem de um dado ou outro. Desse modo, alteram-se as premissas do comportamento racional dos agentes econômicos e modifica-se a estrutura de preços do mercado.

Nesse contexto, a título de exemplo de desajuste nas relações, caso o comportamento desonesto seja praticado e haja complacência, o mercado precifica o fenômeno e passa a se trabalhar com a perspectiva da desonestidade, ou seja, todas as pessoas pagarão um sobrepreço ou um subpreço. Verifica-se, então que a confiança, cuja proteção é defendida por Araújo (2009), Canotilho (1999) e Luhmann (2005), para a *Law and Economics* pode ter um significado positivo ou negativo a depender do objetivo previamente definido.

Não há dúvidas de que a confiança a que se almeja tutela jurídica é a representativa do bom funcionamento da sociedade e do Estado, de forma

que as pessoas volitivamente abram mão do estado natural para conviver em harmonia.

O professor Erich Kirchler, chefe da Faculdade de Psicologia da Universidade de Viena, elaborou a denominada “*slippery slope framework*” e a divulgou, dentre outros veículos, na obra *The economic psychology of tax behavior*. Nesse trabalho compilaram-se numerosas pesquisas empíricas e interdisciplinares para evidenciar e explicar os elementos psíquicos que conduzem o contribuinte ao *compliance* tributário, ou seja, em abrir mão de forma espontânea de seu patrimônio para construir a coletividade.

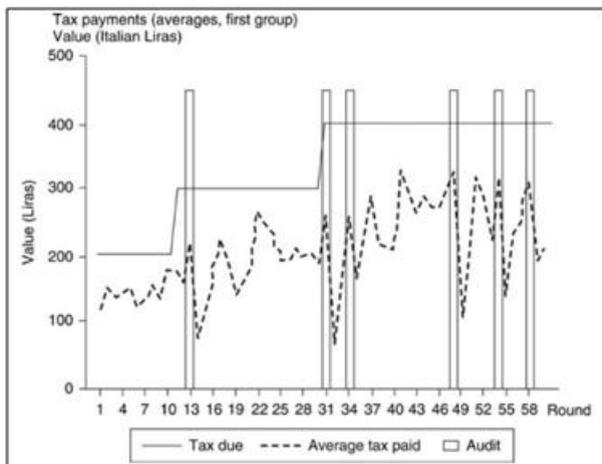
Adepto da *Behavioral Law and Economics*, Erich Kirchler (2007, documento não paginado) refuta a ideia de que a tomada de decisões dos agentes ocorre de forma apenas racional, bem como de que o *compliance* tributário é determinado pela quantidade de poderes das autoridades fiscais. Segundo se apurou nos estudos de Viena, a interação entre autoridades fiscais e o contribuinte é uma variável considerável. Se o clima é de desconfiança mas o Estado possui legitimidade e poderes para controlar penalizar o cidadão evasor, então o *compliance* é alcançado. Contudo, se o ambiente é caracterizado pela confiança, o poder das autoridades tem menor importância, pois a conformidade tributária será voluntária.

O clima de hostilidade, no qual o Estado vê o indivíduo com uma postura de engodo, de busca por ludibiar a norma de forma impune, simula ambiente do “jogo de gato e rato”. Isso faz com que se demande muito mais esforços estatais para vigiar e punir: “if trust in authorities is low, and if the power of authorities is wear, it is likely that citizens seek opportunities to avoid or evade taxes” (KIRCHLER, 2007, documento não paginado).

A respeito do poder das autoridades, dentre várias pesquisas catalogadas, consta a efetuada por Guala e Mittone (KIRCHLER, 2007, documento não paginado), que se denominou “cratera da bomba”. O nome é alusivo a uma tática militar na qual as tropas, após o bombardeio inimigo avança e se esconde nas crateras abertas pela explosão. Desse modo, consegue conquistar espaço no campo de batalha.

Segundo se apurou nessa pesquisa, situação similar acontece no contexto das auditorias fiscais na Itália. Os contribuintes recentemente auditados, percebendo a dinâmica temporal das auditorias, utilizam-se desse espaço para evadirem-se. A constatação é bem demonstrada na figura abaixo, que correlaciona o tempo da auditoria e os pagamentos de tributos por parte dos particulares que foram objeto de observação científica:

Figura 1 – Bomb Crater



Fonte: KIRCHLER (2007).

A conclusão dos estudos deu ensejo à chamada *slippery-sloppe framework*, que demonstra haver dois caminhos possíveis para a conformidade tributária, um forçado, embasado na efetividade dos poderes das autoridades fiscais, e outro voluntário, fundado na confiança. A estrutura é assim reproduzida:

Figura 2 – Slippery-Slope Framework

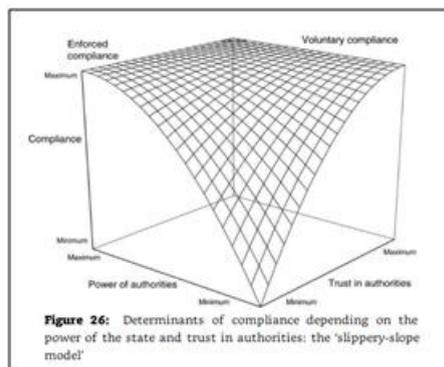


Figure 26: Determinants of compliance depending on the power of the state and trust in authorities: the 'slippery-slope model'

Fonte: KIRCHLER (2007).

Kirchler (2007) estrutura o trabalho de forma dividida e organizada em 3 (três) ângulos de perspectiva distintos, todos eles com capacidade de conduzir o comportamento do indivíduo de modo a cumprir com suas obrigações públicas. São eles: a perspectiva da psicologia social, a perspectiva da tomada de decisão e a perspectiva política. A depender da configuração de cada uma, chega-se a um ambiente adversarial ou cooperativo entre administrado e administração pública.

A perspectiva da psicologia social abarca as normas na concepção psicológica, e não na concepção jurídica. Divide-se em normas pessoais, coletivas e sociais.

As normas individuais, de acordo com a teoria de Kohlberg, desenvolvem-se em estágios conforme o indivíduo amadurece. Os estágios iniciais (numerados pelo autor em 1 e 2) são marcados pelo individualismo e pensamentos pré-convencionais, caracterizados pela obediência e egoísmos utilitaristas. Nessa fase, a pessoa se comporta principalmente para evitar punições e efetua raciocínios de custos e benefícios.

O estágio 3 é caracterizado pela concordância interpessoal e desejo de atenção e bom relacionamento com outras pessoas. No estágio 4, as leis e deveres de todos na sociedade determinam o comportamento individual.

O estágio 5, e último, é também definido como consenso social. Nele, a pessoa se obriga conforme arranjos com os quais concorda e efetua juízo de justiça das regras e processos. Chama-se de pensamento pós-convencional, no qual se desenvolvem princípios pessoais próprios, por meio dos quais a ética se estrutura e é moldada com influência da comunicação interpessoal (KIRCHLER, 2007).

Conclui o autor que o indivíduo exposto, por exemplo, a um ambiente em que a coletividade sonega imposto e o comportamento é socialmente aceito, tenderá a sonegar. Todavia, caso a norma social seja em sentido contrário, havendo-se norma coletiva ou social pautada no cumprimento dos deveres, o *compliance* tende a ser alcançado.

A perspectiva da tomada de decisões é associada à percepção de justiça, que a psicologia divide em distributiva, procedimental e retributiva.

Relata-se que preocupação com justiça é o termo mais frequentemente mencionado quando os cidadãos são perguntados sobre o que pensam sobre os sistemas tributários. Wenzel estabeleceu a tripartição dos sentidos de justiça acima descritos.

Segundo Kirchler (2007), a justiça distributiva relaciona-se à percepção das pessoas do saldo entre sua contribuição para formação do bem coletivo, a forma como se beneficia disso e o nível de contribuição das outras pessoas. Se as recompensas e os custos são distribuídos de forma equilibrada, a percepção dessa espécie de justiça na *psiqué* é considerada satisfatória.

A justiça procedimental é definida pelo processo de distribuição de recursos. Caso as pessoas considerem que a fórmula usada na distribuição de recursos (custos e benefícios) é justa, o nível de justiça procedimental será

elevado. Isso demanda que o processo de tomada de decisões seja consistente, preciso, ético, livre de erros e, caso eles aconteçam, sejam corrigíveis. Preocupa-se o autor que o Estado passe uma mensagem de respeito ao destinatário do ato administrativo.

Por último, a justiça retributiva preocupa-se com o combate à impunidade em caso de violação das normas. O ponto central é atrelado à responsabilização do transgressor e à restauração dos danos por ele causados.

Da perspectiva da tomada de decisão, afirma-se que o sistema tributário configura um dilema social, conhecido como tragédia dos comuns. Significa dizer que está presente o conflito entre interesses individuais e coletivos, sendo que a melhor solução é a cooperação.

Se poucas pessoas tentam maximizar seus próprios ganhos, o descumprimento de obrigações pode ser a escolha racional. Contudo, se um grande número busca o mesmo intento, o resultado é que todos recebem menos do que se tivessem escolhido cooperar, ou seja, cumprir com as obrigações. Isso segundo a concepção econômica racional.

Dilemas sociais são estudados por várias ciências, como matemática, economia, sociologia e psicologia. Do ponto de vista psicológico, são realizadas duas considerações.

Primeiramente os indivíduos não são sempre egoístas e maximizadores de riquezas, é frequente que se comportem de maneira altruísta, como exemplifica a prática de doações para instituições de caridade mantendo-se o anonimato. Nas ocasiões em que a maximização de riqueza individual causa danos a outros, o indivíduo muitas vezes considera. Assim, estandartes éticos, normas individuais e sociais e considerações de justiça previnem a maximização individualista de riquezas que prejudique a coletividade.

Em segundo lugar, controle e sanções não são necessariamente as melhores estratégias para conseguir a cooperação. É como um jogo; haverá a maximização da riqueza pelo indivíduo caso a evasão seja bem-sucedida, ou custos, caso contrário.

Na ótica da racionalidade, exemplifica-se que o indivíduo deverá decidir entre uma perda certa, caso pague os impostos devidos; um ganho provável, em caso de evasão não detectada; uma perda provável, na hipótese de evasão, detecção e punição.

Kirchler (2007) colaciona inúmeras pesquisas demonstrando que as auditorias e as punições não resultaram no aumento do *compliance* em vários

países do mundo. Repisa que o modelo da economia clássica de decisão racional nem sempre ocorre.

Embora todos os alicerces do comportamento do contribuinte à luz da *Behavioral Law and Economics* relacionem-se com a função tributária, a perspectiva política delineada por Kirchler (2007) tem impacto nuclear no problema proposto neste artigo, visto dizer respeito à vinculação contratualista, tal como afirmada por Luhmann e Durkheim.

A conclusão a que se chega é que a alteração do modo de tratamento das pessoas, do modelo adversarial para o cooperativo, a busca pela confiança na norma, seja pela redução da sua complexidade, seja tendo cuidado com as perspectivas de justiça procedimental, distributiva e retributiva, faz com que as normas sociais sejam favoráveis ao cumprimento de obrigações pelas pessoas.

Cass Sunstein (2020, p. 20) observa que a ciência comportamental tem sido utilizada em diversos países e gerado grande impacto no setor das regulamentações, legislação e políticas públicas. Prospecta que esses impactos tendem a crescer nas próximas décadas, visto que sua utilização ultrapassa as divisões políticas tradicionais e atrai pessoas com visões diversas; é, por assim dizer, democrática e tolerante.

O autor, que se dedica à *Behavioral Law Economics* na Harvard Law School, também percebeu que a simplificação de procedimentos e criação de automatismos conduz o comportamento humano a uma determinada direção. Mostra-se contraprodutivo do ponto de vista da ciência comportamental desejar que o indivíduo tenha determinada postura e dificultá-la ou complexá-la. Outro ponto de coincidência com Kirchler (2007) é a apuração de que normas sociais exercem forte influência no comportamento da pessoa.

Reconhece-se, assim, que a racionalidade humana, embora exerça influência, é limitada e a tomada de decisões depende de diversos fatores que a *Behavioral Law Economics* explica com a leitura das normas jurídicas a partir de uma perspectiva interdisciplinar na qual se utiliza, principalmente, a economia, a neurociência e a psicologia.

A compatibilização do Estado de Direito com o uso dos Poderes Emergenciais depende dessas constatações.

4 Dos Poderes Emergenciais

No ano de 2004, o *International Journal of Constitutional Law* – ICON publicou artigo científico de autoria dos professores John Ferejohn e Pasquale Pasquino, cujo título é “The law of the exception: a typology of emergency

powers” (FEREJOHN; PASQUINO, 2004, p. 210). O problema enfrentado pelos autores no texto se fazia presente no debate público à época em razão dos atentados de 11 de setembro nos EUA, o que fez emergir a necessidade de poderes atípicos estatais para enfrentamento do terrorismo.

O problema central repousava na medida tomada pelos EUA e pelo Reino Unido, que, ao arripio da transitoriedade inerente aos poderes emergenciais, fizeram publicar o *Patriotic Act* e o *Defense Against Terrorim Act* e os prorrogaram, tornando-se permanente a possibilidade de sua utilização, com fundamento na necessidade de se agir rapidamente para prevenir novos ataques.

O fato é que, passados 16 (dezesesseis) anos da publicação, o *paper* figura como o mais citado da revista. O tema volta a chamar a atenção devido à utilização desses mesmos poderes para enfrentamento da pandemia de SARS-CoV-19.

Ferejohn e Pasquino (2004, p. 210) anotam que as Constituições são normalmente pautadas pela contenção do exercício do poder, como o uso do bicameralismo, poder de veto do Chefe do Executivo, maiorias especiais no Parlamento, enfim, toda espécie de mecanismos de contenção da autoridade estatal e proteção dos direitos e garantias individuais.

A limitação das autoridades governamentais, noutra banda, pode torná-las incapazes de lidar satisfatoriamente com emergências que, não raro, demandam intervenções rápidas e eficazes para preservação ou restabelecimento da segurança, o que não permite aguardar o ritmo cadenciado das regras constitucionais. Esse é o problema presente no artigo.

Os autores então apresentam duas tipologias dos Poderes Emergenciais, que possuem alguns pontos em comum. Contudo há diferenças substanciais: o modelo do ditador romano e o modelo legalista. Embora proponham o modelo legalista como alternativa, os autores reconhecem que os poderes emergenciais modernos são espelhados na antiga tipologia do ditador romano.

Uma vez constatada a presença do permissivo emergencial, o Senado de Roma provoca os cônsules para escolherem um ditador, que terá legitimidade e autorização, pelo período de seis meses, para suspender direitos, procedimentos legais e mobilizar as forças militares. A tipologia é marcada pela temporalidade de forma que, finalizados os trabalhos, os efeitos da investidura são encerrados e o *status quo* restabelecido.

O caráter conservador do modelo romano é visto como similar nos poderes emergenciais constitucionais modernos, que também preveem o restabelecimento do sistema constitucional ordinário após o período de tempo

estipulado. Consideram distinção importante entre o modelo Romano clássico e o moderno, chamado por eles de neorromano, o fato de que, no primeiro, o ditador é escolhido entre pessoas com virtudes e habilidades especiais, ao passo que, no novo, essa pessoa deve ter algum tipo de mandato democraticamente consentido.

Ferejohn e Pasquino (2004) anotam que as democracias avançadas não necessitam usar poderes constitucionais quando confrontadas com emergências. Elas lançam mão da legislação ordinária para tratar do assunto. A lei específica, de caráter excepcional, pode delegar competências autoritárias ao executivo durante períodos delimitados. Esse é o modelo legalista.

Embora se trate de uma norma excepcional o processo legislativo é ordinário e, inclusive, há a possibilidade de revisão pela Corte Constitucional, ou mesmo pelo próprio Parlamento por meio de outro ato.

Aponta-se que, no pós-guerra, muitas leis nesse sentido foram aprovadas, como a legislação dos parlamentos alemão e italiano nas décadas de 1970 e 1980, sem embargos dos exemplos recentes do *Patriotic Act* dos Estados Unidos e do *Defense Against Terrorism Act* britânico.

No modelo Romano, o Senado exerce a função epistêmica, ou seja, a de reconhecer e declarar a emergência, mas não a função criativa, visto que os poderes e limites do ditador já estão previamente determinados constitucionalmente. No modelo legislativo, as funções epistêmicas e criativas são exercidas de forma simultânea pelo Parlamento.

Narra-se como vantagem do modelo legalista o fato de haver supervisão legislativa do exercício dos poderes pelo Executivo, bem como a possibilidade do término da delegação sempre que os parlamentares considerarem que a emergência já se dissipou, ou se o Executivo mostrar-se não confiável.

Considera-se que essa flexibilidade é mais compatível com o sistema de separação de poderes, em que o Legislativo e o Executivo são independentes. Todavia, no Parlamentarismo, a legislatura pode optar por estabelecer comissões independentes para efetuar o mesmo monitoramento.

Bem delineados os contornos das duas tipologias dos poderes emergenciais, passa-se a tecer considerações acerca dos problemas deles advindos, bem como dos mecanismos de prevenção e solução.

Jon Elster (2004), ao comentar o *paper* também na Icon, centra-se na dicotomia entre poderes emergenciais como solucionadores de problemas

e criadores de problemas e, quanto a esses pontos, estabelece integrativos diálogos com os autores.

Observa inicialmente que as emergências podem ser divididas em três categorias. A primeira é a advinda de uma ameaça intencional à ordem política, como a guerra; a segunda, resultado da ação humana, contudo não deliberada como a primeira, a exemplo uma emergência econômica; por fim, são as emergências de causas naturais, como epidemias e inundações.

Reconhece que, para o caso da invasão militar, por exemplo, a emergência é incontroversa. Contudo, na maioria dos casos, há necessidade de discricionariedade para reconhecê-la como presente e, nesses casos, políticos inescrupulosos podem fomentar o pânico nas pessoas para perseguir dissidentes (ELSTER, 2004, p. 241).

Ferejohn e Pesquino (2004) consideram que o primeiro problema a ser enfrentado é na definição e distinção entre norma e exceção. Norma é conceituada como uma regularidade empírica no mundo natural ou na sociedade.

A construção dogmática do que seja exceção é mais elaborada. Para tanto, remete-se ao conceito de derrogação no significado francês, qual seja, o contrário de conformidade e observância. Em síntese, traduz-se no desvio do comportamento normal permitido sob certas circunstâncias e em qualquer caso precisando de uma justificativa.

Dessa forma, são necessários 3 (três) elementos: a norma, a derrogação e a justificação da derrogação, de modo que fique evidenciado qual princípio mais elevado quer-se proteger ou salvaguardar nas circunstâncias extraordinárias. A tipologia concebida no texto propõe o exercício de controle, necessariamente, em quatro momentos distintos: 1) na declaração; 2) no exercício; 3) no restabelecimento da normalidade; e 4) no controle das consequências ou efeitos.

No modelo romano, o Senado exerce o controle sobre o reconhecimento da emergência (1), o ditador exerce as atribuições (2), a própria constituição determina o fim dos poderes emergenciais (3) e nenhuma instituição interfere no exercício dos poderes emergenciais (4). No modelo legalista, o Parlamento exerce as funções 1 e 3, o Executivo a 2, com base nas delegações legislativas e no controle da Corte Constitucional (4) (FEREJOHN; PASQUINO, 2004, p. 231).

John Elster (2004, p. 243), utilizando como exemplo a experiência francesa em 1946 com a crise na Argélia, alerta para a situação na qual, num primeiro momento, há pertinência no reconhecimento da emergência e adoção de medidas. Contudo, com utilização do argumento da prevenção, a fase de

restabelecimento do *status quo* não se realiza e os poderes emergenciais são, em algum nível, postergados no tempo.

Em perspectiva histórica, relembra-se de vários abusos perpetrados por meio dos poderes emergenciais, como Indira Gandhi em 1970, países latino-americanos e a experiência do fim do governo de Weimar, que, a pretexto do argumento da emergência, praticaram o despotismo.

Ferejohn e Pasquino (2004) comungam da mesma preocupação e anotam que, mesmo no modelo legalista proposto, normas das leis aprovadas para enfrentamento da emergência podem ser embutidas no sistema legal normal, tornando-se permanentes sob a cor da emergência. Liberdades conquistadas lentamente podem estar sujeitas à rápida erosão e demorarem a ser restauradas, se o forem.

4.1 O Modelo Brasileiro à Luz da Ciência Comportamental

O professor Gabriel Marques (2020, p. 108) ensina que o ordenamento jurídico brasileiro contempla 3 (três) mecanismos de excepcionalidade para enfrentamento de casos emergenciais: a Calamidade Pública, o Estado de Defesa e o Estado de Sítio.

Ao passo que a Calamidade Pública centra-se na flexibilização de regras orçamentárias impostas ao Executivo, os outros dois, em graus distintos, permitem a supressão de direitos fundamentais elencados *numerus clausus* nos artigos 136 a 141 da Constituição Federal, o que se acostumou a chamar de Sistema Constitucional das Crises.

O modelo brasileiro tem traços prevalentes no sistema do Ditador Romano. O detentor de um mandato público no Executivo, mediante decreto, exerce a função epistemológica ao reconhecer a situação como emergencial e submete o ato ao Parlamento.

No Estado de Defesa, o ato já surte efeito *de per se*, cabendo ao Parlamento ratificá-lo ou não em 24 horas. No Estado de Sítio, é necessária a autorização do Parlamento, que decidirá em 5 (cinco) dias.

Ponto distintivo do modelo brasileiro é o de que, no Estado de Defesa, após a ratificação do ato pelo Parlamento, o chefe do Executivo é quem designa o Executor das medidas, ou seja, o “ditador”.

A função criativa do Parlamento, por seu turno, é limitada visto que o decreto aprovado pelo legislativo deverá expressar quais direitos e garantias individuais serão suspensos, dentre os permitidos no rol taxativo previsto nos artigos 136, § 1º, e 139 da Constituição.

Percebe-se que os pontos mais críticos de cada um dos modelos abordados por Ferejohn e Pasquino (2004) se fazem presentes na tipologia brasileira dos poderes emergenciais.

Tanto no modelo do ditador romano como no modelo legalista há a preocupação de que atores distintos exerçam a função epistemológica, criativa e escolha do ditador. Como visto, no Estado de Defesa brasileiro, é o Presidente quem reconhece a emergência mediante decreto e, após ratificação pelo Legislativo, ele mesmo escolhe o executor.

No sistema do ditador romano, critica-se a inflexibilidade do poder criativo do Parlamento, o que é menos adequado na Separação de Poderes. No caso brasileiro, a função criativa do parlamento é engessada pela norma taxativa constitucional.

Gabriel Marques (2020, p. 114) tece a seguinte consideração, de caráter valorativo, isto é, quanto ao “dever ser”:

“Qualquer violação indevida dos espaços legítimos de exercício de competência deve ser combatida pelos Juízes e Tribunais brasileiros. Espera-se uma pronta atuação, especialmente, nos casos de violação aos direitos fundamentais, tendo em vista a sua relevância e significado para a nossa ordem constitucional. Garante-se com isso que o poder seja contido quando houver o seu exercício arbitrário.”

As colocações ressoam nos *insights* da *Behavioral Law Economics*, bem como nas noções de Estado Democrático de Direito dispostas ao longo deste texto. Contudo, pelos apontamentos traçados com base na ciência comportamental, bem como na teoria luhmanniana, força-se reconhecer que é necessário avançar um pouco mais.

Para a vinculação do cidadão ao contrato social de forma satisfatória e preservação do Estado de Direito, não é suficiente o controle do exercício dos poderes emergenciais de modo a conter abusos ou sua prorrogação. Reclama-se o papel público de argumentar de forma adequada com a sociedade para conduzi-la de volta ao *status quo*. A mente dos cidadãos deve ser o centro das atenções do detentor de poder público.

Cass Sunstein (2020, p. 20) comenta que a ciência comportamental tem sido utilizada por Estados soberanos, inclusive no combate à COVID-19, a exemplo do que ocorreu com o governo da Nova Zelândia. Sugere Cass (2020) a utilização de *nudges*, seja de forma isolada, seja acompanhada de outras normas coercitivas em alguns pontos específicos. O autor conceitua *nudge* como sendo intervenção, privada ou via instituições públicas, que afeta

o comportamento das pessoas, mantendo totalmente sua liberdade de escolha (SUNSTEIN, 2020, p. 4).

Observou-se que a Nova Zelândia exerceu os poderes emergenciais com fundamento em 5 (cinco) premissas definidas pela *Behavioral Law Economics*, sendo 4 (quatro) delas já traçadas pela ciência comportamental anteriormente e outra adicionada de maneira episódica. As quatro iniciais foram: a facilidade, no sentido de se criarem automatismos na sociedade; a atratividade da comunicação, no sentido de ela ser vívida e simples, em vez de maçante e complicada; a social, no exato conceito de norma social, ou seja, de que as pessoas são afetadas pelo que a maioria das outras faz; e o tempo, como última premissa, que determina a prestação informações e esclarecimentos aos indivíduos antes que eles tenham que tomar decisões, e não o contrário, ou seja, coibir ou obrigar e em seguida informar.

