



Revista de Direito da ADVOCEF

*Associação Nacional dos Advogados
da Caixa Econômica Federal*

RDA | Ano XIX | N.º 34 | 420p | Mai 23

Advocef

Associação Nacional dos Advogados da Caixa Econômica Federal

SBS, Quadra 2, Bloco Q, Lote 3, Salas 510 e 511

Edifício João Carlos Saad, CEP 70070-120

Fones (61) 3224-3020 e 0800-6013020

www.advocef.org.br

revista@advocef.org.br

Revista de Direito da ADVOCEF. Porto Alegre, ADVOCEF, v.1, n.34, 2023

Semestral

ISSN: 1808-5822

1. Advogado. 2. Direito. 3. Legislação. 4. Banco. I. Associação Nacional dos Advogados da Caixa Econômica Federal. II. Título.

343.03

343.8103

Capa: *Marcelo Torrecillas*

Editoração Eletrônica: *José Roberto Vazquez Elmo*

Revisão: *Luís Augusto Junges Lopes (Press Revisão)*

Tiragem: *300 exemplares*

Periodicidade: *semestral*

Impressão: *Athalaia Gráfica e Editora*

Solicita-se Permuta

DIRETORIA EXECUTIVA DA ADVOCEF

Presidente

Marcelo Quevedo do Amaral (CETEN-DF)

Vice-Presidente

Melissa Santos Pinheiro Vassoler Silva (GEJUR-DF)

1º Secretário

Gabriel Augusto Godoy (CEAJU-SP)

2ª Secretária

Fabiola Oliveira Alencar (Natal)

1ª Tesoureira

Duílio José Sanchez Oliveira (São José dos Campos)

Diretor de Relacionamento Institucional

Carlos Alberto Regueira de Castro e Silva (Brasília)

Diretor de Comunicação Social e Eventos

Marcelo Dutra Victor (CEATR-PE)

Diretora de Honorários Advocatícios

Maria Rosa de Carvalho Leite Neta (CEATR-PE)

Diretor de Negociação Coletiva

Álvaro Sérgio Weiler Júnior (Porto Alegre)

Diretor de Prerrogativas

Sandro Cordeiro Lopes (Niteroi)

Diretor Jurídico

Magdiel Jeus Gomes Araújo (João Pessoa)

Diretora Social

Linéia Ferreira Costa (Salvador)

CONSELHO EXECUTIVO DA REVISTA

Marcelo Quevedo do Amaral

Marcelo Dutra Victor

Roberto Maia

CONSELHO EDITORIAL DA REVISTA

Alaim Giovani Fortes Stefanello

Doutor em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCIPR. Mestre em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas – UEAIAM.

Antonio Carlos Ferreira

Ministro do Superior Tribunal de Justiça. Ex-Diretor Jurídico da Caixa Econômica Federal. Ex-Presidente da Escola de Advocacia da CAIXA.

Bruno Queiroz Oliveira

Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal do Ceará – UFC e Presidente do Conselho Editorial.

Cacilda Lopes dos Santos

Doutora em Direito Urbanístico pela Universidade de São Paulo – USP e Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCISP.

Carolina Reis Jatobá Coêlho

Doutoranda em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Mestre em Direito das Relações Internacionais pelo Centro Universitário de Brasília – Uniceub/DF. Pós-graduada em Direito Constitucional pelo Instituto de Direito Público de Brasília – IDP/DF. Pós-graduada em Direito Público pela Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal em Brasília- ESMPDF.

Clarissa Bueno Wandscheer

Doutora em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Mestre em Direito Econômico e Social pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Professora da Universidade Positivo. Integrante do Centro de Pesquisa Jurídica e Social – CPJUS. Membro do Núcleo de Pesquisa sobre Sustentabilidade, Responsabilidade e Novos Modelos Econômicos (UP). Membro do Grupo de Pesquisa Meio Ambiente: Sociedades Tradicionais e Sociedade Hegemônica – PUCIPR.

Cláudio Gonçalves Marques

Mestre em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pós Graduado em Direito Público pela Universidade de Brasília. Pós Graduado em Direito de Empresa pela Fundação Getúlio Vargas. Professor de Direito Empresarial concursado na Pontifícia Universidade Católica de MG.

Davi Duarte

Especialista em Direito Público pelo Centro de Estudos Fortium/ Faculdade Projeção/DF. Presidente da Comissão Especial do Advogado Empregado da OAB/RS.

Felipe de Vasconcelos Soares Montenegro Mattos

Mestre em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo - USP. Especialista em Direito Público pelo Instituto Processus. Professor na graduação e pós graduação.

Iliane Rosa Pagliarini

Mestre em Direito Processual e Cidadania pela Universidade Paranaense – UNIPAR. Especialista em Direito Tributário pela Universidade da Amazônia. Membro da Comissão da Advocacia Pública da OAB/PR.

João Batista Pinto Silveira

Desembargador Federal no TRF da 4ª Região. Diretor da Escola da Magistratura do TRF4. Ex-Gerente Jurídico da Caixa Econômica Federal.

João Pedro Silvestrin

Desembargador Federal do Trabalho no TRT da 4ª Região. Especialista em Direito e Economia pela Fundação Getúlio Vargas – FGV e Especialista em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Previdenciário pela Universidade de Santa Cruz do Sul/RS – UNISC..

Juarez de Freitas

Pós-doutorado em Direito na Università degli Studi di Milano. Doutor em Direito e Mestre em Filosofia. Presidente do Conselho Editorial da Revista Interesse Público. Co-Diretor de Tese na Universidade Paris II. Presidente do Instituto Brasileiro de Altos Estudos de Direito Público. Membro Nato do Conselho do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo. Presidente do Instituto de Direito Administrativo do Rio Grande do Sul. Pesquisador com ênfase nas áreas de Interpretação Constitucional e Direito Administrativo. Professor de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (Mestrado e Doutorado) e da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Autor de várias obras jurídicas. Advogado, Consultor e Parecerista.

Kátia Aparecida Mangone

Doutora e Mestre em Processo Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP.

Lucia Elena Arantes Ferreira Bastos

Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo e pós-doutora pelo Núcleo de Estudos da Violência – NEVI/USP. Mestre em Programa de Pós Graduação em Integração da América pela Universidade de São Paulo.

Luiz Guilherme Pennacchi Dellore

Doutor e Mestre em Processo Civil pela Universidade de São Paulo – USP e Mestre em Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCISP.

Manuel Munhoz Caleiro

Doutorando em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Mestre em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto. Pesquisador integrante do Grupo de Pesquisa Meio Ambiente: Sociedades Tradicionais e Sociedade Hegemônica. Membro da Rede para o Constitucionalismo Democrático Latino-Americano. Pesquisador integrante da Rede Latino-americana de Antropologia Jurídica (RELAJU). Pesquisador associado ao Instituto de Pesquisa, Direitos e Movimentos Sociais (IPDMS). Diretor Executivo do Centro de Pesquisa e Extensão em Direito Socioambiental (CEPEDIS). Advogado.

Maria Rosa de Carvalho Leite Neta

Mestranda em Direito, Justiça e Desenvolvimento pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa - IDPISP. Especialista em Ciências Penais pela Universidade do Sul de Santa Catarina - UNISUL.

Reis Friede

Desembargador Federal Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Diretor do Centro Cultural da Justiça Federal (CCJF). Mestre em Direito do Estado pela Universidade Gama Filho - UGF e Mestre e Doutor em Direito Público pela Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ. Diplomado pela Escola Superior de Guerra e pela Escola de Comando do Estado-Maior da Aeronáutica e Membro da Sociedade Brasileira de Direito Aeroespacial - SBDA.

Roberto Di Benedetto

Doutor em Sociologia pelo IESPIUERJ e mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Coordenador-Geral do Direito da Universidade Positivo, professor titular da Universidade Positivo, Avaliador de Curso de Graduação em Direito do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira do Ministério da Educação – INEP/MEC e pesquisador visitante do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA.

Vera Regina Hippler

Doutora e Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCISP.

CONSELHO DELIBERATIVO

Membros Efetivos

Fernando da Silva Abs da Cruz (Porto Alegre)
Luiz Fernando Padilha (CEPVA-GO)
Dione Lima da Silva (Porto Alegre)
Roberta Mariana Barros de Aguiar Corrêa (CEAJU-SP)
Daniele Cristina Alaniz Macedo (São Paulo)
Luiz Fernando Schmidt (Aposentado/Goiânia)
Henrique Chagas (Aposentado/Presidente Prudente)

Membros Suplentes

Eurico Soares Montenegro Neto (GEAJU-DF)
Janaina Marreiros Guerra Dantas (Teresina)
Matheus Aguiar de Barros (CEATR-PE)

CONSELHO FISCAL

Membros Efetivos

Rodrigo Trassi de Araújo (Bauru)
Júlio Vitor Greve (Aposentado/Brasília)
Cláudia Elisa de Medeiros Teixeira (CEPVA-GO)

Membros Suplentes

Marcos Nogueira Barcellos (GEJUC-DF)
Marisa Alves Dias Menezes (São Paulo)

APRESENTAÇÃO 11

PARTE 1 – ARTIGOS

Sociedade Anônima do Futebol
Paulo Henrique Garcia Hermosilla 15

Modificação no Recurso Especial: reflexões iniciais sobre a EC 125 e o requisito da relevância das questões de direito federal infraconstitucional (REsp com RQF)
André Vasconcelos Roque, Fernando da Fonseca Gajardoni, Luiz Dellore e Zulmar Duarte de Oliveira Jr. 39

A superação da súmula 308 do STJ: hipótese de *overriding* ante o advento da Lei nº13.097/2015
George Andrade do Nascimento Júnior 53

Da venda de unidade produtiva isolada, no âmbito da recuperação judicial, após o advento da Lei nº 14.112/2020
Paola Cristina Rios Pereira Fernandes 95

A SBDI-1 do TST e o dano moral coletivo em demandas coletivas versando sobre direitos individuais homogêneos
Gustavo Schmidt de Almeida 119

A recuperação judicial do pequeno produtor rural à luz da nova legislação agrária e falimentar
Marina Pereira Lima Penteado 143

Cartões de crédito consignado: A educação como alternativa para resolução de conflitos e endividamentos
Danilo Henrique de Sousa Melo 163

O ser humano agressor e violento precisa de sua família? A violência sequela natural da sociedade
Bianco Souza Morelli e Sílvia França de Souza Morelli ... 187

Propriedade industrial: o entendimento e a aplicação do artigo 124, XIX, da Lei de Propriedade Industrial perante o Instituto Nacional de Propriedade Industrial e o Superior Tribunal de Justiça
Ricardo Antonow da Costa 205

A culpa exclusiva do consumidor e a responsabilidade civil das instituições financeiras <i>Márcio Berto Alexandrino de Oliveira e Liliane dos Anjos Simões</i>	239
A configuração do dano moral para as pessoas jurídicas de direito privado <i>Laura Maracci Spanhe da Silva</i>	257
Propriedade e resistência: uma análise a partir do Segundo Tratado sobre o Governo de John Locke <i>Inajara dos Santos Pereira</i>	291
Paradoxos da evolução tecnológica na sociedade contemporânea <i>Luis Felipe Rodrigues</i>	335
JURISPRUDÊNCIA	
Superior Tribunal de Justiça <i>Recurso repetitivo. Crédito imobiliário. Contrato de compra e venda. Alienação fiduciária. Resolução. Inaplicabilidade do CDC</i>	359
Tribunal Superior do Trabalho <i>Banco. Correspondente bancário. Vínculo empregatício. Inexistência. ADPF 324</i>	399
PARTE 3 – NORMAS EDITORIAIS DE PUBLICAÇÃO	415

APRESENTAÇÃO

Com orgulho e satisfação, a Associação Nacional dos Advogados da Caixa Econômica Federal apresenta à comunidade jurídica mais um número de sua Revista de Direito.

A presente edição, além de contar com um número recorde de artigos desde sua criação, em 2005, traz aos seus leitores um rico conjunto de temas atraentes e atuais.

Desde a análise da obra de John Locke até uma instigante avaliação sobre os paradoxos da evolução tecnológica, a edição conta, ainda, com diversos trabalhos enfocando produtos e questões do direito bancário, bem como acuradas análises sobre temas do direito civil e trabalhista, além de tantos outros estudos merecedores de cuidadosa e atenta leitura.

Julgados significativos do STJ e do TST completam a obra, que contempla, entre seus autores, não apenas advogados ligados à CAIXA e a outras instituições financeiras, mas agrega também uma ampla gama de operadores do direito que acreditam no estudo e na sua divulgação como meio capaz de propiciar o debate técnico e a ampliação do conhecimento.

A ADVOCEF, com esta publicação, cumpre seu papel como entidade congregadora dos profissionais integrantes da área jurídica da CAIXA, fomentando a participação de seus quadros, de profissionais de entidades congêneres e da advocacia em geral.

Tudo com a certeza de que as sementes plantadas em solo fértil frutificam e garantem a continuidade e o aprimoramento do conhecimento humano.

Boa leitura!

Diretoria Executiva da ADVOCEF



PARTE 1

ARTIGOS

Sociedade Anônima do Futebol

Paulo Henrique Garcia Hermosilla
*Mestre e Doutor em Direito Civil pela
Universidade de São Paulo
Assessor Jurídico – Banco do Brasil S/A*

RESUMO

Futebol é a paixão nacional. Sem desmerecer outras modalidades esportivas, o brasileiro é apaixonado por futebol. Apesar de não ter nascido aqui, o Brasil foi campeão mundial da modalidade por cinco vezes e, a cada edição da Copa do Mundo, novamente aquela corrente pra frente contagia os brasileiros e, literalmente, fecha o comércio, com exceção dos bares, para assistirmos a mais uma performance da Seleção Canarinho. Talvez por isso o Rei do futebol nasceu e morreu em solo brasileiro. Mas, por trás de todo grande clube, há uma história de alegrias e tristezas que transita tanto pela inexperiência dos dirigentes quanto pela má-fé, o que pode levar tanto ao triunfo quanto ao sepultamento do clube, envolto em uma nuvem de decisões equivocadas. A Lei nº 14.193/21 propõe uma alternativa vinda do exterior, que pode servir de alento aos clubes e de esperança ao elemento mais importante dessa equação: o torcedor.

Palavras-chave: Sociedade anônima do futebol. Clube-empresa. Lei nº 14.193/21. SAF.

ABSTRACT

Football is the national passion. Without discrediting other sports, Brazilians are passionate about football. Despite not having been born here, Brazil was world champion of the modality five times and at each edition of the World Cup again that current forward infects Brazilians and literally closes trade, except bars, so we can watch more a performance by the canary national team. That's why the King of football was born and died on Brazilian soil. But, behind every great club, there is a history of joys and sorrows that transits both by the inexperience of the directors and by bad faith, which can lead to the triumph or the burial of the club, wrapped in a cloud of wrong decisions. Law nº 14.193/21 proposes an alternative from abroad that can serve as encouragement

for clubs and hope for the most important element of this protection: the fan.

Keywords: Football corporation. Football club. Law nº 14.193/21. SAF.

Introdução

No Brasil, quase todos os clubes seguem o modelo de associação civil, que é uma entidade de direito privado constituída pela união de pessoas que se organizam para fins não econômicos, não havendo direitos nem obrigações recíprocos entre os associados (CC, art. 53).

A partir do PL 5.516/2019, projeto de lei apresentado pelo senador Rodrigo Pacheco, e aprovado na forma de um substitutivo do senador Carlos Portinho, foi instituído o Sistema do Futebol Brasileiro mediante a criação da Sociedade Anônima do Futebol, com o estabelecimento de normas de governança, financiamento, administração, controle e transparência, bem como a instituição de meios de financiamento da atividade.

O PL definiu, ainda, que a atividade principal da SAF consiste na prática do futebol em competições profissionais e estabeleceu o regime especial de apuração de tributos federais aplicável ao tema, visando atrair investimentos para os clubes brasileiros.

Fixado o marco legal do tema e autorizada a criação da SAF pelos órgãos internos do clube, surge o grande desafio que é encontrar e convencer um investidor que tenha respaldo financeiro, apetite para correr riscos e, principalmente, disposição para adquirir até 90% das ações da empresa, lembrando que, quanto menor esse percentual, menor a possibilidade de se encontrar investidores dispostos a aportar recursos, pois o investimento está diretamente associado ao poder de ingerência do investidor no destino da empresa.

Diversos clubes se encontram nessa situação, clubes que já aprovaram a transformação do modelo societário ou a cisão do departamento de futebol, mas não encontraram investidores interessados em aportar recursos.

É um desafio, pois, enquanto os clubes esperam que a SAF seja a solução para o saneamento de suas dívidas e para o ingresso de novos recursos, o investidor é imediatista, uma vez que pretende o retorno do capital investido no menor prazo possível. Essa é a razão pela qual não basta o aporte de numerário. O

sucesso da SAF depende da sintonia de objetivos entre o clube e o investidor, de forma que o “amor à camisa” não seja menor que a remuneração do capital.

O que se percebe é que, à exceção dos grandes clubes, aos quais não faltam investidores, para os clubes médios e pequenos a alteração institucional para SAF pode não ser suficiente, primeiramente porque os grandes investidores tendem a investir em grandes clubes. Em segundo lugar, imaginemos que todos os clubes da Série A do Campeonato Brasileiro se tornem SAF. Conforme o regulamento da competição, quatro clubes serão rebaixados para a Série B do ano seguinte, ou seja, quatro SAF serão rebaixadas mesmo sendo SAF, o que é uma péssima notícia para o investidor e para os patrocinadores, considerando a reduzida visibilidade que a Série B proporciona aos clubes.

Isso não desnatura a SAF, nem prejudica sua imagem, pois é fruto do sistema capitalista, no qual o esporte está sendo paulatinamente inserido. A novidade é o caráter empresarial que a LSAF agregou ao futebol, ligando o esporte ao risco da atividade econômica, a exemplo do que ocorre, de longa data, no Velho Continente.

1 A escolha do tema

No ano de 2022, ocorreu mais uma edição da Copa do Mundo de futebol patrocinada pela FIFA no Catar. O evento foi um sucesso de público, demonstrando o potencial da modalidade esportiva como vetor de novos negócios em diversas áreas do mercado mundial, impulsionando setores como marketing, merchandising, mídia, hotelaria, logística, jogos eletrônicos, comércio de produtos esportivos, sem contar a exposição dos jogadores a bilhões de espectadores espalhados pelo mundo e a supervalorização dos atletas convocados para o torneio, cuja transferência ajudará a reforçar o caixa dos clubes que tenham atuado.

Obviamente, as instituições financeiras terão interesse em explorar os negócios que poderão surgir, através da transformação das entidades associativas em sociedades anônimas de futebol.

2 Origem da Sociedade Anônima do futebol

O clube-empresa, que não se confunde com a SAF, é um clube instituído sob a forma empresarial e não associativa. Essa mo-

dalidade de clube já existia na Inglaterra e na Alemanha desde o século XIX.

A maior parte dos clubes que participam dos principais campeonatos europeus (inglês, espanhol, italiano, alemão e francês) é constituída sob o formato clube-empresa, com raras e notáveis exceções, como as equipas espanholas Real Madrid, Barcelona, Athletic Bilbao e Osasuna, que são associações desportivas sem fins lucrativos.

Estudo elaborado pela consultoria Ernst & Young, em 2021, sobre a gestão dos clubes que compõem as cinco principais ligas do futebol europeu constatou que, na primeira divisão, 92% dos clubes são empresas e que, na segunda, o percentual é de 96%.¹

A EY constatou, ainda, que as regras não são uniformes, pois cada país regulou a matéria de acordo com sua realidade, prevendo cláusulas que variam desde a limitação acionária para novos investidores (Alemanha) até a obrigatoriedade da migração dos clubes para o padrão empresarial (Espanha), com exceção de Real Madrid, Barcelona, Bilbao e Osasuna, por comprovarem sustentabilidade financeira.

3 Regência

Com a conversão do PL 5.516/2019 em lei, o marco legal do tema é a Lei nº 14.193/21. Subsidiariamente, a SAF está sujeita às disposições da Lei nº 6.404/76 (Lei das Sociedades Anônimas), e da Lei nº 9.615/98 (Lei Pelé).

4 Clube-empresa x SAF

A SAF é uma espécie de clube-empresa, porém, com este não se confunde, pois, enquanto o clube-empresa se constitui sob qualquer modalidade empresarial (ex.: sociedade limitada), a instituição da SAF se dá exclusivamente sob a forma de sociedade anônima, sob as regras específicas da LSA.

O ponto de contato entre a SAF e o clube-empresa, e que os distancia do modelo associativo, é a finalidade de lucro dos primeiros.

¹ Estudo da EY traz panorama da gestão dos clubes europeus quanto à transformação em clube-empresa e analisa perspectivas para o Brasil. <https://www.ey.com/pt_br/news/2021-press-releases/01/estudo-da-ey-traz-panorama-da-gestao-dos-clubes-europeus>. Acesso em: 12 de fev. de 2023.

O Red Bull Bragantino é exemplo de clube-empresa, pois, desde 2019, recebe investimentos da conhecida marca de energéticos².

Essa distinção vem estampada no art. 1º da LSAF ao dispor que, para os fins desta lei, considera-se “clube” a associação civil regida pelo Código Civil dedicada ao fomento e à prática do futebol, e “pessoa jurídica original”, a sociedade empresarial dedicada ao fomento e à prática do futebol.

A grande vantagem da SAF em relação ao clube-empresa é o regime tributário muito mais favorável à primeira (4% a 5% da receita mensal), aproximando-se dos reduzidos percentuais exigidos das associações sem fins lucrativos que compõem a maioria dos clubes brasileiros, o que é um estímulo à opção pela SAF.

A previsão vem estampada nos arts. 31 e 32 da LSAF, os quais disciplinam o Regime de Tributação Específica do Futebol (TEF) consistente no recolhimento mensal de diversos impostos e contribuições a serem apurados seguindo o regime de caixa.