A quinta premissa adicionada é denominada por Sunstein de *fun*. Traduzindo-se para português, a palavra que melhor significa a ideia é *leveza*. Realça-se a importância dessa qualidade para a condução do comportamento individual em uma direção desejada.

O autor anota práticas adotadas pela Primeira Ministra da Nova Zelândia, Jacinda Arden, que, durante a adoção de medidas de *lockdown*, veio a público descrever às crianças que a Fada do Dente e o Coelhoinho da Páscoa eram trabalhadores essenciais e, portanto, legalmente autorizados a continuar com seus trabalhos. Sunstein (2020, p. 22) anota que o modelo adotado pode produzir sentimento de otimismo, unidade, esperança e sorrisos, em vez de raiva, divisão e medo:

“In general, New Zealand succeeded in meeting the pandemic not only with firmness, calmness, and determination but also with wit, a call to unity (emphasizing that the nation is ‘a team of five million’), and a consistent sense of good cheer. Its mantra has been ‘Be kind’.”

A *Behavioral Law Economics* evidencia que o indivíduo toma decisões não apenas pautado em uma análise de custo-benefício, em busca de ganhos e com aversão a perdas. Ao contrário, existem demonstrações que um dos critérios utilizados para decisão é a busca pela satisfação pessoal.

Desse modo, a um só tempo, demonstra-se que a informação de pânico gera desconfiança e rupturas no tecido social e o *trade off* é o estado natural, em alguma medida. Por outro lado, a observância das premissas abordadas pela ciência comportamental não só direciona o comportamento humano, como gera confiança.

Conclusões

O problema proposto no presente artigo é a tensão existente entre a necessidade de exercício de poderes emergenciais atípicos para respostas do Estado às situações de perturbação da ordem, ao mesmo tempo em que se mantenha a configuração do Estado democrático de direito e a vinculação das pessoas ao contrato social.

Viu-se que Luhmann (2005) demonstra, para a sociologia, que a confiança é o fator de redução da complexidade social, o que permite relações intersubjetivas mais duradouras. É o elemento aglutinador que convence o indivíduo a abandonar o estado da natureza em prol da configuração da sociedade.

Canotilho (1999) comprova que, para se configurar o Estado Democrático de Direito, é necessário que haja segurança jurídica e confiança, além da Separação dos Poderes. Araújo (2009) delinea o princípio da proteção da confiança, cuja tese reclama a tutela das expectativas de direitos, e não só dos direitos adquiridos.

Sob outro ângulo, viu-se que a *Behavioral Law Economics* demonstra que a confiança de fato faz com que as pessoas adiram ao contrato social e cumpram com suas obrigações, comportando-se de um determinado modo.

Adentrando-se às teorias dos poderes emergenciais, estudou-se que os maiores problemas historicamente enfrentados se relacionam à fase epistemológica, ou seja, de reconhecimento da emergência, bem como da restauração do *status quo*.

Outra não pode ser a conclusão senão a de que os Poderes Emergenciais devem ser utilizados não apenas por meio de ferramentas coercitivas, mas com utilização dos *nudges*, explicados por Cass Sunstein (1997; 2020), de modo que os Governos mantenham relação de confiança com a população e permita-se, conforme constata Luhmann (2005), antecipar o futuro. Nesse ponto, não se pode esquecer que há legítima expectativa de que os poderes emergenciais serão finalizados depois de resolvida a situação que o legitimou e restabelecida a normalidade.

Conclui-se que não bastam o controle de abusos e a vigilância para impedir a inserção de normas emergenciais na legislação ordinária de forma permanente. O Estado Democrático de Direito reclama que os atores envolvidos nos poderes emergenciais conduzam à população ao sentimento de otimismo e unidade, em vez de pânico e divisão, de forma que o consciente popular também seja restaurado à normalidade experimentada antes da emergência.

TITLE: Emergency powers and behavioral science: duel between nudges and Leviathan.

ABSTRACT: How are Emergency Powers and the Rule of Law compatible? The proposed problem is the inherent tension between, on the one hand, the need for atypical powers so that the ruler can act quickly and effectively in situations of public order disturbances and, on the other, the configuration of the Democratic Rule of Law and binding of people to the social contract. The theme is of current relevance and is justified due to the use of these powers to face the SARS-CoV-19 pandemic. The objective, with the use of Behavioral Law Economics, was to identify the impacts of the way in which these powers are exercised in people's behavior. It was found at the end that the use of nudges as well as the return of the collective psyche to the status quo are indispensable for the preservation of the rule of law. Nudge defined as an intervention that affects the person's behavior, maintaining his freedom of choice.

KEYWORDS: Emergency Powers. Public Calamity. Collective Psychology. Behavioral Law Economics.

Referências

- ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado*. Niterói: Impetus, 2009.
- BAHIA, Saulo José Casali (org.). *Direitos e deveres fundamentais em tempos de coronavírus*. São Paulo: Iasp, 2020.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de direito*. Lisboa: Gradiva, 1999.
- ELSTER, Jon. Comments on the paper by Ferejohn and Pasquino. *International Constitutional Journal*, v. 2, n. 2, p. 240-243, 2004.
- FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. The law of the exception: a typology of emergency powers. *International Constitutional Journal*, v. 2, n. 2, p. 110-139, 2004.
- GICO JÚNIOR, Ivo T. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. *Economic Analysis of Law Review*, v. 1, n. 1, p. 12, 2010.
- KIRCHLER, Erich. *The economic psychology of tax behaviour*. New York: Cambridge University Press, 2007. Edição Kindle.
- LUHMANN, Niklas. Sociologia como teoria dos sistemas sociais. In: SANTOS, José Manuel (org.). *O pensamento de Niklas Luhmann*. Covilhã: Universidade da Beira Interior, 2005.
- MOTA, Rodrigo. Confiança e complexidade social em Niklas Luhmann. *Plural, Revista do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da USP*, São Paulo, v. 23, n. 2, p. 182-197, 2016. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/plural/article/view/113591>. Acesso em: 6 ago. 2021.
- RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (coord.). *O que é análise econômica do direito*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- SANTOS, Boaventura de Souza. *Reinventar a democracia: entre o pré-contratualismo e o pós-contratualismo*. 1998. Disponível em: <https://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/107/107.pdf>. Acesso em: 17 dez. 2020.
- SUNSTEIN, Cass R. Behavioral analysis of law. *The University of Chicago Law Review*, v. 64, n. 4, 1997.
- SUNSTEIN, Cass. R. *Behavioral science and public policy: elements in public economics*. Cambridge: Cambridge University Press, 2020.

Recebido em: 19.04.2021

Aprovado em: 03.01.2022

Proteção dos Dados Pessoais como Direito da Personalidade

DAIANA FAGUNDES DOS SANTOS CARBONI

Mestra em Direito, com menção na área de Ciências Jurídico-Criminais, pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/Portugal (Diploma validado pela UFMG/Brasil); Pós-Graduada em Direito do Consumo e dos Contratos pelo Instituto de Direito do Consumidor da Universidade de Coimbra/Portugal e em LLM – Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas/FGV (Unidade Porto Alegre – RS/Brasil); Pós-Graduada em Advocacia em Direito Digital e Proteção de Dados pela Escola Brasileira de Direito – EBRADI (Minas Gerais/Brasil); Bacharel em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS (em São Leopoldo-RS/Brasil); Discente do Curso de Doutorado – Estudos Internacionais e Europeus – pela Universidade de Santiago Compostela/Espanha e Pesquisadora sobre o Tráfico de Seres Humanos; Advogada; Parecerista de Revistas de Direito; Juíza Leiga e Conciliadora Criminal no Juizado Especial Cível do Rio Grande do Sul/Brasil; e-mail: daicarboni@yahoo.com.br.

RESUMO: O artigo contempla a análise da proteção dos dados pessoais como direito da personalidade na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais em razão dos avanços tecnológicos ocasionados pela globalização e pela sociedade de risco, sobretudo a partir do uso mundial da internet e do nascimento da sociedade da informação. Logo, o objetivo é esclarecer a natureza jurídica desse direito, trazendo a proteção dos dados pessoais para o rol dos direitos da personalidade. Busca-se, por meio da metodologia descritiva e explorativa, a análise das questões que envolvem os direitos da personalidade e a proteção de dados pessoais, com o uso do método dedutivo. Os capítulos propostos, que examinam a problemática, demonstram que os direitos elencados como direitos da personalidade não são taxativos, mas exemplificados. Como direito autônomo, é possível que a proteção dos dados pessoais seja incluída no rol dos direitos da personalidade em razão da dignidade do ser.

PALAVRAS-CHAVE: Proteção. Dados Pessoais. Direito da Personalidade. Dignidade da Pessoa. Inclusão.

SUMÁRIO: Introdução. 1 A Globalização na Sociedade do Risco. 2 Os Dados Pessoais na Sociedade da Informação. 3 A Proteção dos Dados Pessoais no Rol dos Direitos da Personalidade; 3.1 Os Direitos da Personalidade; 3.2 A Proteção dos Dados Pessoais. Conclusão. Referências.

Introdução

Com a globalização e os avanços tecnológicos que surgiram no período pós-Revolução Industrial, a sociedade vê-se em um risco constante, pois, à medida que as pesquisas do ramo da tecnologia e da ciência avançam, vão surgindo novos riscos. Não se escolheu a sociedade do risco, porquanto ela decorre da própria modernidade. Nessa linha, a sede pelo novo, por ir além e em busca do conhecimento,¹ por descobrir o desconhecido e desafiar as leis da natureza fez que com que os riscos surgissem com maior intensidade.

Nesse ínterim, o processo de globalização potencializou o fluxo das relações sociais e econômicas no mundo, mormente com o advento da internet, que trouxe a sociedade da informação com repercussão na proteção dos dados pessoais.

Logo, o presente artigo tem por objetivo trazer à discussão a proteção dos dados pessoais no âmbito dos direitos da personalidade em sintonia com a nova lei em vigor – Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD).

A inovadora lei brasileira (em vigor) tem como objetivo proteger a privacidade para a garantia dos direitos fundamentais dos indivíduos a ela submetidos, com regras claras sobre o tratamento dos dados pessoais. Com o avanço tecnológico (no momento atual) e a evolução dos meios de comunicações, a sociedade da informação traz as suas vulnerabilidades, em especial na privacidade.

Desse modo, com o fim de coibir as vulnerabilidades, surge a proteção dos dados pessoais que merece inclusão no rol dos direitos da personalidade, porquanto se apresenta como garantia à dignidade do ser. Então, com a problemática da pesquisa surge o questionamento: é possível a inclusão da proteção de dados pessoais no rol dos direitos da personalidade? O que motiva a inclusão, já que a privacidade se encontra presente entre os direitos tutelados nos direitos da personalidade?

Com a finalidade de responder ao presente questionamento, aspectos relevantes são mencionados com o objetivo de legitimar a tutela da proteção dos dados pessoais no rol dos direitos da personalidade. Com base em metodologia descritiva e explorativa, com o uso do método dedutivo, este artigo não pretende esgotar o tema, mas apenas fomentar a importante discussão jurídica. Desse modo, o primeiro capítulo apresenta a globalização na sociedade do risco, o segundo capítulo traz os dados pessoais na sociedade da informação e, por fim, o último capítulo explica a proteção dos dados pessoais no rol dos direitos da personalidade.

1 O conhecimento pós-moderno é um conhecimento sobre as condições de possibilidade (SANTOS, 1999, p. 48).

1 A Globalização na Sociedade do Risco

A humanidade passa por um momento diferenciado de toda a sua história, levando-se em conta que se está diante de uma rápida evolução tecnológica, científica e de um desenvolvimento de novas formas de atuação social, econômica e cultural.

O processo de globalização é um fato incontestável e – também pode ser considerado – irreversível. Para o sociólogo Anthony Giddens² (2000, p. 92), a globalização é uma questão que está ligada aos pormenores mais íntimos da vida humana. E, em outro ponto de vista sobre a globalização, tem-se que ela se apresenta com uma dupla vertente, que tem como fonte novas oportunidades ou a desintegração social e política, atuando “como uma bênção de final de milênio com expansão da riqueza, do conhecimento e das liberdades por todo o mundo ou como praga bíblica que ameaça com aniquilar identidades, uniformizar ideologias e outras consequências negativas” (FERNANDES, 2001, p. 42).

Com efeito, a globalização ou a sociedade global ou modernidade global é, segundo Giddens (2000, p. 92), a “interseção da presença e da ausência”, e caracteriza-se pelo “entrelaçamento de eventos sociais e relações sociais que estão à distância de contextos locais”, como resultante dos avanços tecnológicos, principalmente dos meios de comunicação, em especial da tecnologia eletrônica e, sobretudo, da mídia, trazendo riscos e inseguranças à sociedade, o que dá sustentáculo à ideia do contraste da segurança e da insegurança, da determinação e da indeterminação, da estabilidade e da instabilidade (DE GIORGI, 1998, p. 192).

As decisões humanas, as quais avançam para o desenvolvimento da tecnologia, levam indubitavelmente ao reconhecimento de uma sociedade do risco, o que põe a coletividade em constante sinal de alerta, pois “(...) se nos colocarmos em uma atitude intelectual que assuma projectivamente os dois resultados (o positivo e o negativo) fala-se, então, em uma situação de risco” (COSTA, 1992, p. 611).

Em atenção ao momento atual, Boaventura de Sousa Santos (1999, p. 23) explica que a sociedade estava vivendo um período de revolução científica que começou com Einstein e a mecânica quântica. No entanto, não se sabe quando isso acabará porque se está vivenciando uma sociedade em crise, com incertezas e ambivalências que ganham um espaço maior.

A sociedade se transforma e evolui, bem como passa por revoluções, oportunidade em que se depara com a era do risco. O avanço da modernidade,

2 Estes conceitos são abordados sob a ótica da “sociedade pós-industrial” (ou pós-moderna) por outros autores, como é o caso de DE MAIS (2000, p. 14). É conveniente referir também a influência decisiva das ciências quânticas no que respeita à quebra do pensamento determinista que precedeu a pós-modernidade.

associado ao desenvolvimento industrial e tecnológico, assim como o aumento da população e a sociedade do consumo, refletem um alto custo para o ser humano, criando um estado geral iminente de perigo.

Consigna-se que os riscos, que podem ser considerados como meras probabilidades, não são um tema novo. Nessa senda, compreendendo os riscos, tem-se como sendo “central na cultura moderna, precisamente porque grande parte do nosso pensamento é do tipo ‘se... então’” (BECK; GIDDENS; LASH, 2000).

Interessante ressaltar que o risco “é sinal de perspectiva e de escolha, de perigo e de desafio, de angústia e de ousadia, de atenção e de cuidado (...) sendo decorrente de uma ação humana e pode ser considerado como um perigo, o qual pode, ou não, ser previsível” (FERNANDES, 2001, p. 19).

Assim, o que se tem é uma distinção dos riscos, porquanto podem ser diferenciados como *velhos riscos* (os que são anteriores à sociedade industrial e que foram gerados nesta época) e *novos riscos*, que foram produzidos no período posterior à sociedade industrial. Com isso, tem-se que o risco sempre existiu. Porém, neste atual contexto em que vive a sociedade, ele se adequou. Nessa linha, pode-se afirmar que o “conceito de risco parece significar um *inter est* entre a segurança e a destruição, algo que se situa a meio destas duas variantes, um estado intermédio, em que a percepção dos riscos ameaçadores determina o pensamento e a ação” (FERNANDES, 2001, p. 59-60).

Em outra vertente, no que toca à sociedade do risco, essa surge no momento em que as instituições da sociedade industrial não são mais capazes de controlar a produção dos riscos (caracterizados como incalculáveis e imprevisíveis), pois as ameaças surgem e acabam por destruir os alicerces da sociedade industrial. Ela aparece na continuidade dos processos de modernização autonomizada (BECK; GIDDENS; LASH, 2000, p. 5).

Passando a modernidade por um processo de inovação autonomizada, a sociedade industrial passa a se tornar obsoleta. Nessa obsolescência, surge a emergência da sociedade do risco, a qual, segundo os autores Ulrich Beck, Anthony Giddens e Scott Lash (2000, p. 5), designa-se como uma fase de desenvolvimento da sociedade moderna na qual os riscos sociais, políticos, econômicos e individuais tendem, cada vez mais, a escapar às instituições de monitorização e proteção da sociedade industrial.

A transição do período industrial para o período do risco da modernidade se faz de maneira indesejada, invisível e compulsiva para o nascimento do dinamismo. E, com os avanços tecnológicos que decorrem do uso da internet, a sociedade da informação se perfectibiliza, assim como são inerentes os seus riscos, clamando por uma tutela efetiva dos direitos do indivíduo.

Segundo Beck (2011, p. 66), “as ameaças invisíveis tornam-se visíveis”. Logo, pensando-se na sociedade da informação, os dados pessoais do indivíduo

merecem, cada vez mais, proteção em prol da dignidade do ser, uma vez que, não se tem dúvida, integram os direitos da personalidade do ser.

2 Os Dados Pessoais na Sociedade da Informação

A evolução dos meios de comunicação que, até então eram usados na década de 90 (*v.g.*, rádio e TV), trouxe a internet como instrumento de democratização, a qual, no momento atual, é “o tecido de nossas vidas” (CASTELLS, 2003, p. 255). Pelo que se viu supra, o avanço tecnológico motivou o uso diuturno da internet em todos os âmbitos das relações (*v.g.* pessoais e profissionais), modificando o acesso à informação, além de toda a relação entre a sociedade, o que conduziu à sociedade da informação.

Mas o que vem a ser a tão mencionada sociedade da informação no apogeu do uso da internet? Explica-se que a expressão “sociedade da informação” “passou a ser utilizada, nos últimos anos desse século, como substituto para o conceito complexo de ‘sociedade pós-industrial’ e como forma de transmitir o conteúdo específico do ‘novo paradigma técnico-econômico’” (WERTHEIN, 2000, p. 71-72).

Proseguindo, Kelly Cristina de Souza Prudêncio (2006, p. 17) leciona no sentido de que a sociedade da informação “designa geralmente um ambiente de relações sociais mediados por sistemas de informação cujo suporte tecnológico são as redes de computadores”, oportunidade em que a informação se torna disponível a qualquer pessoa e em qualquer lugar e a qualquer tempo.

Tem-se, então, na internet, a abertura de um novo mundo que conduz à propagação da informação, de forma democrática e politizada. Dessa forma, qualquer pessoa pode gerar informação e compartilhá-la, trazendo o seu ponto de vista para inúmeros assuntos que por lá transitam.

Com a internet, o usuário passa a ser o “jornalista de si mesmo” (NOHARA, 2018, p. 77), já que a sua atuação é ativa no sentido de não somente visualizar conteúdos e informações, como também produzir informações que se propagam na rede mundial de computadores. Nesse contexto, há a desterritorialização dos dados que facilita a troca de informações (NOHARA, 2018, p. 78). Em outras palavras, o ser se torna o protagonista na era digital.

A informação não circula, tão somente, em meios tradicionais (até então usados), mas, precipuamente, em redes sociais e quaisquer meios virtuais de interação entre as pessoas. Nessa linha, a internet proporciona ferramentas que buscam a capacitação das pessoas a possibilitar um nível de participação direta e pessoal no processo político (PALFREY; GASSER, 2011, p. 288).

A interação do ser com a internet gera um grande fluxo de informações e, a partir disso, dados são gerados, assim como os riscos no uso descontrolado e sem qualquer respaldo de segurança. Segundo Bruno Ricardo Bioni (2020, documento não paginado), os dados pessoais são um ativo econômico que é essencial para a engrenagem da economia da informação.

Em sintonia com o estudo *Exploring the economics of personal data: a survey of methodologies for measuring monetary value*, desenvolvido pela OCDE (2015, p. 222), os dados pessoais possuem valor monetário mensurável, que pode ser estimado por quatro diferentes métodos, quais sejam: a capitalização de registros de dados ou o lucro líquido por registro, os preços de comercialização dos dados nos diversos mercados, os custos da violação de dados e os preços dos dados praticados no mercado ilegal.

Surge, então, a necessidade de tutelar e proteger os dados pessoais do indivíduo na sociedade da informação e na sociedade do consumo, porquanto os dados são necessários para fomentar a economia mundial. É assim porque a difusão de informações (além de outros fatores) traz diversos problemas para a constituição e a extensão da personalidade jurídica, o que demanda do direito soluções adequadas para a proteção da pessoa (AMARAL, 2018, p. 354).

A frase *data is the new oil*, que agitou o mundo dos negócios (criada por Clive Humby em 2006),³ até então, traduzia a realidade a partir da sociedade do risco, da sociedade do consumo e da sociedade da informação, pois se devem preservar ao máximo os dados, os quais eram tidos como o novo petróleo mundial. Atualmente, os dados pessoais são considerados o novo urânio. Nesse sentido, o autor Filippo Valsorda (2019, documento não paginado, tradução nossa)⁴ leciona que:

“Os dados não são o novo ouro, os dados são o novo urânio. Às vezes você pode ganhar dinheiro com isso, mas pode ser radioativo, é perigoso de armazenar, tem usos militares, geralmente você não quer concentrar muito, e é regulamentado. Por que manter o urânio que você não precisa?”

Assim, é possível extrair que se pode fazer dinheiro a partir dos dados pessoais. Mas, assim como o urânio, ele também pode ser radioativo, bem como (também) pode ser perigoso estocá-lo, oportunidade em que não se quer em excesso e deve ser regulamentado. Logo, surge o questionamento: por que manter dados que você não precisa?

3 Matemático londrino especializado em ciência de dados.

4 Citação original: “Data is not the new gold, data is the new uranium. Sometimes you can make money from it, but it can be radioactive, it’s dangerous to store, has military uses, you generally don’t want to concentrate it too much, and it’s regulated. Why do keep uranium you don’t need?”.

Com isso, a proteção/preservação dos dados pessoais vem ganhando discussão para que a dignidade do ser tenha, cada vez mais, maior amparo na sociedade do consumo e da informação. Nessa senda, interessante ressaltar a lição de Bruno Ricardo dos Santos Passos (2017, p. 35) no sentido de que se devem “delinear esforços para a proteção da liberdade negativa do indivíduo, no sentido de se impedir que a sua seara íntima possa ser devassada pela curiosidade alheia, seja pelo próprio Estado e seja pelos particulares”.

Igualmente, no pensamento de Marion Albers (2016), os dados devem ser concebidos dentro de uma rede de vários elementos fundamentais e não constituem o único ponto de referência. A autora prossegue dizendo que a proteção de dados pessoais busca “regulamentar o processamento de dados, regulamentar a geração de informações e conhecimentos, influenciar as decisões baseadas nessa geração e prevenir consequências adversas para os indivíduos afetados” (ALBERS, 2016, p. 32).

O uso exacerbado e fora dos limites da LGPD, sem dúvida, conduz à afronta à seara íntima do indivíduo, o que se vê totalmente invadido no respeito aos seus direitos da personalidade em prol do interesse de grandes empresas.

As grandes empresas, como Google, Amazon, Apple, Facebook e Microsoft, utilizam os dados pessoais como insumo para o produto final que ofertam ao mercado consumidor. Há, então, uma substituição do tradicional modelo de negócios para o mercado da coleta, processamento e utilização dos dados pessoais em grande volume (e totalmente rentável).

Logo, tomando como exemplo as empresas supra, é preciso ter em mente que os serviços ofertados, mormente por redes sociais, não são gratuitos, uma vez que a moeda de pagamento são os dados pessoais fornecidos. Nesse condão, inexistente gratuidade, mas pagamento, o qual pode ser tido como expresso diante do que se fornece nas plataformas virtuais.

É possível verificar uma coleta maciça de dados pessoais que, na maior parte das vezes, é realizada sem qualquer consentimento, ou mesmo conhecimento, por parte dos seus titulares. Os titulares dos dados pessoais sequer possuem conhecimento de como é realizada a captação dos dados nas redes (pelas empresas) e como esses dados são convertidos em informações que dizem respeito a sua personalidade e intimidade, bem como isto impacta a sua vida (FRAZÃO, 2019, p. 26).

Nesse sentido, questiona-se: como são coletados os nossos dados pessoais? Muitas vezes são coletados de forma ilícita, sob a justificativa de gratuidade de serviços e vantagens. Outras vezes, são retirados de forma gra-

tuita por meio dos rastros digitais, deixados na rede por meio de pesquisas na internet e, até mesmo, por meio dos registros de compras *online*.

Como exemplo, cita-se o *profiling*, que corresponde à criação de um perfil do usuário da rede mundial de computadores a partir de registros eletrônicos de hábitos de navegação, associados a outras fontes de informação. Explica Ana Frazão (2019, p. 30) que isso ocorre em razão de os dados pessoais serem os registros das atividades sociais, da personalidade e da intimidade, pois eles identificam o sujeito e refletem o que ele é. O indivíduo culmina, então, por se oferecer enquanto moeda de troca no mercado digital, oportunidade em que possibilita uma série de violações aos direitos fundamentais.

Nesse contexto, a LGPD tem “importante papel de reforçar a autonomia dos titulares dos dados e o necessário e devido controle que esses precisam exercer sobre os seus dados” (FRAZÃO, 2019, p. 31). Tal fato se justifica para evitar excessos e ilicitudes que se fazem presentes no mercado de dados pessoais.

A par de todos os questionamentos que permeiam a proteção de dados, Frank Pasquale (2015, p. 43) traz a necessidade de uma regulamentação ou uma resposta jurídica a partir dos efeitos da sociedade de vigilância sobre as relações pessoais, sociais e de consumo, porquanto perpassam os entendimentos de como a indústria de dados se constitui a partir de um ativo que não lhe pertence – dados pessoais.

Partindo para os dados pessoais, surge o questionamento: o que são dados pessoais? Até então, não existia uma definição legal da expressão “dados pessoais” no Brasil, a qual surgiu com a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais.

Em um primeiro momento, é interessante trazer o disposto na Lei de Acesso à Informação (Lei n. 12.527/2011),⁵ conhecida como LAI, que define, no artigo 4º, incisos I e IV, informação e informação pessoal. Assim, a informação é tida como “dados, processados ou não, que podem ser utilizados para produção e transmissão de conhecimento, contidos em qualquer meio, suporte ou formato” (BRASIL, 2011). Informação pessoal, por sua vez, é definida na lei como “aquela relacionada à pessoa natural identificada ou identificável” (BRASIL, 2011).

Importante, nesse contexto, esclarecer que, apesar de muito próximas as delimitações “informação”⁶ e “informação pessoal”, não se trata das mes-

5 Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do artigo 5º, no inciso II do § 3º do artigo 37 e no § 2º do artigo 216 da Constituição Federal; altera a Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei n. 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei n. 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências.

6 Corresponde ao conteúdo de algo que permutamos com o mundo exterior.

mas circunstâncias, porquanto se tem, na última, uma definição mais ampla e abrangente para o dados pessoais (o que interessa aqui), pois representa algo significativo para a pessoa. A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei n. 13.708/2018),⁷ conhecida como LGPD, traz, no seu artigo 5º, inciso I, a definição de dado pessoal como sendo a “informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável”. No entanto, a legislação pecou em não definir o que vem a ser a pessoa natural identificada ou identificável.

Patrícia Pinheiro (2020, p. 35-36), seguindo a definição da LGPD, complementa que o conceito legal (relacionado à pessoa viva) não se limita aos dados tidos como o nome, o sobrenome, o apelido, a idade e o endereço residencial ou eletrônico, “porquanto pode incluir dados de localização, placas de automóvel, perfis de compras, número do Internet Protocol (IP), dados acadêmicos, histórico de compras, entre outros”.

Prosseguindo, a Comissão Europeia [20--]⁸ define os dados pessoais como sendo “informação relativa a uma pessoa viva, identificada ou identificável. Também constitui dados pessoais o conjunto de informações distintas que podem levar à identificação de uma determinada pessoa”. A exemplo, têm-se como dados pessoais na Comissão Europeia: o nome e o apelido; o endereço de uma residência; um endereço de correio eletrônico como nome.apelido@empresa.com; o número de um cartão de identificação; os dados de localização (v.g. a função de dados de localização em um telefone celular); um endereço IP (protocolo de internet); testemunhos de conexão (*cookies*); o identificador de publicidade do seu telefone; e os dados detidos por um hospital ou médico, que permitam identificar uma pessoa de forma inequívoca.

Dispõe o artigo 4º, n. 1, da GDPR (*General Data Protection Regulation* ou, em português, Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados 2016/679 (UE)):⁹

“(…) é considerada identificável uma pessoa singular que possa ser identificada, direta ou indiretamente, em especial por referência a um identificador, como por exemplo um nome, um número de identificação, dados de localização, identificadores por via eletrônica ou a um ou mais elementos específicos da identidade física, fisiológica, genética, mental, econômica, cultural ou social dessa pessoa singular.”

Considerando que a LAI usa o termo “informação”, assim como a Comissão Europeia por meio da GDPR e as ISOs que tratam da Segurança da

7 Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD).

8 O que são dados pessoais? Extraído do site da Comissão Europeia.

9 *General Data Protection Regulation*. Extraído do site *Intersoft Consulting*.

Informação, ao passo que a LGPD faz uso da palavra “dado”, mostra-se necessário trazer o entendimento de Danilo Doneda (2019) sobre o tema. Veja-se:

“(…) o ‘dado’ apresenta conotação um pouco mais primitiva e fragmentada, como se observa em um autor que o entende como uma informação em estado potencial, antes de ser transmitida. O dado, assim, estaria associado a uma espécie de ‘pré-informação’, anterior à interpretação e a um processo de elaboração. A informação, por sua vez, alude a algo além da representação contida no dado, chegando ao limiar da cognição. Mesmo sem aludir ao seu significado, na informação, já se pressupõe a depuração de seu conteúdo – daí que a informação carrega em si também um sentido instrumental, no sentido da redução de um estado de incerteza.” (DONEDA, 2019, documento não paginado)

Concluindo, Passos (2017, p. 37) esclarece que “nem todo dado consubstancia em uma informação, embora toda informação seja oriunda da coleta de dados sobre determinado fato ou pessoa”. Logo, a tutela do dado trazida na LGPD é voltada, exclusivamente, à proteção dos dados pessoais (art. 1º, *caput*).

Prosseguindo na definição, dados podem ser definidos como “um conjunto de registros sobre fatos, passíveis de serem ordenados, analisados e estudados para se alcançar conclusões”. Esses dados, quando “organizados e ordenados de forma coerente e significativa para fins de compreensão e análise”, são chamados de informação (LACOMBE, 2003, p. 490). Nesse sentido, por dado pessoal tem-se o conjunto de registros que se referem a uma pessoa determinada, o que a torna identificável.

Embora muitos autores tenham se debruçando na explicação do vem a ser informação e dado, para o presente estudo, importa o dado em si, porquanto é ele que merece proteção em atenção à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais.

Os dados podem ser tidos como uma fonte inesgotável, durável e reutilizável, bem como podem ser replicados infinitamente e transportados ao redor mundo pela velocidade da internet. Nessa senda, a depender do volume dos dados em sintonia com a tecnologia utilizada para o seu transporte, podem apresentar diversas formas (*v.g.* palavras, sons, ideias). Veja-se o entendimento:

“(…) um dado é necessariamente uma entidade matemática e, desta forma, é puramente sintático. Isto significa que os dados podem ser totalmente descritos através de representações formais, estruturais. Sendo ainda quantificados ou quantificáveis, eles podem obviamente ser armazenados em um computador e processados por ele.” (SETZER, 2015, documento não paginado)

Sobre os dados pessoais, é interessante esclarecer que pode se tratar de dado anônimo, o qual toca a pessoas indeterminadas e poderá ser utilizado para fins estatísticos, após passar por um processo de anonimização, oportunidade em que perde a possibilidade de associação direta a determinado indivíduo. Outrossim, podem se tratar de dados especiais, que dizem respeito aos dados de crianças e de adolescentes. Por fim, os dados sensíveis (em atenção ao artigo 5º, inciso II, da LGPD) envolvem aspectos íntimos do indivíduo que se traduzem em “origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural”.

Com isso, o presente estudo segue adiante na inclusão da proteção de dados pessoais no rol dos direitos da personalidade.

3 A Proteção dos Dados Pessoais no Rol dos Direitos da Personalidade

A explanação supra tem o condão de trazer a proteção dos dados pessoais para o rol dos direitos da personalidade, uma vez que a doutrina e a jurisprudência entendem que não há como limitar os direitos elencados na legislação, sob pena de afrontar a proteção e a dignidade do ser.

Embora seja possível, a partir dos direitos da personalidade, já expressos na legislação brasileira (*v.g.* direito à privacidade), considerar como implícita a proteção dos dados pessoais, é necessária a manifestação legislativa para que, expressamente, integre os direitos da personalidade.

Anderson Schreiber (2014, p. 15) leciona no sentido de que, ausente o exposto reconhecimento legal, se deve definir se integram ou não a dignidade do ser, ou seja, se correspondem às esferas essenciais da personalidade humana.

Veja-se, a seguir, o que são os direitos da personalidade e a proteção de dados pessoais.

3.1 Os Direitos da Personalidade

Em busca de uma tutela dos valores da pessoa humana, surge o direito da personalidade como uma das garantias máximas do ser humano, uma vez que protege o que o indivíduo tem de mais essencial. Sob a denominação dos direitos da personalidade, Orlando Gomes (2002, p. 148) entende que “se compreendem direitos considerados essenciais à pessoa humana, que a doutrina moderna preconiza e disciplina a fim de resguardar a sua dignidade”.

Os direitos da personalidade “são os direitos não patrimoniais inerentes à pessoa, compreendidos no núcleo essencial de sua dignidade”. Nessa linha, eles concretizam a dignidade da pessoa humana, no âmbito civil (LÔBO, 2021, documento não paginado), bem como corporificam direitos subjetivos direcionados para o reconhecimento e a não violação da pessoa em sua existência física, psíquica e intelectual (NEUNER, 2019, p. 47).

Os direitos da personalidade são (também) conhecidos como direitos essenciais ou fundamentais da pessoa, direitos da própria pessoa, direitos do estado e direitos personalíssimos (MATTIAS, 1979, p. 102). Prosseguindo, compreendem aqueles direitos relativos à tutela humana, indispensáveis à proteção da dignidade e da integridade das pessoas.

Igualmente, eles constituem uma categoria autônoma entre os direitos subjetivos, sendo certo que essa autonomia provém do caráter essencial que apresentam por causa da especialidade do seu objeto e da singularidade do seu conteúdo. Integram a categoria dos direitos subjetivos (MATTIAS, 1979, p. 105).

A Constituição Federal de 1988, em relação aos direitos da personalidade, garantiu, na cabeça do artigo 5º, *caput*, os bens que protegeu: vida, igualdade, liberdade, segurança e propriedade. Na mesma sintonia, o Código Civil de 2002 trouxe o direito ao corpo, o direito ao nome, o direito à honra, o direito à imagem e o direito à privacidade como direitos da personalidade. O artigo 11 do Código Civil classifica os direitos da personalidade como sendo intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

Continuando com essas premissas, a pesquisa traz, também, o entendimento do que vem a ser a proteção dos dados pessoais.

3.2 A Proteção dos Dados Pessoais

O desenvolvimento do modelo de negócios da economia digital, que surgiu a partir dos anos 1990, motivou o surgimento da regulamentação da proteção de dados em razão de um grande número de fluxos internacionais de bases de dados viabilizados pelos avanços tecnológicos e a globalização. Isso se deve ao fato de que houve uma inserção de computadores pessoais nas casas de família, oportunidade em que se armazenavam inúmeros dados pessoais sem qualquer preocupação e sem um sistema próprio para isso.

Nesse condão, setores sociais passaram a perceber o valor desses dados pessoais, armazenando-os e divulgando-os a terceiros.

Esse processo inicial, considerando o armazenamento, a documentação e o uso de informações pessoais constituíram condição *sine qua non* para a formação da sociedade moderna (SCHAAR, 2007, p. 34).

O pioneiro artigo dos jovens advogados norte-americanos, Samuel Warren e Louis Brandeis, intitulado como “The right to privacy” (publicado na *Revista de Direito da Universidade de Harvard*), trouxe a ideia de um direito básico à proteção da pessoa e de um direito individualista de estar sozinho (*right to be let alone*). Nesse condão, a privacidade se apresenta como um direito autônomo, desenvolvendo (como ponto inicial) o pensamento de que o indivíduo teria o direito sobre a publicização de suas informações pessoais, ou seja, teria o direito de não tornar público os seus dados pessoais.

Apesar disso, não se adotou um sistema independente de proteção de dados. O compartilhamento da ideia de que os dados pessoais constituem uma projeção da personalidade do indivíduo e que, portanto, merecem uma tutela forte, levou à edição de legislações específicas e à aprovação de acordos internacionais e transnacionais em diversos níveis sobre o tema da proteção dos dados (a partir da década de 1970).

Logo, o conceito de privacidade passou por uma transformação a contar da década de 1970. Na União Europeia, o *deficit* de tutela foi tratado em diferentes convenções e diretivas, oportunidade em que se estabeleceu o dever de proteção dos dados pessoais em instituições públicas e em organizações privadas.

Em 1977, a Alemanha apresentou uma lei federal sobre a matéria, a qual tratou da primeira lei no mundo sobre a proteção de dados pessoais, originária da *Land de Hesse*. No entanto, ela não trouxe garantias suficientes aos cidadãos para enfrentar a Lei do Censo. Tanto é assim que, em 1983, o Estado pretendia concretizar um censo geral, com um vasto questionário de perguntas de caráter pessoal aos indivíduos a fim de confrontar os dados fornecidos com os do registro civil.

A situação causou um sentimento de insegurança, uma vez que se temeu a formação de um Estado superinformado. Nessa linha, a Corte Constitucional suspendeu, provisoriamente, o censo e, posteriormente, julgou-o inconstitucional, sob o argumento principal de que poderia ocorrer diversidade de finalidade no uso dos dados, o que impediria o indivíduo de conhecer o efetivo uso de suas informações.

Com isso, o Tribunal Constitucional Federal Alemão definiu o direito à autodeterminação informativa ou o direito à privacidade que é definido como o direito individual de decidir sobre a divulgação, o processamento e o uso de dados pessoais. Nesse condão, o indivíduo teve a oportunidade de decidir quando e sob que circunstâncias poderá dar conhecimento de seus dados pessoais.

A proteção dos dados pessoais é um direito fundamental que é considerado em diversos ordenamentos jurídicos como um instrumento essencial para a proteção da pessoa humana (DONEDA, 2011, p. 92).

A proteção de dados pessoais, antes da GDPR (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados), já encontrava previsão na Carta dos Direitos Fundamentais da Europa e no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. Igualmente, no Brasil, já havia previsão na Lei do Marco Civil da Internet e na Lei de Cadastro Positivo, bem como o Brasil foi o primeiro país a incluir na Constituição Federal a proteção dos dados por meio do *habeas data*. No entanto, é com a LGPD que a proteção de dados encontra regulamentação por meio de princípios.

Albers (2016, p. 36-37) sustenta que a proteção de dados é um conceito bastante vago, tanto que alguns pesquisadores simplesmente a descrevem como sendo uma ferramenta para salvaguardar liberdades juridicamente protegidas, como a autonomia ou a liberdade de decisão. Outros, por sua vez, dizem que a proteção de dados se refere ao bem ou aos bens a serem tutelados.

Albers prossegue, explicando que:

“Esse conceito também poderia ser entendido em um duplo sentido, como meio de proteção e, enquanto termo mais abrangente, como os interesses juridicamente protegidos. De qualquer modo, quando se trata dos bens a serem tutelados, a proteção de dados não deveria ser entendida como um conceito instrumental ou premissa preliminar que protege outras liberdades conhecidas a partir do conceito tradicional. É preciso, pelo contrário, deixar para trás as descrições que usam uma abordagem individualista, a saber, autodeterminação, liberdade de decisão, propriedade. Os interesses a serem protegidos deveriam ser formulados de tal maneira que obtenham seu sentido quando a socialidade do indivíduo em questão é levada em conta.” (ALBERS, 2016, p. 26-37)

Extrai-se da lição da autora que a proteção de dados pessoais nada mais é do que a proteção dos dados, as informações e o conhecimento. Outrossim, a proteção dos dados pessoais está ligada a tudo que envolve os direitos da personalidade, ou seja, ela tem a ver com a proteção contra a criação de perfis de personalidade, a reputação da pessoa, contra a estigmatização e a discriminação, as expectativas normativamente justificadas de privacidade, contra o roubo da identidade, contra a vigilância e a integridade contextual (ALBERS, 2016, p. 36-37).

A proteção de dados “não compreende um bem juridicamente tutelado que seja uniforme. Há, pelo contrário, interesses complexos e múltiplos

que devem ser protegidos” (ALBERS, 2016, p. 36-37). A proteção de danos pessoais encontra razão na privacidade, a qual se consubstancia na intimidade elencada nos direitos da personalidade. Nessa linha, o direito à intimidade é o direito de não sofrer qualquer intromissão na esfera íntima.

A intimidade revela-se como aquilo que o ser humano tem de mais secreto, que não pode ser exposto ao público em geral. Nas palavras de José Afonso da Silva (1999, p. 211), “a intimidade integra a esfera íntima da pessoa, porque é repositório de segredos e particularidades do foro moral e íntimo do indivíduo”.

A vida social do indivíduo divide-se em duas esferas: a pública e a privada (ARAÚJO; NUNES JUNIOR, 1998, p. 82). A vida pública é como a vida exterior, que envolve a pessoa nas relações sociais e nas atividades públicas, podendo, inclusive, ser objeto de pesquisas e de divulgações de terceiros. Já a vida privada, por sua vez, é a vida interior, que se debruça sobre a mesma pessoa, sobre os membros de sua família, sobre os seus amigos, sendo inviolável nos termos da Constituição (SILVA, 1999, p. 211).

Sobre a vida privada, é importante trazer algumas questões sobre a privacidade, a qual é tutelada na proteção de dados (artigo 2º da LGPD) e é regulada pela LGPD, juntamente com o consentimento. É possível observar o crescimento da sociedade da informação a partir de um aumento significativo de situações que violam a privacidade, propiciando a sua transformação para dar origem à disciplina da proteção de dados pessoais.

As facilidades presentes na sociedade da informação impulsionam a perda ou a violação da privacidade por meio dos próprios indivíduos titulares de dados pessoais. Zygmunt Bauman (2014, p. 28) sustenta que “submetemos à matança nossos direitos de privacidade por vontade própria. Ou talvez apenas consintamos em perder a privacidade como preço razoável pelas maravilhas oferecidas em troca”.

A doutrina não encontra um conceito de privacidade com univocidade no ordenamento jurídico pátrio e no direito comparado em razão de sua imprecisão e abrangência. Stefano Rodotà (2008, p. 93) sustenta que a privacidade pode ser entendida como “o direito de manter o controle sobre as próprias informações”. Ademais, pode ser definida como o “direito de ser deixado só” (RODOTÀ, 2008, p. 24). Nesse diapasão, predominava a noção individualista, oportunidade em que a privacidade decorria do conceito de propriedade, envolvendo o direito à liberdade de ser deixado sozinho, relacionado ao direito à intimidade (MASILI, 2018, p. 23 25).

A tutela da privacidade “não se contenta com a proibição à intromissão alheia na vida íntima”. Tanto é assim que ela impõe também deveres de caráter positivo, “como o dever de solicitar autorização para a inclusão do nome de certa pessoa em um cadastro de dados ou o dever de possibilitar a correção de dados do mesmo cadastro pelo seu titular, a qualquer tempo” (SCHREIBER, 2014, p. 137).

A compreensão do conceito de privacidade de dados pessoais e da necessidade de sua proteção na economia digital foi impulsionada por acontecimentos de grande repercussão mundial envolvendo o Facebook e a empresa Cambridge Analytica, que, sem qualquer consentimento dos usuários da rede social, utilizaram de avançadas técnicas de psicométrica e *marketing* direcionado como forma de favorecer a eleição presidencial nos Estados Unidos e o *Brexit*. Igualmente, há indícios de que tenha ocorrido tal fato nas eleições do Brasil.

Em outras palavras, a privacidade é um elemento precípua da formação da pessoa e não se trata de mera preferência pessoal (MAGRANI, 2016, p. 21), vindo a ensejar o direito à autotutela dos dados pessoais correlacionada aos direitos da personalidade (BIONI, 2019, p. 99). Por outra conceituação, diz-se que “privacidade é um direito garantido a todo e qualquer indivíduo” (VIEIRA, 2019, p. 210).

A partir da explanação supra, surge o questionamento: é possível incluir a proteção de dados pessoais no rol dos direitos da personalidade? E o que motiva essa inclusão?

Os direitos da personalidade correspondem a uma verdadeira cláusula geral de proteção do ser. Nessa linha, eles não correspondem a um rol taxativo, mas exemplificativo expresso nos artigos 11 a 21 do Código Civil de 2002, o que, então, possibilita a inclusão de novos direitos com respaldo da dignidade da pessoa humana. Com efeito, para justificar a proteção dos dados pessoais no rol dos direitos da personalidade, invoca-se, portanto, o princípio da dignidade da pessoa na proteção de dados pessoais, pois ela é inerente à pessoa em sua qualidade humana, desdobrando-se em várias vertentes no sentido de garantir a existência humana.

Observa-se que a dignidade da pessoa humana impõe certos parâmetros e regras de tratamento dos seres humanos, pois ninguém pode ser tratado aquém de certos limites mínimos, uma vez que institui uma proteção do *status* do sujeito, materializada por meio de uma preservação da autonomia (SOARES, 2003, p. 36). Logo, nas palavras de Bioni (2019, p. 99), cabe o enquadramento da proteção dos dados pessoais e a sua autotutela como uma nova variante da categoria jurídica dos direitos da personalidade, uma vez que essa tutela é uma ferramenta para proteger o desenvolvimento da pessoa.

A proteção dos dados pessoais está expressamente ligada à personalidade do indivíduo, porquanto é do titular dos dados o direito de dispor e ter ciência de tudo que envolve seus dados pessoais. A LGPD tem o “importante papel de reforçar a autonomia dos titulares dos dados e o necessário e devido controle que estes precisam exercer sobre os seus dados” (FRAZÃO, 2019, p. 31).

A proteção de dados conduz ao reconhecimento de um direito autônomo e fundamental que deriva da consideração dos riscos que o tratamento automatizado traz à proteção da personalidade à luz das garantias constitucionais de igualdade substancial, liberdade e dignidade da pessoa humana, juntamente com a proteção da intimidade e da vida privada (BIONI, 2019, p. 103).

No ensinamento de Ingo Wolfgang Sarlet (2021), o direito à proteção de dados vai além da tutela da privacidade, porquanto conduz a um direito fundamental autônomo, diretamente vinculado à proteção da personalidade. Igualmente, sustenta Doneda (2011, p. 358-359) que a proteção de dados pessoais seria uma garantia de caráter instrumental, derivada da tutela da privacidade, mas que “não poderia estar limitada por essa, ao mesmo tempo em que faz referência a todo leque de garantias fundamentais que se encontram no ordenamento brasileiro”.

De efeito, Bioni (2019, p. 103) defende a autonomia da proteção de dados pessoais em relação à privacidade porquanto “a dinâmica de proteção dos dados pessoais foge à dicotomia do público e do privado, diferenciando-se substancialmente do direito à privacidade”. Nessa linha, “propugnar que o direito à proteção dos dados pessoais seria uma mera evolução do direito à privacidade é uma construção dogmática falha que dificulta a sua compreensão”.

O “direito à proteção dos dados pessoais deve ser alocado como uma nova espécie do rol aberto dos direitos da personalidade, dando elasticidade à cláusula geral da tutela da pessoa humana”. É dessa forma porque ele se volta à proteção da pessoa, assegurando-lhe e promovendo-lhe a dignidade, a paridade, a não discriminação e a liberdade. Nesse alvitre, a sua inserção entre os direitos da personalidade encontra justificativa (ZANON, 2013, p. 156).

A proteção dos dados pessoais se trata de um novo direito da personalidade que goza de autonomia em razão do direito da privacidade, com características próprias. A vinculação da informação pessoal com a pessoa leva a uma representação direta da personalidade, oportunidade em que aquela deve ser entendida como uma projeção da personalidade (DONEDA, 2019, documento não paginado).

Os dados pessoais correspondem a uma extensão da personalidade, uma vez que trazem elementos substanciais de nossa singularidade. Nesse condão,

podem ser compreendidos como reflexos pessoais capazes de identificar os sujeitos em suas particularidades e enquanto seres sociais. A partir disso, tem-se a importância de elevar a proteção de dados pessoais a um *status* de direito da personalidade (COSTA; OLIVEIRA, 2019, p. 32).

Desse modo, cabe trazer a informação de que o Superior Tribunal Federal (STF) já se manifestou sobre o compartilhamento de dados de usuários de serviços de telefonia com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) na questão da geolocalização para a formação de estatística oficial durante a pandemia do coronavírus no que pertine ao isolamento social.

Nos julgamentos,¹⁰ a Suprema Corte consagrou a existência de direito fundamental à proteção de dados pessoais, o que já se traduz em um reconhecimento implícito desse direito. No entanto, apesar da orientação da jurisprudência, motivada pelas manifestações doutrinárias, encontra-se vigente a tramitação da Proposta de Emenda Constitucional (PEC) n. 17/2019,¹¹ a qual propõe a inserção da proteção de dados pessoais como direito fundamental na Constituição brasileira. Logo, prevê a alteração do inciso XII do artigo 5º para a garantia, “nos termos da lei, do direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais”.

Ademais, o projeto insere o inciso XXX ao artigo 22, estabelecendo que a competência para legislar sobre proteção e o tratamento dos dados pessoais passa a ser privativa da União. Destarte, os desafios regulatórios que ensejam a proteção de dados pessoais, como declinado anteriormente, decorrem do fato de que os “dados pessoais sejam objeto de vantagens e benefícios economicamente tangíveis, suscetíveis de trocas, a depender dos valores em jogo e das contrapartidas oferecidas” (SOMBRA, 2020, p. 147).

Conclusão

O presente estudo trouxe a globalização na sociedade do risco, bem como a proteção dos dados pessoais na sociedade da informação para possibilitar a fundamentação da proteção dos dados pessoais como direito da personalidade. Nessa linha, o objetivo deste artigo foi demonstrar que a tutela da proteção dos direitos da personalidade merece inclusão no rol dos direitos da personalidade a partir de argumentos teóricos da doutrina e da jurisprudência, bem como pela Proposta de Emenda Constitucional (PEC) n. 17/2019.