O art. 32 prevê que, nos cinco primeiros anos-calendário da constituição da SAF, a empresa estará sujeita ao pagamento mensal e unificado dos tributos à alíquota de 5% das receitas mensais recebidas (IRPJ, PIS/Pasep, CSLL, Cofins e seguridade social). A partir do sexto ano, o percentual será de 4%, porém, a base de cálculo passará a incluir as receitas relativas à cessão dos direitos desportivos dos atletas.

A segurança jurídica pautou a elaboração da LSAF, a exemplo do disposto no art. 25, parágrafo único, que garante que os contratos bilaterais, bem como os contratos de atletas profissionais vinculados ao clube ou à pessoa jurídica original não se resolvem em razão do pedido de recuperação judicial e extrajudicial e poderão ser transferidos à SAF no momento de sua constituição.

Quanto aos quesitos controle e transparência, o senador Rodrigo Pacheco destacou³:

² “A parceria vem rendendo bons frutos para ambos os lados. No mesmo ano em que a parceria começou, o time paulista conquistou a Série B do campeonato brasileiro. Em 2021 foi vice-campeão da Copa Sul-Americana, e ficou em 6º lugar na Série A do Brasileirão, conquistando vaga na Libertadores.” Disponível em: <<https://www.cienciadabola.com.br/blog/saf-clube-empresa>>. Acesso em: 10 de fev. de 2023.

³ Fonte: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2022/08/10/um-ano-depois-de-aprovada-lei-das-sociedades-anonimas-de-futebol-tem-balanco-positivo>>. Acesso em: 08 de jan. de 2023.

A lei das SAFs também traz mais transparência e governança corporativa. Obriga a existência do conselho de administração e do conselho fiscal; obriga a ter auditoria externa das contas por empresa independente; e obriga a publicação de demonstrações financeiras. O projeto equilibra o mercado, adequando os impostos à atividade, e traz segurança jurídica para a empresa que quer atuar com futebol. Inglaterra e Alemanha possuem clubes-empresas desde o século 19. Futebol gera empregos e renda. É um ativo do nosso país e a SAF irá ajudar a preservar e fortalecer os clubes brasileiros.

5 Principais clubes brasileiros envolvidos

Ao completar um ano de vigência da lei, 24 equipes já haviam se tornado SAF, entre elas o Cruzeiro (primeiro grande clube a aderir), Vasco, Botafogo, Coritiba, Cuiabá, América-MG, Paraná e Figueirense.

Outros grandes clubes estudam a adesão ao modelo, destacando-se: Flamengo, Corinthians, Palmeiras, São Paulo, Atlético-MG, Athletico-PR, Fluminense, Santos, Grêmio, Internacional de Porto Alegre e Bahia.⁴

6 Constituição da SAF

A lei prevê a possibilidade da constituição original da SAF através da iniciativa de pessoa natural ou jurídica ou de fundo de investimento, ou seja, a SAF já nasce SAF.

⁴ “Com a nova lei, sancionada em agosto de 2021, a direção do clube contratou a XP Investimentos visando à transição de seu modelo associativo para a SAF. Em novembro de 2021, a XP entrou em contato com o ex-jogador e empresário Ronaldo Nazário, o “Fenômeno”, que já contava com experiência na gestão de futebol. Controlador do clube espanhol Valladolid, com 80% das ações, recentemente conseguiu que esse tradicional clube retornasse à La Liga, a prestigiada primeira divisão do país, assistida em todo o mundo. Após pouco mais de 40 dias de negociações, Ronaldo assumiu a direção da SAF do Cruzeiro. Adquiriu 90% das ações, assumiu a responsabilidade pelas dívidas da equipe (como prevê a lei), e comprometeu-se em investir pelo menos R\$ 400 milhões nos primeiros cinco anos de parceria.” Um ano depois de aprovada, Lei das Sociedades Anônimas de Futebol tem balanço positivo. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2022/08/10/um-ano-depois-de-aprovada-lei-das-sociedades-anonimas-de-futebol-tem-balanco-positivo>>. Acesso em: 24 de jan. de 2023.

O clube que pretenda se tornar SAF deve alterar o Estatuto Social. Em regra, a questão transita primeiramente pelo Conselho Deliberativo e, após, pela Assembleia Geral, a fim de que os sócios possam opinar pela aprovação ou rejeição da alteração estatutária.

A constituição da SAF é prevista no art. 2º da LSAF. Desse dispositivo, destacam-se a possibilidade de transformação integral do clube ou pessoa jurídica original ou a cisão do departamento de futebol e transferência do patrimônio respectivo à SAF.

A denominação da SAF deve conter a expressão "Sociedade Anônima do Futebol" ou a abreviatura "S.A.F." (art. 1º, § 2º).

Em ambas as hipóteses, a SAF sucede o clube ou pessoa jurídica original nas relações com as entidades de administração (confederação, federação ou liga), bem como nas relações contratuais, de qualquer natureza, com atletas profissionais do futebol, e terá o direito de participar de campeonatos, copas e torneios em substituição à entidade original, nas mesmas condições em que se encontravam no momento da sucessão, conforme determina art. 2º, § 1º, I e II, da LSAF.

No caso da transformação da associação civil em SAF, o clube deve, primeiramente, formalizar o ato junto ao Cartório de Registro Civil de Pessoas Jurídicas e, após, registrar o documento na Junta Comercial.

Em caso de transformação societária, quando a pessoa jurídica original já esteja registrada como sociedade empresária, a exemplo das sociedades limitada ou anônima, a transformação em SAF ficará restrita ao âmbito da Junta Comercial.

A transformação ocorreu no caso do Cuiabá Esporte Clube – Sociedade Anônima do Futebol, que anteriormente era uma sociedade limitada, com capital social integralizado por pessoas naturais.

A SAF também poderá ser criada pela cisão do departamento de futebol do clube ou pessoa jurídica original e transferência do seu patrimônio relacionado à atividade futebol.

Caso a opção seja pela cisão, algumas providências da LSAF (art. 2º, § 2º): I - os direitos e deveres decorrentes de relações, de qualquer natureza, estabelecidos com o clube, pessoa jurídica original e entidades de administração, inclusive direitos de participação em competições profissionais, bem como contratos de trabalho, de uso de imagem ou quaisquer outros contratos vinculados à atividade do futebol serão obrigatoriamente transferidos à SAF; II - o clube ou pessoa jurídica original e a SAF deverão contratar, na data de constituição desta, a utilização e o

pagamento de remuneração decorrente da exploração pela SAF de direitos de propriedade intelectual de titularidade do clube ou pessoa jurídica original; III - os bens e direitos serão transferidos à Sociedade Anônima do Futebol em definitivo ou a termo, conforme estabelecido em contrato; IV - a transferência dos direitos e do patrimônio para a SAF independe de autorização ou consentimento de credores ou partes interessadas, inclusive aqueles de natureza pública, salvo se disposto de modo diverso em contrato ou outro negócio jurídico; V - se as instalações desportivas, como estádio, arena e centro de treinamento, não forem transferidas para a SAF, o clube ou pessoa jurídica original e a SAF deverão celebrar, na data de constituição desta, contrato no qual se estabelecerão as condições para utilização das instalações; VI - o clube ou pessoa jurídica original não poderá participar, direta ou indiretamente, de competições profissionais do futebol, sendo a participação prerrogativa da SAF por ele constituída; e VII - a SAF emitirá obrigatoriamente ações ordinárias da classe A para subscrição exclusivamente pelo clube ou pessoa jurídica original que a constituiu.

Também foi prevista a criação da SAF através da iniciativa de pessoa natural ou jurídica ou de fundo de investimento. Nessas hipóteses, não é necessária a participação de mais de uma pessoa natural ou jurídica ou de mais de um fundo de investimento, pois não há a necessidade da pluralidade de acionistas⁵.

Sendo assim, a lei garante a possibilidade da SAF ser unipessoal, com a totalidade das ações pertencente a um único acionista, pessoa natural ou jurídica, ou também a participação de fundos de investimentos ou mesmo a abertura do capital, disponibilizando os valores mobiliários de sua emissão à negociação no mercado, se sujeitando às regras e atraindo a fiscalização da Comissão de Valores Mobiliários.

É possível a criação da SAF através de escritura pública registrada na Junta Comercial⁶.

A LSAF, à luz da LSA, prevê a existência de dois órgãos obrigatórios e de funcionamento permanente: o Conselho de Administração e o Conselho Fiscal (arts. 4º e 5º).

⁵ Fonte: <https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/drei/legislacao/arquivos/legislacoes-federais/copy_of_INDREI1122022.pdf>. Acesso em: 24 de jan. de 2023.

⁶ Fonte: <<https://www.anoregsp.org.br/noticias/73594/strongo-popular-como-fazer-para-criar-uma-sociedade-anonima-de-futebolstrongo>>. Acesso em: 24 de jan. de 2023.

Por fim, se houver interesse, se recomenda a inserção no contrato de cláusula possibilitando a recompra caso o investidor opte por se desfazer do negócio, considerando que o investidor pode alienar sua participação na SAF a qualquer tempo.

Sobre a recompra, o economista e sócio da consultoria Convocados, Cesar Grafietti, destaca: “Isso é necessário para o clube não quebrar ou não se tornar irrelevante. É uma garantia de que o clube não vai desaparecer a longo prazo caso os planejamentos não deem certo.”⁷

7 Objeto social

O objeto social da SAF se estende por diversas atividades relacionadas ao futebol, estampadas no § 2º, do art. 1º, da lei de regência, com destaque para o inciso I, que prevê “o fomento e o desenvolvimento de atividades relacionadas com a prática do futebol, obrigatoriamente nas suas modalidades feminino e masculino”.

8 Meios de financiamento da atividade futebolística

A Sociedade Anônima do Futebol poderá emitir debêntures, as quais serão denominadas “debêntures-fut”, com as características listadas no art. 26 da LSAF. Os recursos captados deverão ser alocados no desenvolvimento de atividades ou no pagamento de gastos, despesas ou dívidas relacionadas às atividades típicas da SAF.

A LSAF não tratou da possibilidade de abertura do capital e da emissão de ações em bolsa de valores⁸, razão pela qual não há qualquer óbice legal a respeito.

Porém, a abertura de capital, comum em outros países, ainda não foi adotada por nenhum clube brasileiro⁹, mas o tema já

⁷ Transformação no futebol: entenda como funcionam os clubes-empresa no Brasil. Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/business/transformacao-no-futebol-entenda-como-funcionam-os-clubes-empresa-no-brasil/>>. Acesso em: 10 de fev. de 2023.

⁸ “Ainda não há regras específicas a respeito da emissão de ações via abertura de capital em bolsa dentro da norma recentemente aprovada, pois não há menção a respeito no texto da lei. No entanto, é possível que isso seja abordado conforme cada vez mais instituições entrem no modelo.” Disponível em: <<https://conteudos.xpi.com.br/aprenda-a-investir/relatorios/o-que-e-saf/>>. Acesso em: 10 de fev. de 2023.

⁹ O que é SAF? Entenda formato que mudou o futebol brasileiro. Disponível em: <<https://ge.globo.com/negocios-do-esporte/noticia/2022/09/02/o>

vem sendo debatido no âmbito da B3, conforme recentíssimo evento realizado pela instituição, que reuniu o mercado financeiro e dirigentes do futebol para tratar dos conceitos e das práticas de empresas de capital aberto que podem ser aplicadas na gestão de clubes e atrair investimentos.¹⁰

9 Equacionamento das dívidas

No primeiro ano de vigência, a lei deu bons frutos para alguns clubes como Cruzeiro, Vasco e Botafogo, que representam 8,6% dos torcedores brasileiros, permitindo o equacionamento das dívidas e o início de gestões profissionais¹¹.

No dia 17/12/2021, o Conselho Deliberativo do Cruzeiro aprovou a alteração estatutária que autorizou a venda de até 90% das ações do Cruzeiro – SAF. No dia seguinte, a empresa Tara Sports, de Ronaldo Nazário de Lima, o “Fenômeno”, assinou contrato de intenção de compra das ações. No dia 04/04/2022, o Conselho Deliberativo do Cruzeiro aprovou a inclusão das Tocas da Raposa 1 e 2 na SAF, além do início da recuperação judicial (ou extrajudicial) para o pagamento das dívidas cíveis e trabalhistas da associação, cabendo à SAF ceder parte de suas receitas para a quitação das dívidas. No dia 14/04/2022, foi concluída a compra das ações.¹²

Da mesma forma, o Vasco da Gama, em Assembleia Geral Extraordinária realizada aos 07/08/2022, aprovou, por ampla maioria, a venda de 70% da Vasco – SAF para o grupo americano 777 Partners.¹³ A partir de então, a 777 Partners passou a atuar

-que-e-saf-entenda-o-formato-de-clube-empresa-que-mudou-o-futebol-brasileiro.ghtml>. Acesso em: 10 de fev. de 2023.

¹⁰ B3 reúne mercado financeiro e dirigentes do futebol em evento sobre SAF. B3, Win The Game e BMA Advogados promovem encontro sobre conceitos e práticas de empresas de capital aberto que podem ser aplicadas na gestão de clubes e atrair investimentos. Disponível em: <https://www.b3.com.br/pt_br/noticias/b3-reune-mercado-financeiro-e-dirigentes-do-futebol-em-evento-sobre-saf.htm>. Acesso em: 10 de fev. de 2023.

¹¹ Um ano depois de aprovada, Lei das Sociedades Anônimas de Futebol tem balanço positivo. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2022/08/10/um-ano-depois-de-aprovada-lei-das-sociedades-anonimas-de-futebol-tem-balanco-positivo>>. Acesso em: 8 de jan. de 2023.

¹² O que é SAF. Disponível em: <<https://www.cruzeiro.com.br/paginas/o-que-e-saf>>. Acesso em: 4 de fev. de 2023.

¹³ “A venda da SAF provocou euforia na torcida, ansiosa para que possam passar as agruras sofridas pelo Vasco no século 21. Com mais de 100 anos

na transição do futebol do Vasco da Gama para a SAF, incluindo a constituição e registro da Vasco SAF, a transferência de 70% das ações da nova companhia para a 777 Partners e a integralização da primeira parcela do aporte de capital de R\$ 700 milhões.¹⁴

No dia 13/01/2022, o Conselho Deliberativo do Botafogo aprovou a venda de 90% da SAF do clube para o bilionário John Textor. Foram 167 votos a favor, três contrários e uma abstenção, sendo a venda corroborada pelos associados.¹⁵ O Botafogo disputou a Série A do Campeonato Brasileiro em 2022, conquistando a 11ª colocação e se classificando para a fase de grupos da Copa Sul-Americana 2023.

Textor, controlador da Eagle Football Holdings, adquiriu os 90% das ações da SAF e se comprometeu a investir pelo menos R\$ 400 milhões na equipe, o que já está se concretizando, a exemplo da contratação do volante Patrick de Paula (ex-Palmeiras) e do meia Lucas Piazon (por empréstimo do Braga, de Portugal).

Quanto ao tratamento das obrigações passivas do “clube” e da “pessoa jurídica original”, a LSAF garantiu que a SAF seja imunizada em relação às dívidas da entidade sucedida, cabendo a esta a responsabilidade pelo pagamento dos débitos preteritos.¹⁶

de história, o Vasco se orgulha de ter sido um dos primeiros clubes a contratar jogadores negros, ainda na década de 1930. Isso porque, sob a falsa bandeira do amadorismo, os negros até então não tinham espaço em praticamente nenhum clube. Na prática, o futebol no Brasil passou suas primeiras décadas com fortes traços de elitismo, apartando a inclusão de jogadores advindos das classes menos favorecidas.” Fonte: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2022/08/10/um-ano-depois-de-aprovada-lei-das-sociedades-anonimas-de-futebol-tem-balanco-positivo>>. Acesso em: 5 de fev. de 2023.

¹⁴ Torcedores comparecem em peso ao Calabouço para comemorar a aprovação da Vasco SAF. Disponível em: <<https://vasco.com.br/socios-votam-sim-e-vasco-saf-e-aprovada-com-3898-votos/>>. Acesso em: 4 de fev. de 2023

¹⁵ Aprovação da SAF no Conselho do Botafogo completa um ano: L! faz balanço e mostra desafios futuros. Disponível em: <<https://www.lance.com.br/botafogo/aprovacao-da-saf-no-conselho-do-botafogo-completa-um-ano-lance-faz-balanco-e-mostra-desafios-futuros.html>>. Acesso em: 4 de fev. de 2023.

¹⁶ “A SAF nasce inicialmente sem dívidas, enquanto o clube segue com seu endividamento anterior. Além disto, há o Regime Centralizado de Execução, que é onde o clube define o plano de pagamento para quitar suas dívidas em seis anos, prorrogáveis por mais quatro anos. Caso as pendên-

Porém, a lei determina a transferência de 20% das receitas da SAF ao plano de pagamento dos credores da entidade original e de 50% dos dividendos, dos juros sobre o capital próprio ou de outra remuneração recebida desta, na condição de acionista (art. 10).

10 Regime centralizado de execuções

Paralelamente, a lei deixou ao exclusivo critério da entidade original exercer uma das seguintes alternativas: a) efetuar o pagamento de suas obrigações diretamente aos credores; b) optar pelo Regime Centralizado de Execuções (RCE); ou c) requerer a recuperação judicial ou extrajudicial, nos termos da Lei nº 11.101/2005.

O Regime Centralizado de Execuções – RCE – é um benefício criado pela LSAF que autoriza os clubes a negociar, de forma uniforme, as dívidas cíveis e trabalhistas. É uma espécie de ordem cronológica de recebimento dos créditos, pois, mensalmente, o clube destacará parte de suas receitas e efetuará os pagamentos. A ideia é que, ao final, os débitos sejam extintos pelo pagamento.

O procedimento não se confunde com a recuperação judicial, pois esta prevê a falência do empresário ou da sociedade empresária em caso de descumprimento do plano de recuperação, consequência não prevista no RCE.

A despeito da carência de procedimento específico de aprovação do plano de pagamento por parte dos credores, a opção pelo RCE afasta a incidência das regras da recuperação judicial ou extrajudicial (Lei nº 11.101/2005), por serem institutos incompatíveis e pela ausência de analogia entre eles. Sobre o tema, confira-se¹⁷:

Como observado pelo i. Juízo a quo, há menção a aprovação do plano de pagamento, por parte dos

cias não sejam resolvidas nestes dez anos, a dívida volta a ser da SAF - afirmou o advogado José Francisco Manssur, um dos formuladores do PL do senador Rodrigo Pacheco (DEM-MG).” SAF: tudo o que você precisa saber sobre o novo modelo de gestão para o futebol brasileiro. Disponível em: <<https://www.uol.com.br/esporte/futebol/ultimas-noticias/lancepress/2021/12/27/saf-tudo-o-que-voce-precisa-saber-sobre-o-novo-modelo-de-gestao-para-o-futebol-brasileiro.htm>>. Acesso em: 10 de fev. de 2023.

¹⁷ TJSP, Agravo de Instrumento nº 236636-78.2022.8.26.0000. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=16247419&cdForo=0>>. Acesso em: 6 de fev. de 2023.

credores, no art. 10, I, da Lei n. 14.193/2011. No entanto, o normativo não impõe, expressamente, necessidade de realização de assembleia de credores e nem sugere parâmetros para fins de eventual aprovação, pela maioria dos credores, seja por cabeça ou pelo valor do crédito.

Por outro lado, há regras específicas a viabilizar a negociação entre o devedor e credores, seja de modo coletivo (art. 19: “É facultado às partes, por meio de negociação coletiva, estabelecer o plano de pagamento de forma diversa”) ou individual (art. 21: “Ao credor de dívida trabalhista e ao credor de dívida cível, de qualquer valor, é facultado anuir, a seu critério exclusivo, a deságio sobre o valor do débito”), sem caráter obrigatório ou ingerência judicial. Aliás, ao permitir a negociação individual, inclusive para fins de eventual deságio do crédito, a legislação prestigia diretriz que vai de encontro à paridade entre credores de mesma classe, que permeia o instituto da recuperação e orienta a classificação e agrupamento dos credores, para fins de votação a aprovação do plano.

O RCE é um concurso de credores vinculado ao juízo centralizador das execuções. O acesso ao RCE se dá por meio de requerimento formalizado pelo clube ou pessoa jurídica original, sendo concedido pelo Presidente do Tribunal Regional do Trabalho, quanto às dívidas trabalhistas, e pelo Presidente do Tribunal de Justiça, quanto às dívidas de natureza civil, observados os requisitos de apresentação do plano de credores¹⁸.

O processamento do RCE pode se dar tanto no juízo cível, no juízo laboral, ou em ambos, cada um restrito à sua matéria, não caracterizando superposição de competências, nem gerando conflito de competência. Conforme entendimento do STJ¹⁹, havendo atribuição de competência na LSAF para o processamento do RCE

¹⁸ “Destarte, sujeito o clube esportivo devedor ao Regime Centralizado de Execuções, é aquele Juízo o competente para reunir as execuções, as receitas e os valores arrecadados na forma do art. 10 da Lei nº 14.193/2011, bem como a distribuição desses valores aos credores em concurso e de forma ordenada.” TJSP, Agravo de Instrumento nº 2102290-93.2022.8.26.0000. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=15934676&cdForo=0>>. Acesso em: 6 de fev. de 2023.

¹⁹ STJ, AgInt no Conflito de Competência nº 184923/RJ. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202103921109&dt_publicacao=01/12/2022>. Acesso em: 6 de fev. de 2023.

no âmbito de ambos os juízos, cada qual decidirá nos limites de sua competência.