10 ADIs ns. 6387, 6388, 6389 6393, 6390.

11 Acrescenta o inciso XII-A, ao artigo 5º, e o inciso XXX, ao artigo 22 da Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos fundamentais do cidadão e fixar a competência privativa da União para legislar sobre a matéria.

O advento da internet, que motivou a sociedade da informação, possibilitou enormes benefícios. No entanto, trouxe a insegurança no uso dos dados pessoais, uma vez que passaram a ser coletados, armazenados e compartilhados sem que os direitos do titular fossem observados, mormente a privacidade.

Os dados pessoais passaram a ser um novo ativo na economia digital, o que torna imprescindível a regulamentação no uso desse novo ativo, já que eles carregam informações que possibilitam a identificação de seus titulares. Igualmente, podem propiciar a divulgação de dados de cunho pessoal que dizem respeito, tão somente, ao seu titular (*v.g.* dados sensíveis), evitando a publicização sem qualquer autorização.

Com isso, a proteção de dados ganha relevância em diversas legislações no Brasil (*v.g.* Marco Civil da Internet), mas é na vigência da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) que se torna possível a proteção com a inclusão no rol dos direitos da personalidade. Nesse sentido, busca-se a projeção da proteção dos dados pessoais no rol dos direitos da personalidade a fim de materializar a proteção do indivíduo em razão das presentes violações à privacidade, que, atualmente, estão se tornando rotina na sociedade da informação, a qual utiliza os dados como insumo de produção.

Tal fato se torna possível em razão de o rol dos direitos da personalidade não se tratar de uma categoria fechada, mas de um rol exemplificativo que, em sintonia com a proteção da dignidade do ser, possibilita a inclusão de novos direitos que integram a personalidade do indivíduo. A proteção de dados pessoais, que é um direito autônomo em relação à privacidade, guarda relação direta com a personalidade do ser.

Diante dessas considerações, conclui-se que, apesar de a privacidade já se encontrar presente no contexto dos direitos da personalidade, expressos no Código Civil de 2002 (o que conduz a uma proteção de dados de forma implícita), a proteção de danos pessoais corresponde a um direito personalíssimo, que, na sua autonomia, deverá integrar o rol dos direitos da personalidade na Constituição Federal e no Código Civil de 2002 em homenagem à dignidade do ser.

TITLE: Protection of personal data as a right of personality.

ABSTRACT: The article contemplates the analysis of the protection of personal data as a personality right in the General Law for the Protection of Personal Data due to technological advances caused by globalization and the risk society, especially from the worldwide use of the internet and the birth of the society of information. Therefore, the objective is to clarify the legal nature of this right, bringing the protection of personal data to the list of personality rights. It seeks, through descriptive and exploratory methodology, the analysis of issues involving personality rights and the protection of personal data, using the deductive method. The proposed chapters, which examine the issue, demonstrate that the rights listed as personality

rights are not exhaustive, but exemplified. As an autonomous right, it is possible that the protection of personal data is included in the list of personality rights due to the dignity of the being.

KEYWORDS: Protection. Personal Data. Personality Law. Dignity of the Person. Inclusion.

Referências

- ALBERS, Marion. A complexidade da proteção de dados. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre, v. 10, n. 35, p. 19-45, jul./dez. 2016. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/93/19>. Acesso em: 10 maio 2021.
- AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998.
- BAUMAN, Zygmunt. *Vigilância líquida*. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.
- BECK, Ulrich. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In: BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização reflexiva*: política, tradição e estética no mundo moderno. Tradução: Maria Amélia Augusto. Oeiras: Celta, 2000.
- BECK, Ulrich. *Sociedade de risco*: rumo a outra modernidade. Tradução: Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.
- BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização reflexiva*: política, tradição e estética no mundo moderno. Tradução: Maria Amélia Augusto. Oeiras: Celta, 2000.
- BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais*: a função e os limites do consentimento. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais*: a função e os limites do consentimento. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. *E-book*.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 jul. 2021.
- BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 12 jul. 2021.
- BRASIL. *Lei n. 12.527/2011, de 18 de novembro de 2011*. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei n. 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei n. 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm. Acesso em: 29 jul. 2021.
- BRASIL. *Lei n. 13.708/2018, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/13709.htm. Acesso em: 29 jul. 2021.
- BRASIL. *Proposta de Emenda Constitucional (PEC) n. 17/2019, de 3 de julho de 2019*. Acrescenta o inciso XII-A, ao art. 5º, e o inciso XXX, ao art. 22, da Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos fundamentais do cidadão e fixar a competência privativa da União para legislar sobre a matéria. Brasília, DF: Sala das Sessões, 2019. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135594>. Acesso em: 10 maio 2021.
- CASTELLS, Manuel. Internet e sociedade em rede. In: MORAES, Denis de (org.). *Por uma outra comunicação*: mídia, mundialização cultural e poder. Rio de Janeiro: Record, 2003.

COMISSÃO EUROPEIA. *O que são dados pessoais?* [20--]. Disponível em: https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/reform/what-personal-data_pt#resposta. Acesso em: 10 maio 2021.

COSTA, José de Faria. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 1992.

COSTA, Ramon Silva; OLIVEIRA, Samuel Rodrigues de. Os direitos da Personalidade frente à sociedade de vigilância: privacidade, proteção de dados pessoais e consentimento nas redes sociais. *Revista Brasileira de Direito Civil em perspectiva*, Belém, v. 5, n. 2, p. 22-41, jul./dez. 2019. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/direitocivil/article/view/5778/pdf>. Acesso em: 10 maio 2021.

DE GIORGI, Raffaele. *Direito, democracia e risco: vínculo com o futuro*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.

DE MASI, Domenico. *O ócio criativo*. Rio de Janeiro: Sextante, 2000.

DONEDA, Danilo. A proteção dos dados pessoais como um Direito Fundamental. *Espaço Jurídico*, Joaçaba, v. 12, n. 2, p. 91-108, jul./dez. 2011. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/1315/658>. Acesso em: 10 maio 2021.

DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais: elementos da formação da Lei Geral de Proteção de Dados*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. *E-book*.

FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, sociedade de risco e o futuro do direito penal: panorâmica de alguns problemas comuns*. Coimbra: Almedina, 2001.

FRAZÃO, Ana. Fundamentos da proteção de dados pessoais: noções introdutórias para a compreensão da importância da Lei Geral de Proteção de Dados. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena D. (coord.). *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro*. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

GIDDENS, Anthony. Viver numa sociedade pós-tradicional. In: BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética no mundo moderno*. Tradução: Maria Amélia Augusto. Oeiras: Celta, 2000.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

INTERSOFT CONSULTING. *General Data Protection Regulation*. [201?]. Disponível em: <https://gdpr-info.eu/>. Acesso em: 10 maio 2021.

LACOMBE, Francisco José Masset et al. *Administração, princípios e tendências*. São Paulo: Saraiva, 2003.

LÓBO, Paulo. *Direito civil: parte geral*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. v. 1. *E-book*.

MAGRANI, Eduardo. *Direito e tecnologia*. Rio de Janeiro: FGV, 2016.

MASILI, Clarissa Menezes Vaz. *Regulação do uso de dados pessoais no Brasil: papel do usuário na defesa de um direito à tutela de dados pessoais autônomo*. Orientadora: Christiana Soares de Freitas. 2018. 197 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2018. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/34290>. Acesso em: 10 maio 2021.

MATTIAS, Fábio Maria de. Direitos da personalidade: aspectos gerais. In: CHAVES, Antônio (coord.). *Estudos de direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

NEUNER, Jörg. Direitos da personalidade. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 13, n. 40, p. 43-82, jan./jun. 2019. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/762/949>. Acesso em: 10 maio 2021.

NOHARA, Irene Patrícia. Desafios da ciberdemocracia diante do fenômeno das fake news: regulação estatal em face dos perigos da desinformação. In: RAIS, Diogo (org.). *Fake news: a conexão entre a desinformação e o direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 75-88.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Addressing the tax challenges of the digital economy*. Action 1 – 2015 final report. Paris: OECD Publishing, 2015. Disponível em: <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264241046-en.pdf?expires=1627864218&id=id&accname=guest&checksum=009F80E9CF9E16F622F825D9ECE10967>. Acesso em: 10 maio 2021.

- PALFREY, John; GASSER, Urs. *Nascidos na era digital: entendendo a primeira geração de nativos digitais*. Porto Alegre: Artmed, 2011.
- PASQUALE, Frank. *The black box society: the secret algorithms that control money and information*. Cambridge: Harvard University Press, 2015.
- PASSOS, Bruno Ricardo dos Santos. *O direito à privacidade e a proteção aos dados pessoais na sociedade da informação: uma abordagem acerca de um novo direito fundamental*. Orientador: Ricardo Maurício Freire Soares. 2017. 102 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2017. Disponível em: <https://bit.ly/3mxyLRq>. Acesso em: 10 maio 2021.
- PINHEIRO, Patrícia. *Proteção de dados pessoais: comentários à Lei n. 13.709/2018 (LGPD)*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- PRUDÊNCIO, Kelly Cristina de Souza. *Mídia ativista: a comunicação dos movimentos por justiça global na internet*. Orientadora: Ilse Scherer Warren. 2006. 2007 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Sociologia Política, Centro de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2006. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/89289>. Acesso em: 12 maio 2021.
- RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Organização, seleção e apresentação de Maria Celina Bodin de Moraes. Tradução: Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências*. 11. ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Fundamentos constitucionais: o direito fundamental à proteção de dados. In: MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz (coord.). *Tratado de proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2021. E-book.
- SCHAAR, Peter. *Das ende der privatsphäre: der weg in die Überwachungsgesellschaft*. Munchen: C. Bertelsmann, 2007.
- SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- SETZER, Valdemar. *Dado, informação, conhecimento e competência*. 2015. Disponível em: <http://www.ime.usp.br/~vwsetzer/dado-info.html>. Acesso em: 10 mai. 2021.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- SOARES, Maria de Fátima Gonçalves. Direitos humanos: minorias, desigualdades sociais e exercício dos direitos fundamentais. In: CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, 15., 2003. Gramado. *Caderno de Teses*, n. 15, tese n. 26, Gramado, 2003.
- SOMBRA, Thiago Luís Santos. *Fundamentos da regulação da privacidade e proteção de dados pessoais: pluralismo jurídico e transparência em perspectiva*. São Paulo: Thomson Reuters do Brasil, 2020.
- VALSORDA, Filippo. *Data is not the new gold, data is the new uranium*. Roma, 16 ago. 2019. Twitter: @FiloSottile. Disponível em: <https://twitter.com/ilosottile/status/1162404848073170944>. Acesso em: 10 maio 2021.
- VIEIRA, Elba Lúcia de Carvalho. A proteção de dados desde a concepção (by design) e por padrão (by default). In: MALDONADO, Viviane Nóbrega. *LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: manual de implementação*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- WERTHEIN, Jorge. A sociedade da informação e seus desafios. *Ciência da informação*, Brasília, v. 29, n. 2, p. 71-77, ago./maio 2000. Disponível em: https://www.scielo.br/j/ci/a/rmmLFLlYsjPrkNrbkrK7VF/?fo_rmat=pdf&lang=pt. Acesso em: 10 maio 2021.
- ZANON, João Carlos. *Direito à proteção dos dados pessoais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

Recebido em: 07.01.2022

Aprovado em: 13.01.2022

Cidadania, Sociedade Civil e Consumidores: Inversão de Valores para o Exercício de um Poder Antidemocrático

CLEVERTON REIKDAL

*Doutorando em Ciências jurídicas pela UNIVALI-DINTER
Faculdade Católica de Rondônia; e-mail: tom.reik@gmail.com.*

RESUMO: O comportamento expansionista do mercado em busca de consumidores vem demarcando uma modificação nos valores inerentes à pessoa, a qual passa a ser concebida a partir da lógica da sua capacidade de produzir e consumir, afastando-a periodicamente do espaço em construção da sociedade civil. Retirar o cidadão da sociedade civil e incluí-lo como consumidor é uma vantagem ao mercado produtor, pois as discussões e reflexões jurídicas sobre os direitos e deveres dos indivíduos continuam atreladas ao mercado produtor, e não à sociedade civil, que vem construindo um relevante espaço democrático e politizado nas últimas décadas. Saber diferenciar as questões e características do conceito de cidadania é um trabalho hercúleo que Liszt Vieira vem se propondo a fazer há alguns anos, com um estudo que pode servir para atualizar o termo cidadania em conjunto com sociedade civil, evitando o seu engessamento na dependência da sua definição com o reconhecimento da nação no seu termo tradicional. Busca-se, neste artigo, como proposta conclusiva, que a definição de bem comum proposta por Ugo Mattei contribua na miscigenação do cidadão e da sociedade civil, por meio da discussão das finalidades do Estado e do patrimônio público e privado. A pesquisa segue uma metodologia de referencial teórico e interpretação qualitativa, em que esse referencial passa a ser interpretado pelo leitor e buscando nas categorias uma associação e definição dos termos.

PALAVRAS-CHAVE: Cidadania. Sociedade Civil. Consumidor. Bem Comum.

SUMÁRIO: Introdução. O Caminho da Tomada do Poder: o Consumidor Satisfeito. Meritocracia do Indivíduo Produtor e Consumidor. A Capacidade de Acumular e Transferir Riquezas. A Valorização do Bem Privado e suas Consequências na Construção do Coletivo. A Relevância Social do Bem Comum. O Uso da Rede e a Capacidade de Comunicação Social. Conclusão. Referências.

Introdução

Em recentes leituras sobre o modelo atual de desenvolvimento do mercado nacional e internacional, verifica-se a existência de um movimento

de transformação e empoderamento do indivíduo enquanto consumidor, o qual, ao mesmo tempo em que o aproxima de uma proteção constitucional de exercer seu livre arbítrio e ter/receber os melhores produtos e serviços que seu poder de consumo possa alcançar, lhe afasta das ferramentas democráticas constituídas para o controle e identificação da responsabilidade pelas consequências nefastas do modelo de desenvolvimento econômico.

Verifica-se, no dia a dia, a existência de fornecedores de postos de trabalho, bens e serviços cada vez mais capazes e interessados em glorificar os anseios de uma comunidade consumidora (pelo preço certo), enquanto o Estado brasileiro se afasta da sua capacidade de cumprir seus deveres constitucionais de fornecer condições (não serviços públicos apenas) para consolidar uma sociedade solidária pautada na equidade e justiça social. A existência de um estado de coisa inconstitucional, a incapacidade de participação política, a preocupação com o *ganhar a vida* diariamente, entre outras questões, reforçam o descrédito populacional sobre o Estado, de modo que o cidadão necessita encontrar e identificar outras instituições e espaços para vivenciar aquela vida que deseja (e merece). O que se propõe a questionar, portanto, tem como base a pergunta reflexiva proposta por Michael Walzer “what is the preferred setting, the most supportive environment, for the good life?”¹

A referência bibliográfica utilizada favorece subsídio para identificar um mercado que se desenvolve não enquanto uma estrutura diabolicamente e estrategicamente voltada a construir um indivíduo fraco, como se fosse uma organização criada para tanto, mas para identificar um mercado que é construído e fortalecido pelo próprio interesse do consumo. Há uma retroalimentação entre o produtor e o consumidor, entre o fornecedor de crédito e o produtor, entre as empresas transnacionais e o Estado e, nessa relação simbiótica, o que se pretende fortalecer é a existência do mercado consumidor.

Neste espaço contemporâneo de perda de força jurisdicional dos Estados-Nações, surge uma oportunidade para a ocupação desse poder por novas instituições transnacionais.² Identifica-se uma estrutura voltada à valorização econômica, a valorização da capacidade de produção, da capacidade de consumo, mas não da capacidade de ser humano, da capacidade de reflexão crítica e tomada de decisão sobre o valor humano do produto/serviço consumido.

1 Palestra concedida por Michael Walzer, na Universidade de Estocolmo, no ano de 1990. WALZER, Michael. The civil society argument. Stocolm: University of Stocolm, 1990. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/e0d6/10d0cca0e4aceb0ba1ac23101b3fa61e81e6.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2020.

2 “Cabe ao Estado-Nação a proteção dos direitos básicos dos indivíduos e a promoção de funções econômicas e sociais. A soberania do Estado exclui outros atores, estatais ou comunidade internacional, mas a soberania nacional começa a perder força.” VIEIRA, Liszt. *Os argonautas da cidadania: a sociedade civil na globalização*. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 221.

Nesta pesquisa, nada se propõe contra a proteção constitucional e necessária do consumidor hipossuficiente. Este artigo, por exemplo, é escrito por um consumidor de um *notebook* que o adquiriu por necessidade, vontade de consumo, por um desejo mercadológico e de imagem social. O que se propõe é a problemática identificada de que as consequências presentes e futuras do modelo atual de mercado estão transformando as pessoas mais em consumidoras do que cidadãs.

Este artigo, portanto, é escrito a partir da perspectiva de que a experiência individual pode ser interpretada de forma extensiva a outras realidades individuais, em uma capacidade metodológica de levar o singular ao universal. Certamente, não será possível o reconhecimento universal dessa realidade, o que lhe faltaria para ser uma ciência universal, por isso deve-se haver um recorte da experiência exclusivamente individual para construir uma ciência metodologicamente válida.

Para tanto, tratar-se-ão os casos em uma análise qualitativa do referencial bibliográfico identificado para compreender o papel do Estado, o modelo de desenvolvimento capitalista, os riscos e a supervalorização do consumidor e das práticas sustentáveis das empresas em face de um Estado moderno constitucional desmantelado e sem capacidade de lidar com a realidade atual (problemas transnacionais com incapacidade nacional de solução). A técnica utilizada tem como base o fichamento das obras selecionadas, levando em consideração o referente da pesquisa: as estruturas capitalistas modificam a cultura e constroem o poder a partir da individualização massificada dos cidadãos, com permissão do Estado que pouco sabe como proteger o bem comum em face de uma prática mecanicista operada em uma organização de Estado de Direito apropriado como poder para exercer o interesse de uma minoria. Desse referente, considera-se o seguinte problema geral: a valorização exacerbada do indivíduo como consumidor conduz a uma individualização do sujeito, tornando-o incapaz de reconhecer a importância do outro, o que cria espaços para a tomada de poder de forma ilegítima por parte daqueles que lhe satisfazem os interesses individuais e não coletivos.

O Caminho da Tomada do Poder: o Consumidor Satisfeito

Esse caminho de criação de um indivíduo consumerista³ tem como base a valorização e a legitimação de condutas realizadas pelo desenvolvimento

3 “The autonomous individual confronting his, and now her, possibilities – this is much the best thing to be. To live well is not to make political decisions or beautiful objects; it is to make personal choices. Not any particular choices, for no choice is substantively the best: it is the activity of choosing that makes for autonomy. And the market within which choices are made, like the socialist economy, largely dispenses with politics; it requires at most a minimal state – not ‘social regulation’, only the police.” WALZER, *op. cit.*, p. 4.

de um sistema capitalista pautado na meritocracia individual nas atividades profissionais, na capacidade do consumidor em acumular e transferir riquezas, em fazer as melhores escolhas (econômicas de preferência). Alguns dos grandes méritos desse caminho residem na transferência da responsabilidade pelos erros e condutas ao próprio consumidor (com possibilidade de ação indenizatória e multas, apenas), em evitar a capacidade de organização coletiva pautada na comunidade solidária do ser humano e na valorização das empresas transnacionais que conseguem compreender o desejo individual do sujeito e lhe fornecem os caminhos da felicidade.

A linha de raciocínio sobre cidadania neste artigo segue a pesquisa de Liszt Vieira⁴ na sua discussão sobre o conceito de cidadania a partir de uma reflexão do conceito de cidadania, sociedade civil, a teoria liberal, globalização e múltiplas cidadanias. O ser *cidadão* vem pautado em uma reflexão crítica que ainda encontra suas próprias necessidades de (re)definição conceitual. Se por um determinado período histórico a cidadania esteve diretamente identificada como um produto nacional, decorrente do direito a ter direito e reconhecimento desses direitos dentro de um espaço territorial, atualmente o cenário globalizado e o enfraquecimento da jurisdição territorial nacional exigem uma redefinição do termo cidadania, inclusive proporcionando ao cidadão uma luta por direitos a beneficiar todos os cidadãos do mundo (do nacional ao universal).

Em sua, análise Liszt Vieira identifica que a validação de normas e ferramentas instituídas para implementá-las não fazem parte necessária do conceito de cidadania, mas, sim, comportam elementos independentes para a sua constituição, refletindo que o ser cidadão é um processo em formação e em constante relação com o Estado. A formação do conceito de cidadão não se isola apenas com o Estado, mas também mediante a instituição de outras estruturas de interação que favoreçam a cidadania, como a sociedade civil.

Dentro do recorte proposto nesta pesquisa, é mister reconhecer, na pesquisa de Liszt Vieira, a existência da definição de “múltiplas cidadanias”, termo esse que demonstra a existência de “gradações da cidadania: a vida em pequenas comunidades, a reformulação da cidade no Estado-Nação ou mesmo em nível global”.⁵ Essa multiplicidade cria condições de alterar a definição e construção da cidadania pautada em um conjunto de direitos formais, pois agora tem como foco o contexto social no qual os grupos e indivíduos estão inseridos.⁶

4 VIEIRA, *op. cit.*

5 *Ibidem*, p. 48.

6 *Ibidem*.

Tratar-se-á, primeiramente, de algumas bases desse caminho mercadológico trilhado para valorizar o consumidor, para, então, discutir os méritos que são colhidos pelas empresas transnacionais e governo no controle populacional.

Meritocracia do Indivíduo Produtor e Consumidor

O primeiro tópico, a meritocracia individual nas atividades profissionais, leva em consideração a capacidade de o sujeito individualmente conquistar os melhores espaços que são ofertados a todos (em tese), porém, em razão da escassez da quantidade deles, apenas os melhores podem ocupá-los. A ocupação desses espaços leva em consideração a capacidade individual de produção e transformação do seu trabalho em produto final, uma relação de custo e benefício.

Ocorre que esse requisito da meritocracia deixa de analisar questões que estão além do indivíduo, que são questões relacionadas a sua coletividade, como raça, gênero, situação geopolítica e histórico-social. No Brasil, é cediço que existe uma farta diferença na remuneração entre gênero e raça no retorno produtivo. No ano de 2015,⁷ foi identificado que um homem branco atuando na área urbana recebe em média R\$ 2.713,20 mensalmente, enquanto a mulher branca recebe R\$ 1.895,00. As diferenças também são apresentadas na distinção de raças; o homem negro urbano recebe R\$ 1.614,10, enquanto a mulher negra recebe 1.153,50. Dessa forma, levando em consideração a remuneração mensal do homem branco atuante nos centros urbanos, verifica-se que a ocupação meritocrática demonstra uma segregação do indivíduo com sua coletividade, haja vista que a remuneração menor das demais classes de gênero e raça não leva em consideração o indivíduo, mas, sim, a sua coletividade.

Valorizar o indivíduo e permitir que poucas histórias esparsas de sucesso de combate à discriminação social, de gênero e racial, sejam notícias de mudanças, é uma das ferramentas de desmantelamento da organização social, fazendo com que a coletividade seja vista a partir do indivíduo, e não ao contrário, há uma inversão de valores sociais para valores individuais.

A Capacidade de Acumular e Transferir Riquezas

O segundo tópico-base para o desenvolvimento capitalista, acerca da capacidade do consumidor de acumular e transferir riquezas, é a base para o

7 “O Retrato traz dados para o período de 1995 a 2015 em doze blocos temáticos. São eles: População; Chefia de Família; Educação; Saúde; Previdência e Assistência Social; Mercado de trabalho; Trabalho Doméstico Remunerado; Habitação e Saneamento; Acesso a Bens Duráveis e Exclusão Digital; Pobreza, Distribuição e Desigualdade de Renda; Uso do Tempo; e Vitimização.” INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Retrato das desigualdades de gênero e raça*. Brasília, DF: IPEA, [2015?]. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/retrato/apresentacao.html>. Acesso em: 21 nov. 2019.

sistema liberal e para o mercado capitalista, pelo qual o indivíduo encontra ferramentas jurídicas para controlar o poder do Estado sobre a sua propriedade privada e autorização para negociar aquilo que deseja. Não se adentrará no mérito ou histórico do instituto da propriedade privada em si, mas apenas da valorização que o capitalismo concede a essa capacidade.

A acumulação de riquezas e a sua capacidade de transferência se tornam cada vez mais valorizadas pelo indivíduo e pelo mercado, sem a quais não poderia realizar sua atividade-fim, oferta e demanda. Os sujeitos consumidores devem ter capacidade de acumular suas riquezas, em regra, pela troca da sua mão de obra por salário, e ter livre oportunidade de transferir os recursos a quem desejarem, independentemente de qualquer outro poder, salvo do seu próprio desejo.

O sistema liberal jurídico brasileiro travou intensas batalhas contra o Estado, visando ao fortalecimento da autonomia privada nas relações econômicas, pautado na redução da intervenção do Estado sobre o que produzir, como produzir e pra quem produzir. Essas conquistas foram maiores ou menores a depender da época e do espaço geográfico, como se pode identificar no Estado de Bem-Estar Social e no período neoliberal, no ocidente, ou nos regimes comunistas ou totalitários do Oriente, que tiveram o Estado como detentor do setor de produção.

Independentemente disso, o recorte de análise desta pesquisa é atual. Assim, é necessário reconhecer que a busca pela ausência de intervenção ocorre em uma esfera mundial. A batalha agora não é mais apenas interna, nos espaços geográficos nacionais, na busca por novos territórios de consumo, mas, sim, uma busca por novos consumidores, e agora o alvo são os indivíduos. Zygmund Bauman⁸ consegue esclarecer o leitor sobre a busca do mercado consumidor pelo capitalismo parasitário, que objetiva sempre a liberdade do consumo, independentemente do preço da produção.

A Valorização do Bem Privado e suas Consequências na Construção do Coletivo

Na obra de Ugo Mattei, identifica-se uma forte crítica às políticas e aos atos de privatização das atividades inerentes ao Estado, levando-se em consi-

8 “(...) o capitalismo é um sistema parasitário. Como todos os parasitas, pode prosperar durante certo período, desde que encontre um organismo ainda não explorado que lhe forneça alimento. Mas não pode fazer isso sem prejudicar o hospedeiro, destruindo assim, cedo ou tarde, as condições de sua prosperidade ou mesmo de sua sobrevivência.” BAUMANN, Zygmund. *Capitalismo parasitário e outros temas contemporâneos*. Rio de Janeiro: Zahar, 2010. p. 8-9. Ademais, gostaria de informar que parece que os territórios geográficos deixaram de ser o alvo das empresas, pois atualmente o indivíduo vem sendo bombardeado por propagandas de desejo cada vez mais íntimos e individuais de consumo, o que demonstra uma ausência de busca de novos territórios geográficos, para novos espaços centrados no próprio indivíduo, um indivíduo nacional que vai exigir do seu governo a liberdade econômica para poder consumidor tudo aquilo que lhe faça feliz.

deração que o bem privatizado, ou seja, tornado propriedade de uma pessoa privada, em detrimento da propriedade pública, é um bem público, ou seja, incapaz de titularização partidária, seja política ou privada. Ao promover esse ato, conforme nomeia o autor, está-se a expropriar o bem do seu verdadeiro titular, qual seja, a comunidade detentora do bem comum, a partir do momento em que o Estado se apropria dos bens que pertencem a uma quota de cada membro da comunidade e o transfere a particulares.⁹

No decurso da leitura, o autor constrói da definição de bem comum a partir da fenomenologia, inserindo a realidade do social, o indivíduo, como um dos elementos do bem comum, sem a distinção mecanicista dos bens públicos derivados da construção moderna do Estado de Direito. Ademais, requer a contraprestação adequada do Estado em proteção ao bem comum, evitando torná-lo um bem apropriável e utilizado nas estruturas capitalistas e liberais de acumulação de propriedade e poder, essas que levam a uma situação de exclusão, características da soberania e da propriedade privada.

Uma das suas perspectivas de análise do bem comum e das premissas que reconhecem a possibilidade de apropriação justifica-se na análise cartesiana de compreensão e definição da separação entre público e privado, porém, para o autor, não há dicotomia entre público e privado; há uma falsa premissa nesta forma de análise dos bens. Esse é um dos objetivos da pesquisa do livro, o qual reconhece que o decurso da história ocidental moderna da construção legislativa e jurídica do poder, ao separar Estado e propriedade privada, demonstra que foram construídas e aplicadas diversas ferramenta de poder ao bem privado, e não ao público.

Dessa análise, o autor identificou que as proteções jurídicas dar-se-iam de uma visão privada contra o poder público, ou seja, proteger o bem privado da sua apropriação pelo Estado, mas não o contrário, proteção à privatização.¹⁰ Assim, identifica-se uma segunda crítica presente na obra, qual seja, a falsa contraposição entre Estado e mercado, justificado como falso problema, pois se falou de uma ideia única de proteção da propriedade privada frente a governos autoritários, uma tradição ocidental moderna. Esse raciocínio de proteção da propriedade privada leva a consequências de individualismo exacerbado e exclusão social.

Ademais, identifica-se, na leitura, que o bem comum seria um direito fundamental de última geração. Partindo da perspectiva de que as gerações se superam esta seria a última geração. Há uma crítica sobre o uso de gerações

9 MATTEI, Ugo. *Bienes comunes: un manifesto*. Traducción Gerardo Pisarello. Madrid: Editorial Trotta, 2013. p. 9.

10 MATTEI, *op. cit.*, p. 12.

dos direitos e suas dimensões, estes criticam aqueles em razão do termo *geração* partir de uma situação de que os direitos são superados de uma geração a outra, enquanto que as dimensões vão se agrupando e tornando-se partes de um sistema maior, dimensional e não apenas de sucessões geracionais.

Deve-se haver uma preocupação do bem comum, e não da propriedade privada, este é o recado que o autor vem transpor durante a leitura da sua obra, tema este que foi tratado de forma inversa na história do direito moderno, quando os privados, em razão dos princípios liberais econômicos do mercado e da teoria do preço, buscaram argumentos e construções econômicas de mercado para frear o poder do Estado frente a sua propriedade privada. Suas justificativas decorrem de uma série de economistas contrários a políticas de Keynes, sendo um dos fundamentos, decorrente desde Hobbes, “os bens comuns somente poderiam ter sua gestão eficiente através da privatização, a qual, graças ao sistema de preços, permitiria limitar o acesso e consumo excessivo dos mesmos”.¹¹

Com base nessa construção de valor de mercado, o autor discorre sobre a globalização como um efeito mercadológico, uma globalização econômica, com capacidade de inversão de valores jurídico-democráticos buscados na democracia ideal, em que o povo seria o centro desse poder, escolheria seus representantes e estes promoveriam e executariam, de forma indireta, os interesses da população e, caso não estivessem de acordo, existiriam ferramentas de mudança. Entretanto, com a globalização econômica, de mercado, os grandes grupos empresariais passaram a ter capacidade de exercer o poder jurídico e político. Como exemplo, podem-se citar os *lobbies* e o financiamento das campanhas norte-americanas, as quais ocorriam em um percentual de 80%. Isso demonstra que há capacidade de influência direta sobre as políticas que serão elaboradas no decurso do exercício do mandato, voltadas a satisfazer o interesse dessa pequena comunidade privada, em razão do seu grande poder econômico.

Esse tipo de argumento também é identificado na leitura de Susan George, ao apresentar à comunidade que o exercício do poder por parte das Empresas Transnacionais não é legitimado, pois não decorre de uma democracia e do consentimento dos governados.¹² Há, nessa relação entre Estado e Empresas Transnacionais, uma via de mão única; os Estados concedem favorecimentos políticos, econômicos e jurídicos a essas empresas para que

11 *Ibidem*, p. 25.

12 GEORGE, Susan. *Os usurpadores: como as empresas transnacionais tomam o poder*. Lisboa: Editorial Bizâncio, 2016. p. 16.

possam desenvolver seu capital e, em retorno, as empresas necessitam apenas do espaço mercadológico para entregar e produzir seus produtos.

Essas entregas e produções ocorrem de maneira desvinculada ao desenvolvimento sustentável esperado na nação onde a atividade acontece. Primeiramente, as empresas transnacionais buscam receber incentivos fiscais para instalarem-se nesses países, oferta de exploração de matéria prima e de mão de obra. Atualmente, esses fatores são identificados como os exemplos dos produtos desenvolvidos em países em desenvolvimento como a China, a Índia e o Brasil, porém, seus escritórios centrais, o local onde detêm a maior movimentação de capital e pagamento dos tributos fiscais, ficam em países desenvolvidos, em especial nos Estados Unidos e na Europa.

Essa diferenciação territorial, espacial, jurídica e de poder entre as nações decorre de um fenômeno chamado de soberania. A partir do Tratado de Vestfália, tornou-se possível a individualização dos territórios nacionais, contendo poder de jurisdição exclusivo, reconhecimento de uma população, autonomia dos seus bens e impossibilidade de intervenção de outros Estados sobre seu território. A soberania, portanto, é uma forma de individualizar os territórios nacionais. Tudo isso leva à ideia de individualismo e segregação.

Ocorre que, a ação individual, em especial a jurídica, política e econômica, por parte dos estados, é um fenômeno de exceção. As práticas tendem a ser realizadas de maneira a criar efeitos internacionais, supranacionais ou transnacionais, em especial em período de globalização, tornando o modelo de exercício exclusivo da soberania política a exceção.¹³

A ideia de apropriação de espaços públicos pelos privados cria um sentimento de não pertencimento da comunidade frente a sua realidade social e isso pode gerar conflitos em face do Estado, em razão da sua fala de proteção aos bens comuns, que teriam a comunidade como titular desses. Dessa forma, considerando que o Estado, a partir da sua soberania, tem capacidade de apropriação dos bens públicos, da comunidade, e privatizar, há que se considerar uma proteção, uma tutela jurídica para o bem público frente ao poder das empresas transnacionais, ou privatização, e frente ao Estado, em razão da usurpação do bem comunitário para torná-lo privado. Na construção moderna do Estado pautado nos princípios econômicos liberais e nas suas crises econômicas, ambientais e sociais, destruidoras dos bens comuns, torna-se emergente uma consciência da sua proteção.¹⁴

13 MATTEI, *op. cit.*, p. 30.

14 *Ibidem*, p. 41.

A Relevância Social do Bem Comum

Ao erigir a preocupação da proteção dos bens comuns aos seus titulares de direito, quais sejam, as comunidades, Hugo Mattei os trata como uma possibilidade de frear o exercício dos poderes difusos de diferentes protagonistas políticos, em especial, os antidemocráticos e ilegítimos. Para que isso seja possível, a proposta é reformular a alteração e inversão de valores quem vêm sendo empregados nessa toada econômica global. A comunidade deve ser tratada como cidadã, e não como consumidora; os valores de ter e ser devem ser reequilibrados,¹⁵ importando-se mais com o ser cidadão que o com o ter consumo dos produtos.

Essa perspectiva de inversão de valores tem como base a estrutura de formação política dos Estados Modernos e, em especial, das proteções jurídicas consolidadas no constitucionalismo moderno, o qual manteve uma presença de normas de proteção à propriedade privada e de freio ao poder Estatal sobre os bens privados, ignorando a existência dos bens comuns. Dessa forma, consolida-se a ideia de inexistência do bem comum, ou, ainda que exista, não há reconhecimento jurídico de proteção,¹⁶ ou o bem é público, no sentido de pertencer ao Estado, ou é privado, no sentido de ser particular.¹⁷

Para desenvolver uma estrutura de proteção e reconhecimento da definição do bem comum, Mattei passa a se valer da teoria do fenômeno para explicar e criticar que o modelo atual de desenvolvimento é insustentável. Para tanto, o autor identifica os cidadãos não possuem um bem comum, mas são participantes desse fenômeno denominado bem comum, reconhecendo que somente podem ser identificados enquanto comum a partir da sua relação com a realidade social, “em outras palavras, não se admite uma conceituação teórica desconectada da práxis”.¹⁸ Essa busca pela definição fenomenológica tem como proposta evitar os equívocos mecanicistas a que as conceituações de bem comum tendem ao separar sujeito de objeto.¹⁹

15 Hugo Mattei vale-se das propostas de Friedrich Engels sobre a distinção do ser e do ter, quando, na sua percepção, antes da era moderna, não existia diferença entre o ter uma terra comum e estar em uma terra comum, quando poucos tinham ou estavam em áreas privadas. Nesse modelo ecológico, existia uma prevalência do ser sobre o ter comum. (MATTEI, *op. cit.*, p. 45-56).

16 Em uma análise da estrutura dos bens juridicamente protegidos no Brasil, identifica-se na Constituição Federal o direito a bens de propriedade privada ou de propriedade do Estado. Ainda que o meio ambiente natural seja definido como um sistema de bem difuso, cabendo a proteção e preservação por parte de todos, seus elementos de composição, como rios, florestas, lagos, ainda guardam uma relação de propriedade Estatal, como se fosse seu a ser distribuído. É o que se identifica nas concessões para exploração dos recursos naturais, rios, mares, florestas, entre outros. Há, sim, uma busca de proteção atual e futura desses bens, porém, não se identifica uma titularidade comum, da comunidade, desses.

17 MATTEI, *op. cit.*, p. 59-60.

18 MATTEI, *op. cit.*, p. 66.

19 *Ibidem*, p. 67.

Para Mattei, são três as situações que corroboram a possibilidade de separação do bem comum do sujeito, todas elas confirmadas pelo sistema do Estado de Direito, baseado em uma independência entre sujeito, intérprete e lei. As três situações que baseiam essa separação têm como marcos a capacidade de acumulação de riquezas a partir da invenção do dinheiro, a construção moderna da apropriação da terra como bem privado (ou até público em detrimento de bem comum), e a abstração de elementos fenomenológicos como tempo e trabalho. Todas essas situações ficcionais levam a comportamentos antiecológicos e com capacidade irrestrita de acumulação.²⁰

A partir dessa construção fenomenológica do bem comum, é de considerar que o bem comum não é mercadoria; é objetivo, um objetivo holisticamente interpretado a partir da inserção dos direitos fundamentais em detrimento da sua inserção como um *direito objetivo*. O conceito, portanto deve perpassar por uma categoria do ser, do respeito à qualidade enquanto cidadão, e não consumidor, nem tampouco a partir da sua classificação mecanicista dos bens públicos. Há, portanto, que afastar a lógica do poder predatório das democracias liberais modernas que o tornam um direito, e não um fenômeno civilizatório,²¹ evitando o exercício ilegítimo de acúmulo de poder e da coisa.

Uma das hipóteses de reconhecimento da inexistência da consciência do bem comum decorre da construção da cultura e propaganda organizacional dos Estados, da mídia privada e do ensino sem visão crítica com propostas de colonialismo capitalista. O autor reconhece que tomar a consciência do valor e do bem comum é imprescindível para a construção de uma ordem econômica diversa da atual, já criticada, que tem como proposta o crescimento pelo próprio crescimento, com finalidade quantitativa e cumulativa.²² Entre outros autores,²³ Ugo Mattei identifica no *marketing*, na propaganda e publicidade, a capacidade de convencer sobre a necessidade de se ter um produto, ainda que completamente dispensável. Discute, também, sobre propagandas ideológicas de inversão de valores humanos e solidários para valores de consumo, do ter e da importância do crescimento econômico, evitando, ou melhor, não sendo um meio possível, de uma construção dialética do saber crítico, imprescindível para o desenvolvimento da definição do bem comum proposto pelo autor.²⁴

20 *Ibidem*, p. 64.

21 *Ibidem*, p. 74.

22 *Ibidem*, p. 76-78.

23 Serge Latouche identifica três ingredientes para a sociedade de consumo: publicidade, criadora do desejo de consumir; crédito, fornecedor dos meios; e obsolescência acelerada e programada, renovador das necessidades dos produtos. LATOUCHE, Serge. *Pequeno tratado do decrescimento sereno*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

24 LATOUCHE, *op. cit.*, p. 79-80.

Ocorre que a construção desse tipo de comunicação não encontra limites apenas nos meios de comunicação em massa tradicionais, como televisão, jornais e rádios, há, também, uma apropriação do pensamento crítico-formal desenvolvido nas instituições de ensino por parte do capital privado, seja pelo patrocínio de pesquisas, pela própria inserção da lógica do capital nos ambientes universitários sem reflexão das suas consequências humanas ou até mesmo pela forma de difusão global de pensamentos locais por meio de programas de pesquisa e extensão internacional.²⁵

E, nessa perspectiva, o autor reconhece que “apenas uma participação política estimulada pela cultura crítica pode permitir o reconhecimento social dos bens comuns e priorizar as preferências pelo ‘cidadão’ em detrimento do ‘consumidor’”.²⁶ O governo do bem comum teria espaço em uma nova análise e forma de exercício do poder. Devem-se afastar as ideologias dominantes de separação entre privado, estrutura do mercado e da soberania do poder na exclusividade do Estado-Soberania, pois o bem comum está em uma perspectiva além da dicotomia público/privado, incluindo-se numa política de articulação em torno da difusão do poder (com a comunidade) e inclusão participativa.²⁷

Onde isso pode ocorrer? Quais são os espaços existentes que permitem a difusão real do poder e da inclusão participativa, em especial em uma contemporaneidade regida pelos meios de comunicação, poder do capital e fronteiras permeáveis? Existe um lugar comum? Uma das perspectivas que o autor aponta é a construção pelos governos, ou melhor, um incentivo governamental para a construção de instituições capazes de compartilhar os interesses comuns, empoderando a sociedade, que individualmente carece de poder.

O espaço imaterial da rede, da *world wide web*, é um local virtual que permite a construção e a apropriação tanto dos protagonistas capitalistas como dos protagonistas que visam difundir as políticas e as condutas valorizadas do bem comum. A mudança do espaço real para o virtual não deve ser ignorada pelos Estados, em vista da capacidade de consolidação de um comportamento (ou talvez um novo comportamento que reforça as estruturas de poder capitalistas neoliberais). Dessa forma, embora o autor reconheça que esse espaço proporciona uma democratização e um acesso a informações gratuitas, bem como a possibilidade de promover encontros reais por meio de um chamado global em defesa de um determinado comportamento, também critica

25 MATTEI, *op. cit.*, p. 84.

26 *Ibidem*, p. 87.

27 *Ibidem*, p. 90.

o mito da capacidade de essas comunicações romperem com a situação lógica tradicional da modernidade.²⁸

O Uso da Rede e a Capacidade de Comunicação Social

Entre outros autores, como Manuel Castells, Levy e Capra, identifica-se que a própria rede é o meio de comunicação e espaço (virtual) que mais se aproxima da transnacionalidade, da capacidade de diálogo e de operações políticas, educacionais e comerciais sem fronteiras e com pouca regulação pública (nada obstante a regulação privada pelos próprios provedores seja exercida de maneira unilateral e sem qualquer participação dos usuários). Dessa forma, Mattei identifica que a internet é um meio capaz de consolidar as estruturas capitalistas, como a transferência de capital em tempo real e sem limitação de fronteira ou embargos públicos, transformação dos cidadãos em consumidores, substituição da mão de obra das atividades físicas para as atividades *online* realizadas pelo próprio consumidor. Permite, ainda com mais eficiência, a consolidação dos grandes conglomerados empresariais,²⁹ excluindo a pequena atividade local; e, sem menosprezo da massificação cultural, também se identifica, nessa *world wide web*, a hegemonia de um comportamento norte-americano.³⁰

O afastamento da comunicação interpessoal é uma forma de reduzir a capacidade de mudanças, pois reduz a capacidade crítica do debates das ideias e fenômenos existentes, tornando as falas acríicas, pois inaptas ao recurso dialógico do outro. Portanto, a proposta é que os governos incentivem instituições capazes de compartilhar interesses comuns, com o propósito empoderar a sociedade, tornando-se ações que institucionalizam os bens comuns, com governo participativo dos bens comuns.

Conclusão

A proposta deste artigo foi refletir sobre a substituição do ser enquanto cidadão para consumidor, haja vista a sua capacidade financeira. Aqueles que se encontram em situação estável pouco têm a reclamar da situação exclusiva econômica do país, afinal de contas, são indivíduos aptos a produzir e consumir o mercado privado. Enquanto o serviço público (saúde, segurança, transporte,

28 MATTEI, *op. cit.*, p. 100-101.

29 “Hoje, o governo, ou como se diz para despolitizar o termo, a governança da internet, está em mãos de poderes e interesses políticos e privados, que adaptaram ao capitalismo cognitivo as grandes garras que desde a modernidade tem triturado os bens comuns.” MATTEI, *op. cit.*, p. 106.

30 *Ibidem*, p. 101-103.

energia elétrica, rodovias) se mantém a certa distância da realidade individual, não se necessita de toda prestação da saúde pública, de subsídios públicos para viagens, de transporte público, de segurança nas vias; inclusive, reconhece-se que a pesquisa privada é divulgada como forma de atender aos anseios, assim como as campanhas de sustentabilidade empresarial seriam suficientes para preservar o meio ambiente natural mundial.

Dessa relação econômico-social, o que não foi identificado, ainda, é uma retroalimentação entre Estado e cidadão, cidadão e fornecedor, consumidor e cidadão. Há uma invisível vontade de transformar o indivíduo em um ser isolado e apto ao consumo, apto a produzir, receber recursos financeiros e retroalimentar (apenas) o mercado, com as aquisições de produtos e serviços que lhe são tão importantes, mas não necessários.

Transformar o cidadão em consumidor é como lhe retirar sua existência enquanto pessoa. O reconhecimento do sujeito enquanto pessoa depende daqueles que o rodeiam, que acabam sendo um espelho da sua própria realidade. O mercado está metamorfoseando o reconhecimento desse sujeito a partir da sua própria lógica (desde que seja capaz de subsidiar com tudo que ele precisa, e desde que esse sujeito tenha como pagar). Portanto, parece que, individualmente, uma determinada classe social mais abastada dispensa até o Estado para lhe reconhecer como indivíduo, mas a análise não pode ser individual, a análise crítica deve ser construída socialmente, comunitariamente. A lente fortemente apontada para o indivíduo consumidor faz esquecer que todos são cidadãos antes de serem consumidores.

Com base nessas hipóteses, pretendeu-se, por fim, construir um texto em que se identifiquem controles regulamentadores das sociedades empresariais pautados na estrutura da representatividade política para ser uma ferramenta de democratização das decisões econômicas, confirmando que valorizar o consumidor em detrimento do cidadão enseja a violação dos preceitos do bem comum, tornando privadas as necessidades de existência do indivíduo. A identificação do indivíduo enquanto consumidor é ferramenta hábil para reduzir a capacidade de solidariedade e organização coletiva para fins de conquistas sociais pautadas no interesse dos cidadãos enquanto a globalização permite a existência de um ser multicultural, porém, esse ser está em conflito com sua própria nação.

TITLE: Citizenship, civil society and consumers: inversion of values for the exercise of an undemocratic power.

ABSTRACT: The expansionist behavior of the market in search of consumers, has marked a change in the values inherent to the person, which starts to be conceived based on the logic of his capacity to produce

and consume, periodically distancing him from the space under construction of civil society. Removing citizens from civil society and including them as consumers is an advantage for the producer market, as legal discussions and reflections on the rights and duties of individuals remain linked to the producer market and not to civil society, which has been building a relevant democratic space and politicized in recent decades. Knowing how to differentiate the issues and characteristics of the concept of citizenship is a Herculean work that Liszt Vieira has been proposing to do in recent decades, a study that can serve to update the term citizenship together with civil society, avoiding its plaster depending on its definition with the recognition of the nation in its traditional term. This study seeks, as a conclusive proposal, that the definition of common good proposed by Ugo Mattei contributes to the miscegenation of the citizen and civil society, through the discussion of the purposes of the State and the public and private patrimony. The research follows a theoretical referential methodology and qualitative interpretation, where the referential starts to be interpreted by the reader and looking for an association and definition of terms in the categories.

KEYWORDS: Citizenship. Civil Society. Consumer. Very Common.

Referências

- BAUMANN, Zygmund. *Capitalismo parasitário e outros temas contemporâneos*. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.
- GEORGE, Susan. *Os usurpadores: como as empresas transnacionais tomam o poder*. Lisboa: Editorial Bizâncio, 2016.
- INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Retrato das desigualdades de gênero e raça*. Brasília, DF: IPEA, [2015?]. Disponível em: <http://www.ipca.gov.br/retrato/apresentacao.html>. Acesso em: 21 nov. 2019.
- LATOUCHE, Serge. *Pequeno tratado do decrescimento sereno*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- MATTEI, Ugo. *Bienes comunes: un manifiesto*. Traducción Gerardo Pisarello. Madrid: Editorial Trotta, 2013.
- VIEIRA, Liszt. *Os astronautas da cidadania: a sociedade civil na globalização*. Rio de Janeiro: Record, 2001.
- WALZER, Michael. *The civil society argument*. Stoclm: University of Stoclm, 1990. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/e0d6/10d0cca0e4aceb0ba1ae23101b3fa61e81e6.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2020.