O clube ou pessoa jurídica original que requerer a centralização das execuções terá 60 dias para apresentar o plano de credores, mediante a apresentação dos documentos elencados na LSAF (balanço patrimonial; demonstrações contábeis; obrigações; fluxo de caixa; e termo de compromisso de controle orçamentário), bem como fornecer ao juízo centralizador e publicar em sítio eletrônico diversas informações, entre elas a ordem da fila de credores com seus valores individualizados e atualizados e os pagamentos efetuados no período.

O RCE abrange apenas as dívidas cíveis e trabalhistas (ex.: jogadores, técnicos e empregados). O passivo tributário anterior à constituição da SAF e não incluído nos programas de refinanciamento do governo federal poderá ser objeto de proposta de transação nos termos da Lei nº 13.988/20.

Enquanto o clube ou pessoa jurídica original cumprir os pagamentos previstos no RCE, é vedada qualquer forma de constrição ao patrimônio ou receitas, por penhora ou ordem de bloqueio, de valores de qualquer natureza ou espécie.

O clube deverá pagar o débito em seis anos, podendo o prazo ser estendido por mais quatro anos se, ao final do sexto ano, pelo menos 60% da dívida for paga.

No âmbito do RCE, é importante destacar o respeito ao privilégio da dívida trabalhista e à preferência dos créditos destinados a idosos, gestantes, originados de acidentes de trabalho, destinados a portadores de doenças graves, créditos de natureza salarial inferiores a 60 salários-mínimos e credores com os quais haja acordo que preveja redução da dívida original em pelo menos 30%, lembrando que, na hipótese de concorrência entre os créditos, os processos mais antigos terão preferência.²⁰

Sobre o tema, o senador Portinho destacou²¹:

²⁰ “Bilheterias são fracas no início da temporada; sócios-torcedores têm picos de adesão e inadimplência; direitos de transmissão do Campeonato Brasileiro são pagos de acordo com o calendário do campeonato; entre outras questões que facilitam ou dificultam o pagamento da quantia fixa.” Fonte: <<https://ge.globo.com/negocios-do-esporte/noticia/o-que-e-regime-centralizado-de-execucoes-entenda-o-plano-do-vasco-para-equacionar-dividas.ghtml>>. Acesso em: 05/02/2023.

²¹ Veja os principais pontos do projeto que viabiliza o clube-empresa. Fonte: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/06/10/veja-os-principais-pontos-do-projeto-que-viabiliza-o-clube-empresa>>. Acesso em: 24 de jan. de 2023.

Vale notar que as alternativas não se anulam e, na hipótese de o clube não suportar o concurso de credores, ele ainda terá à disposição a sua recuperação judicial, uma vez reconhecida na Lei da SAF a legitimidade do clube para requerê-la, e com isso buscar a negociação coletiva do seu passivo, lançando mão da recuperação judicial, seja como primeira ou última alternativa, para a sua reestruturação a qualquer tempo.

Superado o prazo de 6 anos para pagamento dos credores, a SAF responderá, subsidiariamente, pelo pagamento das obrigações civis e trabalhistas anteriores à sua constituição, afastando o risco da chamada “institucionalização do calote” (LSAF, arts. 15 e 24).

Sobre o tema, o Provimento CGJT nº 1/2022, a Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho uniformizou o pagamento das dívidas trabalhistas dos clubes visando solucionar os conflitos de decisões entre os Tribunais Regionais do Trabalho em relação aos prazos e aos benefícios para quitação dos débitos após a entrada em vigor da LSAF.

Dessa forma, a Corregedoria determinou que somente os clubes que transformarem seu departamento de futebol em SAF poderão ter acesso aos benefícios previstos na lei, entre os quais o prazo de até 10 anos para quitação das dívidas e a fixação em 20% das receitas do limite de aportes financeiros destinados à quitação das dívidas.

Por outro lado, a CGJT definiu que os clubes que não se transformarem em SAF terão até seis anos para quitar as dívidas trabalhistas por meio do Plano Especial de Pagamento Trabalhista – PEPT. Se o PEPT for deferido pelo TRT, as penhoras feitas em razão de débitos trabalhistas ficarão suspensas.

Para os clubes que já obtiveram decisões regionais concedendo os benefícios previstos na LSAF, mas que não transformaram seus departamentos de futebol em SAF, foi previsto um período de transição de 90 dias para apresentação do plano de pagamento da dívida, a ser realizado em até seis anos.²²

Entre as poucas decisões proferidas sobre o tema, o TRT da 15ª Região destacou que o regime instituído pelos arts. 13, I e

²² Fonte: <<https://www.tst.jus.br/-/sociedade-an%C3%B4nima-de-futebol-justi%C3%A7a-do-trabalho-uniformiza-prazos-para-pagamento-de-d%C3%ADvidas-de-clubes%2%A0>>. Acesso em: 24 de jan. de 2023.

16 da LSAF se aplica somente aos clubes que já alteraram sua estrutura social para SAF, pois a lei vincula a responsabilidade do clube pelo pagamento de passivos à constituição da SAF ao atribuir parcela dessa responsabilidade a repasses efetivados pela sociedade empresária. Confira-se:

Outrossim, os artigos 14, *caput*, 15, § 2º, e 18 fazem referência expressa aos percentuais e valores arrecadados na forma do artigo 10, o que leva à conclusão de que a sociedade empresarial, na verdade, é (ou deve ser) a garantidora do plano de pagamento. A leitura conjunta desses dispositivos, portanto, induz ao entendimento de que **é necessária a prévia existência de uma sociedade empresarial que possa realizar as destinações financeiras e assegurar o efetivo pagamento dos passivos do clube.**

Na mesma linha, **o artigo 20 disponibiliza ao titular de crédito do clube a possibilidade de conversão da dívida em ações da Sociedade Anônima de Futebol ou em títulos por ela emitidos, situação que não é possível de ocorrer quando se trata de entidade associativa, caso da requerente.** E, por fim, os artigos 31 e 32, que tratam do Regime de Tributação Específica do Futebol (TEF), fazem menção exclusivamente à Sociedade Anônima do Futebol devidamente constituída, situação, reitere-se mais uma vez, não verificada no caso.

Há de se concluir, portanto, que a Lei nº 14.193/2021 é aplicável somente aos clubes que já tiverem optado pela conversão em Sociedade Anônima de Futebol (SAF), não sendo possível se estender as benesses legais sem a observância dos requisitos e das contrapartidas previstas, que são próprios dessa nova forma societária destinada aos clubes de Futebol. (destacamos)

(TRT15 – TutCautAnt 0005685-77.2022.5.15.0000 – Rel^a.: Des^a. Ana Amarylis Vivacqua de Oliveira Gulla – Tribunal Pleno – julgamento: 28/07/2022 – publicação: 01/08/2022 – v.u.)

Por seu turno, o Tribunal de Justiça de São Paulo²³ autorizou a entidade original, associação civil dedicada ao fomento e à prática desportiva, e não, apenas, a sociedade anônima de futebol, a pagar suas obrigações diretamente aos seus credores ou pelo concurso de credores do RCE, nos termos do art. 13, I, da LSAF.

Em outra oportunidade, o TJSP destacou que a suspensão objeto do RCE se refere às execuções e cumprimentos de sentença, não abrangendo a fase de liquidação provisória da sentença, fase anterior à execução, quando apenas se apura o *quantum* devido, sem envolver constrição de bens.²⁴

A SAF não responde pelas obrigações do clube ou pessoa jurídica original que a constituiu, sejam elas anteriores ou posteriores à data da constituição, exceto quanto às atividades específicas do seu objeto social, ou seja, pelas obrigações que lhe foram transferidas, inclusive as dívidas trabalhistas relacionadas aos atletas, membros da comissão técnica e funcionários cuja atividade principal seja vinculada diretamente ao departamento de futebol (art. 9º).

Portanto, a responsabilidade da SAF se limita à destinação ao clube de 20% das receitas e 50% dos dividendos, percentuais vinculados à liquidação das obrigações anteriores à sua constituição, porém, de sua responsabilidade, por se relacionarem às atividades específicas de seu objeto social, conforme determina o art. 9º da LSAF.²⁵

²³ TJSP, Agravo Interno Cível nº 2072297-05.2022.8.26.0000/5000. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=15949396&cdForo=0>>. Acesso em: 6 de fev. de 2023.

²⁴ TJSP, Agravo de Instrumento nº 2155211-29.2022.8.26.0000. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=15954145&cdForo=0>>. Acesso em: 23 de fev. de 2023.

²⁵ “Assim, como indica o art. 9º da lei de regência, a SAF não responde pelas dívidas dos clubes que as originaram, exceção àquelas relacionadas às atividades transferidas à SAF, como o crédito do agravado. No entanto, segundo a parte final deste mesmo dispositivo legal, o pagamento aos credores se limitará à forma estabelecida no artigo 10 da mesma lei. O artigo da Lei 14.193 estabelece a destinação, pela SAF, de 20% das receitas e 50% dos dividendos, que serão transferidos ao clube, para liquidarem as obrigações anteriores à constituição da SAF, de responsabilidade dela SAF, baseada neste mesmo citado artigo 9º.” (TJSP, Agravo de Instrumento nº 2220944-39.2022.8.26.0000. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=16400915&cdForo=0>>. Acesso em: 7 de fev. de 2023.

A pessoa jurídica SAF não se confunde com o clube ou entidade original, razão pela qual, enquanto for mantido o repasse dos percentuais estabelecidos no art.10, é vedada qualquer forma de constrição ao patrimônio ou às receitas da SAF, por penhora ou ordem de bloqueio de valores, com relação às obrigações anteriores à sua constituição, nos termos do art. 12.

Reitera-se que a responsabilidade da SAF em relação às obrigações anteriores à sua constituição é subsidiária, podendo ser exigida após o prazo de pagamento estabelecido pelo RCE (art. 24).

A blindagem patrimonial também se estende ao clube, que não sofrerá constrição enquanto cumprir os pagamentos previstos no plano de credores estabelecido no âmbito do RCE (art. 23).

11 Ações ordinárias da classe A

Caso a SAF seja constituída através da cisão do departamento de futebol do clube ou pessoa jurídica original e transferência do seu patrimônio relacionado à atividade futebol, a lei prevê a emissão obrigatória de ações ordinárias da classe A para subscrição exclusivamente pela entidade original.

A subscrição confere à entidade original posição privilegiada para deliberar sobre diversos temas, a exemplo da alienação, oneração, cessão, conferência, doação ou disposição de qualquer bem imobiliário ou direito de propriedade intelectual conferido pela entidade original para formação do capital social, reorganização societária ou empresarial, dissolução, liquidação ou extinção, bem como a participação em competição desportiva sobre a qual dispõe o art. 20 da Lei Pelé.

Além de outras matérias previstas no estatuto da SAF, independentemente do percentual da participação no capital votante ou social, dependem da concordância do titular das ações ordinárias da classe A a deliberação, em qualquer órgão societário, de diversos temas sensíveis, como a modificação dos signos identificativos da equipe de futebol profissional, incluídos símbolo, brasão, marca, alcunha, hino e cores, além da mudança da sede.²⁶

²⁶ “Após a quitação de todas as dívidas adquiridas anteriormente à SAF, o clube poderá negociar os 10% restantes de suas ações. Sem elas, nome, uniforme e cidade originais perdem a proteção.” Fonte: <<https://exame.com/casual/o-que-e-saf-botafogo-cruzeiro-sete-respostas/>>. Acesso em: 17 de jan. de 2023.

Por fim, dispõe a LSAF que o acionista controlador não pode deter participação, direta ou indireta, em outra SAF. Em outras palavras, é possível ser acionista controlador em uma única SAF, pois é vedada a participação direta ou indireta do acionista controlador em mais de uma SAF, nos termos do art. 4º.

12 Função social

O marco regulatório determina que a SAF institua o Programa de Desenvolvimento Educacional e Social – PDE – para, em convênio com instituição pública de ensino, promover medidas em prol do desenvolvimento da educação, por meio do futebol, e do futebol, por meio da educação. De forma não exaustiva, a lei sugere investimentos na reforma ou construção de escolas públicas, na manutenção de quadra ou campo destinado à prática do futebol, no transporte dos alunos qualificados à participação no convênio, na hipótese de a quadra ou o campo não se localizar nas dependências da escola; na alimentação dos alunos durante os períodos de recreação futebolística e de treinamento, na capacitação de ex-jogadores profissionais de futebol, para ministrar e conduzir as atividades no âmbito do convênio, na contratação de profissionais auxiliares, especialmente de preparadores físicos, nutricionistas e psicólogos, para acompanhamento das atividades no âmbito do convênio e na aquisição de equipamentos, materiais e acessórios necessários à prática esportiva.

Poderão participar do convênio alunos regularmente matriculados em instituição conveniada e que mantenham o nível de assiduidade às aulas regulares e o padrão de aproveitamento definidos no convênio, devendo ser estendida a oportunidade às alunas matriculadas em escolas públicas, garantindo o direito de acesso ao esporte.

13 Oportunidade de prospecção de novos negócios pelas instituições financeiras

A LSAF possibilitou um cenário favorável não apenas aos clubes que tenham interesse em se tornar empresa e saldarem suas dívidas, mas também aos investidores, que poderão aportar capital em uma atividade com carga tributária reduzida.

O tema desperta interesse de bancos de investimento e administradoras de fundos de investimento. É o caso da Win The Game, *joint venture* entre BTG Pactual, maior banco de investi-

mentos da América Latina, e a Fix Delivery Partners, que oferece soluções para fomentar negócios e conectar clubes e atletas às boas práticas de governança, à inovação e ao crédito.²⁷

Conclusão

Do ponto de vista contábil, não há dúvida de que o equacionamento das dívidas e a readequação dos compromissos do clube estarão garantidos com a formalização da SAF.

O que se espera da SAF é que ela proteja o clube das decisões paroquianas, que traga melhores resultados a partir da gestão profissional da empresa, da contratação de melhores jogadores e da conquista de melhores posições na tabela do campeonato, garantindo, inclusive, o acesso do clube a outras competições.

Como qualquer sociedade, a SAF não é imune a gestões irresponsáveis, daí a necessidade do comprometimento à governança, ao controle e à transparência exigidos pela lei.

A SAF não é um fim em si mesma. Ela não irá, necessariamente, garantir melhores resultados ao clube pelo simples fato de ser SAF, mas, sem dúvida, irá contribuir para o equilíbrio das contas do clube e para tornar mais transparentes as relações do clube com o torcedor.

O sucesso da SAF depende de vários fatores, mas, fundamentalmente, da gestão profissional, do compliance, da adesão às melhores práticas societárias e empresariais, do rigor e da transparência contábeis, da publicação das demonstrações financeiras, da governança corporativa, da existência (obrigatória!) dos conselhos fiscal e de administração, da auditoria externa e independente, e do planejamento estratégico de longo prazo.

A expectativa depositada na SAF é que ela contribua para o aprimoramento do futebol, permitindo que ele continue a exercer o papel mágico de despertar a paixão e o imaginário de milhões de brasileiras e brasileiros apaixonados pelo esporte, unindo famílias ao redor dos gramados e das arenas, criando empregos e trazendo divisas para o país e, quem sabe, o “hexa” que deixamos de conquistar.

²⁷ Fonte: <<https://www.winthegame.com.br/>>. Acesso em: 13 de fev. de 2023.

Referências

Aprovação da SAF no Conselho do Botafogo completa um ano: L! faz balanço e mostra desafios futuros. Disponível em: <<https://www.lance.com.br/botafogo/aprovacao-da-saf-no-conselho-do-botafogo-completa-um-ano-lance-faz-balanco-e-mostra-desafios-futuros.html>>. Acesso em: 4 de fev. de 2023.

B3 reúne mercado financeiro e dirigentes do futebol em evento sobre SAF. Disponível em: <https://www.b3.com.br/pt_br/noticias/b3-reune-mercado-financeiro-e-dirigentes-do-futebol-em-evento-sobre-saf.htm>. Acesso em: 10 de fev. de 2023.

Bancos e consultorias agora disputam espaço no futebol. Disponível em: <<https://www.istoedinho.com.br/bancos-e-consultorias-agora-disputam-espaco-no-futebol/>>. Acesso em: 10 de fev. de 2023.

BRASIL. Instrução Normativa DREI/ME nº 112, de 20 de janeiro de 2022. Dispõe sobre as alterações promovidas no Registro Público de Empresas Mercantis. **Ministério da Economia**. Fonte: <https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/drei/legislacao/arquivos/legislacoes-federais/copy_of_INDREI1122022.pdf>. Acesso em: 1 de fev. de 2023.

_____. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. **Presidência da República**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm>. Acesso em: 1 de fev. de 2023.

_____. Lei nº 9.615, de 24 de março de 1998. Institui normas gerais sobre desporto e dá outras providências. **Presidência da República**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9615consol.htm>. Acesso em: 1 de fev. de 2023.

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

Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 1 de fev. de 2023.

_____. Lei nº 14.193, de 6 de agosto de 2021. Institui a Sociedade Anônima do Futebol. **Presidência da República**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14193.htm>. Acesso em: 1 de fev. de 2023.

_____. PL nº 5516/2019. **Câmara dos Deputados**. Brasília, 15 de jun. de 2021. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2286993>>. Acesso em: 1 de fev. de 2023.

_____. Provimento nº 1/CGJT, de 19 de agosto de 2022. **Tribunal Superior do Trabalho**. Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho. Disponível em: <<https://>

/juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/204961>. Acesso em: 1 de fev. de 2023.

_____. Sociedade Anônima de Futebol: Justiça do Trabalho uniformiza prazos para pagamento de dívidas de clubes. **Tribunal Superior do Trabalho**. Disponível em: <<https://www.tst.jus.br/-/sociedade-an%C3%B4nima-de-futebol-justi%C3%A7a-do-trabalho-uniformiza-prazos-para-pagamento-de-d%C3%ADvidas-de-clubes%C2%A0>>. Acesso em: 1 de fev. de 2023.

_____. TutCautAnt n° 0005685-77.2022.5.15.0000. **Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**. Tribunal Pleno. Relatora: Desembargadora Ana Amarylis Vivacqua de Oliveira Gulla. Campinas, 28 de julho de 2022. Disponível em: <<https://pje.trt15.jus.br/segundograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?nd=22051018212017200000082341278>>. Acesso em: 6 de fev. de 2023.

_____. AgInt no Conflito de Competência n° 184923/RJ. **Superior Tribunal de Justiça**. 2ª Seção. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 29 de novembro de 2022. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202103921109&dt_publicacao=01/12/2022>. Acesso em: 6 de fev. de 2023.

_____. Agravo Interno Cível n° 2072297-05.2022.8.26.0000/5000 – **Tribunal de Justiça de**

São Paulo. Órgão Especial. Relator: Desembargador Ricardo Anafe. São Paulo, 10 de agosto de 2022. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=15949396&cdForo=0>>. Acesso em: 6 de fev. de 2023.

_____. Agravo de Instrumento n° 2102290-93.2022.8.26.0000. **Tribunal de Justiça de São Paulo**. 6ª Câmara de Direito Privado. Relator: Desembargador Vito Guglielmi. São Paulo, 11 de agosto de 2022. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=15934676&cdForo=0>>. Acesso em: 6 de fev. de 2023.

_____. Agravo de Instrumento n° 2155211-29.2022.8.26.0000. **Tribunal de Justiça de São Paulo**. 8ª Câmara de Direito Privado. Relator: Desembargador Silvério da Silva. São Paulo, 17 de agosto de 2022. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br//getArquivo.do?cdAcordao=15954145&cdForo=0>>. Acesso em: 23 de fev. de 2023.

_____. Agravo de Instrumento n° 2220944-39.2022.8.26.0000. **Tribunal de Justiça de São Paulo**. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Relator: Desembargador Azuma Nishi. São Paulo, 26 de janeiro de 2023. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=16400915&cdForo=0>>. Acesso em: 7 de fev. de 2023.

_____. Agravo de Instrumento n° 236636-78.2022.8.26.0000 –

Tribunal de Justiça de São Paulo. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Relator: Desembargador Grava Brasil. São Paulo, 18 de novembro de 2022. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=16247419&cdForo=0>>. Acesso em: 6 de fev. de 2023.

_____. Um ano depois de aprovada, Lei das Sociedades Anônimas de Futebol tem balanço positivo. **Senado Federal.** Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2022/08/10/um-ano-depois-de-aprovada-lei-das-sociedades-anonimas-de-futebol-tem-balanco-positivo>>. Acesso em: 1 de fev. de 2023.

_____. Veja os principais pontos do projeto que viabiliza o clube-empresa. **Senado Federal.** Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/06/10/veja-os-principais-pontos-do-projeto-que-viabiliza-o-clube-empresa>>. Acesso em: 1 de fev. de 2023.

Entendendo a SAF e o Clube-Empresa. Disponível em: <<https://www.cienciadabola.com.br/blog/saf-clube-empresa>>. Acesso em: 10 de fev. de 2023.

Estudo da EY traz panorama da gestão dos clubes europeu quanto à transformação em clube-empresa e analisa perspectivas para o Brasil. <https://www.ey.com/pt_br/news/2021-press-releases/01/estudo-da-ey-traz-panorama-da-gestao-dos-clubes-europeus>. Acesso em: 12 de fev. de 2023.

O que é Regime Centralizado de Execuções? Entenda o plano do Vasco para equacionar dívidas. Fonte: <<https://ge.globo.com/negocios-do-esporte/noticia/o-que-e-regime-centralizado-de-execucoes-entenda-o-plano-do-vasco-para-equacionar-dividas.ghtml>>. Acesso em: 5 de fev. de 2023.

O que é SAF e como investir em clubes de futebol. Disponível em: <<https://conteudos.xpi.com.br/aprenda-a-investir/relatorios/o-que-e-saf/>>. Acesso em: 10 de fev. de 2023.

O que é SAF. Disponível em: <<https://www.cruzeiro.com.br/paginas/o-que-e-saf>>. Acesso em: 4 de fev. de 2023.