Recebido em: 08.04.2020

Aprovado em: 05.01.2022

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.880.591 SÃO PAULO

RELATOR: MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE

IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 282 E 356/STF. DEPÓSITO REALIZADO DURANTE O PRAZO DE PAGAMENTO VOLUNTÁRIO COM A FINALIDADE DE GARANTIA DO JUÍZO. RESSALVA FEITA POSTERIORMENTE AO ATO DE COMPROVAÇÃO DO DEPÓSITO JUDICIAL. PRECLUSÃO DA IMPUGNAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, DESPROVIDO

1. O propósito recursal consiste em definir se o depósito realizado pelo executado do valor referente ao débito exequendo durante o prazo quinzenal para pagamento voluntário previsto no art. 523 do CPC/2015, sem nenhuma ressalva no ato de comprovação do depósito, presume-se como pagamento, a ensejar a preclusão da posterior impugnação ao cumprimento de sentença, no prazo a que alude o art. 525 do CPC/2015.
2. A ausência de efetivo debate acerca dos conteúdos normativos dos dispositivos legais apontados como malferidos (arts. 524, *caput* e §§ 2º e 4º, e 525, §§ 4º, 5º e 6º, do CPC/2015), caracteriza ausência de prequestionamento, a obstar o conhecimento do recurso especial, na medida das questões não discutidas, atraindo, com isso, a incidência das Súmulas 282 e 356/STF.
3. Na dicção dos arts. 523, *caput*, e 525, *caput*, do CPC/2015, iniciado o cumprimento de sentença, a requerimento do exequente, será intimado o executado para o pagamento da obrigação de pagar quantia certa, no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual, sem o pagamento voluntário, iniciar-se-á, automaticamente, o prazo de 15 (quinze) dias para o oferecimento de impugnação.
4. O depósito realizado durante o prazo para pagamento voluntário só deve ser considerado como tal se houver manifestação expressa nesse sentido pelo devedor, sem o qual, deve-se aguardar o término do interregal previsto no *caput* do art. 523 do CPC/2015, sucedido do término,

em branco, do prazo para impugnação (art. 525, *caput*, do CPC/2015), para só então se considerar o depósito, indene de dúvida, como o pagamento ensejador do cumprimento da obrigação e, por conseguinte, da extinção da execução. Nessa esteira, não se vislumbrando a intenção de pagamento do depósito feito pelo executado na hipótese, afigura-se insubsistente a tese de preclusão da impugnação ao cumprimento de sentença.

5. Ademais, a petição apresentada pelo devedor antes de protocolada a impugnação (tão somente para informar que o depósito realizado se destinava à garantia do juízo) não acarreta a preclusão consumativa da posterior impugnação, pois não constatada a prática de atos dúplices pelo executado, visto que os argumentos defensivos só foram deveras formulados na impugnação.

6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, desprovido.

(STJ; REsp 1.880.591; Proc. 2019/0171293-5; SP; 3ª T.; Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze; DJE 10/08/2021)

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer em parte do recurso especial e, nesta parte, negar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Nancy Andrichi, Paulo de Tarso Sanseverino (Presidente) e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Moura Ribeiro.

Brasília, 03 de agosto de 2021 (Data do Julgamento).

Ministro Marco Aurélio Bellizze – Relator

RELATÓRIO

O Senhor Ministro Marco Aurélio Bellizze:

Trata-se de recurso especial interposto por Gisele Duarte de Melo contra acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Compulsando os autos, constata-se que a ora recorrente interpôs agravo de instrumento contra decisão interlocutória prolatada pelo Juízo de primeiro grau, que, no cumprimento de sentença, rejeitou as alegações da insurgente

de preclusão e de inépcia da impugnação apresentada pela parte adversa, bem como determinou a remessa do feito à Contadoria Judicial.

Ao analisar aquele agravo, a Vigésima Segunda Câmara de Direito Privado do Tribunal estadual negou-lhe provimento, nos termos da ementa assim redigida (e-STJ, fl. 235):

“Recurso. Agravo de instrumento. Execução de sentença. Depósito voluntário e impugnação ofertados dentro do prazo legal e sem expressa denúncia de que o fazia a título de pagamento não obsta oferta de Impugnação ao cumprimento de sentença, já que se pode efetuá-lo para que não incida a multa e os honorários previstos no § 1º, do art. 523 do Novo CPC. Determinação de remessa ao contador judicial. Ausência de cunho decisório. Prejudicada a apreciação de demais pedidos não apreciados em primeiro grau, sob pena de supressão de grau de jurisdição. Decisão mantida. Recurso não provido.”

Nas razões do recurso especial (e-STJ, fls. 245-263), interposto com fundamento nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, a recorrente defende, além de dissídio jurisprudencial, violação aos arts. 523, *caput* e § 1º, 524, *caput* e §§ 2º e 4º, e 525, *caput* e §§ 4º, 5º e 6º, todos do Código de Processo Civil de 2015.

Sustenta, em síntese, que a impugnação ao cumprimento de sentença apresentada pela instituição financeira recorrida, durante o prazo quinzenal do art. 525 do CPC/2015, encontra-se preclusa, uma vez que realizado o depósito do valor executado dentro do prazo de 15 (quinze) dias para pagamento voluntário, sem nenhuma ressalva, no momento da juntada do comprovante nos autos, de que o depósito serviria à garantia do juízo, razão pela qual se presume ter havido pagamento, a ensejar a rejeição da impugnação.

Aponta, ademais, que a apresentação de petição dias após a comprovação do depósito (informando que o teria feito apenas com o escopo de garantia do juízo) é insuficiente a ilidir a presunção de pagamento e, assim, a mencionada preclusão.

Aduz, ainda, que o depósito visando a garantia do juízo não tem o condão de rechaçar a incidência da multa do art. 523, § 1º, do CPC/2015.

Por outro lado, argumenta que, sendo realizado o depósito como caução, com o intuito de conferir efeito suspensivo à impugnação, tal efeito pressupõe, também, que o prosseguimento da execução seja capaz de causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação, nos termos do art. 525, § 6º, do CPC/2015, o que não se constata na espécie.

Por fim, defende a tese de rejeição liminar da impugnação sob o viés de que não foi apresentado o imprescindível demonstrativo de cálculos do

valor exequendo que a parte adversa entende devido, deixando de se manifestar, inclusive, a respeito da correção monetária e dos juros moratórios e remuneratórios.

Contrarrazões às fls. 274-279 (e-STJ).

Não admitido o processamento do apelo especial na origem, a insurgente interpôs o correlato agravo, que, embora não conhecido pela Presidência desta Corte (e-STJ, fls. 308-309), foi posteriormente provido por esta relatoria, em juízo de retratação no âmbito de agravo interno, oportunidade em que foi determinada a sua conversão em recurso especial para melhor análise (e-STJ, fls. 331-333).

É o relatório.

VOTO

O Senhor Ministro Marco Aurélio Bellizze (Relator):

O propósito recursal consiste em definir se o depósito realizado pelo executado do valor referente ao débito exequendo durante o prazo quinzenal para pagamento voluntário previsto no art. 523 do CPC/2015, sem nenhuma ressalva no ato de comprovação do depósito, presume-se como pagamento, a ensejar a preclusão de posterior impugnação ao cumprimento de sentença, no prazo a que alude o art. 525 do CPC/2015.

Do Delineamento Fático dos Autos

Em breve retrospecto, convém destacar que a ora demandante requereu o cumprimento de sentença, culminando na intimação do Banco Bradesco S.A. (disponibilizada no DJe em 1º/3/2017 – e-STJ, fl. 123) para pagamento do valor constante do demonstrativo de débito em 15 (quinze) dias.

Ato contínuo, o devedor juntou ao feito o comprovante do depósito judicial realizado no dia 23/3/2017, último dia do prazo quinzenal para pagamento voluntário previsto no art. 523, *caput*, do CPC/2015.

Dois dias após essa comprovação, a casa bancária apresentou petição, em 29/3/2017, informando que o depósito foi realizado com a finalidade de garantia do juízo (e-STJ, fl. 125).

Em 31/3/2017, foi apresentada impugnação ao cumprimento de sentença pelo executado (e-STJ, fl. 127-134), a qual foi recebida pelo Juízo da execução no seu efeito suspensivo, em 12/4/2017, porquanto preenchidos os respectivos pressupostos legais (e-STJ, fl. 167).

No mesmo dia em que proferido esse julgado, a credora apresentou resposta à impugnação (e-STJ, fls. 168-184), cujas afirmativas levaram o banco

à complementação do depósito, a fim de manter a garantia do juízo e, por conseguinte, o efeito suspensivo (e-STJ, fl. 193).

Em 26/9/2017, sobreveio a decisão interlocutória agravada (e-STJ, fls. 196-199), na qual o Juízo de primeiro grau rejeitou as alegações de preclusão e de inépcia da impugnação e determinou a remessa do feito à Contadoria Judicial para a elaboração de memória de cálculo, a fim de elucidar o aduzido excesso de execução.

Contra esse julgado foi interposto agravo de instrumento, o qual, conforme relatado, foi desprovido pela Vigésima Segunda Câmara de Direito Privado do TJSP (e-STJ, fls. 234-242).

Delineadas as circunstâncias fáticas subjacentes, passo à análise das questões recursais.

Da Suscitada Violação aos Arts. 524, *Caput* e §§ 2º e 4º, e 525, §§ 4º, 5º e 6º, do CPC/2015

A respeito da arguida ofensa aos arts. 524, *caput* e §§ 2º e 4º, e 525, §§ 4º, 5º e 6º, do CPC/2015, constata-se que os conteúdos normativos dos respectivos dispositivos legais não foram objeto de debate pela Corte de origem, carecendo, com isso, do indispensável prequestionamento, a atrair a incidência das Súmulas 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal.

Da Alegada Presunção de Pagamento do Depósito Realizado no Prazo de Pagamento Voluntário

De início, convém registrar a forma pela qual defluem, legalmente, os prazos para o pagamento voluntário no cumprimento de sentença, bem como para a apresentação de impugnação, a começar pelo disposto no art. 523, *caput*, do CPC/2015:

“Art. 523. No caso de condenação em quantia certa, ou já fixada em liquidação, e no caso de decisão sobre parcela incontroversa, o cumprimento definitivo da sentença far-se-á a requerimento do exequente, sendo o executado intimado para pagar o débito, no prazo de 15 (quinze) dias, acrescido de custas, se houver.”

Seguindo-se ao interregno supracitado, abre-se a quinzena relativa à apresentação da impugnação ao cumprimento de sentença, conforme assenta o art. 525, *caput*, do mesmo diploma processual:

“Transcorrido o prazo previsto no art. 523 sem o pagamento voluntário, inicia-se o prazo de 15 (quinze) dias para que o executado, independentemente de penhora ou nova intimação, apresente, nos próprios autos, sua impugnação.”

Diante do conteúdo desses dois artigos, exsurge a norma de que, iniciado o cumprimento de sentença, a requerimento do exequente, será intimado o executado para o pagamento da obrigação de pagar quantia certa, no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual iniciar-se-á, automaticamente, o prazo de 15 (quinze) dias para o oferecimento de impugnação.

A esse respeito, veja-se a seguinte lição doutrinária:

“1. Prazo para apresentação de impugnação. O *caput* dispõe que, após escoado o prazo de 15 (quinze) dias para o pagamento voluntário, inicia-se, sem necessidade de nova intimação, outro prazo de 15 (quinze) dias para que o executado possa apresentar sua impugnação. 1.1 Perceba-se que o executado, após ser intimado para pagar o débito, terá, no total, 30 (trinta) dias para apresentar sua impugnação: 15 (quinze) dias do pagamento voluntário (art. 537) e, na sequência, sem qualquer solução de continuidade, mais 15 dias para a impugnação. Vale o registro que, em verdade, tal prazo é de 30 (trinta) dias úteis, em observância ao comando do art. 219. 1.2 Melhor seria, a nosso ver, que o legislador tivesse previsto um único prazo de 15 (quinze) dias, podendo o executado durante tal lapso temporal pagar ou impugnar. Não foi essa, contudo, a opção do legislador, que preferiu adotar dois prazos, um sucessivo ao outro.” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim... [et al.]. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*: artigo por artigo. 2. ed. São Paulo: RT, 2016, pp. 959-960)

Oportuno destacar que, segundo expressamente previsto no *caput* do art. 525, o termo inicial do prazo de impugnação se implementa após o transcurso do interregno quinzenal antecedente, desde que não se tenha efetivado, anteriormente, o pagamento voluntário.

Quanto à expressão “pagamento voluntário”, a sua compreensão abrange, a meu ver, o depósito realizado com o intuito único e exclusivo de adimplir o débito exequendo e extinguir a execução, não se coadunando com o depósito destinado à garantia do juízo visando emprestar efeito suspensivo à peça defensiva.

Não se desconhece a existência de julgados desta Corte Superior, sob a égide do CPC/1973, no sentido de que o depósito realizado pelo executado sem nenhuma ressalva interpreta-se como pagamento; ao passo que o depósito efetivado para a garantia do juízo (requisito imprescindível ao recebimento da impugnação ao cumprimento de sentença na vigência da lei processual revogada) pressupõe a manifestação expressa do executado.

Nessa linha de cognição, confirmam-se:

“PROCESSUAL CIVIL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. MULTA DO ART. 475-J/CPC. AFASTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. DEPÓSITO JUDICIAL CONDICIONADO À IMPUGNAÇÃO.

1. A análise acerca do alegado afastamento da multa prevista no art. 475-J do CPC, ante a efetivação da garantia realizada com o depósito judicial da obrigação no prazo legal, com o propósito de elidir a multa nele prevista, não prospera, tendo em vista o entendimento do Superior Tribunal de Justiça de que somente naquelas situações em que o devedor deposita a quantia devida em juízo, sem condicionar o levantamento à discussão do débito em impugnação do cumprimento de sentença, permitindo o imediato levantamento da quantia depositada por parte do credor, é que fica elidido o pagamento da referida multa. Precedentes do STJ.

2. Agravo Regimental não provido.” (AgRg no REsp 1386797/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 17/09/2013, DJe 04/10/2013)

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. BRASIL TELECOM S/A. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. MULTA DO ART. 475-J/CPC. AFASTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. DEPÓSITO JUDICIAL CONDICIONADO À IMPUGNAÇÃO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADA. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

1. A efetivação da garantia realizada com o depósito judicial da obrigação no prazo legal, com o propósito de elidir a multa prevista no art. 475-J do CPC, não prospera, tendo em vista que somente naquelas situações em que o devedor deposita a quantia devida em juízo, sem condicionar o levantamento à discussão do débito em sede de impugnação do cumprimento de sentença, permitindo o imediato levantamento da quantia depositada por parte do credor, é que elide o pagamento da referida multa. Precedente.

2. Para a configuração do dissídio jurisprudencial, faz-se necessária a indicação das circunstâncias que identifiquem as semelhanças entre o aresto recorrido e os paradigmas citados, nos termos dos arts. 541, parágrafo único, do CPC e 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ. Na hipótese, contudo, a agravante não procedeu ao devido cotejo analítico entre os arestos confrontados, de modo que não ficou caracterizada a sugerida divergência pretoriana.

3. Agravo interno a que se nega provimento.” (AgRg no AREsp 164.860/RS, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 04/12/2012, DJe 01/02/2013)

“PROCESSO CIVIL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. DEPÓSITO PARA PENHORA. NECESSIDADE DE ESPECIFICAÇÃO NA PETIÇÃO.

1. Ao promover depósito judicial, em cumprimento à norma do art. 475-J do CPC, o devedor que tiver a intenção de que o mesmo seja recebido como garantia, em lugar de pagamento, deve fazer ressalva expressa.

2. Recurso conhecido e improvido.” (REsp 1122824/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 18/11/2010, DJe 25/11/2010)

É consabido que, no diploma processual revogado, o termo inicial do prazo de impugnação não era automático, pois demandava, além do requerimento inaugural da parte exequente, uma conduta ativa, fosse do Juízo da execução – que apenas com a lavratura do auto de penhora e avaliação determinava a intimação do devedor, com o consequente início do prazo de apresentação da peça de defesa, nos termos do art. 475-J, § 1º, do CPC/1973 –, fosse do próprio executado, ao realizar voluntariamente o depósito judicial com o escopo de garantir a execução e ver recebida a sua impugnação.

No Código de Processo Civil de 2015, de seu turno, o termo inicial se efetiva imediatamente após o término do prazo quinzenal sem o pagamento voluntário, como visto outrora, não se exigindo nenhum outro ato que não o pedido originário do credor para o começo da fase de cumprimento de sentença.

Com base nessa distinção, entendo que eventual depósito realizado no curso da primeira quinzena prevista no art. 523, *caput*, do CPC/2015, somente pode ser considerado como pagamento se o executado se manifestar expressamente nesse sentido ou, se transcorrido o prazo quinzenal subsequente (art. 525, *caput*), que tem início independentemente de penhora ou nova intimação do devedor, não for tempestivamente apresentada a impugnação.

Desse modo, considerando que tais prazos correm sucessiva e ininterruptamente, penso que a interpretação apresentada pela parte recorrente (de presunção de pagamento) revela-se contrária à lei, a qual, na minha compreensão, deixa ao arbítrio do devedor efetuar o depósito do valor exequendo, inclusive, durante o prazo de pagamento voluntário e, posteriormente, apresentar impugnação, não se lhe podendo atribuir o ônus de explicitar que o depósito não configura pagamento.

Convém destacar, aliás, precedente recente da Terceira Turma deste Tribunal Superior, em viés semelhante, concluindo que o depósito efetivado durante o prazo para pagamento voluntário somente foi considerado pagamento (para efeitos de não incidência da multa prevista no art. 523, § 1º, do CPC/2015) após o transcurso, em branco, do prazo de apresentação da impugnação ao cumprimento de sentença.

Veja-se, a propósito (sem grifo no original):

“RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL EM FASE DE CUMPRIMENTO DEFINITIVO DE SENTENÇA QUE RECONHECE A EXIGIBILIDADE DE OBRIGAÇÃO DE PAGAR QUANTIA CERTA. PAGAMENTO VOLUNTÁRIO. INCIDÊNCIA DE MULTA. CRITÉRIOS. INTEMPESTIVIDADE. RESISTÊNCIA MEDIANTE IMPUGNAÇÃO. DEPÓSITO INTEGRAL NO PRAZO DE 15 DIAS

ÚTEIS SEM RESISTÊNCIA DA PARTE EXECUTADA. NÃO APLICAÇÃO DA MULTA.

1. Ação ajuizada em 2/5/17. Recurso especial interposto em 28/5/18. Autos conclusos ao gabinete em 28/6/19. Julgamento: CPC/15.

2. O propósito recursal consiste em dizer da violação do art. 523, § 1º, do CPC/15, acerca do critério de quando deve incidir, ou não, a multa de dez por cento sobre o débito, além de dez por cento de honorários advocatícios.

3. São dois os critérios a dizer da incidência da multa prevista no art. 523, § 1º, do CPC, a intempetividade do pagamento ou a resistência manifestada na fase de cumprimento de sentença.

4. Considerando o caráter coercitivo da multa, a desestimular comportamentos exclusivamente baseados na protelação da satisfação do débito perseguido, não há de se admitir sua aplicação para o devedor que efetivamente faz o depósito integral da quantia dentro do prazo legal e não apresenta impugnação ao cumprimento de sentença.

5. *Na hipótese dos autos, apesar de advertir sobre o pretendido efeito suspensivo e da garantia do juízo, é incontroverso que a executada realizou tempestivamente o depósito integral da quantia perseguida e não apresentou impugnação ao cumprimento de sentença, fato que revela, indene de dúvidas, que houve verdadeiro pagamento do débito, inclusive com o respectivo levantamento pela exequente. Não incidência da multa prevista no art. 523, § 1º, do CPC e correta extinção do processo, na forma do art. 924, II, do CPC.*

6. Recurso especial conhecido e não provido.” (REsp 1834337/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 03/12/2019, DJe 05/12/2019)

Enfatize-se, ainda, a cognição externada em outro julgado atual do Superior Tribunal de Justiça, na esteira de que, “mesmo que o executado realize o depósito para garantia do juízo no prazo para pagamento voluntário, o prazo para a apresentação da impugnação somente se inicia após transcorridos os 15 (quinze) dias contados da intimação para pagar o débito, previsto no art. 523 do CPC/15, independentemente de nova intimação” (REsp 1.761.068/RS, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Rel. p/ Acórdão Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 15/12/2020, DJe 18/12/2020).

Consubstanciado em tais premissas, há que se registrar que, na hipótese, a petição apresentada pelo executado dois dias após a comprovação do depósito judicial (somente para informar que o valor depositado destinava-se a garantir o juízo) era desimportante, uma vez que a inexistência de informação sobre a finalidade do depósito realizado no interregno constante do art. 523, *caput*, do CPC/2015 não faz presumir a intenção de pagamento, enquanto não finalizado o prazo de impugnação ao cumprimento de sentença.

Conclui-se, portanto, que o depósito efetuado durante o prazo para pagamento voluntário só deve ser considerado como tal se houver manifestação expressa nesse sentido pelo devedor, sem a qual se deve aguardar o término do prazo previsto no *caput* do art. 523 do CPC/2015, sucedido do término, em branco, do prazo para impugnação (art. 525, *caput*, do CPC/2015), para só então se considerar o depósito, indene de dúvida, como o pagamento ensejador do cumprimento da obrigação e, por conseguinte, da extinção da execução.

Nessa esteira, não se vislumbrando a intenção de pagamento do depósito feito pelo executado na espécie, afigura-se insubsistente a tese de preclusão (lógica) da impugnação.

Outrossim, não prospera a tese deduzida no apelo especial em exame, de que a manifestação do executado (informando que o depósito efetivado no prazo de pagamento voluntário serviu apenas para a garantia do juízo) acarretou a preclusão consumativa da impugnação, sob o argumento de que o executado deveria apresentar a peça defensiva naquela oportunidade, em que se expressou quando já iniciada a fluência do interregno de apresentação da impugnação.

Isso porque, do que se extrai da supracitada declaração do devedor (e-STJ, fl. 125), o seu propósito era meramente elucidativo, não apontando, na ocasião, nenhuma matéria de defesa, finalidade à qual se presta a impugnação. Não se evidencia, assim, a prática de atos dúplices (que porventura acarretasse a preclusão consumativa), visto que os argumentos defensivos só foram de veras formulados pelo executado na impugnação.

Por derradeiro, no que se refere à tese de que o depósito realizado com a finalidade de garantia do juízo não tem o condão de afastar a incidência da multa do art. 523, § 1º, do CPC/2015, verifica-se a confluência entre os fundamentos do recurso especial e do acórdão recorrido, tendo sido decidida tal temática pelas instâncias ordinárias no mesmo viés desta insurgência, o que revela a desnecessidade da interposição do recurso no ponto, a denotar a ausência de interesse recursal.

Dispositivo

Ante o exposto, conheço em parte do recurso especial e, nessa extensão, nego-lhe provimento.

É como voto.

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.931.633 GOIÁS

RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI

RECUPERAÇÃO JUDICIAL. HABILITAÇÃO DE CRÉDITO. MULTA ADMINISTRATIVA. NATUREZA NÃO TRIBUTÁRIA. FAZENDA PÚBLICA. CONCURSO DE CREDORES. NÃO SUJEIÇÃO. INTERPRETAÇÃO CONJUGADA DE DISPOSIÇÕES DO CTN, LEI DE EXECUÇÃO FISCAL E LEI DE FALÊNCIA E RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS. INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO. PRETENSÃO RECURSAL NÃO ACOLHIDA

1. Incidente de habilitação de crédito apresentado em 29/10/2014. Recurso especial interposto em 11/8/2020. Autos conclusos ao gabinete da Relatora em 11/3/2021.

2. O propósito recursal consiste em definir se o crédito concernente à multa administrativa aplicada pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa submete-se aos efeitos da recuperação judicial da devedora.

3. O art. 187, *caput*, do Código Tributário Nacional exclui os créditos de natureza tributária dos efeitos da recuperação judicial do devedor, nada dispondo, contudo, acerca dos créditos de natureza não tributária.

4. A Lei 11.101/05, ao se referir a “execuções fiscais” (art. 6º, § 7º-B), está tratando do instrumento processual que o ordenamento jurídico disponibiliza aos respectivos titulares para cobrança dos créditos públicos, independentemente de sua natureza, conforme disposto no art. 2º, §§ 1º e 2º, da Lei 6.830/80.

5. Desse modo, se, por um lado, o art. 187 do CTN estabelece que os créditos tributários não se sujeitam ao processo de soerguimento – silenciando quanto aqueles de natureza não tributária –, por outro lado verifica-se que o próprio diploma recuperacional e falimentar não estabeleceu distinção entre a natureza dos créditos que deram ensejo ao ajuizamento do executivo fiscal para afastá-los dos efeitos do processo de soerguimento.

6. Ademais, a própria Lei 10.522/02 – que trata do parcelamento especial previsto no art. 68, *caput*, da LFRE – prevê, em seu art. 10-A, que

tanto os créditos de natureza tributária quanto não tributária poderão ser liquidados de acordo com uma das modalidades ali estabelecidas, de modo que admitir a submissão destes ao plano de soerguimento equivaleria a cancelar a possibilidade de eventual cobrança em duplicidade.

7. Tampouco a Lei 6.830/80, em seus artigos 5º e 29, faz distinção entre créditos tributários e não tributários, estabelecendo apenas, em sentido amplo, que a “cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, concordata, liquidação, inventário ou arrolamento”.

8. Esta Corte Superior, ao tratar de questões envolvendo a possibilidade ou não de continuidade da prática, em execuções fiscais, de atos expropriatórios em face da recuperanda, também não se preocupou em diferenciar a natureza do crédito em cobrança, denotando que tal distinção não apresenta relevância para fins de submissão (ou não) da dívida aos efeitos do processo de soerguimento.

9. Assim, em que pese a dicção aparentemente restritiva da norma do *caput* do art. 187 do CTN, a interpretação conjugada das demais disposições que regem a cobrança dos créditos da Fazenda Pública inseridas na Lei de Execução Fiscal, bem como daquelas integrantes da própria Lei 11.101/05 e da Lei 10.522/02, autorizam a conclusão de que, para fins de não sujeição aos efeitos do plano de recuperação judicial, a natureza tributária ou não tributária do valor devido é irrelevante.

Recurso especial não provido.

(STJ; REsp 1.931.633; Proc. 2020/0200214-3; GO; 3ª T.; Relª Minª Nancy Andrighi; DJE 09/08/2021)

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva e Marco Aurélio Bellizze votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Moura Ribeiro.

Brasília (DF), 03 de agosto de 2021 (Data do Julgamento).

Ministra Nancy Andrighi – Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Ministra Nancy Andrighi (Relator):

Cuida-se de recurso especial interposto por ML Operações Logísticas Ltda. – *em recuperação judicial* com fundamento nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional.

Ação: incidente de habilitação de crédito (multa administrativa), instaurado no curso do processo de recuperação judicial da recorrente.

Decisão: indeferiu o pedido de habilitação de crédito, por entender que a dívida ativa da Fazenda Pública não se sujeita aos efeitos da ação de soerguimento da devedora.

Acórdão recorrido: negou provimento ao agravo de instrumento interposto pela recorrente, nos termos sintetizados na seguinte ementa:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO *SECUNDUM EVENTUM LITIS*. EXAME DO ACERTO OU DESACERTO DA DECISÃO SINGULAR RECORRIDA. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CRÉDITO DERIVADO DE MULTA POR INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA. INCLUSÃO NO QUADRO GERAL DE CREDORES. IMPOSSIBILIDADE. DÍVIDA ATIVA NÃO TRIBUTÁRIA. NÃO SUBMISSÃO À RECUPERAÇÃO JUDICIAL. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. 1. O agravo de instrumento é um recurso *secundum eventum litis*, devendo limitar-se ao exame do acerto ou desacerto do que ficou decidido no ato judicial atacado, sob pena de supressão de instância. 2. A interpretação sistemática do art. 109, I, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), nos leva à conclusão de que se as causas que envolvam falência escapam da competência da Justiça Federal, com mais razão também refogem aquelas alusivas às ações de recuperação judicial, porquanto à época da promulgação da Carta Magna, o processo de recuperação judicial não possuía previsão legal, introduzida pela Lei Federal nº 11.101/2002. 3. Os créditos da Fazenda Pública, fiscais tributários ou não, estão fora do alcance do concurso de credores, devendo ser cobrados por meio de execução fiscal e, por consequência, não podem ser incluídos no concurso de credores. AGRAVO CONHECIDO E DESPROVIDO.”

Recurso especial: aponta a existência de dissídio jurisprudencial e alega violação do art. 49 da Lei 11.101/05. Defende a tese de que as multas de natureza administrativa – como aquela que, no particular, deu origem ao crédito em discussão – não possuem natureza tributária, de modo que, possuindo fato gerador anterior à data do pedido de recuperação judicial, deve se sujeitar aos efeitos do plano correlato.

Prévio juízo de admissibilidade: o Tribunal de origem não admitiu a subida da presente irresignação, tendo havido determinação de conversão do agravo em recurso especial após regular distribuição a esta Relatoria.

É o relatório.

VOTO

A Exma. Sra. Ministra Nancy Andrighi (Relator):

O propósito recursal consiste em definir se o crédito concernente à multa administrativa aplicada pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária - Anvisa submete-se aos efeitos da recuperação judicial da devedora.

1 Dos Créditos Fiscais de Natureza Não Tributária e da Recuperação Judicial do Devedor

Nos termos do art. 49, *caput*, da Lei 11.101/05, estão sujeitos à recuperação judicial do devedor todos os créditos existentes na data do pedido (ainda que não vencidos), sendo certo que a aferição da existência ou não do crédito deve levar em consideração a data da ocorrência de seu fato gerador (fonte da obrigação). Nesse sentido, o REsp 1.634.046/RS (Terceira Turma, DJe 18/5/2017).

Na hipótese dos autos, apesar de o fato gerador da obrigação ser anterior ao pedido de recuperação judicial, controverte-se, em razão da natureza jurídica do crédito, acerca de sua sujeição ou não aos efeitos do processo de soerguimento.

O art. 39, § 2º, da Lei 4.320/64 esclarece a diferença entre dívida ativa tributária e não tributária:

“§ 2º Dívida Ativa Tributária é o crédito da Fazenda Pública dessa natureza, proveniente de obrigação legal relativa a tributos e respectivos adicionais e multas, e *Dívida Ativa não Tributária* são os demais créditos da Fazenda Pública, tais como os provenientes de empréstimos compulsórios, contribuições estabelecidas em lei, multa de qualquer origem ou natureza, exceto as tributárias, foros, laudêmios, alugueis ou taxas de ocupação, custas processuais, preços de serviços prestados por estabelecimentos públicos, indenizações, reposições, restituições, alcances dos responsáveis definitivamente julgados, bem assim os créditos decorrentes de obrigações em moeda estrangeira, de subrogação de hipoteca, fiança, aval ou outra garantia, de contratos em geral ou de outras obrigações legais.”

Os créditos ora em discussão – decorrentes de multa imposta pela Anvisa – ostentam, portanto, natureza *não tributária*, o que os afastaria, *prima*

facie, dos efeitos da recuperação judicial da devedora, haja vista a literalidade da norma do art. 187, *caput*, do Código Tributário Nacional: “[a] cobrança judicial do crédito *tributário* não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, recuperação judicial, concordata, inventário ou arrolamento”.

Todavia, na medida em que o art. 187 do CTN versa apenas sobre a cobrança judicial de créditos tributários, não se pode extrair de seu conteúdo normativo que aqueles de natureza não tributária devam trilhar caminho diverso. Isto é, ao mesmo tempo em que impõe a não sujeição dos primeiros a concursos de credores, o dispositivo em questão não determina que os segundos estejam a eles sujeitos.

Tal lacuna impõe que, para a solução da controvérsia, proceda-se ao exame das demais normas que versam sobre a cobrança de créditos públicos.

Nesse panorama, é de se sublinhar que a Lei 11.101/05 excepciona, *sem distinção quanto à natureza do crédito*, as *execuções fiscais* da regra geral de suspensão prevista em seu art. 6º. Confira-se:

“Art. 6º A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial implica:

(...)

II – suspensão das execuções ajuizadas contra o devedor, inclusive daquelas dos credores particulares do sócio solidário, relativas a créditos ou obrigações sujeitos à recuperação judicial ou à falência;

(...)

§ 7-B. O disposto nos incisos I, II e III do *caput* deste artigo *não se aplica às execuções fiscais*, admitida, todavia, a competência do juízo da recuperação judicial para determinar a substituição dos atos de constrição que recaiam sobre bens de capital essenciais à manutenção da atividade empresarial até o encerramento da recuperação judicial, a qual será implementada mediante a cooperação jurisdicional, na forma do art. 69 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), observado o disposto no art. 805 do referido Código.”

A despeito de não entrar nas minúcias que gravitam em torno da questão aqui discutida, Marlon Tomazette, ao examinar a possibilidade de prosseguimento das execuções fiscais em virtude do deferimento do pedido de recuperação judicial, é categórico ao afirmar que “[a] ideia aqui é manter os *créditos fiscais* afastados dos efeitos da recuperação judicial, como determina o art. 187 do Código Tributário Nacional. Ocorre que as execuções fiscais não abrangem apenas créditos de natureza tributária, mas também créditos não tributários, como multas, indenizações e outros. Assim, *o prosseguimento das*

execuções fiscais beneficia não apenas os créditos tributários, mas todos os créditos do poder público que sejam inscritos em dívida ativa e estejam em fase de execução, mesmo que não gozem de maiores privilégios, como o caso das multas” (Curso de direito empresarial, v. 3. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 134, sem destaque no original).

Ao referir-se a “execuções fiscais”, portanto, a LFRE está tratando do instrumento processual que o ordenamento jurídico disponibiliza aos entes federados para cobrança de seus créditos, qualquer que seja a natureza da obrigação.

De fato, conforme disposto no art. 2º, §§ 1º e 2º, da Lei 6.830/80 (Lei de Execuções Fiscais), qualquer valor cuja cobrança seja atribuída à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios é considerado *Dívida Ativa da Fazenda Pública*, a qual engloba tanto os débitos de *natureza tributária como não tributária*.

“Art. 2º Constitui Dívida Ativa da Fazenda Pública aquela definida como tributária ou não tributária na Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, com as alterações posteriores, que estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

§ 1º Qualquer valor, cuja cobrança seja atribuída por lei às entidades de que trata o artigo 1º, será considerado Dívida Ativa da Fazenda Pública.

§ 2º A Dívida Ativa da Fazenda Pública, compreendendo a tributária e a não tributária, abrange atualização monetária, juros e multa de mora e demais encargos previstos em lei ou contrato.”

Em suma, qualquer débito que tenha como credor algum ente federado (administração direta ou indireta), depois de regularmente inscrito, constitui dívida ativa sujeita a cobrança em processo de execução fiscal.

Desse modo, se, por um lado, o art. 187 do CTN estabelece que os créditos tributários não se sujeitam ao processo de soerguimento – silenciando quanto aqueles de natureza não tributária –, por outro lado verifica-se que o próprio diploma falimentar – lei especial – não estabelece distinção entre a natureza dos créditos que deram ensejo ao ajuizamento do processo executivo fiscal para afastá-los de seus efeitos.

Em idêntica direção, a Lei 6.830/80, ao fixar, em seu art. 5º, a competência absoluta do Juízo da Execução Fiscal para “processar e julgar a execução da Dívida Ativa da Fazenda Pública”, e expressamente excluir a competência “de qualquer outro Juízo, inclusive o da falência, da concordata, da crédito em cobrança.

Tampouco quando trata especificamente da cobrança judicial da Dívida Ativa em relação a processos que envolvam concurso de credores a LEF estabelece distinção entre créditos tributários e não tributários:

“Art. 29. A cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública *não é sujeita a concurso de credores* ou habilitação em falência, concordata, liquidação, inventário ou arrolamento.”

Não se pode olvidar, outrossim, que esta Corte Superior, ao tratar de questões envolvendo a possibilidade ou não de continuidade da prática, em execuções fiscais, de atos expropriatórios em face da recuperanda, também não faz distinção quanto à natureza do crédito em cobrança, denotando que tal diferenciação não apresenta relevância para fins de submissão (ou não) da dívida aos efeitos do processo de soerguimento. Nesse sentido, a título ilustrativo:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA. EXECUÇÃO FISCAL. ATO CONSTRITIVO. JUÍZO DA RECUPERAÇÃO. ANÁLISE. DECISÃO MANTIDA.

1. ‘O deferimento do processamento da recuperação judicial não tem, por si só, o condão de suspender as execuções fiscais, na dicção do art. 6º, § 7º, da Lei n. 11.101/2005, porém a pretensão constritiva direcionada ao patrimônio da empresa em recuperação judicial deve, sim, ser submetida à análise do juízo da recuperação judicial’ (AgInt no CC 166.058/MG, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 02/06/2020, DJe 09/06/2020).

2. Agravo interno a que se nega provimento.” (AgInt no CC 172.416/SC, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Segunda Seção, julgado em 01/12/2020, DJe 09/12/2020)

“AGRAVO INTERNO NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. EXECUÇÃO FISCAL. ATOS DE CONSTRIÇÃO. JUÍZO RECUPERACIONAL. COMPETÊNCIA. CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO. INOBSERVÂNCIA. NÃO OCORRÊNCIA.

1. A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça definiu que cabe à Segunda Seção julgar conflito de competência relativo à constrição praticada em execução fiscal que atinja o patrimônio de empresa em recuperação judicial.

2. A despeito de as execuções fiscais não se suspenderem em decorrência do processamento de recuperação judicial da empresa devedora, eventuais atos de constrição contra o seu patrimônio devem passar pelo crivo do juízo recuperacional.

3. O Supremo Tribunal Federal entende que a mera interpretação de lei não viola a cláusula de reserva de plenário, nem afronta a disposição da Súmula Vinculante nº 10/STF.

4. Agravo interno não provido.” (AgInt no CC 162.450/GO, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Segunda Seção, julgado em 18/08/2020, DJe 26/08/2020)

Ademais, a própria Lei 10.522/02 – que trata do parcelamento especial previsto no art. 68, *caput*, da LFRE – prevê, em seu art. 10-A, que tanto os créditos de natureza tributária quanto não tributária poderão ser liquidados de acordo com uma das modalidades ali estabelecidas, de modo que admitir a submissão destes ao plano de soerguimento equivaleria a cancelar a possibilidade de cobrança em duplicidade.

Diante de todo o exposto, em que pese a dicção aparentemente restritiva da norma do *caput* do art. 187 do CTN, a interpretação conjugada das demais disposições que regem a cobrança dos créditos da Fazenda Pública inseridas na Lei de Execução Fiscal, bem como daquelas integrantes da própria Lei 11.101/05 e da Lei 10.522/02, autorizam a conclusão de que, para fins de *não sujeição* aos efeitos do plano de recuperação judicial, a natureza tributária ou não tributária do valor devido é irrelevante.

2 Conclusão

Forte em tais razões, *nego provimento* ao recurso especial.

Sem majoração de honorários, porquanto não fixados pelos juízos de origem.

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.938.706 SÃO PAULO

RELATORA MINISTRA NANCY ANDRIGHI

RECUPERAÇÃO JUDICIAL. IMPUGNAÇÃO À RELAÇÃO DE CREDORES. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. CRÉDITOS GARANTIDOS POR ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. BEM IMÓVEL DE TERCEIROS. CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO AFASTA A INCIDÊNCIA DA REGRA DO ART. 49, § 3º, DA LFRE

1. Incidente de impugnação à relação de credores distribuído em 24/1/2019. Recurso especial interposto em 15/4/2020. Autos conclusos ao gabinete da Relatora em 3/3/2021.

2. O propósito recursal, além de verificar eventual negativa de prestação jurisdicional, consiste em definir (i) se o crédito vinculado à garantia prestada por terceiros se submete aos efeitos da recuperação judicial da devedora bem como (ii) se, para não sujeição de créditos garantidos por cessão fiduciária, é necessária a inequívoca identificação do objeto da garantia.

3. Devidamente analisadas e discutidas as questões deduzidas pelas partes, não há que se cogitar de negativa de prestação jurisdicional, ainda que o resultado do julgamento não satisfaça os interesses da recorrente.

4. O afastamento dos créditos de titulares de posição de proprietário fiduciário dos efeitos da recuperação judicial da devedora independe da identificação pessoal do fiduciante ou do fiduciário com o bem imóvel ofertado em garantia ou com a própria recuperanda. Precedente específico da Terceira Turma.

Recurso especial provido.

(STJ; REsp 1.938.706; Proc. 2020/0312022-0; SP; 3ª T.; Relª Minª Nancy Andrichi; DJE 16/09/2021)

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das

notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial nos termos do voto do(a) Sr(a) Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Dr. Leandro da Silva Soares, pela parte recorrente: Caixa Econômica Federal.

Brasília (DF), 14 de setembro de 2021 (Data do Julgamento).

Ministra Nancy Andrighi – Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Ministra Nancy Andrighi (Relatora):

Cuida-se de recurso especial interposto por Caixa Econômica Federal com fundamento nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional.

Ação: incidente de impugnação à relação de credores, instaurado no curso do processo de recuperação judicial de Medical Line Comércio e Material Médico Hospitalar Ltda. e ML Comércio, Importação e Exportação de Material Médico Hospitalar Ltda.

Decisão: rejeitou a impugnação apresentada pela recorrente.

Acórdão recorrido: negou provimento ao agravo de instrumento interposto pela recorrente, nos termos sintetizados na seguinte ementa:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. IMPUGNAÇÃO DE CRÉDITO. INSTRUMENTO DE RENEGOCIAÇÃO DE DÍVIDA. IMÓVEL ALIENADO FIDUCIARIAMENTE E CESSÃO FIDUCIÁRIA DE DUPLICATAS. INAPLICABILIDADE DO ART. 49, § 3º, DA LEI Nº 11.101/05, AO CRÉDITO COM GARANTIA PRESTADA POR TERCEIRO. ENUNCIADO VI, DO GRUPO DE CÂMARAS RESERVADAS DE DIREITO EMPRESARIAL. AUSÊNCIA DE ESPECIALIZAÇÃO E INDIVIDUALIZAÇÃO DAS DUPLICATAS DADAS EM GARANTIA. CRÉDITO SUJEITO AO CONCURSO DE CREDORES. IMPROCEDÊNCIA DA IMPUGNAÇÃO MANTIDA. RECURSO NÃO PROVIDO.”

Embargos de declaração: interpostos pela recorrente, foram rejeitados.

Recurso especial: aponta a existência de dissídio jurisprudencial e alega violação dos arts. 489, IV e V, e 1.022, I e II, do CPC/15; art. 1.362, IV, do CC/2002; art. 49, § 3º, da Lei 11.101/05; art. 18, IV, da Lei 9.514/97; art. 66-B, § 4º, da Lei 4.728/65; e art. 33 da Lei 10.931/04. Além de indicar a ocorrência de negativa de prestação jurisdicional, a recorrente defende a tese de que os

créditos perseguidos ostentam natureza extraconcursal. Aduz que, para os fins do art. 49, § 3º, da LFRE, não há necessidade de identificação pessoal do fiduciante ou fiduciário com o bem imóvel ou com a recuperanda. Entende que não apenas o bem, mas o próprio contrato por ele garantido está afastado dos efeitos da recuperação judicial. Afirma que “o art. 49, § 3º, da Lei 11.101/2005 não faz qualquer distinção quanto ao fato do bem dado em alienação fiduciária ser de propriedade de terceiros, ou seja, não exige que o fiduciante seja a empresa em recuperação judicial”. No que concerne especificamente ao crédito garantido por cessão fiduciária de duplicatas, sustenta que não há necessidade de individualização do título de crédito, mas sim do “crédito em si que seja objeto de cessão fiduciária” (e-STJ fl. 151). Argumenta que “a lei de regência – Lei 10.931/2004 – é expressa em admitir que a cessão fiduciária em garantia da cédula de crédito bancário recaia sobre um crédito futuro (art. 31) o que, *per si*, inviabiliza a especificação do correlato título (já que ainda não emitido)” (e-STJ fl. 151). Requer o provimento do especial.

Prévio juízo de admissibilidade: o Tribunal de origem não admitiu a subida da presente irresignação, tendo havido determinação de conversão do agravo em recurso especial após regular distribuição a esta Relatoria.

É o relatório.

VOTO

A Exma. Sra. Ministra Nancy Andrighi (Relatora):

O propósito recursal, além de verificar eventual negativa de prestação jurisdicional, consiste em definir (i) se o crédito vinculado à garantia prestada por terceiros se submete aos efeitos da recuperação judicial da devedora bem como (ii) se, para não sujeição de créditos garantidos por cessão fiduciária, é necessária a inequívoca identificação do objeto da garantia.

1 Da Negativa de Prestação Jurisdicional

Da análise do acórdão recorrido, verifica-se que a prestação jurisdicional dada corresponde àquela efetivamente objetivada pelas partes, sem vício a ser sanado. O Tribunal de origem se pronunciou de maneira a abordar todos os aspectos fundamentais da controvérsia, dentro dos limites que lhe são impostos por lei.

De se notar que as questões apontadas como omissas – incidência do art. 49, § 3º, da LFRE à espécie e higidez da identificação dos instrumentos

contratuais – foram expressamente enfrentadas pela Corte *a quo*, conforme se dessume de mera leitura das seguintes passagens do acórdão:

“(...) a garantia relativa à alienação fiduciária de imóvel foi prestada por terceiro (fls. 65/76), não afetando bem do patrimônio da devedora.

E, desse modo, o crédito está sujeito ao regime da recuperação judicial, sendo inaplicável a regra do art. 49, § 3º, da Lei nº 11.101/05.

Nesse sentido, é o Enunciado VI, do Grupo de Câmaras de Direito Empresarial deste Tribunal de Justiça: ‘inaplicável o disposto no art. 49, § 3º, da Lei nº 11.101/2005, ao crédito com garantia prestada por terceiro, que se submete ao regime recuperacional, sem prejuízo do exercício, pelo credor, de seu direito contra o terceiro garantidor’.

(...)

O indicado art. 18 da Lei Federal n.º 9.514/1997, dispõe, em seu inciso IV, que é necessária, no contrato de cessão fiduciária em garantia, além de outros elementos, ‘a identificação dos direitos creditórios objeto da cessão fiduciária’. Via de conseqüência, relativamente ao termo contratual em questão, não há como se considerar que tenha sido regularmente constituída garantia com cessão fiduciária de duplicatas mercantis, pois não há individualização e especialização a permitirem a inequívoca identificação do objeto da garantia, de forma que correto o afastamento da aplicação do art. 49, § 3º, Lei nº 11.101/2005 (...)” (e-STJ fls. 113 e 115)

Vale lembrar que não se pode cogitar da caracterização de omissão, contradição ou obscuridade pelo simples fato de a decisão impugnada seguir trilha argumentativa diversa daquela defendida pela parte vencida, como pretende a recorrente.

Inviável, assim, o acolhimento da irresignação quanto ao ponto.

2 Do Crédito Garantido por Alienação Fiduciária e da Recuperação Judicial da Devedora

O Tribunal de origem entendeu que o crédito decorrente do “contrato particular de consolidação, confissão, renegociação de dívida e outras obrigações, operação 690, nº 21.1003.690.0000064-33”, celebrado entre a recorrente e a recorrida Medical Line, está sujeito aos efeitos do processo de recuperação judicial desta, uma vez que “a garantia relativa à alienação fiduciária de imóvel foi prestada por terceiro (fls. 65/76), não afetando bem do patrimônio da devedora” (e-STJ fl. 113).

A recorrente, Caixa Econômica Federal, por seu turno, defende a tese de que os créditos precitados ostentam natureza extraconcursal, na medida

em que o art. 49, § 3º, da LFRE “não faz qualquer distinção quanto ao fato do bem dado em alienação fiduciária ser de propriedade de terceiros, ou seja, não exige que o fiduciante seja empresa em recuperação judicial” (e-STJ fl. 150).

A matéria em discussão já foi apreciada por esta Terceira Turma por ocasião do julgamento do REsp 1.549.529/SP (DJe 28/10/2016, Relator o e. Min. Marco Aurélio Bellizze, decisão unânime), oportunidade em que se decidiu que o fato de o bem imóvel alienado fiduciariamente não integrar o acervo patrimonial da devedora não tem o condão de afastar a regra disposta no § 3º do art. 49 da Lei 11.101/05.

Todavia, por se tratar, salvo melhor juízo, do único precedente do STJ acerca do tema, impõe-se trazer novamente a questão para deliberação do colegiado.

O dispositivo legal retro mencionado estabelece que o crédito devido em face da recuperanda pelo titular da posição de proprietário fiduciário de bem móvel ou imóvel não se submete aos efeitos do processo de soerguimento, prevalecendo o direito de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais pactuadas. Eis o teor da norma:

“Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos.

(...)

§ 3º Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial.”

Como se percebe, o legislador não delimitou o alcance da regra em questão exclusivamente aos bens alienados fiduciariamente originários do acervo patrimonial da própria sociedade empresária recuperanda, tendo apenas estipulado a não sujeição aos efeitos da recuperação do *crédito* titularizado pelo “credor titular da posição de proprietário fiduciário”.

Portanto, e de acordo com a conclusão alcançada no judicioso voto proferido pelo e. Min. Marco Aurélio Bellizze no precedente anteriormente citado, o qual foi acompanhado pelos demais integrantes desta Terceira Turma,

a dispositivo legal acima transcrito afasta por completo dos efeitos da recuperação judicial não apenas o bem alienado fiduciariamente, mas o próprio contrato por ele garantido.

Tal compreensão se coaduna, também nas palavras de Sua Excelência, com “toda a sistemática legal arquitetada para albergar o instituto da propriedade fiduciária”, de modo que, estando distanciado referido instituto jurídico dos interesses dos sujeitos envolvidos – haja vista estar o bem alienado vinculado especificamente ao crédito garantido – afigura-se irrelevante, ao contrário do entendimento defendido pelo Tribunal de origem, a identificação pessoal do fiduciante ou do fiduciário com o objeto da garantia ou com a própria sociedade recuperanda.

Diante disso, à vista da presença de circunstância suficientemente apta à tutela da pretensão da recorrente, deve ser afastado dos efeitos da recuperação judicial o crédito titularizado pela Caixa Econômica Federal referente ao “contrato particular de consolidação, confissão, renegociação de dívida e outras obrigações, operação 690, nº 21.1003.690.0000064-33”.

Fica prejudicada a análise da alegação atinente à necessidade ou não de identificação dos créditos cedidos fiduciariamente à recorrente, uma vez que tal garantia se refere ao mesmo contrato principal acima identificado, cujo crédito, como visto, não se sujeita ao processo de soerguimento da recorrida.

3 Conclusão

Forte em tais razões, *dou provimento* ao recurso especial, para afastar dos efeitos da recuperação judicial da recorrida o crédito concernente ao contrato n. 21.1003.690.0000064-33.