O Popular - Como fazer para criar uma Sociedade Anônima de Futebol? **Associação dos Notários e Registradores do Estado de São Paulo.** Disponível em: <<https://www.anoregsp.org.br/noticias/73594/strongo-popular-como-fazer-para-criar-uma-sociedade-anonima-de-futebol-strongo>>. Acesso em: 1 de fev. de 2023.

SAF: tudo o que você precisa saber sobre o novo modelo de gestão para o futebol brasileiro. Disponível em: <<https://www.uol.com.br/esporte/futebol/ultimas-noticias/lancepress/2021/12/27/saf-tudo-o-que-voce-precisa-saber-sobre-o-novo-modelo-de-gestao-para-o-futebol-brasileiro.htm>>. Acesso em: 10 de fev. de 2023.

Sete perguntas e respostas sobre Sociedade Anônima do Futebol (SAF). Disponível em: <<https://exame.com/casual/o-que-e-saf-botafogo-cruzeiro-sete-respostas/>>. Acesso em: 1 de fev. de 2023.

Transformação no futebol: entenda como funcionam os clubes-empresa no Brasil. Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/business/transformacao-no-futebol-entenda-como-funcionam-os-clubes-empresa-no-brasil/>>. Acesso em: 10 de fev. de 2023.

Modificação no Recurso Especial: reflexões iniciais sobre a EC 125 e o requisito da relevância das questões de direito federal infraconstitucional (REsp com RQF)

André Vasconcelos Roque

*Doutor e mestre em Direito Processual pela UERJ
Professor de Direito Processual Civil da UERJ
Sócio do escritório Gustavo Tepedino Advogados*

Fernando da Fonseca Gajardoni

*Doutor e mestre em Direito Processual pela USP
Professor doutor de Direito Processual Civil e
Arbitragem da USP Ribeirão Preto e do G7 Jurídico
Juiz de Direito no Estado de São Paulo*

Luiz Dellore

*Advogado da CAIXA em São Paulo
Doutor e mestre em Direito Processual pela USP
Mestre em Direito Constitucional pela PUCISP
Visiting Scholar na Syracuse University e Cornell
University (EUA)
Professor de Direito Processual do Mackenzie, IBMEC
e Escola Paulista do Direito
Membro do IBDP (Instituto Brasileiro de Direito
Processual) e do CEAPRO (Centro de Estudos
Avançados de Processo)*

Zulmar Duarte de Oliveira Jr.

*Advogado em São Paulo
Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil
Mestrando em Direito
Professor da Unisul e de diversos cursos
de pós-graduação
Membro do IBDP - Instituto Brasileiro de Direito
Processual, da ABDPro - Associação Brasileira de Direito
Processual, do IAB - Instituto dos Advogados Brasileiros
e do IASP - Instituto dos Advogados de São Paulo*

RESUMO

A Emenda Constitucional 125/2022 altera consideravelmente o panorama relativo ao Recurso Especial.

Mas, quais são as primeiras reflexões acerca dessa inovação? O que muda, do ponto de vista prático, para a advocacia? A relevância das questões de direito federal (RQF) já deve ser imediatamente aplicada?

Estes são os pontos que buscam ser enfrentados neste artigo.

Palavras-chave: Direto processual. Recurso especial. Relevância das questões de direito federal. RQF.

ABSTRACT

Brazilian Constitutional Amendment 125/2022 changes the panorama regarding appeals to one of the country's highest courts (Superior Tribunal de Justiça).

But what are the first thoughts about this innovation? What changes, from a practical point of view, for lawyers? Should the new *writ of certiorari* ("relevance of federal law issues – RQF") already be applied?

These are the points that seek to be addressed in this paper.

Keywords: Civil procedure. Appeal to Superior Tribunal de Justiça. Writ of certiorari. "Relevance of federal law issues - RQF.

Introdução¹

É consenso que temos muitos recursos em nosso sistema, com conhecidos reflexos no volume de feitos que aportam nos Tribunais Superiores. E que, em virtude disso, tais Tribunais, em vez de se ocuparem especialmente com a fixação de teses vinculantes em julgamento de casos repetitivos ou de grande repercussão nacional, acabam por julgar milhares e milhares de recursos em causas sem maior relevância, funcionando como verdadeiras 3ª e 4ª instâncias.

¹ Este artigo é uma versão atualizada e ampliada de texto publicado pelos autores no portal Migalhas, em 1º de agosto de 2022: <https://www.migalhas.com.br/coluna/tendencias-do-processo-civil/370739/novidade-no-recurso-especial>.

Tem sido reconhecida a necessidade, por isso, da criação de filtros que permitam a essas Cortes de Vértice retomarem seu papel central dentro da estrutura do Poder Judiciário brasileiro: a de Tribunais de formação de precedentes.

Nesse sentido, já existe, no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF), a previsão da repercussão geral para Recurso Extraordinário (RE - a partir da EC 45/2004, regulamentação inicial pela Lei nº 11.418/2006 e, hoje, pelo Código de Processo Civil [CPC] de 2015), bem como a transcendência para o Recurso de Revista no Tribunal Superior do Trabalho (TST - inserida pela MP 2226/2001, mas efetivamente regulamentada apenas com a Lei nº 13.467/2017, que inseriu parágrafos ao art. 896-A da CLT).

Assim, por simetria, faltava a criação de filtro análogo no Recurso Especial (REsp), para o Superior Tribunal de Justiça (STJ), o que se deu com a EC 125/2022.

A tramitação da Proposta de Emenda Constitucional (PEC) foi longa, durou dez anos. Seu início foi com a PEC 209/2012, posteriormente sucedida pela PEC 39/2021, a qual culminou com a mencionada EC 125/2022, promulgada em 14/07/2022 e publicada no Diário Oficial no dia seguinte.

Em linha com o trabalho por nós elaborado na obra *Comentários ao CPC* (Forense, 2022, 5. Ed.), faremos aqui alguns comentários acerca do requisito da relevância das questões de direito federal infraconstitucional ora introduzida no ordenamento jurídico nacional.

Esta é uma reflexão ainda inicial, pois até o momento não existe a lei infraconstitucional que regulamente a EC 125/2022 – algo que provavelmente virá por meio de alteração do CPC.

Vejamos a seguir algumas das principais questões trazidas pela EC, que cria a relevância das questões de direito federal (RQF) no Recurso Especial.

1 O requisito da relevância já é aplicável ou há necessidade de se aguardar a lei regulamentadora? Ou seja, já precisamos considerar a EC nos próximos recursos especiais a serem elaborados?

Logo após a edição da EC 125/2022, esse tema suscitou diversas dúvidas e debates, infelizmente. Para traçar um paralelo em relação à repercussão geral, a EC 45/2004 foi clara ao apontar a necessidade de lei regulamentar para que houvesse sua aplicação, de modo que não houve debate a esse respeito na ocasião, diferentemente do que ocorreu agora.

Há um aparente conflito (antinomia) entre o §2º do art. 105, acrescentado à Constituição pela EC 125, e o art. 2º da EC. Vejamos (grifos nossos):

§ 2º No recurso especial, o recorrente deve demonstrar a relevância das questões de direito federal infraconstitucional discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que a admissão do recurso seja examinada pelo Tribunal (...).

Art. 2º A relevância de que trata o § 2º do art. 105 da Constituição Federal será exigida nos recursos especiais interpostos após a entrada em vigor desta Emenda Constitucional (...).

Ora, pelo § 2º, necessário aguardar os “termos da lei”, que ainda não existe; porém, pelo art. 2º, a relevância já é exigida desde a entrada em vigor da EC.

Em nosso entender, existe a necessidade de lei infraconstitucional para regulamentar o tema e, somente após essa lei, será possível não se conhecer de um REsp por falta de relevância da questão federal².

Mesmo porque há uma série de lacunas (não só procedimentais, mas também de conteúdo) na previsão constitucional, a qual, exatamente por isso, menciona a locução “nos termos da lei” – tal qual ocorreu em relação à repercussão geral no RE. E a forma de compatibilizar esse entendimento com o que consta do art. 2º da EC é interpretar o referido dispositivo no sentido de que, independentemente do que disser a lei regulamentadora, não haverá a retroação do filtro para os recursos interpostos antes da emenda constitucional. Vale dizer: em observância à garantia da segurança jurídica, o constituinte reformador buscou, desde logo, garantir a irretroatividade desse filtro de relevância³.

² Trata-se, na clássica lição de José Afonso da Silva (Aplicabilidade das normas constitucionais. 7.ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007. P. 82/83), de norma de eficácia limitada, pois o próprio texto constitucional represa sua eficácia até a edição de lei ordinária.

³ De qualquer modo, vale lembrar que o STF, quando da entrada em vigor da repercussão geral, aplicou-a de forma retroativa, a fim de analisar a existência de tal tema em recursos pendentes de apreciação, embora tenha dispensado a existência de argumentação em tal sentido por parte do recorrente: “(...) Reconhecida, pelo Supremo Tribunal Federal, a relevância de determinada controvérsia constitucional, aplicam-se igualmente aos recursos extraordinários anteriores à adoção da sistemática da repercussão

Ou seja, a previsão não retroage, é *ex nunc* (art. 2º), e somente aplicável aos acórdãos que serão publicados após a edição da lei regulamentadora referida no novel § 2º do art. 105 da CF.

Essa é a posição que nos parece mais técnica e correta. Mas, por certo, não é a única interpretação possível.

Outro entendimento admissível é no sentido de que, ainda que, futuramente, haja uma lei infraconstitucional para trazer mais detalhes acerca do trâmite (e, inclusive, outras hipóteses de relevância da questão federal), desde logo – com a entrada em vigor da EC (art. 2º) – já existe o requisito da relevância da questão federal (RQF). Ou seja, o STJ poderá desde logo aplicar o filtro da relevância para os recursos interpostos na vigência da EC, mas sem exigir do recorrente, enquanto não editada a lei regulamentadora, a demonstração da relevância.

Por fim, em uma variação ainda mais rígida desse entendimento, mesmo antes da edição da lei regulamentadora, seria necessário que todos os recursos interpostos contra acórdãos publicados após a entrada em vigor da EC já ostentem – e demonstrem, em tópico próprio – a relevância, sob pena de não conhecimento.

Por cautela, para o advogado que atua no foro, a posição mais cautelosa seria pressupor a existência da relevância e a necessidade de sua demonstração e, portanto, nos REsps a serem interpostos, inserir um tópico para demonstrar que o caso concreto apresenta relevância. Isto é, abrir uma preliminar no recurso para apontar a existência da relevância.

De qualquer forma, felizmente, o STJ já se manifestou acerca do tema, em decisão administrativa. Em outubro de 2022, o Pleno do Tribunal aprovou o Enunciado Administrativo 8, cuja redação é a seguinte:

A indicação, no recurso especial, dos fundamentos de relevância da questão de direito federal infraconstitucional somente será exigida em recursos interpostos contra acórdãos publicados após a data de entrada em vigor da lei regulamentadora prevista no artigo 105, parágrafo 2º, da Constituição Federal.

geral os mecanismos previstos nos parágrafos 1º e 3º do art. 543-B, do CPC. [...]” (STF, AI 715423 QO, Relator(a): ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 11/06/2008, DJe-167 DIVULG 04-09-2008).

Assim, o STJ sinalizou – frise-se, em decisão administrativa e não jurisdicional – que somente após a edição da lei regulamentar é que será exigida a preliminar de relevância da questão federal. É a posição que nos parece a mais correta, como visto no início deste tópico. E, por certo, esperamos que não haja qualquer surpresa posterior com relação ao tema.

2 Há hipóteses de relevância presumida ou relevância por força de lei (*ex lege*)? Trata-se de presunção absoluta ou relativa?

Nos termos expressos da EC, existem situações nas quais o próprio constituinte derivado já afirmou que há a relevância da questão federal (RQF).

Isso pode ser denominado de “relevância por força de lei”, “relevância automática” “relevância presumida” ou mesmo alguma outra nomenclatura.

De qualquer forma, caso se adote a nomenclatura “relevância presumida”, isso não pode dar margem ao debate se essa presunção é absoluta ou relativa (a qual, nesse caso, poderia ser afastada⁴). Ou seja, nesses casos expressos previstos na EC (mais precisamente no novo § 3º do art. 105), dúvida não há, estaremos diante da existência de relevância – e, portanto, presunção absoluta (*iuris et de iure*).

E quais são as hipóteses de relevância já expressamente reconhecidas pelo constituinte? São aquelas previstas no art. 105, § 3º (“Haverá a relevância de que trata o § 2º deste artigo nos seguintes casos”), as quais podem ser divididas em três blocos: a) pela natureza da discussão (matéria), b) pela expressão econômica (valor da causa) e c) pelo teor da decisão recorrida (discrepante da jurisprudência dominante).

Vejam as hipóteses separadamente:

a) relevância presumida pela matéria⁵:

I - ações penais;

II - ações de improbidade administrativa;

IV - ações que possam gerar inelegibilidade;

Percebe-se, aqui, claramente, uma preocupação do constituinte com causas que podem ter reflexos nos direitos políticos dos cidadãos (e, especialmente, em candidatos a cargos eletivos).

⁴ A ressalva foi bem realizada por José Miguel Garcia Medina, em vídeo: <<https://www.youtube.com/watch?v=zyqioUMjnd0>>.

⁵ Abaixo, reproduzimos os números dos incisos do §3º.

Para causas cujo julgamento possa implicar suspensão de direitos políticos, o legislador reconheceu que sempre haverá relevância. Essas causas são julgadas no STJ pelas turmas de Direito Público (1ª e 2ª Turmas), que, portanto, nesses assuntos, não serão impactadas pela nova normativa.

Interessante pontuar que também têm presunção de relevância as ações penais (as quais também, em caso de procedência, geram suspensão de direitos políticos, nos termos do art. 15, III, CF). E, aqui, como não há nenhuma restrição na EC, falamos de relevância presumida em qualquer ação penal – seja relativa a crimes de “colarinho branco”, seja a crimes famélicos. Logo, é de se concluir que as turmas de Direito Penal do STJ (5ª e 6ª Turmas) não terão qualquer benefício no que se refere à filtragem de causas pela relevância.

Lamentável, por outro lado, que não tenha o constituinte trazido a relevância *ex lege* das ações coletivas em geral (ação civil pública, ação popular, mandado de segurança coletivo, etc.). Sem dúvida nenhuma, a regra é que essas causas, as quais tutelam direitos da coletividade, têm muito maior importância social, econômica, política e jurídica do que as ações eleitas pelo legislador como de relevância presumida. O mesmo se diga quanto aos casos de incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e incidente de assunção de competência (IAC), situações em que, evidentemente, os debates ultrapassam o mero interesse subjetivo das partes.

b) relevância presumida pelo valor da causa:

III - ações cujo valor da causa ultrapasse 500 (quinhentos) salários-mínimos;

Sem que, neste momento, se avance na crítica sobre a (in)conveniência de existir um critério de valor para existir relevância – o que prejudica, sobremaneira, o acesso às Cortes Superiores das classes menos favorecidas e que, como regra, não demandam por valores tão elevados –, pode-se já afirmar que o mais adequado teria sido o constituinte traçar um paralelo com os critérios para fixação de honorários sucumbenciais previstos no CPC (art. 85), em que se consideraria, para firmar a relevância, (i) o valor da condenação, (ii) o valor do proveito econômico obtido ou (iii) o valor atualizado da causa.

É bastante provável que a jurisprudência (ou mesmo a lei regulamentadora) avance no sentido de não considerar, isoladamente, o valor da causa, mas também esses outros critérios. Porém, o efeito imediato desse inciso III é que veremos um aumento (muitas vezes, artificial) no valor da causa nas demandas

ajuizadas a partir da EC. Afinal, sempre que possível, especialmente nas causas com conteúdo econômico indeterminado, os autores das ações (especialmente se forem beneficiários da justiça gratuita – CPC, art. 95) indicarão valor da causa acima de 500 salários, para já se inserirem em situação de relevância decorrente da lei e, com isso, terem acesso ao STJ.

De qualquer forma, o que se tem hoje, decorrente da EC, é exclusivamente a menção ao valor da causa, apenas existindo a previsão de possibilidade de sua atualização monetária. É o que está previsto no art. 2º da EC, parte final (grifos nossos):

Art. 2º A relevância de que trata o § 2º do art. 105 da Constituição Federal será exigida nos recursos especiais interpostos após a entrada em vigor desta Emenda Constitucional, ocasião em que a parte poderá atualizar o valor da causa para os fins de que trata o inciso III do § 3º do referido artigo.

Ainda que a redação não seja das mais claras, deve-se interpretar o dispositivo no sentido de que se atualize o valor da causa no momento da interposição do REsp. Não no momento da vigência da EC. Até porque, com a inflação e aumento do salário mínimo, esse valor só diminuiria ao longo do tempo.

c) relevância presumida considerando a jurisprudência do STJ:

V - hipóteses em que o acórdão recorrido contrariar jurisprudência dominante o Superior Tribunal de Justiça;

Essa, seguramente, será a hipótese mais frequente suscitada em preliminar de relevância no REsp, especialmente nas causas de direito privado (julgadas pelas 3ª e 4ª Turmas do STJ), para as quais não existe, por ora, qualquer previsão de presunção de relevância pela matéria.

Mas o conceito de “jurisprudência dominante” é dúbio. Existia no CPC 1973, mas foi deixado em segundo plano pelo CPC 2015, que prefere fazer menção a precedentes qualificados⁶. De qualquer modo, o STJ segue entendendo ser possível o julgamento monocrático com base em “jurisprudência dominante”, mesmo após a edição do atual Código⁷.

⁶ A referência, aqui, é especialmente em relação ao dispositivo que permite o julgamento monocrático pelos relatores (CPC, art. 932, IV e V), em que houve a substituição do termo “jurisprudência dominante” (que segue existindo em alguns artigos) por menção a precedentes vinculantes (súmula, repetitivos, IRDR e IAC).

A grande dúvida é saber o que significa essa expressão. Seria um critério quantitativo (um elevado número de julgados no mesmo sentido) ou qualitativo (uma decisão da Corte Especial, por exemplo)? A resposta é variada, mas passa pela análise desses dois critérios.

Por exemplo, se há muitas decisões em um sentido na 3ª Turma, mas igualmente diversas decisões em sentido distinto na 4ª Turma, não se trata de jurisprudência dominante. Da mesma maneira, se é uma decisão proferida pela Corte Especial, porém o tema foi apreciado apenas lateralmente (o chamado *obiter dictum*), igualmente não se trata de jurisprudência dominante.

Entretanto, de seu turno, se há decisões no mesmo sentido na 3ª e 4ª Turma, ainda que até o momento não haja decisão da Seção ou da Corte Especial, estamos diante de jurisprudência dominante. Por sua vez, se há apenas uma decisão da Corte Especial, em recurso repetitivo, já se está diante de jurisprudência dominante.

Cabe ao advogado demonstrar muito bem – a partir de julgados e análise macro da jurisprudência acerca do tema no STJ – que se está diante de jurisprudência dominante, para fins deste inciso.

Portanto, nessas 5 situações, a relevância não pode ser afastada pelo órgão julgador. Mas, ainda assim, independentemente do que vier a dizer a jurisprudência do STJ e a lei regulamentadora, é recomendável que se abra a preliminar no REsp para indicar que não é necessária a comprovação da relevância da questão de direito federal debatida por ela, visto que já é legalmente presumida / decorre do texto constitucional.

3 Podem existir outras hipóteses de relevância da questão federal (RQF)? E eventuais outras hipóteses já poderiam ser aplicadas hoje?

Além das 5 hipóteses anteriormente indicadas, seria possível se cogitar de outras situações de relevância – por exemplo, em casos envolvendo criança e adolescente, direito de família, ações coletivas ou IRDR?

A resposta é positiva, nos termos da própria EC, a qual prevê, no art. 105, § 3º, VI a possibilidade de repercussão geral em “outras hipóteses previstas em lei.” (grifos nossos).

⁷ É o que está sedimentado na Súmula 586/STJ: O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema.

Mas, neste momento, como já exposto, ainda não há essa lei. Assim, com isso, reforça-se a tese de necessidade de lei regulamentadora para que haja a aplicação do filtro da relevância.

De qualquer modo, o ponto em análise torna a situação ainda mais complicada se o STJ entender pela imediata aplicação da EC.

Isso porque, se se entender pela aplicação da EC desde já, sem outras hipóteses previstas em lei, se nós estivermos diante de uma causa envolvendo infância ou família, com valor da causa abaixo de 500 salários (inciso III) e que seja um tema inédito ou pouco debatido, portanto, ainda sem jurisprudência no STJ (inciso V), a rigor, não haveria como se garantir que a relevância fosse reconhecida, considerando que ela pode ser afastada pela manifestação de 2/3 dos componentes do colegiado. Isso se agrava ainda mais nas questões de família, em que não existe ampla divulgação dos precedentes, por força do segredo de justiça.

Sendo assim, caso o STJ entenda que a aplicação da EC é imediata, é certo que deve haver ainda uma flexibilização nos requisitos, para além dos casos previstos no art. 105, § 3º, de modo que outras hipóteses sejam consideradas relevantes, sob pena de se impedir que questão absolutamente necessária seja apreciada pelo STJ, com violação à principiologia existente na CF e no CPC.

Um bom critério para resolver o problema seria o STJ aplicar analogicamente⁸, para delimitar a existência de relevância do especial, as hipóteses estabelecidas para configuração da repercussão geral do extraordinário (CPC, art. 1.035, § 1º⁹)¹⁰.

⁸ CPC, art. 140.

⁹ § 1º Para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo.

¹⁰ Aliás, os conceitos jurídicos indeterminados utilizados como critérios para definição da repercussão geral (social, jurídico, político e econômico), ao que parecem foram considerados como vetores na delimitação das hipóteses em que a relevância é atestada desde já. O aspecto político nos incisos I, II e IV do § 3º do artigo 105, o aspecto econômico no inciso III do § 3º do artigo 105, enquanto a contrariedade à jurisprudência dominante (inciso V) é uma das perspectivas consideradas para fins de repercussão jurídica do caso.

4 De quem é a competência para a análise da existência de relevância da questão federal (RQF)?

Qual órgão será o responsável para apreciar a existência – na verdade, especialmente a inexistência – de relevância? Quem dirá que um especial tem relevância das questões de direito federal infraconstitucional, ou seja, que se trata de um REsp com RQF?

Podemos cogitar de (a) turma julgadora no STJ (composta por 5 ministros), (b) presidência do STJ, que hoje já é responsável pela primeira análise da admissibilidade dos recursos, e (c) presidência (ou vice-presidência) do tribunal de origem, que hoje já é responsável por admitir o REsp.

Com base na EC, a resposta é apenas a opção (a), a turma julgadora – e de forma colegiada, via acórdão, e não monocrática pelo relator.

Isso porque o art. 105, § 2º é expresso ao apontar que “so-mente pode dele não conhecer com base nesse motivo pela manifestação de 2/3 (dois terços) dos membros do órgão competente para o julgamento” (grifos nossos).

Ora, quem em regra julga o REsp é a turma, composta por 5 ministros. Dessa maneira, quem apreciará se há ou não relevância é esse órgão fracionário, sendo que somente se 4 dos 5 ministros (o 2/3, arredondado para cima) afirmarem não existir a relevância, é que o REsp não será conhecido. Sendo assim, não compete ao relator (monocraticamente), ao presidente do STJ (monocraticamente) ou ao tribunal de origem apontar a ausência de relevância. E, pelo comando constitucional, isso não poderia ser alterado sequer pela previsão infraconstitucional¹¹.

De qualquer forma, vejamos o que a regulamentação do STJ e a lei infraconstitucional apontam.

5 Existindo a relevância da questão federal (RQF), seguem sendo necessários os demais requisitos de admissibilidade do REsp?

Esse é um dos pontos que sempre se deve ter em mente: a existência da relevância não afasta a necessidade da obser-

¹¹ Problema imediato que surge é a possibilidade de as turmas divergirem sobre a existência do RQF em determinada situação. Mas isso é assunto para debate em outro momento - contudo, uma vez mais reforça a necessidade de RQF apenas após a lei regulamentadora.

vância dos demais requisitos de admissibilidade do Recurso Especial.

Assim, de nada adianta existir relevância da questão federal, e o REsp ser interposto de maneira intempestiva, ou se pretender rediscutir matéria fática (Súmula 7/STJ).

Nesse sentido, ao menos em um momento inicial, a jurisprudência do STJ tende a seguir sendo rígida na análise dos requisitos de admissibilidade, inclusive com entendimentos que podem ser classificados como de jurisprudência defensiva¹².

Portanto, além da preliminar de existência de relevância, deve seguir sendo demonstrado, na peça do REsp, que estão presentes todos os demais requisitos de admissibilidade.

De qualquer modo, é de esperar que, com a criação do filtro de relevância, o art. 1.029, § 3º do CPC¹³ passe a ser mais aplicado, uma vez que, até o momento, sua aplicação, infelizmente, tem sido bastante tímida¹⁴. Logo, no momento da elaboração do REsp, vale também mencionar esse dispositivo, no que se refere aos demais requisitos de admissibilidade.

Conclusão

Essas são algumas das questões enfrentadas na perspectiva de uma primeira análise da relevância da questão federal (RQF), no âmbito da EC 125.

Nossos votos sinceros são no sentido de que a arguição da RQF possa efetivamente converter o STJ em uma Corte de precedentes. Mas, pelo outro que ela não seja utilizada de modo desarrazoado, a ponto de desviar o Tribunal de sua missão constitucional de pacificar e dar a interpretação final sobre as questões de direito federal relevantes para a nação.

¹² Acerca do tema, conferir nossos Comentários ao CPC, especialmente art. 1.029 e ss.

¹³ § 3º O (...) Superior Tribunal de Justiça poderá desconsiderar vício formal de recurso tempestivo ou determinar sua correção, desde que não o repute grave.

¹⁴ Como destaque positivo, o entendimento da Corte Especial de que não há necessidade de se indicar a alínea do REsp, se for possível compreender a controvérsia (vide EAREsp 1672966).

Referências

DELLORE, Luiz; TARTUCE, Fernanda. **Manual de Prática Civil**. 17. ed. São Paulo: Gen, 2022.

GAJARDONI, Fernando; DELLORE, Luiz; ROQUE, Andre; DUARTE, Zulmar. **Comentários ao CPC**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

MEDINA, Jose Miguel Garcia. **Relevância da questão federal para o recurso especial - Aprovada a reforma constitucional**. Youtube, 14 jul. 2022. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=zyqioUMjnd0>>. Acesso em 10 mar., 2023.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007,

TARTUCE, Fernanda; ROQUE, Andre; GAJARDONI, Fernando; MACHADO, Marcelo; DELLORE, Luiz; LEITE, Rodrigo; DUARTE, Zulmar. **CPC na Jurisprudência**. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2021.

A superação da súmula 308 do STJ: hipótese de *overriding* ante o advento da Lei nº13.097/2015

George Andrade do Nascimento Júnior

Advogado da CAIXA na Bahia

Especialista em Processo Civil pela UESC/BA

Especialista em Direito Eleitoral pela FUNDACEMISA

*Mestrando em Economia Regional e Políticas
Públicas pela UESC/BA*

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo avaliar os impactos da Lei nº 13097/15, que instituiu o princípio da concentração dos atos de alienação ou gravame de imóveis na matrícula respectiva, do CRI, em relação à Súmula 308 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), a qual estabelece que a hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel. Esta súmula, visando proteger a esfera jurídica do adquirente de imóveis, que presumivelmente age de boa-fé, vem servindo de fundamento para a solução de litígios em que se busca obrigar o banco que financiou a construção do empreendimento habitacional a baixar a hipoteca que constitui a garantia do mútuo concedido. Esta solução jurídica para os litígios, porém, enseja prejuízos ao agente financeiro, que também atua de boa-fé, implicando em falha de mercado geradora de aumento do *spread* bancário. A Lei nº 13097/15, no entanto, aprimorou o sistema jurídico visando proteger todos os elos da cadeia produtiva, no ramo imobiliário, dando azo à superação da Súmula 308 do STJ, conforme se buscará demonstrar ao longo deste artigo.

Palavras-chave: Súmula 308 do STJ. Perda de eficácia. Superação pela Lei nº 13.097/2015. Hipótese de *overriding*.

ABSTRACT

The present work aims to evaluate the impacts of Law 13097/15, which instituted the principle of concentration of acts of alienation or encumbrance of real estate in the respective registration, of CRI, in relation to summary 308

of the STJ, which establishes that the mortgage signed between the builder and the financial agent is not effective before the purchasers of the property. This summary, in order to protect the legal sphere of the real estate purchaser, who presumably acts in good faith, has been serving as a basis for the solution of disputes where an attempt is made to oblige the bank that financed the construction of the housing development to write off the mortgage that constitutes the loan guarantee granted. This legal solution to disputes, however, entails losses for the financial agent, who also acts in good faith, resulting in a market failure that generates an increase in banking spread. Law 13097/15, however, improved the legal system in order to protect all links in the production chain, in the real estate sector, giving rise to the overcoming of STJ's summary 308, as will be demonstrated throughout this article.

Keywords: Precedent 308 of the STJ. Loss of effectiveness. Overcoming by Law 13.097/2015. overriding hypothesis.

Introdução

Desde o ano de 2005, quando da edição, pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), da Súmula 308 de sua jurisprudência, uma temática cara ao direito imobiliário vem sendo decidida, nos múltiplos litígios deflagrados em todo o Brasil, de forma relativamente simples, ante a mera subsunção dos fatos ao entendimento sumulado, segundo o qual “A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel”.

Conforme se verá mais adiante, o que a referida súmula sedimentou foi o entendimento de que os contratos de promessa de compra e venda, firmados entre construtoras que alienam imóveis, amiúde na fase de construção – uma operação deveras comum, no Brasil – se sobrepunham às hipotecas constituídas pela construtora junto a instituições financeiras que financiavam a construção do empreendimento, mesmo quando a garantia estava gravada, no Cartório de Registro de Imóveis (CRI), anteriormente à celebração da promessa de compra e venda.

A partir da solução jurídica propugnada no verbete 308 do STJ, portanto, sempre que o promitente comprador comprovasse ter adimplido com suas obrigações junto à construtora, passava a ter o direito de desconstituir a garantia representada pela

hipoteca que gravava a matrícula do imóvel, ficando a instituição financeira desprovida de segurança quanto à recuperação do seu crédito.

A indigitada súmula, conforme restará historiado, visava proteger o adquirente de imóveis na planta, no tocante à sua boa-fé, e, ao longo do tempo, sua aplicação passou a abranger, inclusive, por analogia, situações em que a relação jurídica entre a construtora e o Banco financiador do empreendimento estava associada a um pacto adjeto de alienação fiduciária, o que potencializava a insegurança jurídica das operações de financiamento de construção de empreendimentos habitacionais.

Como se buscará demonstrar ao longo deste artigo, porém, a despeito de buscar proteger uma parte hipossuficiente na relação que permeia a promessa de compra e venda de imóvel na planta, que é o adquirente, desde há muito visto na condição de consumidor, o entendimento sumulado passou a criar uma falha de mercado potencializada por assimetria de informação, apta a comprometer a fluidez do ramo imobiliário no que atine ao fomento de novos empreendimentos, podendo, ainda, majorar o *spread* bancário, em desfavor do próprio consumidor que se pretendia proteger.

Por isso mesmo, adveio a Lei nº 13.097/2015, a qual buscou regulamentar adequadamente as relações jurídicas e obrigações de todas as partes nelas envolvidas, com vistas a proteger a boa-fé em suas diversas facetas, não apenas na perspectiva do consumidor, mas também na do agente financeiro, de sorte a restabelecer a segurança jurídica e inibir distorções antes havidas, ensejadoras de enriquecimento sem causa, notadamente por parte da construtora.

Com a novel legislação, passou-se a ter, no ordenamento jurídico posto, regras medianamente claras que implicaram em superação da Súmula 308 do STJ, e por isso mesmo se mostra necessária, no julgamento das lides que versam sobre o tema, uma revisitação aos fundamentos jurídicos que constituirão a sua *ratio decidendi*, porquanto não se pode mais admitir a mera aplicação da simplória fórmula, agora *démodé*, segundo a qual a contenda era decidida pela aplicação, pura e simples, do entendimento sumulado do STJ.

O presente artigo, portanto, visa suscitar a discussão sobre o tema, na medida em que ainda não se observou, nos julgamentos mais frequentes em primeira e segunda instância, o necessário aprofundamento da análise acerca dos impactos da Lei nº 13.097/2015 em relação à Súmula 308 do STJ, e como ainda não

houve, por parte da Corte Cidadã, a revisão da matéria, porquanto ainda não enfrentada na perspectiva correta e necessária, à luz das regras comezinhas de hermenêutica, é de curial importância que se busque, nos casos concretos, fundamentar adequadamente o direito que, salvo melhor juízo, obsta a desconstituição de garantias que gravam imóveis integrantes de empreendimentos imobiliários financiados, sempre que o agente financeiro tiver tido a cautela de averbar, previamente, a sua garantia, tornando-a pública, para, com isso, assegurar, em relação a terceiros adquirentes de unidades futuras, o direito de preservação da garantia até a integral liquidação da dívida a ela correlata.

Para tanto, será apresentado a seguir um histórico acerca das razões motivadoras da edição da Súmula 308 do STJ, com vistas a bem compreender o contexto histórico de seu advento, sucedido de uma análise sobre a forma como o verbete passou a ser aplicado e interpretado, inclusive de maneira extensiva, abrangendo casos que envolviam até mesmo alienação fiduciária, e não hipoteca, com ulterior avaliação acerca dos impactos desta conjuntura jurisprudencial no mercado imobiliário para, alfim, apresentar a modificação do quadro jurídico posto a partir da edição da Lei nº 13.097/2015, que deve ensejar, doravante, como se verá à guisa de conclusão, uma nova perspectiva para o tema em debate, na medida em que não se poderá mais aplicar, pura e simplesmente, a Súmula 308 do STJ como solução simplória das lides multitudinárias que versam sobre o assunto.

1 O contexto motivador da edição da Súmula 308 do STJ e seus pressupostos fáticos

Para que se compreenda bem o fundamento que lastreia a conclusão que será proposta ao final deste artigo, convém proceder a uma análise dos pressupostos ensejadores da edição da Súmula 308 do STJ, cuja aplicação, hodiernamente, se defende desprovida de sustentação jurídica.

Por rigor científico, portanto, a hipótese proposta, de superação da súmula mencionada, deve ser apresentada depois de bem compreendida a motivação, objetivo e razões históricas que levaram à formulação do entendimento jurisprudencial em questão.

Inicialmente, é preciso ter em mente que o verbete 308 da súmula do STJ, editado em abril de 2005, decorreu da consolidação de um entendimento que visava proteger os adquirentes

de imóveis em construção, de natureza residencial, quando a aquisição da casa própria se dava em momento anterior à constituição, pela construtora, de hipoteca incidente sobre todo o empreendimento.

Basicamente, o que se pretendia era tornar ineficaz, perante o indivíduo que adquiria junto à construtora a sua casa própria, a garantia hipotecária que havia viabilizado a conclusão do empreendimento habitacional.

Os precedentes a seguir, citados pelo próprio STJ como originários da indigitada Súmula 308, conforme pesquisa empreendida no sítio daquela Corte¹, ilustram os pressupostos teóricos que sustentaram a posição do Tribunal. Senão, veja-se:

EMENTA: Direito processual civil. Agravo no recurso especial. Impugnação específica. Inépcia. Prequestionamento. Ausência. Hipoteca. Nulidade. - É inepta a petição de agravo que não impugna, especificamente, os fundamentos da decisão agravada. - O prequestionamento dos dispositivos legais tidos como violados constitui requisito de admissibilidade do recurso especial. - **É nula a hipoteca outorgada pela construtora à instituição financeira após a celebração da promessa de compra e venda com o promissário-comprador.** Precedentes. Recurso não provido.

Trechos do voto condutor do acórdão: É pacífico, neste STJ, o entendimento que declara a nulidade da hipoteca outorgada (pela construtora à instituição financeira) após a celebração da promessa de compra e venda com o promissário-comprador.

Cite-se, a respeito os seguintes precedentes: Recurso Especial nº. 78.459/RJ, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, DJ 20/05/1996, Recurso Especial nº. 146.659/MG, Rel. Min. César Asfor Rocha, Quarta Turma, DJ 05/06/2000, Recurso Especial nº. 287.774/DF, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, DJ 02/04/2001, Recurso

Especial nº. 296.453/RS, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, DJ 03/09/2001, Recurso Especial nº. 329.968/DF, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, DJ 04/02/

¹ Consulta em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Data: 07.01.23 .

2002 e Recurso Especial nº. 334.829/DF, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJ 04/02/2002. **Esse entendimento está calcado na compreensão de que a hipoteca só poderá ser ofertada por aquele que possui o direito de alienar o bem (art. 756 do CC/1916, correspondente ao art. 1.420, caput, do CC/2002). Celebrado o compromisso de compra e venda entre a construtora e o adquirente, não mais possui aquela o poder de dispor do imóvel, em consequência, não mais poderá gravá-lo com hipoteca.**

Os precedentes acima citados consideram, ademais, que fere a boa-fé objetiva da relação contratual a atitude da construtora que primeiro celebra o compromisso de compra e venda de imóvel com o promissário-comprador, e depois onera-o com hipoteca em favor de terceiro (agente financeiro).

Por fim, ressalta em seu voto (Recurso Especial nº. 296.453/RS) o Min. Carlos Alberto Menezes Direito ser nula, por abusiva (art. 51, VIII, do CDC), a cláusula-mandato inserida no instrumento de compromisso de compra e venda, segundo a qual o promissário-comprador autoriza a construtora (promitente-vendedor) a instituir, em favor de terceiro (agente financeiro), hipoteca sobre o imóvel.

Assim sendo, o acórdão guerreado decidiu em consonância com a jurisprudência dominante do STJ ao afirmar que a hipoteca firmada em favor do banco-recorrente é ineficaz perante a promissária-compradora, ora recorrida. (STJ - AgRg no REsp 561807 GO, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/03/2004, DJ 19/04/2004, p. 197) – **Sem grifos no original.**

EMENTA: EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. RECURSOS DO SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. HIPOTECA INSTITUÍDA PELA CONSTRUTORA JUNTO AO AGENTE FINANCEIRO. DIVERGÊNCIA SUPERADA. ARESTOS PARADIGMAS. BASES FÁTICAS DIVERSAS. Pacificou-se na Segunda Seção não prevalecer, em relação aos compradores, a hipoteca instituída pela construtora ou incorporadora de imóvel junto ao agente financeiro, no âmbito

do Sistema Financeiro da Habitação. Destarte, o adquirente da unidade habitacional responde, tão-somente, pelo pagamento do seu débito. Embargos de divergência rejeitados.

Trechos do voto condutor do acórdão: Em verdade, a controvérsia pacificou-se no âmbito da Segunda Seção desta Corte. **Assim, no caso de a hipoteca ter sido instituída pela empresa construtora ao agente financeiro em data posterior à celebração do contrato de promessa de compra e venda, é pacífica a jurisprudência no sentido de sua nulidade (leio ineficácia) em relação ao promitente comprador (REsp. n.º 146.659/MG, relator Ministro César Asfor Rocha, DJ de 05/06/2000 e 296.453/RS, relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 03/09/2001). Ao contrário, se o gravame foi constituído e registrado antes de firmado o compromisso de compra e venda, a validade da hipoteca está condicionada ao fato de os recursos serem próprios do agente financeiro, bem como da ciência do fato pelo adquirente. Esta é a situação estampada no acórdão paradigma (AGA n.º 161.052/SP, relator Ministro Waldemar Zveiter, DJ de 07/12/1998),** que, por isso, não guarda perfeita identidade com a hipótese discutida no acórdão embargado, que cuida de financiamento por meio do Sistema Financeiro da Habitação. Nestes casos, a Segunda Seção tem decidido pela ineficácia da hipoteca perante o adquirente da unidade habitacional.

Assim, nas hipóteses em que a hipoteca é instituída pelo vendedor do imóvel (normalmente a construtora e/ou incorporadora) em favor da instituição financeira, como forma de financiamento do próprio empreendimento imobiliário, havendo repasse de recursos do Sistema Financeiro da Habitação, prevalece o direito de propriedade do imóvel por parte do comprador que, perante a instituição financeira, só responde até o valor do seu débito. (STJ - EREsp 415667 SP, Rel. Ministro CASTRO FILHO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 26/05/2004, DJ 21/06/2004, p. 159) – Sem grifos no original.

Perceba-se que este último julgado, inclusive, é citado em outros julgamentos, a exemplo do AG 522731, como o precedente que pacificou o entendimento do STJ, na segunda seção da Corte, relativamente ao tema em questão. E no mesmo sentido, entendendo nula a hipoteca porquanto constituída já na fase final da construção do empreendimento, **e depois de firmados contratos de promessa de compra e venda**, tem-se também os seguintes precedentes, a saber: (REsp nº 287.774/DF, Quarta Turma, Relator o Ministro Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 2/4/01); (REsp nº 409.076/SC, Terceira Turma, Relatora a Ministra Nancy Andrighi, DJ de 9/12/02); (REsp nº 329.968/DF, Quarta Turma, Relator o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 4/2/02) e (REsp nº 296.453/RS, Terceira Turma, de minha relatoria, DJ de 3/9/01), este último assim ementado:

EMENTA: Compra e venda de bem imóvel assinada e paga antes do contrato de financiamento entre a construtora e o banco, mediante garantia hipotecária. Ausência de consentimento dos promitentes compradores. Cláusula que institui mandato para esse fim considerada abusiva, a teor do art. 51, VIII, do Código de Defesa do Consumidor.

1. Considerando o Acórdão recorrido que o bem foi comprado e integralmente pago antes do contrato de financiamento com garantia hipotecária, que os adquirentes não autorizaram a constituição de tal gravame, que sequer o mandato foi exercido e, ainda, que é abusiva a cláusula que institui o mandato, a teor do art. 51, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, não existe afronta a nenhum dispositivo sobre a higidez da hipoteca, presente a peculiaridade do cenário descrito. **2.** Recurso especial não conhecido. (REsp nº 296.453/RS, Terceira Turma, Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, DJ de 03/9/01).

Como se vê, a jurisprudência do STJ surgiu da necessidade de proteção aos adquirentes de unidades habitacionais em construção, quando a construtora dava o empreendimento em garantia do mútuo obtido junto à instituição financeira, precisamente para conclusão das obras, o fazendo mediante uso de cláusula-mandato que autorizava tal procedimento, a qual constava nos contratos de promessa de compra e venda firmados, mas era tida por abusiva.

No contexto daquela época, em que fora editada a Súmula 308 do STJ, era compreensível a posição da Corte, ainda que desconsideradas a boa-fé e a esfera jurídica das instituições financeiras que concediam mútuo garantido por hipoteca, eis que se estava diante de uma conjuntura fática traumática, advinda da falência da ENCOL, que, após se tornar uma das maiores empresas da América Latina, no ramo da construção civil, enfrentou uma grave crise, no final da década de 1990, que acabou levando à sua falência, com geração de prejuízos financeiros a diversos bancos e compradores das unidades habitacionais que estavam em construção, porquanto inacabadas as obras.²

Àquela época, como a ENCOL deixou de honrar seus compromissos com os bancos financiadores de seus empreendimentos, surgiram as controvérsias advindas da execução das hipotecas incidentes sobre os imóveis, já que os compradores das unidades habitacionais alegavam ter promovido o pagamento dos valores devidos, em que pese tais recursos financeiros não terem chegado aos cofres dos bancos, porquanto não repassados pela construtora devedora.