Tribunal Regional Federal da 3ª Região

APELAÇÃO CÍVEL Nº 5004406-66.2019.4.03.6119 SÃO PAULO

RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL HELIO NOGUEIRA

**ENDOSSO. NÃO OBSERVÂNCIA DO ART. 39 DA LEI Nº
7.357/85. FRAUDE PERPETRADA POR TERCEIROS.
RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA INSTITUIÇÃO BANCÁRIA.
FORTUITO INTERNO. DANOS MATERIAIS RESSARCIMENTO.
RECURSOS NÃO PROVIDOS**

1. Apelações interpostas por Banco do Brasil SA, Banco HSBC representado por Banco Bradesco SA, Banco Santander (Brasil) SA, Banco do Estado do Espírito Santo contra sentença proferida pelo Juízo da 5ª Vara Federal de Guarulhos que julgou precedente o pedido de indenização por danos materiais.

2. De acordo com a inicial, a parte autora, empresa da área de aquariofilia, em auditoria, apurou que parte dos cheques recebidos de seus clientes não foram depositados em sua conta corrente, apesar de estarem nominais, somando o montante de R\$ 55.539,69. Sustenta que, nos termos do artigo 39 da Lei n. 7. 357/85, o banco sacado e o apresentante do cheque à câmara de compensação tem a obrigação de verificar a regularidade da série de endossos, o que não ocorreu no caso concreto, gerando, por conseguinte, o dever de ressarcimento por partes das instituições bancárias corrés.

3. O magistrado sentenciante julgou procedente a demanda, invertendo o ônus da prova, diante da comprovada a falha na compensação dos cheques indicados na inicial, por conta da inobservância do fato de serem nominais, cruzados e não conterem endosso. Fundamentou o MM Juiz a procedência da ação na inobservância do art. 39 da Lei n. 7.357/85, anotando que “tanto o banco que aceita o depósito e apresenta o cheque à compensação, quanto o sacado, que aceita a compensação e paga a quantia são igualmente responsáveis no caso de erro na compensação”.

4. Como consabido, cumpre tanto ao banco sacado, quanto ao apresentante do cheque à compensação a verificação da regularidade de eventual endosso, ainda que não haja obrigação de se verificar a autenticidade das assinaturas. O fato de terceiro que tenha concorrido

para o prejuízo causado, na hipótese, funcionário da própria autora, não ilide a responsabilidade das instituições sacadas, nem da CEF que apresentou os cheques à compensação, posto que as tais instituições financeiras deveriam conferir a regularidade da cártula e de endossos no título conforme determina a legislação de regência.

5. A hipótese trata, portanto, daquilo que a doutrina e a jurisprudência denominam de fortuito interno, isto é, o acontecimento, ainda que provocado por terceiros, que diz respeito à atividade profissional desenvolvida pelo prestador de serviços e aos riscos a ela inerentes. Em casos tais, e ao contrário do que acontece com o fortuito externo – entendido como o fato que não tem qualquer relação com a atividade desenvolvida pelo fornecedor/prestador de produtos/serviços – a responsabilidade objetiva preceituada pela legislação consumerista resta perfeitamente caracterizada, não havendo que se falar na excludente relativa à culpa exclusiva de terceiro (CDC, art. 14, § 3º, II).

6. No caso em questão, contudo, nítido que as instituições bancárias (sacadas e apresentante) não agiram com as cautelas necessárias à prestação do serviço, do que decorre o deve reparar o dano decorrente do pagamento indevido do título cambial, consoante entendimento jurisprudencial. Precedentes.

7. Deste modo, irretorquível a sentença que condenou cada corréu, na qualidade de banco sacado, ao pagamento dos títulos correspondentes à sua instituição bancária que constam da relação indicada a fl. 32/35 dos autos, bem como a CEF, de forma solidária, na qualidade de banco apresentante, o ressarcimento dos danos materiais correspondentes às cártulas cujas cópias se encontram a fl. 640/679, salvo em relação aos títulos dos Bancos Itaú e Unibanco, que foram objeto de acordo.

8. Recursos não providos. Honorários majorados.

(TRF 3ª R.; AC 5004406-66.2019.4.03.6119; SP; 1ª T.; Rel. Des. Fed. Hélio Nogueira; DEJF 20/12/2021)

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Primeira Turma, por unanimidade, negou provimento às Apelações, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATÓRIO

O Exmo. Desembargador Federal Hélio Nogueira (Relator):

Trata-se de Apelações interpostas por Banco do Brasil SA, Banco HSBC representado por Banco Bradesco SA, Banco Santander (Brasil) SA, Banco do Estado do espírito SANTO contra sentença proferida pelo Juízo da 5º Vara federal de Guarulhos que julgou precedente o pedido de indenização por danos materiais, nos seguintes termos:

“(…) JULGO O PROCESSO PROCEDENTE, com fundamento no art. 487, I, do Código de Processo Civil, para condenar cada corréu, na qualidade de banco sacado, ao pagamento dos títulos correspondentes à sua instituição bancária que constam da relação indicada a fl. 32/35 dos autos. Condeno ainda a CEF, na qualidade de banco apresentante, a ressarcir, solidariamente, os valores das cártulas cujas cópias se encontram a fl. 640/679, salvo em relação aos títulos dos Bancos Itaú e Unibanco, que foram objeto de acordo. Juros a contar da citação e correção monetária a contar de cada depósito indevido nos termos do Manual de Cálculos da Justiça Federal. Condeno os réus, com exceção do Banco Itaú, a suportarem o pagamento das custas e despesas processuais, ressarcindo à parte autora os valores adiantados. Finalmente, condeno os réus, com exceção do banco Itaú, em honorários advocatícios, que fixo no percentual mínimo de 10% do valor da condenação/proveito econômico, nos termos do art. 85, 2º do CPC, de modo a possibilitar sua eventual majoração, nos termos do 11 do mesmo dispositivo. (...)”

O Banco Bradesco SA, na qualidade de sucessor do HSBC Bank Brasil SA (fls. 7823 e ss e 841 e ss – D 90392789 e 90392790/91) pleiteia a reforma da sentença e sustenta a ilegitimidade de parte, ao argumento de que os danos decorrem da relação jurídica entre o autor e a CEF, bem como pelo fato de não terem sido encontrados registros no respectivo arquivo, dos cheques indicados pelo autor à fl. 14 dos autos. Acrescenta que não houve qualquer conduta dolosa ou omissa a caracterizar falha do serviço fornecido. Alternativamente, pretende a redução do quantum indenizatório.

O Banco Santander (Brasil) S.A. (fls. 801 e ss – ID 90392789) alega inexistência de falha na prestação do serviço bancário e excludente de responsabilidade prevista no art. 14, § 3º, do CDC, uma vez que a situação foi causada por terceiro fraudador, inexistindo nexo de causalidade a ensejar a responsabilização da instituição financeira. Refere, ainda: ser inaplicável a Súmula n. 479 do STJ, indevida a inversão do ônus da prova e que o dano moral deve ser fixado à luz da extensão da lesão patrimonial.

O Banco do Brasil SA (fls. 841 e ss – Id 90392790/91) refere, em síntese, que agiu fora dos limites da boa-fé, seguindo as diretrizes do BACEN. Aduz

que terceiro indicado como fraudador pela parte autora deveria compor a lide em litisconsórcio necessário, destacando que ato praticado por terceiro, não pode ser atribuído à instituição bancária e que não há nexo de causalidade entre a conduta danosa e os atos praticados pelo banco.

Por sua vez, o Banco do Estado do Espírito Santo – BANESTE, em apelo (fls. 847 e ss – Id 90392791), alega a inexistência de dever legal de conferência de assinaturas e impossibilidade de o fazê-lo pelo banco sacado com base no art. 39 da Lei n. 7.357/85. Acrescenta que o autor confessa ter sido vítima de fraude por parte do funcionário, do que decorre a inexistência de ato ilícito por parte da instituição financeira, bem como que não há justificativa para inversão do ônus da prova, em que pese os cheques estarem nominais e cruzados.

Com contrarrazões (fls. 869 e ss – Id 90392791), vieram os autos a esta Corte Regional.

É o relatório.

Dispensada a revisão nos termos regimentais.

VOTO

O Exmo. Desembargador Federal Hélio Nogueira (Relator):

Trata-se de ação indenizatória proposta por Marcos A. da S. Wanderley-ME em face da Caixa Econômica Federal – CEF, Banco do Brasil SA, Nossa Caixa Nosso Banco (Banco do Brasil), Banco Bradesco, Banco Itaú Unibanco SA, Banco Real (Banco Santander), Banco Santander, Banco HSBC, Banco Sicred e Banco Banestes.

De acordo com a inicial, a parte autora, empresa da área de aquariofilia, em auditoria, apurou que parte dos cheques recebidos de seus clientes não foram depositados em sua conta corrente, apesar de estarem nominais, somando o montante de R\$ 55.539,69.

Refere que a grande maioria dos títulos desviados foi depositada em conta corrente pertencente a CEF, de titularidade de um funcionário do seu departamento financeiro, possivelmente, em conluio com funcionários desta instituição financeira.

Sustenta que, nos termos do artigo 39 da Lei n. 7. 357/85, o banco sacado e o apresentante do cheque à câmara de compensação tem a obrigação de verificar a regularidade da séria de endossos, o que não ocorreu no caso concreto, gerando, por conseguinte, o dever de ressarcimento por partes das instituições bancárias corrés.

O magistrado sentenciante julgou procedente a demanda, invertendo o ônus da prova, diante da comprovada falha na compensação dos cheques indicados na inicial, por conta da inobservância do fato de serem nominais, cruzados e não conterem endosso. Fundamentou o MM Juiz a procedência da ação na inobservância do art. 39 da Lei n. 7.357/85, anotando que “tanto o banco que aceita o depósito e apresenta o cheque à compensação, quanto o sacado, que aceita a compensação e paga a quantia são igualmente responsáveis no caso de erro na compensação”. Com acerto, consta na r. sentença que o fato da empresa ter sido vítima de fraude por parte do próprio funcionário não tem o condão de afastar a responsabilidade das corrés, porquanto sequer houve endosso, posto que “a atenta análise dos cheques revela ainda que não foi aposta nenhuma assinatura no averso dos cheques que pudesse indicar a realização do endosso”, bem como que “caso as instituições bancárias envolvidas na compensação tivessem procedido da forma correta a fraude jamais teria tido êxito”.

Não há elementos a ensejar a reforma da sentença.

As microfilmagens dos cheques juntadas aos autos revelam que, com poucas exceções de algumas cédulas que contêm apenas uma simples rubrica, a grande maioria sequer apresenta o devido endosso que permitiria o depósito em conta de terceiro, que não o beneficiário indicado no cheque.

Como consabido, cumpre tanto ao banco sacado, quanto ao apresentante do cheque à compensação a verificação da regularidade de eventual endosso, ainda que não haja obrigação de se verificar a autenticidade das assinaturas.

O fato de terceiro que tenha concorrido para o prejuízo causado, na hipótese, funcionário da própria autora, não ilide a responsabilidade das instituições sacadas, nem da CEF que apresentou os cheques à compensação, posto que as tais instituições financeiras deveriam conferir a regularidade da cédula e de endossos no título conforme determina a legislação de regência, confira-se:

“Lei do Cheque – Lei 7357/85

(...) CAPÍTULO II

De Transmissão

Art. 17. O cheque pagável a pessoa nomeada, com ou sem cláusula expressa ‘à ordem’, é transmissível por via de endosso.

§ 1º O cheque pagável a pessoa nomeada, com a cláusula ‘não à ordem’, ou outra equivalente, só é transmissível pela forma e com os efeitos de cessão.

§ 2º O endosso pode ser feito ao emitente, ou a outro obrigado, que podem novamente endossar o cheque.

Art. 18. O endosso deve ser puro e simples, reputando-se não-escrita qualquer condição a que seja subordinado.

§ 1º São nulos o endosso parcial e o do sacado.

§ 2º Vale como em branco o endosso ao portador. O endosso ao sacado vale apenas como quitação, salvo no caso de o sacado ter vários estabelecimentos e o endosso ser feito em favor de estabelecimento diverso daquele contra o qual o cheque foi emitido.

Art. 19. O endosso deve ser lançado no, cheque ou na folha de alongamento e assinado pelo endossante, ou seu mandatário com poderes especiais.

§ 1º O endosso pode não designar o endossatário. Consistindo apenas na assinatura do endossante (endosso em branco), só é válido quando lançado no verso do cheque ou na folha de alongamento.

§ 2º A assinatura do endossante, ou a de seu mandatário com poderes especiais, pode ser constituída, na forma de legislação específica, por chancela mecânica, ou processo equivalente.

Art. 20. O endosso transmite todos os direitos resultantes do cheque. Se o endosso é em branco, pode o portador:

I – completá-lo com o seu nome ou com o de outra pessoa;

II – endossar novamente o cheque, em branco ou a outra pessoa;

III – transferir o cheque a um terceiro, sem completar o endosso e sem endossar.

Art. 21. Salvo estipulação em contrário, o endossante garante o pagamento.

Parágrafo único – Pode o endossante proibir novo endosso; neste caso, não garante o pagamento a quem seja o cheque posteriormente endossado.

Art. 22. O detentor de cheque ‘à ordem’ é considerado portador legitimado, se provar seu direito por uma série ininterrupta de endossos, mesmo que o último seja em branco. Para esse efeito, os endossos cancelados são considerados não-escritos.

Parágrafo único. Quando um endosso em branco for seguido de outro, entende-se que o signatário deste adquiriu o cheque pelo endosso em branco.

Art. 23. O endosso num cheque passado ao portador torna o endossante responsável, nos termos das disposições que regulam o direito de ação, mas nem por isso converte o título num cheque ‘à ordem’.

Art. 24. Desapossado alguém de um cheque, em virtude de qualquer evento, novo portador legitimado não está obrigado a restituí-lo, se não o adquiriu de má-fé.

Parágrafo único. Sem prejuízo do disposto neste artigo, serão observadas, nos casos de perda, extravio, furto, roubo ou apropriação indébita do cheque, as disposições legais relativas à anulação e substituição de títulos ao portador, no que for aplicável.

Art. 25. Quem for demandado por obrigação resultante de cheque não pode opor ao portador exceções fundadas em relações pessoais com o emitente, ou com os portadores anteriores, salvo se o portador o adquiriu conscientemente em detrimento do devedor.

Art. 26. Quando o endosso contiver a cláusula ‘valor em cobrança’, ‘para cobrança’, ‘por procuração’, ou qualquer outra que implique apenas mandato, o portador pode exercer todos os direitos resultantes do cheque, mas só pode lançar no cheque endosso-mandato. Neste caso, os obrigados somente podem invocar contra o portador as exceções oponíveis ao endossante.

Parágrafo único. O mandato contido no endosso não se extingue por morte do endossante ou por superveniência de sua incapacidade.

Art. 27. O endosso posterior ao protesto, ou declaração equivalente, ou à expiração do prazo de apresentação produz apenas os efeitos de cessão. Salvo prova em contrário, o endosso sem data presume-se anterior ao protesto, ou declaração equivalente, ou à expiração do prazo de apresentação.

Art. 28. O endosso no cheque nominativo, pago pelo banco contra o qual foi sacado, prova o recebimento da respectiva importância pela pessoa a favor da qual foi emitido, e pelos endossantes subseqüentes.

Parágrafo único. Se o cheque indica a nota, fatura, conta cambial, imposto lançado ou declarado a cujo pagamento se destina, ou outra causa da sua emissão, o endosso pela pessoa a favor da qual foi emitido, e a sua liquidação pelo banco sacado provam a extinção da obrigação indicada.

(...)

Da Apresentação e do Pagamento

(...)

Art. 34. A apresentação do cheque à câmara de compensação equivale à apresentação a pagamento.

Art. 35. O emitente do cheque pagável no Brasil pode revogá-lo, mercê de contra-ordem dada por aviso epistolar, ou por via judicial ou extrajudicial, com as razões motivadoras do ato.

Parágrafo único. A revogação ou contra-ordem só produz efeito depois de expirado o prazo de apresentação e, não sendo promovida, pode o sacado pagar o cheque até que decorra o prazo de prescrição, nos termos do art. 59 desta Lei.

(...)

Art. 39. O sacado que paga cheque ‘à ordem’ é obrigado a verificar a regularidade da série de endossos, mas não a autenticidade das assinaturas dos endossantes. A mesma obrigação incumbe ao banco apresentante do cheque a câmara de compensação.

Parágrafo único. Ressalvada a responsabilidade do apresentante, no caso da parte final deste artigo, o banco sacado responde pelo pagamento do cheque falso, falsificado ou alterado, salvo dolo ou culpa do correntista, do endossante ou do beneficiário, dos quais poderá o sacado, no todo ou em parte, reaver a que pagou.”

Destaca-se, ainda, que a responsabilidade civil das instituições financeiras é objetiva, aplicando-se a elas as normas protetivas constantes do Código de Defesa do Consumidor. O entendimento encontra-se sedimentado por meio da Súmula 297 do C. STJ, que dispõe: “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”.

A responsabilidade objetiva fundamenta-se na teoria do risco do empreendimento, pela qual o fornecedor tem o dever de responder por eventuais vícios ou defeitos dos bens ou serviços disponibilizados no mercado de consumo, independentemente de culpa (artigo 14 do CDC).

Não obstante ser prescindível a comprovação do elemento subjetivo, impõe-se ao prejudicado, no entanto, demonstrar o preenchimento dos requisitos essenciais da responsabilidade civil, quais sejam: a deflagração de um dano, a conduta ilícita do prestador de serviço, bem como o nexo de causalidade entre o defeito e o agravo sofrido.

A hipótese trata, portanto, daquilo que a doutrina e a jurisprudência denominam de fortuito interno, isto é, o acontecimento, ainda que provocado por terceiros, que diz respeito à atividade profissional desenvolvida pelo prestador de serviços e aos riscos a ela inerentes.

Em casos tais, e ao contrário do que acontece com o fortuito externo – entendido como o fato que não tem qualquer relação com a atividade desenvolvida pelo fornecedor/prestador de produtos/serviços – a responsabilidade objetiva preceituada pela legislação consumerista resta perfeitamente caracterizada, não havendo que se falar na excludente relativa à culpa exclusiva de terceiro.

O art. 14, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor, somente afasta a responsabilidade do fornecedor por fato do serviço quando a culpa do consumidor ou de terceiro for exclusiva, *in verbis*:

“Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

(...)

§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

(...)

II – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.”

Quanto à matéria, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, na sistemática dos recursos repetitivos:

“RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. JULGAMENTO PELA SISTEMÁTICA DO ART. 543-C DO CPC. RESPONSABILIDADE CIVIL. INSTITUIÇÕES BANCÁRIAS. DANOS CAUSADOS POR FRAUDES E DELITOS PRATICADOS POR TERCEIROS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. FORTUITO INTERNO. RISCO DO EMPREENDIMENTO.

1. Para efeitos do art. 543-C do CPC: As instituições bancárias respondem objetivamente pelos danos causados por fraudes ou delitos praticados por terceiros – como, por exemplo, abertura de conta-corrente ou recebimento de empréstimos mediante fraude ou utilização de documentos falsos –, porquanto tal responsabilidade decorre do risco do empreendimento, caracterizando-se como fortuito interno.

2. Recurso especial provido.” (REsp 1197929/PR, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 24/08/2011, DJe 12/09/2011)

No caso em questão, contudo, nítido que as instituições bancárias (sacadas e apresentante) não agiram com as cautelas necessárias à prestação do serviço, do que decorre o dever de reparar o dano decorrente do pagamento indevido do título cambial, consoante entendimento jurisprudencial.

Nesta linha de intelecção:

“AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MATERIAIS. CHEQUE NOMINAL E CRUZADO DESTINADO A DEPÓSITO JUDICIAL. ENDOSSO IRREGULAR. DEPÓSITO EM CONTA BANCÁRIA DE TERCEIRO, MEDIANTE FRAUDE. RESPONSABILIDADE DO BANCO SACADO

(LEI 7.357/85, ART. 39). PRECEDENTE QUALIFICADO (TEMA 466). AGRAVO INTERNO PROVIDO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. Nos termos do art. 39 da Lei do Cheque, nº 7.357/85, a regularidade do endosso deve ser verificada pelo banco sacado e apresentante do título à câmara de compensação.

2. Segundo entendimento desta Corte, ‘a conferência da regularidade do endosso não se limita apenas ao mero exame formal, de modo perfunctório, das assinaturas e dos nomes dos beneficiários dos títulos, de molde a formar uma cadeia ininterrupta de endossos, que conferiria legitimidade ao último signatário em favor do portador da cártula. A legitimidade também é determinada pelos poderes que o endossante detém, especialmente quando representa uma pessoa jurídica’ (REsp 1.837.461/SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 25/08/2020, DJe de 28/08/2020).

3. Na hipótese, cabia à instituição financeira recorrida a constatação de que, sendo os cheques cruzados, nominais à Justiça Federal e destinados a depósito judicial (consignação em juízo), não seria possível a transferência por meio de simples endosso, independentemente da autenticidade ou não da assinatura no verso da cártula.

4. A Segunda Seção desta Corte, no julgamento do REsp 1.197.929/PR, processado sob o rito dos recursos especiais repetitivos (TEMA 466), firmou o entendimento de que “As instituições bancárias respondem objetivamente pelos danos causados por fraudes ou delitos praticados por terceiros – como, por exemplo, abertura de conta-corrente ou recebimento de empréstimos mediante fraude ou utilização de documentos falsos –, porquanto tal responsabilidade decorre do risco do empreendimento, caracterizando-se como fortuito interno” (REsp 1.197.929/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 24/08/2011, DJe de 12/09/2011).

5. Agravo interno provido para conhecer do agravo e dar provimento ao recurso especial.” (AgInt no AREsp 1690580/CE, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 22/03/2021, DJe 13/04/2021)

“AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. CHEQUES AO PORTADOR VISIVELMENTE ADULTERADOS. DEPÓSITO EM CONTA. APRESENTAÇÃO À CÂMARA DE COMPENSAÇÃO. ENDOSSO EM BRANCO. VALOR SUPERIOR AO LIMITE LEGAL. IMPOSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DA LEI E DAS NORMAS DO CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL. AUSÊNCIA DE VERIFICAÇÃO DA REGULARIDADE DOS TÍTULOS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO BANCO APRESENTANTE E DO BANCO SACADO. DENÚNCIAÇÃO À LIDE DO CORRENTISTA. AUSÊNCIA DE ANÁLISE DA PARTICIPAÇÃO NO EVENTO. DISCUSSÃO A SER TRAVADA EM FU-

TURA E EVENTUAL AÇÃO DE REGRESSO. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.” (AgInt no REsp 1485342/SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 20/06/2017, DJe 26/06/2017)

“DIREITO COMERCIAL E DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CHEQUE. PAGAMENTO INDEVIDO A TERCEIRO. ACEITAÇÃO DE FALSO ENDOSSO. ART. 39 DA LEI Nº 7.357/85 (LEI DO CHEQUE). DANOS AO CLIENTE TITULAR DO CHEQUE. RESPONSABILIDADE DO BANCO. PRECEDENTE DA SEGUNDA SEÇÃO. MULTA DO ART. 538, PARÁGRAFO ÚNICO DO CPC. FUNDAMENTAÇÃO IMPRESCINDÍVEL PARA SUA APLICAÇÃO. MANUTENÇÃO PRECEDENTES DA SEGUNDA SEÇÃO.

O banco que recebe o cheque endossado está obrigado a verificar a regularidade da série de endossos, aí incluído a legitimidade dos endossantes. Precedente da segunda seção.

Uma das funções precípua de um banco é o cuidado com os valores e documentos de seus clientes, por isso os cheques destes devem ser manejados com extremo cuidado pelo banco.

A exemplo de protesto indevido de título, a autuação fiscal de empresa, com suspeita de sonegação fiscal e fraude decorrente da falsificação de guias de recolhimento de tributos, por culpa do banco que não efetua corretamente o pagamento de tributo devido ao Fisco, é causa de abalo à imagem da empresa perante o mercado.

A jurisprudência das Turmas que compõem a 2.^a Seção, quanto à imposição da multa do art. 538, parágrafo único do CPC, reputa imprescindível a fundamentação do juízo condenatório.

Recurso especial não conhecido.” (REsp 605.088/MT, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 13/09/2005, DJ 03/10/2005, p. 243)

Deste modo, irretorquível a sentença que condenou cada corréu, na qualidade de banco sacado, ao pagamento dos títulos correspondentes à sua instituição bancária que constam da relação indicada a fl. 32/35 dos autos, bem como a CEF, de forma solidária, na qualidade de banco apresentante, o ressarcimento dos danos materiais correspondentes às cártulas cujas cópias se encontram a fl. 640/679, salvo em relação aos títulos dos Bancos Itaú e Unibanco, que foram objeto de acordo.

Encargos da sucumbência.

Em observância ao princípio da causalidade, impõe-se à Parte Ré o pagamento de honorários advocatícios de sucumbência.

Na hipótese, cabível a fixação dos honorários advocatícios, nos termos do artigo 85 do Código de Processo Civil.

Negado provimento ao recurso de apelação, impõe-se a majoração dos honorários, por incidência do disposto no § 11 do artigo 85 do diploma processual civil.

Assim, majoro os honorários advocatícios de sucumbência impostos aos apelantes em 11% (onze por cento) sobre o valor da condenação.

Pelo exposto, *nego provimento às Apelações*.

É o voto.