Foi diante desse quadro fático que a jurisprudência do STJ se formou, dando ensejo à edição da Súmula 308. A maioria dos precedentes originários da súmula, inclusive, versava exatamente sobre casos envolvendo a ENCOL.

Perceba-se, inclusive, que a motivação clara do entendimento firmado, no sentido de proteger “as vítimas” da ENCOL, no polo hipossuficiente das relações jurídicas entabuladas – uma vez que as instituições financeiras também foram vítimas da gestão temerária daquela construtora –, residia precisamente na necessidade de proteção do direito constitucional à moradia, exercido pelo cidadão comum que contratava a compra do bem de boa-fé. Buscava-se proteger, portanto, o homem médio que, de boa-fé, adquirira sua casa própria. Tanto assim que o próprio STJ, historicamente, afastou a aplicação da Súmula 308 no tocante a contratos que versavam sobre aquisição de imóvel comercial, conforme atesta, entre outros tantos, o recente precedente, a seguir transcrito:

EMENTA: AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/ C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. 1. **HIPO-**

² Fonte: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Encol>. Consultado em 07.01.23.

TECA CONSTITUÍDA PELA CONSTRUTORA SOBRE UNIDADE OBJETO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA. IMÓVEL COMERCIAL. NÃO APLICAÇÃO DO DISPOSTO NA SÚMULA N. 308/STJ. 2. INTERPRETAÇÃO LÓGICO-SISTEMÁTICA. DECISÃO ULTRA PETITA NÃO CONFIGURADA. 3. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. **1. A jurisprudência desta Casa orienta que o entendimento cristalizado na Súmula 308/STJ aplica-se exclusivamente às hipotecas que recaiam sobre imóveis residenciais, afastando-se, por conseguinte, a incidência do respectivo verbete sumular quando a citada garantia recair sobre imóvel comercial, como no caso dos autos.** 1.1. De fato, “mesmo que comprovada a boa-fé do terceiro adquirente, tal não é bastante para afastar a hipoteca firmada como garantia ao financiamento imobiliário de caráter comercial, como é a situação dos autos. Precedentes” (AgInt no AgInt no REsp 1.682.434/PR, Rel. Ministro Lázaro Guimarães, Desembargador Convocado do TRF 5ª Região, Quarta Turma, julgado em 28/11/2017, DJe 4/12/2017). 2. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, não há falar em julgamento ultra ou extra petita quando o julgador, mediante interpretação lógico-sistemática, examina a petição apresentada pelo insurgente como um todo. 3. Agravo interno desprovido. (STJ - AgInt nos EDcl no AgInt no REsp 1844770 / DF - Relator(a) Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE - Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA - Data do Julgamento 08/02/2021 Data da Publicação/Fonte: DJe 12/02/2021)

Vê-se, portanto, que, na origem, o que levou à fixação do entendimento consubstanciado na Súmula 308, do STJ, foi a existência de uma conjuntura fática em que milhares de adquirentes de imóveis destinados à moradia própria, que haviam firmado contratos de promessa de compra e venda dos ditos imóveis, e pago o valor devido de forma integral, não poderiam ter seu direito de propriedade vulnerado por garantia hipotecária constituída posteriormente, ainda que com uso de cláusula-mandato constante nos contratos de promessa de compra e venda, porquanto presumível a boa-fé do adquirente do bem.

Não se desconhece, obviamente, que, diante da profusão de processos surgidos após a falência da ENCOL, alguns julgados ampliaram as premissas fáticas ensejadoras da aplicação da súmula em questão, cuja redação, inclusive, passou a abranger a ineficácia da hipoteca firmada entre construtora e agente financeiro, ainda que anterior à celebração da promessa de compra e venda.

Mas, ainda assim, o pressuposto da boa-fé do adquirente da unidade habitacional persistiu como fundamento até mesmo filosófico da edição do verbete em alusão, sem o que se estaria diante de uma orientação jurisprudencial absolutamente *contra legem* e injustificada, haja vista que a hipoteca é um direito real previsto em lei, e cuja proteção jurídica é também imperiosa.

2 A necessidade de proteção da boa-fé como pressuposto de conduta de todas as partes envolvidas em uma relação jurídica contratual

Como visto no tópico anterior, o silogismo desenvolvido pelo STJ para justificar a edição da Súmula 308 tinha como premissa maior a proteção da boa-fé do promissário comprador de imóvel em construção.

A proteção à boa-fé, contudo, não pode se dar em mão única, devendo abranger todos os integrantes de uma relação contratual ou de relações contratuais imbricadas, exigindo que cada contraparte atue, antes, durante e depois de firmado o sinalagma, com correção e lealdade, de modo a evitar que qualquer contratante obtenha benefício indevido ou cause dano a outrem.

Esta premissa avulta de importância em um contexto social em que os contratos plurilaterais ou coligados são cada vez mais comuns como meios jurídicos imprescindíveis ao fomento de determinadas atividades econômicas. No campo da construção civil, seria difícil, por exemplo, imaginar o combate ao déficit habitacional brasileiro sem que houvesse a implementação de políticas públicas e atuação pujante de agentes financeiros aptos a financiar a construção de empreendimentos imobiliários que, sabidamente, têm elevado custo de produção.

Quando os imóveis cuja construção é financiada por um agente financeiro têm sua compra, pelo particular, também financiada, não há maiores problemas no tocante ao tema aqui em debate, posto que as relações jurídicas firmadas são coligadas e vinculam, a um só tempo, todas as partes contratantes,

sendo o agente financeiro responsável por viabilizar o encontro entre o construtor, que quer produzir unidades habitacionais, e o consumidor, que deseja adquirir sua casa própria.

Nesses casos, como ensina Orlando Gomes (2007, p. 121), “os contratos coligados são queridos pelas partes contratantes como um todo. Um depende do outro de tal modo que cada qual, isoladamente, seria desinteressante”. Havendo encontro de vontades das partes e regramento do sinalagma em instrumento comum, não advém desses casos maiores controvérsias quanto à quitação da dívida decorrente dos mútuos concedidos para construção e aquisição do imóvel, pelo que o adimplemento das obrigações previstas enseja, sem maiores dificuldades, a baixa da garantia gravada na matrícula do imóvel.

O problema surge, portanto, quando as relações contratuais se dão de forma apartada, sem envolvimento direto do adquirente do imóvel na planta com o agente financeiro que viabiliza a construção do empreendimento imobiliário, e, por conseguinte, recebe, como garantia do seu crédito, as unidades habitacionais em construção.

São nesses casos que ganha relevância a análise do princípio da boa-fé, necessário à proteção das partes que, muitas vezes desconhecidas uma da outra, acabam tendo suas relações jurídicas com a construtora impactadas por direitos e obrigações alheias, tornando necessária a flexibilização da compreensão amiúde proposta pelos compêndios tradicionais de Direito, segundo os quais o contrato somente afeta a esfera jurídica dos contratantes.

Como leciona Rodrigo Xavier Leonardo (XAVIER, 2018), “se é verdade supor que os efeitos típicos da enorme maior parcela dos contratos vinculam apenas as ‘partes’, isso não significa que alguns efeitos laterais ou paracontratuais não possam se expandir para além do contrato e atingir os chamados terceiros”.

É nesta perspectiva que a relação jurídica que se estabelece entre construtora e agente financeiro, a qual é um elo fundamental para o desenvolvimento do mercado da construção civil, precisa ser considerada também no contexto de proteção à boa-fé e à segurança jurídica das relações contratuais alinhavadas, inclusive no tocante a seus efeitos *erga omnes*.

Por isso mesmo, e visando sanar uma falha de mercado grave, ensejadora de desequilíbrio comprometedor da própria higidez do sistema financeiro imobiliário, à luz da análise econômica do direito, o legislador teve por bem aprovar a Lei nº 13.097/2015, que impôs a todos os partícipes das relações jurídi-

cas envolvendo direitos reais o dever objetivo de boa-fé, com a implementação de um sistema de concentração dos registros de atos relativos às transações imobiliárias na matrícula do imóvel respectivo, permitindo-se a todos os elos das relações contratuais havidas a verificação prévia acerca da segurança jurídica dos negócios a serem firmados.

A partir da referida lei, conforme se buscará demonstrar no tópico seguinte, passou-se a atribuir segurança jurídica não apenas aos adquirentes dos imóveis, mas também à instituição financeira responsável pela disponibilização dos recursos necessários à própria existência dos empreendimentos imobiliários construídos por empresas que não possuem, individualmente, fluxo de caixa suficiente para a empreitada.

3 Inovações trazidas pela Lei nº 13.097/2015, que obstam a aplicação irrefletida da Súmula 308 do STJ

A partir das considerações citadas anteriormente, notadamente no que atine à necessidade de proteção da boa-fé de todas as partes envolvidas em operações contratuais complexas, deduz-se que a solução apresentada pela Súmula 308 do STJ não era satisfatória, porquanto resguardava, apenas, a esfera jurídica do adquirente de imóvel em construção, com comprometimento, contudo, dos direitos do agente financeiro, relativamente à garantia de recebimento do mútuo concedido para construção do empreendimento habitacional.

Diante disso, e como o direito caminha sempre por demanda, a partir das necessidades sociais advindas da evolução humana, veio a lume a Lei nº 13.097/2015, que na seção II, a qual trata dos registros na matrícula do imóvel, dispõe o seguinte:

Art. 54. Os negócios jurídicos que tenham por fim constituir, transferir ou modificar direitos reais sobre imóveis são eficazes em relação a atos jurídicos precedentes, nas hipóteses em que não tenham sido registradas ou averbadas na matrícula do imóvel as seguintes informações:

I - registro de citação de ações reais ou pessoais reipersecutórias;

II - averbação, por solicitação do interessado, de constrição judicial, de que a execução foi admitida pelo juiz ou de fase de cumprimento de sentença, procedendo-se nos termos previstos no art. 828 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 -

Código de Processo Civil; (Redação dada pela Medida Provisória nº 1.085, de 2021)

III - averbação de restrição administrativa ou convencional ao gozo de direitos registrados, de indisponibilidade ou de outros ônus quando previstos em lei; e

IV - averbação, mediante decisão judicial, da existência de outro tipo de ação cujos resultados ou responsabilidade patrimonial possam reduzir seu proprietário à insolvência, nos termos do disposto no inciso IV do *caput* do art. 792 da Lei nº 13.105, de 2015 - Código de Processo Civil. (Redação dada pela Medida Provisória nº 1.085, de 2021)

§ 1º Não poderão ser opostas situações jurídicas não constantes da matrícula no registro de imóveis, inclusive para fins de evicção, ao terceiro de boa-fé que adquirir ou receber em garantia direitos reais sobre o imóvel, ressalvados o disposto nos art. 129 e art. 130 da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, e as hipóteses de aquisição e extinção da propriedade que independam de registro de título de imóvel. (Incluído pela Medida Provisória nº 1.085, de 2021)

§ 2º Não serão exigidos, para a validade ou eficácia dos negócios jurídicos a que se refere o *caput* ou para a caracterização da boa-fé do terceiro adquirente de imóvel ou beneficiário de direito real: (Incluído pela Medida Provisória nº 1.085, de 2021)

I - a obtenção prévia de quaisquer documentos ou certidões além daqueles requeridos nos termos do disposto no § 2º do art. 1º da Lei nº 7.433, de 18 de dezembro de 1985; e (Incluído pela Medida Provisória nº 1.085, de 2021)

II - a apresentação de certidões forenses ou de distribuidores judiciais. (Incluído pela Medida Provisória nº 1.085, de 2021)

Art. 55. A alienação ou oneração de unidades autônomas integrantes de incorporação imobiliária, parcelamento do solo ou condomínio edilício, devidamente registrada, não poderá ser objeto de evicção ou de decretação de ineficácia, mas eventuais credores do alienante ficam sub-rogados no preço ou no eventual crédito imobiliário, sem prejuízo das perdas e danos imputáveis ao incorporador ou empreendedor, decorrentes de seu dolo ou culpa, bem como da

aplicação das disposições constantes da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 . (Vigência)

Como se vê, o artigo 54 do referido diploma legal visa proteger os negócios jurídicos que envolvem direitos reais, sempre que se busque a desconstituição destes por conta de atos jurídicos ou negócios jurídicos precedentes que, entretanto, não tenham sido registrados ou averbados na matrícula do imóvel respectivo.

O § 1º do referido artigo, inclusive, é clarividente ao estatuir que situações jurídicas não constantes da matrícula do imóvel, no CRI, não poderão ser opostas ao terceiro de boa-fé que receber em garantia direitos reais sobre o imóvel.

Não bastasse isso, o art. 55 da Lei em referência estabelece, também de forma clara, que a oneração de unidades autônomas de empreendimentos imobiliários, entre as quais se inclui, obviamente, a hipoteca, não poderá ser objeto de decretação de ineficácia, desde que registrada no CRI, ressalvando-se, a eventuais credores do alienante, a sub-rogação no preço do imóvel, sem prejuízo das perdas e dos danos imputáveis ao incorporador ou empreendedor, com observância, ainda, das disposições do Código de Defesa do Consumidor (CDC).

Ora, a própria referência, na parte final da norma, à proteção assegurada pelo CDC, deixa evidenciado que o credor do alienante, a que se refere o dispositivo, é precisamente o adquirente da unidade habitacional, posto que se o objetivo do dispositivo em questão fosse se referir ao banco como credor do alienante, buscando assegurar, assim, proteção apenas aos compromissários compradores, não haveria qualquer sentido na evocação do CDC, já que a relação jurídica estabelecida entre o banco e o construtor/incorporador não atribui à instituição financeira qualquer respaldo jurídico advindo do diploma consumerista.

Sob este prisma interpretativo da norma, não se pode desconhecer, na lição precisa de Carlos Maximiliano, que “as expressões do Direito interpretam-se de modo que não resultem frases sem significação real, vocábulos supérfluos, ociosos, inúteis” (MAXIMILIANO, 1996, p. 250).

Vê-se, portanto, que a interpretação das normas em referência deve-se dar de forma contextual e sistemática, de sorte a afastar qualquer exegese que busque, ao invés de reconhecer que a lei nova tornou obsoleto o verbete 308 da Súmula do STJ, sustentar que a norma corrobora o entendimento sumular.

Destarte, conforme regras elementares de hermenêutica, o que se extrai da interpretação das normas citadas é que a racionaliza-

ção e a simplificação do sistema de registro público, com a instituição do princípio da concentração de atos nas matrículas dos imóveis, buscaram, em boa hora, atribuir segurança jurídica a todos os integrantes da cadeia comercial envolvendo a construção, a comercialização e o financiamento da construção de unidades habitacionais.

Não se nega proteção, obviamente, aos adquirentes das unidades habitacionais, mas também não se deixa desprotegida a instituição financeira cujos recursos são fundamentais para viabilizar o desenvolvimento da construção civil, notadamente no tocante à criação de empreendimentos habitacionais.

Nesta conjuntura, tem-se que, pela observância da Lei em referência, quem tiver seu negócio jurídico registrado haverá de ter protegido seu direito, sendo certo, inclusive, que sequer há incompatibilidade inafastável entre os interesses da instituição financeira que concede mútuo para construção do empreendimento habitacional e o adquirente dos imóveis respectivos.

Explica-se a afirmação citada anteriormente, no contexto pragmático dos negócios jurídicos amiúde firmados, relativamente ao tema aqui tratado: Se o indivíduo pretende adquirir um imóvel, em construção, o único e elementar cuidado que ele precisa ter reside na verificação da situação da matrícula do imóvel. Não havendo lá o registro de uma hipoteca, a promessa de compra e venda pode ser firmada, e devidamente registrada, sendo que eventuais ônus que venham a incidir sobre o empreendimento não terão eficácia em relação ao particular.

Lado outro, se houver uma hipoteca registrada, o particular pode ainda optar por firmar o contrato de promessa de compra e venda, uma vez que o gravame não impede tal operação, mas, neste caso, já saberá, de antemão, que os pagamentos devidos deverão ser feitos em favor do Banco, para assegurar a quitação proporcional, em relação à dívida da construtora, do valor correspondente ao imóvel adquirido, o qual assim será desonerado da garantia, visto que, do contrário, não paga a dívida ao credor, que é o banco, saberá o adquirente, adredemente, que persistirá o imóvel vinculado à dívida, por aplicação do direito de sequela, ante o vínculo de natureza real que incide no bem, a teor do disposto no art. 1419³ do Código Civil.

³ Código Civil: “Art. 1.419. Nas dívidas garantidas por penhor, anticrese ou hipoteca, o bem dado em garantia fica sujeito, por vínculo real, ao cumprimento da obrigação.”

Quanto à instituição financeira que pretender financiar o empreendimento, aplica-se o mesmo raciocínio, eis que eventual registro, na matrícula do imóvel, relativamente à promessa de compra e venda, sabidamente tornará ineficaz, ainda que parcialmente, a hipoteca constituída, e nesse caso não subsistirá sequer litígio entre o adquirente e o banco, que não apresentará óbice à emissão da devida carta de anuência para baixa de hipoteca.

O que não mais se pode admitir, por respeito ao império da lei, a partir do advento da novel legislação instituidora do princípio da concentração dos atos (de alienação ou gravame) na matrícula (do imóvel), é que atos não registrados (promessa de compra e venda, v.g.) sirvam para desconstituir os atos registrados (hipoteca, v.g.), nem tampouco se poderá reconhecer ineficácia ou nulidade a atos registrados previamente (hipoteca), por conta de atos registrados posteriormente (promessa de compra e venda).

Neste sentido, convém notar que “o registro imobiliário, historicamente, aperfeiçoou os requisitos de publicidade para dotar os negócios jurídicos relacionados a imóveis de eficácia, conferindo-lhes presunção absoluta de conhecimento por terceiros”, conforme adverte Fábio Rocha Pinto e Silva (2014, p. 95 e seg).

E, embora não se desconheça que o contrato de promessa de compra e venda gera efeitos jurídicos entre as partes contratantes, independentemente de registro no CRI, sua oponibilidade a terceiros não pode, efetivamente, prescindir do registro imobiliário, conforme agora exige a lei em vigor, a qual conformou as relações negociais abrangidas pelas normas referidas ao próprio sistema jurídico, pois o registro do contrato aludido sempre foi tido como requisito para prevalência do direito do comprador em relação a outro particular que tivesse, eventualmente, adquirido direito sobre o mesmo bem, com adoção das cautelas necessárias para tanto, inclusive no tocante à certificação das condições do registro imobiliário do imóvel e efetivação do registro do próprio negócio jurídico firmado. Neste sentido, já ensinava Arruda Alvim, referenciando Francisco Loureiro (ALVIM, 2019):

No mesmo sentido, Loureiro (2018, p. 1.443): “[...] A única e relevante diferença entre ambas as situações - contrato registrado e sem registro - é a oponibilidade perante terceiros. Se o imóvel tiver sido alienado nesse meio tempo a terceiro

de boa-fé, que obteve o registro, o promitente comprador sem título registrado terá direito apenas de exigir do promitente vendedor a devolução do preço, mais perdas e danos, mas não a sentença substitutiva da escritura de venda e compra. Se o contrato estiver registrado, produz efeito *erga omnes* e impede a disposição e a criação de direito real [ou de direito meramente obrigacional] antagônico.

Como visto, a lei em referência buscou proteger a boa-fé, assim considerada como expressão de dever objetivo de todas as partes envolvidas nas relações negociais em referência, e o fez inspirada em compreensões necessárias acerca dos reflexos econômicos que o direito naturalmente tem, de sorte a preservar a higidez do mercado imobiliário como um todo, no interesse subjacente da coletividade.

A partir do suporte normativo introduzido pela Lei nº 13.097/2015, e tendo-se em conta que a consecução da função econômica e social do crédito imobiliário depende da regular circulação dos ativos financeiros utilizados na execução dos empreendimentos respectivos, em uma relação jurídica que envolve o agente financeiro e o tomador de financiamento para a produção e posterior comercialização das unidades habitacionais construídas, não restam dúvidas de que o adequado deslinde de questões litigiosas em que antes se aplicava, pura e simplesmente, a Súmula 308 do STJ, para desconstituir garantias legitimamente constituídas, com vistas a beneficiar o promitente comprador de imóvel hipotecado, somente será viável, doravante, com adequada e racional justiça, a partir de uma visão consequencialista do Direito, que leve em conta a sobreposição da lei nova em relação ao entendimento jurisprudencial erigido em contexto normativo e social diverso.

É que a análise econômica do Direito, tão estimulada no mundo atual, não permite ao intérprete desconsiderar os efeitos da execução ou da inexecução do contrato para além da esfera jurídica das partes litigantes, devendo ser considerado e ponderado, também, no amplo ambiente do sistema econômico e social no qual tais efeitos repercutirão, as consequências do quanto decidido, com vistas a preservar a realização da função do crédito no interesse coletivo, pois, como ensina Luciano Benetti Timm (BENETTI e DRUCK, 2008, p. 217):

A lei fundamental da oferta e da procura, ainda que imperfeita em alguns mercados, existe. Quanto maior a oferta de crédito, menor tende a ser o preço do dinheiro (juros). A oferta de crédito habitacional tende a aumentar, com os necessários e típicos incentivos dentro de um sistema de mercado, o que significa, sobre ótica jurídica, se aumentarem os mecanismos de cumprimento e eficácia dos contratos, especialmente das garantias. Realisticamente, o que o Poder Judiciário pode oferecer aos agentes econômicos (e à sociedade, portanto) são decisões previsíveis, ágeis, que garantam aos investidores o respeito à lei e ao contrato e um rápido acesso às garantias, em caso de inadimplemento.

Nesse mesmo sentido, analisando estas questões alusivas à necessidade de previsibilidade e segurança jurídica dos contratos e seus efeitos práticos, no sistema imobiliário, adverte Gustavo Loyola que “aumentar o custo de contratar significa, em última análise, reduzir o volume de transações, o volume de contratos e/ou encarecer os contratos. Vale dizer, nesse caso específico, reduzir o montante de crédito imobiliário e/ou encarecer o crédito imobiliário” (LOYOLA, 2005, P 174). É precisamente isso que a novel legislação visou evitar, em uma perspectiva de análise econômica do Direito.

3.1 Premissas fáticas que levaram à criação da Lei nº 13.097/2015 e seus escopos

Corroborando o quanto aqui sustentado, no sentido de que a Lei nº 13.097/2015 teve o condão de superar o entendimento sufragado pela Súmula 308 do STJ, em uma situação clara de *overriding*, sobre o que serão tecidas algumas considerações mais adiante, convém observar alguns trechos da exposição de motivos que fundamentou o encaminhamento, ao Congresso Nacional, da MP 656/2014, que acabou sendo convertida na Lei antes citada. Senão, veja-se:

O Projeto de Medida Provisória visa também adotar o princípio da concentração de dados nas matrículas dos imóveis, mantidas nos Serviços de Registro de Imóveis.

Atualmente, a operação de compra e venda de um imóvel é cercada de assimetria de informação. De

um lado, o vendedor tem informações mais precisas sobre sua própria situação jurídica e financeira e sobre a situação física e jurídica do imóvel. Do outro lado, o comprador e o financiador não possuem, de pronto, essas informações, devendo buscá-las em fontes fidedignas.

Os registros cartorários constituem-se em uma das mais importantes fontes de informação sobre a condição jurídica do imóvel, do vendedor e do comprador. Lamentavelmente, no Brasil, essa informação está dispersa em diversos tipos de cartórios e por toda a extensão do País.

Por exemplo, consideremos o caso de um vendedor que morava em outro estado e lá sofria uma ação de natureza trabalhista. A informação da existência dessa ação, de maneira geral, só estará disponível no cartório judicial da comarca onde ele residia ou onde constava a sede da sua empresa.

Assim, para ter certeza da segurança jurídica da operação, o comprador deveria realizar consultas a diversos cartórios e órgãos públicos, inclusive fora da localidade onde o imóvel de interesse se localiza.

Seja pelo custo de realizar a totalidade das citadas consultas, seja pelo tempo que seria despendido para sua efetivação, ou ainda pela inexequibilidade de tal medida, os potenciais compradores dos imóveis e mesmo as instituições financeiras que os financiam e, conseqüentemente, os utilizam como garantia ao financiamento concedido, restringem-se, na grande maioria das vezes, a realizar consultas nos órgãos que guardam uma relação geográfica mais próxima com o imóvel.

Ou seja, por desconhecimento ou economicidade, os agentes deixam de trabalhar com a totalidade das informações necessárias para aferir o risco e, conseqüentemente, o efetivo preço da transação e as consolidam com um "vácuo informacional", que possibilita, no futuro, a contestação ou reversão da operação. A concentração dos atos na matrícula do imóvel pode ajudar na mitigação deste "vácuo informacional".

Trata-se de procedimento que contribuirá decisivamente para aumento da segurança jurídica dos negócios, assim como para desburocratização dos procedimentos dos

negócios imobiliários, em geral, e da concessão de crédito, em particular, além de redução de custos e celeridade dos negócios, pois, num único instrumento (matrícula), o interessado terá acesso a todas as informações que possam atingir o imóvel, circunstância que dispensaria a busca e o exame de um sem número de certidões e, principalmente, afastaria o potencial risco de atos de constrição oriundos de ações que tramitem em comarcas distintas da situação do imóvel e do domicílio das partes. (...)

A urgência se extrai, em síntese, do disposto no parágrafo anterior, qual seja, a necessidade da adoção de uma alteração estrutural na metodologia de análise de crédito que em muito pode contribuir para mitigar a insegurança informacional hoje existente e que precisa ser tomada o quanto antes, de forma que se dissemine entre os agentes e que estes promovam os ajustes necessários a sua plena adoção. A urgência também se justifica pelo atual momento por que passa a economia brasileira, de menor entusiasmo quanto ao futuro e com carência na visualização de medidas estruturantes, que lhes antevejam melhorias que possam auxiliar na retomada do crescimento a taxas mais robustas.” (sem grifos no original)

Como se vê, a intenção do instrumento normativo proposto e aprovado pelo Congresso Nacional era, precisamente, atribuir segurança jurídica aos negócios entabulados entre o banco e as construtoras, e entre estas e os adquirentes das unidades habitacionais em produção, segurança esta que não existia, ante a aplicação indiscriminada da Súmula 308 do STJ, que tinha o condão, ao final e ao cabo, de tornar mais onerosas as operações de financiamento da construção civil, com aumento considerável do *spread* bancário, na medida em que as garantias ofertadas para assegurar o retorno do mútuo concedido se tornavam imprestáveis, pela simples oposição de um contrato de promessa de compra e venda, sem registro, ou firmado após a constituição da hipoteca incidente sobre o imóvel a ser adquirido.

Agora, com a vigência das normas antes transcritas, conforme ensina Franco Musetti, prestigiu-se a publicidade registral,

em matéria de crédito, proporcionando uma dupla segurança, eis que se confere eficácia aos direitos do credor, ao mesmo tempo em que se assegura conhecimento ao adquirente, eliminada a assimetria de informação antes existente, que era observada no contexto de criação e aplicação da Súmula 308 do STJ (GROTTI, 2015, p. XX). Por isso mesmo, se faz necessário reconhecer que a indigitada súmula foi superada, não podendo mais pautar os julgamentos dos casos que envolvam a discussão referente à oponibilidade, ou não, do contrato de promessa de compra e venda à hipoteca anteriormente constituída sobre o imóvel em construção.

3.2 Superação da Súmula 308 do STJ – *Overriding*

Com efeito, tem-se, aqui, o que os doutrinadores convencionaram chamar de *overriding*. Sem tradução conferida pela doutrina, “este é o nome dado à adequação de um precedente a uma nova realidade jurídica, a qual pode ter sido modificada pela superveniência de uma regra ou um princípio legal” (NEVES, 2016, p. 1820).

Ao explicar as distinções entre as técnicas de superação de precedentes (*overruling*, *distinguishing* e *overriding*), à luz do novo CPC, tendo-se em conta, especialmente, o princípio da segurança jurídica, Fredie Didier ensina que:

Há aproximação, porém não identidade; trata-se de técnicas distintas. Verifica-se que, ao passo que no *distinguishing*, uma questão de fato impede a incidência da norma, no *overriding* é uma questão de direito (no caso, um novo posicionamento) que restringe o suporte fático. Ou seja, no primeiro são os fatos materialmente relevantes do novo caso concreto que afastam o precedente, por não terem sido considerados quando da sua formação, enquanto que, no segundo, o afastamento é decorrente de um novo entendimento; portanto, de um elemento externo à relação jurídica discutida. (DIDIER, 2015, p. 507)

Esta é, precisamente, a situação aqui tratada, em que a Súmula 308 do STJ perdeu sua sustentação jurídica na medida em que foi promulgada uma lei nova que, visando corrigir uma falha de mercado grave, com efeitos deletérios para toda a soci-

idade, na medida em que tornava mais oneroso o financiamento da construção civil, no Brasil, buscou assegurar proteção equilibrada a todas as partes envolvidas nas relações contratuais que se estabelecem ao longo da cadeia produtiva de um empreendimento habitacional.

Agora, todas as partes envolvidas nas relações jurídicas referidas sabem, com racional nível de previsibilidade e segurança jurídica, se os direitos reais constituídos sobre os imóveis em produção serão, ou não, eficazes, e em que medida.

E o que se exige do adquirente de uma unidade habitacional, vale registrar, não é nada mais do que o cuidado elementar de verificar, na matrícula do imóvel, se há, ou não, a constituição de uma hipoteca, ou qualquer outro tipo de ônus, respeitando e dando efetividade, assim, à função “declaratória preventiva” da inscrição imobiliária, conforme expressão utilizada por Afrânio de Carvalho (1976, p. 149). Se não houver gravame algum vinculado ao imóvel, o registro do contrato de promessa de compra e venda no CRI dará segurança, ao promitente comprador, quanto à futura aquisição do imóvel, livre e desembaraçado. Se, do contrário, houver gravame, saberá o adquirente, adredemente, que o direito que ele está adquirindo está sujeito aos ônus previstos, não se podendo alegar surpresa, nem quebra da boa-fé, se futuramente lhe for oposta, por exemplo, a hipoteca cuja baixa demande o pagamento da dívida vinculada ao imóvel.

Veja-se, aliás, que a própria jurisprudência do STJ, a qual baseou e se baseou na Súmula 308 daquela Corte, sempre reconheceu que o adquirente do imóvel integrante de empreendimento habitacional financiado por instituição financeira, embora não estivesse submetido à hipoteca constituída, como garantia da dívida total da construtora, era responsável pelo pagamento da dívida correspondente, de forma proporcional, à própria unidade adquirida.

E o pagamento desta dívida era *conditio sine qua non* para a liberação do ônus que gravava o imóvel. Neste sentido, veja-se a premissa maior do entendimento que se consolidou e vinha sendo seguido, antes da edição da Lei nº 13.097/2015, o qual está expresso no já citado precedente do ERESP 415667/SP⁴:

Assim, nas hipóteses em que a hipoteca é instituída pelo vendedor do imóvel (normalmente a

⁴ (STJ - EREsp 415667 SP, Rel. Ministro CASTRO FILHO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 26/05/2004, DJ 21/06/2004)

construtora e/ou incorporadora) em favor da instituição financeira, como forma de financiamento do próprio empreendimento imobiliário, havendo repasse de recursos do Sistema Financeiro da Habitação, prevalece o direito de propriedade do imóvel por parte do comprador que, perante a instituição financeira, só responde até o valor do seu débito.

O que mudou, com o advento da Lei nº 13.097/2015, é que agora, com a instituição do princípio da concentração dos atos constituidores de direitos reais na matrícula do imóvel, o adquirente de uma unidade habitacional saberá, no exato momento em que firmar o contrato de promessa de compra e venda do bem, que existe uma hipoteca gravando o empreendimento, cabendo a ele, portanto, proceder aos pagamentos devidos, relativamente à compra do bem, diretamente ao Banco, ou à construtora, com anuência deste, pois assim não haverá risco de que os valores relativos à quitação do imóvel, e que devem se destinar, prioritariamente, à liquidação das parcelas do mútuo que viabilizou a construção do empreendimento, venham a ter destinação diversa, em prejuízo da instituição financeira.

Na esteira do quanto aqui sustentado, relativamente à caracterização do *overriding*, com a superação da Súmula 308 do STJ pela Lei nº 13.097/2015, não se pode desconhecer que o direito é dinâmico e caminha sempre a reboque do fato social. A lição clássica de Reale, segundo a qual direito é fato, valor e norma (REALE, 1994, p. 73), não pode ser ignorada a ponto de se olvidar que a evolução legislativa, no sistema do *civil law*, impõe a revisão dos precedentes jurisprudenciais firmados, sempre que a nova ordem jurídica estabelecida impuser superação aos pressupostos, de fato ou de direito, que fundamentaram a formação do entendimento firmado pelos Tribunais sobre determinados temas, por mais consolidada que seja a jurisprudência.

E é precisamente isso que se tem no caso em debate, tornando necessário refutar a irrefletida aplicação da indigitada Súmula 308, para solução das contendas que versam sobre a temática em questão, visto que, atualmente, tem-se uma norma legal, *stricto sensu*, com caráter vinculante e *erga omnes*, portanto, que estabeleceu critérios diversos para resolução de controvérsias da espécie.

4 Impactos da Lei nº 13.097/2015 e perspectivas para a solução jurídica das lides que versam sobre o tema abordado na Súmula 308 do STJ

Como já visto alhures, o que se tinha antes da Lei nº 13.097/2015 era uma proteção assimétrica exclusiva do adquirente das unidades habitacionais em produção, que era incompatível, inclusive, com o dever do homem médio de se informar para proteger seus próprios interesses em relação ao produto que adquire, como prevê o art. 6º, III, do CDC, o qual agora está em consonância com o princípio da fé pública registral, encampado no art. 54 da Lei nº 13.097/2015, que protege e beneficia exatamente o homem médio, porquanto simplifica a diligência necessária à avaliação dos riscos do contrato por meio do qual se pretende adquirir o domínio do imóvel em construção.

A ordem jurídica anterior, em que se tinha a aplicação indiscriminada da Súmula 308 do STJ, agora superada pela Lei nº 13.097/2015, conforme já se demonstrou, permitia que construtoras mal-intencionadas comercializassem todos os imóveis do empreendimento em construção sem pagar as parcelas do mútuo contraído para viabilizar as obras respectivas, e como a hipoteca que garantia a operação de financiamento do empreendimento era tida por ineficaz, em relação aos adquirentes dos imóveis, quem ficava no prejuízo era o banco, o que contrariava, frontalmente, aquilo que se espera em um mercado saudável, pois, conforme os escólios do Ministro Luis Salomão, do E. STJ:

A análise econômica do direito aposta no efetivo cumprimento dos contratos de financiamento de imóveis, por exemplo, como pressuposto para o sucesso do sistema como um todo. A satisfação de cada um dos pactos celebrados entre financiadores e financiados, individualmente considerados, é requisito para que o sistema evolua e garanta o beneficiamento de outros tantos sujeitos, de toda coletividade interessada (STJ - REsp 1.163.283-RS, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, DJe 4.5.2015).

E os efeitos deletérios que as falhas de mercado aqui analisadas geravam, pela indiscriminada aplicação da Súmula 308 do STJ, que frustrava as legítimas expectativas dos agentes financeiros, na recuperação de seus créditos, não constituem meras alegorias argumentativas, mas fato concreto e já comprovado,

mutatis mutandis, pela queda vertiginosa que a oferta de crédito imobiliário sofreu, em meados da década de 1980, quando as contratações despencaram a cerca de 10% do volume observado alguns anos antes, precisamente em razão das contendas multitudinárias surgidas em torno dos critérios de execução dos contratos de mútuo firmados.

Agora, portanto, com o advento da Lei nº 13.097/2015, nem o banco, nem o adquirente amargarão mais prejuízos, pois ambos estão sujeitos às mesmas cautelas, no momento das respectivas contratações (do financiamento da construção e da promessa de compra e venda do imóvel), superando-se a assimetria de informações que conduzia à falha de mercado antes retratada.

Vale notar, a propósito, que a necessidade de superação da Súmula 308 do STJ já vinha sendo apontada pela doutrina mesmo sem a abordagem acerca do suporte legislativo aqui referenciado. Ou seja, se apontava a obsolescência da referida súmula pela própria evolução do contexto fático em que ela estava inserida, e pelas consequências que ela vinha gerando, conforme adverte Andressa Nakayama (NAKAYAMA, 2021) no artigo que a seguir se transcreve, em parte:

Num fluxo padrão de crédito, a liberação da hipoteca concedida em favor do agente financiador ocorre em etapas: primeiro, a incorporadora deve prestar informações de comercialização das unidades ao agente financiador para que este, então, lhe informe sobre o valor mínimo de desligamento da garantia (VMD).

Com o pagamento do VMD pela incorporadora, esta assegura ao adquirente a entrega da unidade livre e desembaraçada de ônus, conforme prometido no contrato de compra e venda, uma vez que o agente financiador amortizará o financiamento tomado e concordará com a liberação da hipoteca.

Contudo, a aplicação desmedida da Súmula 308 do STJ, sem a visão integrada com os impactos no mercado de crédito, tem prejudicado essa dinâmica, sobretudo na hipótese de aquisição do imóvel já hipotecado ao banco, pois, ao retirar a eficácia *erga omnes* do gravame (...), os tribunais têm *desconstituído a garantia real que a princípio havia sido licitamente pactuada*.

Justamente esse esvaziamento da garantia hipotecária tem ensejado prática inesperada por par-

te de muitas incorporadoras, que se valem do enunciado sumular a seu favor e de má-fé para inadimplir com suas obrigações.

Explico. É comum os agentes financiadores desse setor, crendo na boa-fé contratual das financiadas, acabarem se vendo num cenário em que são obrigados a liberar suas garantias sem mesmo terem recebido os recursos correspondentes.

Isso acontece pois, grande parte das vezes, as incorporadoras que agem de má-fé se valem da aplicação da Súmula 308 a seu favor e deixam de fornecer as informações sobre a comercialização das unidades, descumprindo uma de suas obrigações contratuais e *impossibilitando a cobrança do valor mínimo de desligamento (VMD) ou dos recebíveis pelo banco.*

Ou seja, utilizam-se da súmula para uma prática injusta e imoral de desvio de valores. Pois é claro: se no fim do dia o banco será obrigado a liberar a hipoteca em favor do adquirente mesmo se não houver o pagamento do respectivo VMD, por qual motivo a incorporadora que age de má-fé irá informar sobre a comercialização da unidade, sobre a entrada de recursos em caixa? E como a instituição financeira cobrará um crédito sem ter ciência sobre a realização da venda da unidade, já que não participa do contrato consumerista de compra e venda e a responsável pelo repasse de informações se omite? (...)

Dessa forma, notório que a Súmula 308, ao impactar no crédito imobiliário, mascara uma falha do mercado e, ao invés de tutelar o adquirente, no fim das contas, onera-o. Assim como onera os agentes financiadores do setor.

O caminho para a devida proteção do adquirente-consumidor é certamente mais complexo do que aquilo que se pretendeu com a súmula, demandando um nível maior e mais justo de *responsabilização dos players corretos*, visando a *fomentar a transparência da incorporadora junto ao adquirente* e a *disseminação da educação imobiliária no país*. Até mesmo porque, de 2005 (ano de edição da súmula) para 2021, com o avanço da tecnologia, é inegável que o acesso à informação se tornou mais fácil e o perfil do consumidor já não pode mais ser considerado o mesmo e tão fragilizado quanto antes.

Outrossim, em virtude dos desequilíbrios promovidos pela aplicação da Súmula 308 do STJ e seu descompasso com a efetiva proteção do consumidor somado a seus efeitos negativos no mercado de crédito, conclui-se pela necessidade de superá-la. Com esperança de que haja o reforço na responsabilização das incorporadoras que agem de má-fé, a implementação de medidas que ataquem as falhas do mercado imobiliário e assegurem um efetivo arcabouço jurídico para recuperação do crédito, aliado à segurança e idoneidade das garantias ofertadas licitamente, culminando, em via transversa, na redução do *spread* bancário brasileiro e do preço da oferta que chega ao consumidor”.

Perceba-se, portanto, que a observância das regras instituídas pela Lei nº 13.097/2015 é imperativo de proteção ao próprio mercado, incluindo os adquirentes dos imóveis em construção, e a superação de precedentes jurisprudenciais, inclusive os sumulados, não é uma novidade no direito, e serve exatamente para viabilizar a oxigenação e a evolução do ordenamento jurídico. Se, por um lado, as súmulas dos Tribunais visam padronizar e dar segurança às relações jurídicas que se estabelecem entre os particulares, e também entre estes e o Estado, por outro não se pode ignorar que elas não podem ter o condão de engessar a evolução do direito, e no sistema da *civil law*, adotado no Brasil, vigora o império da Lei, que se sobrepõe a entendimentos jurisprudenciais, e somente pode deixar de ser observada se houver reconhecimento de sua revogação ou pecha de inconstitucionalidade, o que nem de longe se cogita no caso vertente.

Recentemente, inclusive, a nova Lei de Licitações trouxe uma inovação ao ordenamento jurídico pátrio que ensejou a superação da consagrada Súmula 473 do STF, conforme dá notícia o professor Marçal Justen Filho (2021, p. 1550), ao dizer:

Deve-se destacar que deixou de existir respaldo normativo para a Súmula 473 do STF. Assim, se passa ao menos no âmbito das licitações e contratações administrativas. A orientação exposta na referida Súmula é incompatível com o regime jurídico consagrado pela lei 14.133/2021.

A própria Lei nº 11.417/2006, que regula a edição, a revisão e o cancelamento de súmula vinculante, no âmbito do STF, pre-

vê expressamente, em seu artigo 5º, que o advento de base normativa nova enseja a revisão ou o cancelamento até de súmula vinculante, quando perdido o suporte legal que lhe motivou.

Como se vê, portanto, não se pode ignorar que o advento de lei nova, que retira de uma súmula comum o seu suporte legal, tem o condão de superar a força vinculatória da súmula, como se dá, inclusive, quando uma lei é revogada por outra de forma tácita, porquanto mais recente ou especial, e que regula de maneira diversa determinado tema jurídico.

Por isso mesmo, não é razoável que se pretenda que a Lei nº 13.097/2015 seja solenemente ignorada, com a manutenção irrefletida da aplicação da Súmula 308 do STJ, para a solução, de forma simplória, das lides deduzidas em Juízo.

A partir da observância do artigo 54, § 1º, c/c artigo 55, da Lei nº 13097/2015, necessário se faz distinguir os elementos que permeiam o caso concreto, para então decidir se há, ou não, embasamento jurídico para o acolhimento de pretensões relativas à desconstituição de hipotecas incidentes sobre unidades habitacionais integrantes de empreendimentos, cuja construção foi financiada por agente financeiro.

E se o contrato de promessa de compra e venda tiver sido firmado posteriormente à constituição da hipoteca devidamente averbada, ou não tiver sido registrado no CRI, ainda que firmado anteriormente a ela, não será mais possível reconhecer, como se fazia quando a Súmula 308 do STJ era aplicada indistintamente, o direito à desconstituição do ônus que grava o imóvel, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade, base fundamental do estado democrático de direito.

Eis, pois, a perspectiva que se tem para a solução jurídica dos litígios que envolviam, anteriormente, a mera aplicação da Súmula 308 do STJ, que agora não poderá mais ser evocada, sob pena de se estar julgando as demandas em questão *contra legem*.

Neste sentido, convém rememorar, com alguns apontamentos ilustrativos que visam auxiliar na interpretação da norma em alusão, o que dizem os artigos da Lei nº 13.097/2015 que versam sobre a discussão proposta, e que, segundo o que aqui se sustenta, tiveram o condão de superar o entendimento sufragado na Súmula 308 do STJ, também a seguir transcrita:

“Súmula 308 do STJ: A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e

venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel”

Lei 13.097/2015:

Art. 54 - § 1º Não poderão ser opostas situações jurídicas não constantes da matrícula no registro de imóveis (**leia-se: contrato de compra e venda não registrado no CRI**), inclusive para fins de evicção, ao terceiro de boa-fé que adquirir ou receber em garantia direitos reais sobre o imóvel (**leia-se: o banco que financiar a construção do empreendimento e constituir, em garantia da operação de crédito, hipotecas sobre os imóveis em construção**), ressalvados o disposto nos art. 129 e art. 130 da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, e as hipóteses de aquisição e extinção da propriedade que independam de registro de título de imóvel.

Art. 55. A alienação ou oneração de unidades autônomas integrantes de incorporação imobiliária, parcelamento do solo ou condomínio edilício, devidamente registrada (**leia-se: a hipoteca devidamente registrada no CRI**), não poderá ser objeto de evicção ou de decretação de ineficácia, mas eventuais credores do alienante (**leia-se: os adquirentes do direito à compra do imóvel, depois de construído**) ficam sub-rogados no preço ou no eventual crédito imobiliário, sem prejuízo das perdas e danos imputáveis ao incorporador ou empreendedor, decorrentes de seu dolo ou culpa, bem como da aplicação das disposições constantes da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 .

Tais dispositivos legais são aqui apresentados como fundamento do direito do agente financeiro à preservação da higidez da garantia real constituída sobre o imóvel integrante de empreendimento imobiliário, sempre que devidamente averbado o gravame, na matrícula do imóvel, com o que se deve repelir, à luz dos princípios da legalidade, segurança jurídica e boa-fé, pretensões fulcradas, exclusivamente, na Súmula 308 do STJ.

Ao julgar demandas em que se postule, portanto, a desconstituição de hipoteca incidente sobre imóvel objeto de promessa de compra e venda, não poderá o julgador, de forma simplória, solucionar a lide com a aplicação da súmula em referência, notadamente quando a defesa da instituição financeira arguir, adequadamente, a tese aqui debatida.

Neste sentido, não se pode olvidar que o NCPC passou a exigir, de forma expressa, que a decisão judicial, especialmente aquela que tem o escopo de resolver a lide, seja efetivamente fundamentada, assim não se considerando a decisão que “não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”, bem assim aquela que “se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos” (art. 489, § 1º, incisos IV e V, do CPC).

Como visto, portanto, é necessário que o julgamento das lides em referência se dê com base na legislação em vigor, que teve o condão de superar o entendimento sumulado pelo STJ, no verbete 308, que, aliás, já padecia, internamente, de conflito axiológico exegético, posto que o verbete 375 daquela mesma Corte, aprovado quatro anos depois, privilegiava o registro como requisito elementar para sobreposição de um direito anterior sobre o posterior. Ou seja, enquanto a Súmula 308 presumia boa-fé, independentemente de registro do negócio jurídico de alienação de imóvel, a 375⁵ erigia o registro à condição de essencialidade que ele deve efetivamente ter, de sorte a garantir segurança jurídica *erga omnes*, no interesse da coletividade, e não de um único particular.

De fato, aprimorando a segurança do mercado imobiliário, com a perspectiva das implicações econômicas que o Direito origina, para o bem, ou para o mal, a Lei nº 13.097/2015 instituiu um dever que se impõe a todos: a necessidade de ser diligente, de agir de boa-fé, agir este que se impõe como um dever de uma atuação diligente (DINIZ, 2014, p. 418), isto é, não só no sentido de não demorar em agir, mas, sobretudo, no sentido de ser cuidadoso para com seus negócios, tendo mínimas cautelas, pois “a má-fé corporifica-se através de comportamento descuidado, indiligente e cercado de inescusável incúria, não se cogitando de dolo para sua caracterização”⁶.

Nesta linha de raciocínio, o principal desiderato da Lei nº 13.097/2015, em seus artigos 54 e 55, foi ampliar a segurança

⁵ SÚMULA nº 375 do STJ: O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente.

⁶ TJ-SP - AI: 21082268020148260000 SP - 2108226-80.2014.8.26.0000, Relator: Francisco Casconi, Data de Julgamento: 19/08/2014, 31ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 22/08/2014).

jurídica nas transações imobiliárias, com forte apreço à boa-fé exigida de todos os partícipes das relações negociais entabuladas ao longo da cadeia produtiva de um empreendimento imobiliário, de sorte a sanar uma falha de mercado grave, advinda da irrefletida aplicação da Súmula 308 do STJ, conforme já dito alhures, razão pela qual não se pode mais admitir que a boa-fé seja evocada como um espectro apenas do que ela pressupõe (diligência), para desconstituir atos averbados ou registrados no CRI, e de cujo conhecimento ninguém pode se eximir, dada a presunção de publicidade inerente aos atos de registro público.

A partir da novel legislação, portanto, o registro imobiliário afasta, *ipso facto*, a “boa-fé” daquele que, contra o registro, alega um direito, em prejuízo do direito alheio. Deixou de se admitir como legítima, por conseguinte, a presunção de boa-fé contra o registro. Esta é a opção clara do ordenamento jurídico pátrio, que precisa ser respeitada, inclusive porque “ninguém pode se escusar de cumprir a lei, por alegar desconhecê-la”⁷, e quem compra um imóvel, ou subscreve contrato preliminar com este objetivo, deve saber de sua obrigação elementar de análise do bem sob o aspecto registral.

A “boa-fé”, portanto, não pode ser apanágio para tudo, muito menos para justificar a incúria geradora de prejuízos a outrem, e é por isso que os artigos 54 e 55 da Lei nº 13.097/15 são claríssimos no sentido de que a oneração das unidades autônomas de empreendimento imobiliário, devidamente registrada, não poderá ser objeto de decretação de ineficácia. *In claris cessat interpretatio!*

Ao fim, cumpre advertir, por dever de ofício, que a matéria aqui tratada ainda não foi amadurecida, sob a perspectiva ora apresentada, pelos Tribunais pátrios, notadamente no âmbito da Justiça Federal. Ao que se pode constatar, embora se tenham ainda alguns julgados aplicando a Súmula 308 do STJ, mesmo depois da vigência dos novos dispositivos legais já citados, em tais casos não houve o enfrentamento da tese jurídica aqui apresentada, seja pela ausência de prequestionamento nas instâncias originais, relativamente às normas da Lei nº 13.097/2015, seja porque os referidos casos versavam sobre contratos firmados antes da vigência da indigitada lei.

Sem embargo disso, vale trazer à baila, pela precisão dos fundamentos expostos, decisão de juiz federal que, com perspi-

⁷ Art. 3º da Lei de Introdução às normas do direito Brasileiro – Dec-Lei nº 4.657/42.

cácia, aplicou de forma adequada a solução jurídica que se defende pertinente, empôs a edição da Lei nº 13.097/2015, para casos em que se busca a desconstituição de hipoteca com base, apenas, na aplicação da Súmula 308 do STJ. Veja-se:

Embora até o presente momento este juízo tenha acolhido os fundamentos consolidados no verbete sumular apontado (súmula 308), o advento do art. 55 da Lei n.º 13.097/2015 demonstrou, inequivocamente, que o referido raciocínio está superado, tendo em vista que o legislador, ciente do contexto fático e econômico que permeia as alienações de unidades autônomas integrantes de incorporações imobiliárias, expressamente dispôs em sentido contrário, valorizando a averbação do compromisso de compra e venda como ato de boa-fé que preserva a segurança jurídica das relações negociais.

É dizer, houve superação da jurisprudência firmada por consciente e inequívoca opção legislativa, sem indícios de inconstitucionalidade que possam macular sua validade formal e material.

A Lei n.º 13.097/2015, no que interessa especificamente à eficácia da hipoteca de unidades autônomas perante adquirente, dispôs que:

Art. 55. A (...) oneração de unidades autônomas integrantes de incorporação imobiliária (...), devidamente registrada, não poderá ser objeto de (...) decretação de ineficácia, mas eventuais credores do alienante ficam sub-rogados no preço ou no eventual crédito imobiliário, sem prejuízo das perdas e danos imputáveis ao incorporador ou empreendedor, decorrentes de seu dolo ou culpa, bem como da aplicação das disposições constantes da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.

Da redação do dispositivo, extrai-se que não se pode decretar a invalidade da oneração das unidades (hipoteca) que foi devidamente registrada - como era a orientação jurisprudencial fixada na súmula n.º 308 do Superior Tribunal de Justiça. Pelo contrário, os eventuais credores do alienante, no caso a CEF, ficam sub-rogados no preço do crédito imobiliário, podendo cobrar diretamente do adquirente tal crédito (limitado ao preço do bem

imóvel pago) ou dar início aos atos judiciais de expropriação. O adquirente, por sua vez, presuntivamente ciente do direito real que recai sobre o imóvel, deve pagar ao credor hipotecário, nos termos do art. 346, inciso II, do Código Civil sub-rogando-se, de pleno direito em tal crédito, podendo, da mesma forma, ajuizar ação regressiva em face do alienante, acaso pague duas vezes, ou mesmo, denunciar à lide para exercer, no mesmo processo, os direitos de que a evicção lhe resultar, acaso não pague, nos termos do art. 125, inciso I, do Código de Processo Civil.

Assim, embora pela redação do dispositivo seja eficaz a hipoteca registrada em face dos eventuais adquirentes, fica sua responsabilidade limitada ao preço pago pelo bem imóvel, acaso ainda não tenha sido pago.

No momento da aquisição, a autora recebeu a escritura do imóvel com o gravame regularmente registrado na matrícula individualizada. Nessa linha, o registro na matrícula do imóvel da hipoteca firmada com o agente financeiro acarreta presunção absoluta de conhecimento por terceiros, que não mais podem se intitular “de boa-fé” no sentido de desconhecer a garantia que pesa sobre o bem imóvel adquirido. Ao adquirir imóvel gravado de hipoteca registrada, ao adquirente abre-se três possibilidades: a) abandonar o imóvel hipotecado, notificando o alienante e o devedor, nos termos do art. 1.479 e 1.480 do Código Civil, para depois pleitear perdas e danos contra o devedor; b) remi-lo, citando os credores hipotecários e propondo importância não inferior ao preço pelo qual adquiriu o bem, tendo por base o art. 1.481 do Código Civil; ou c) depositar os valores em juízo e propor ação de consignação em pagamento, havendo mora do credor hipotecário no recebimento. Não há a opção de permanecer na propriedade do imóvel, sem quitar a hipoteca, desconsiderando o ônus real que recai sobre ele.

Nota-se, assim, que a hipoteca regularmente pactuada e levada a registro sujeita o bem dado em garantia, por vínculo real ao cumprimento da

obrigação (art. 1.419 do Código Civil). Da mesma forma, a alienação do imóvel hipotecado dispensa notificação do credor, em razão das prerrogativas de seqüela e preferência que acompanham a garantia. Ademais, nos termos do art. 1.488 do Código Civil, acaso o imóvel dado em garantia venha a ser fracionado, o ônus que recaía sobre a matrícula mãe poderá ser dividido entre as unidades autônomas, norma esta que, por si só, já demonstra estar o entendimento sumulado, há tempos, *contra legem*.

O Código Civil, por si só, já condensava normas suficientes para manter a validade da hipoteca no caso em apreço. Entretanto, a jurisprudência que fazia coro à súmula parecia as desconsiderar em nome de uma suposta 'boa-fé' do adquirente em conjunto com a inércia do agente financeiro em fazer uso dos instrumentos legais para cobrança. Apesar disso, o art. 55 da Lei n.º 13.097/2015, acima transcrito, previu de forma clara que o ônus real registrado não pode ser objeto de declaração de ineficácia, ao menos para os negócios avançados após sua vigência, devendo os eventuais credores do alienante ficar sub-rogados no preço do imóvel e cobrar dos adquirentes tão somente o valor do bem imóvel, e não a totalidade do crédito originário registrado na matrícula-mãe."⁸

Vê-se, portanto, que já há sinais de que a matéria aqui tratada deverá ter outro olhar, por parte da magistratura pátria, a partir da verticalização da análise acerca dos impactos que a novel legislação trouxe, em relação às lides outrora solucionadas com a mera aplicação da indigitada súmula do STJ.

Conclusão

Como se buscou demonstrar no curso deste artigo, a aplicação indiscriminada da Súmula 308 do STJ, que obrigava o agente financeiro a proceder à baixa de hipoteca constituída para garantia de operação de mútuo contratado para viabilizar a

⁸ Trecho de sentença proferida pelo MM Juiz Federal Paulo Cristovão de Araujo Silva Filho, da 2ª Vara Federal de Joinville/SC, no processo 5000770-88.2017.4.04.7201 – Sem grifos no original

construção de empreendimento habitacional, tão somente pelo fato de ter havido a promessa de compra e venda quitada do imóvel construído vinha gerando uma grave falha de mercado ensejadora, ao longo do tempo, de majoração do *spreed* bancário, em prejuízo de toda coletividade.

Embora o referido entendimento sumular tenha sido erigido com vistas a proteger a esfera jurídica do consumidor, adquirente do bem junto à construtora, deixava demasiadamente fragilizada a posição do agente financeiro fomentador da construção civil, no país, e a premissa jurídica utilizada na construção da jurisprudência subjacente, acerca do tema, visava prestigiar a boa-fé do promitente comprador do imóvel, mas acabava por ignorar a boa-fé do banco, que, ao conceder mútuo feneratício para a construção do empreendimento habitacional, confiava que teria garantia suficiente para lastrear o seu crédito e assegurar sua recuperação, a tempo e modo.

A assimetria informacional existente potencializava o desequilíbrio gerado nas relações jurídicas multifacetadas que eram estabelecidas, envolvendo a construtora, o adquirente do imóvel construído e o agente financeiro que financiava a construção das unidades habitacionais, pois nem sempre o banco conhecia a posição jurídica do promitente comprador, nem tampouco este detinha dados detalhados acerca da operação financeira estabelecida entre a construtora e o banco.

Este cenário, contudo, sofreu grande alteração a partir da edição da Lei nº 13.097/2015, a qual instituiu o sistema de concentração dos atos registrais na matrícula imobiliária, de sorte a dar segurança jurídica aos negócios envolvendo alienação de domínio de imóveis e outras transações relativas a direitos reais.

Em apertada síntese, pode-se dizer que a referida norma legal objetivou, em uma perspectiva necessária de análise econômica do direito, amenizar as falhas de mercado que tornavam absolutamente inseguras as relações jurídicas estabelecidas entre as construtoras, adquirentes de unidades imobiliárias e bancos, sem desconhecer que a proteção da boa-fé deve perpassar todas as esferas jurídicas envolvidas nos negócios jurídicos entabulados, e não apenas a parte hipossuficiente.

Com o advento da novel legislação, todos os atos inerentes às negociações imobiliárias devem estar gravados na matrícula do imóvel respectivo, de sorte a assegurar a publicidade das informações que tenham relevância jurídica, seja por implicar alienação de domínio, imposição de gravame ou qualquer afetação de direito real relativo ao bem.

Os artigos 54 e 55 da indigitada Lei, especialmente, em uma interpretação teleológica e sistemática, conduzem à constatação de que, doravante, não se pode mais aplicar, de forma simplória, a fórmula prevista na Súmula 308 do STJ, pois, quando o terceiro promitente comprador de imóvel na planta firmar seu negócio jurídico depois da constituição e averbação, no CRI, de hipoteca garantidora do recebimento do crédito do agente financeiro, relativo ao mútuo concedido para a construção do empreendimento habitacional, não poderá ele alegar boa-fé ao ter adquirido e pago pelo bem, para, com isso, buscar a desconstituição do gravame, em prejuízo do banco.

Pelo que foi exposto ao longo deste artigo, portanto, tem-se que o ordenamento pátrio promoveu inflexão deôntica (dever) e axiológica (valor) diversa àquela consubstanciada na Súmula 308 do STJ, que, indo de encontro às disposições legais posteriores (ab-rogação), restou por elas superada (*overriding*), não se prestando mais à solução das contendas a que antes se aplicava.

A norma inserida no ordenamento jurídico, que fez sucumbir o preceito sumular em questão, veio a lume em boa hora, e a sua efetiva aplicação, nas soluções das lides multitudinárias que versam sobre o tema em questão, será salutar na solução de uma grave falha de mercado que poderia, ao longo do tempo, trazer grandes danos ao próprio mercado imobiliário, porquanto algumas construtoras inescrupulosas vinham se valendo da referida súmula para descumprir suas obrigações junto aos bancos, notadamente quando na iminência de descontinuidade de suas atividades.

Pelas análises empreendidas ao longo desta exposição, pode-se concluir que a melhor exegese do direito posto, em homenagem ao princípio da legalidade, conduz à compreensão, de fato, de que a Súmula 308 do STJ não mais tem eficácia, sendo inservível como fonte do direito para a solução das contendas postas à apreciação judicial, relativamente ao tema em foco, e isso não implica, necessariamente, em retrocesso ao sistema de proteção jurídica do adquirente de imóveis na planta.

O que se tem, agora, é um equilíbrio nas posições jurídicas de todas as partes que integram a cadeia produtiva e de comercialização de imóveis, posto que tanto os agentes financeiros que fornecem o capital necessário à construção dos empreendimentos habitacionais, como os adquirentes das unidades em produção ou produzidas precisarão agir com cautela no momento de celebrar seus respectivos contratos, certificando, adredemente, qual a situação do imóvel, no CRI.

Sob a perspectiva do promitente comprador, bastará verificar se há hipoteca ou outro gravame incidindo na matrícula do imóvel, hipótese em que, ao adquirir o bem, deverá se cercar dos cuidados necessários quanto ao pagamento da contraprestação ajustada em face da alienação pretendida, posto que, na pendência da dívida da construtora junto ao banco, deverá o adquirente promover o pagamento devido à instituição financeira, ou à construtora, com anuência desta, de modo a evitar futuros dissabores decorrentes de inadimplência motivadora de óbice à baixa de hipoteca.

Espera-se, portanto, com o presente artigo, fomentar a discussão sobre o tema proposto, que se afigura deveras importante, dada a profusão de ações judiciais, cujas lides estão associadas às questões aqui tratadas.

Referências

ARRUDA, Alvim, *apud* LOUREIRO, Francisco Eduardo. **Súmula 621 do STF e 239 do STJ: contraste e filosofias que as inspiraram. Os arts. 1.417 e 1.418 do Código Civil.** Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/301185/sumula-621-do-stf-e-239-do-stj—contraste-e-filosofias-que-as-inspiraram—os-arts—1-417-e-1-418-do-codigo-civil>. Consultado em 11.04.22. Acessado em 14.01.23.

BRASIL. **Constituição Federal (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília/DF, 1988.** Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 07.01.23.

BRASIL. **Dec-Lei n. 4.657/42.** Brasília/DF, 1942. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm>. Acesso em: 07.01.23.

BRASIL. **Lei 8078/1990 - Código de Defesa do Consumidor.** Brasília/DF, 1990. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em: 07.01.23.

BRASIL. **Lei 10406/2002 - CC.** Brasília/DF, 2002. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 07.01.23.

BRASIL. **Lei 111417/2006.** Brasília/DF, 2006. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11417.htm>. Acesso em: 07.01.23.

BRASIL. **Lei 13.097/2015.** Brasília/DF, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13097.htm>. Acesso em: 07.01.23.

BRASIL. **Lei 13105/2015 - CPC.** Brasília/DF, 2015. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>

ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 07.01.2023

BRASIL. **Medida Provisória 656/2014**. Brasília/DF, 2014. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/mpv/mpv656.htm>. Acesso em: 07.01.23.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp 561807 GO**, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/03/2004, DJ 19/04/2004. Disponível em: <https://www.stj.jus.br>. Acesso em: 07.01.2023

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 415667 SP**, Rel. Ministro CASTRO FILHO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 26/05/2004, DJ 21/06/2004. Disponível em: <https://www.stj.jus.br>. Acesso em: 07.01.2023

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 296.453/RS**, Terceira Turma, Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, DJ de 03/9/01. Disponível em: <https://www.stj.jus.br>. Acesso em: 07.01.2023

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt nos EDcl no AgInt no REsp 1844770 / DF** - Relator(a) Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE - Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA - Data do Julgamento 08/02/2021 Data da Publicação/Fonte: DJe 12/02/2021. Disponível em: <https://www.stj.jus.br>. Acesso em: 07.01.2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.163.283-RS**, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, DJe 4.5.2015.

Disponível em: <https://www.stj.jus.br>. Acesso em: 07.01.2023

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 287.774/DF**, Quarta Turma, Relator o Ministro Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 2/4/01. Disponível em: <https://www.stj.jus.br>. Acesso em: 07.01.2023

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 409.076/SC**, Terceira Turma, Relatora a Ministra Nancy Andrighi, DJ de 9/12/02. Disponível em: <https://www.stj.jus.br>. Acesso em: 07.01.2023

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 329.968/DF**, Quarta Turma, Relator o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 4/2/02. Disponível em: <https://www.stj.jus.br>. Acesso em: 07.01.2023

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 308**. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/listar?categoria=18&subcategoria=180&assunto=533>. Acesso em: 07.01.2023

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 375**. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/busca?q=5%C3%BAmula+n%C2%BA+375+do+STJ>. Acesso em: 07.01.2023

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 473**. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/busca?q=5%C3%BAmula+n%C2%BA+473+stf>. Acesso em: 07.01.2023

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **AI: 210822680201482 60000 SP** - 2108226-80.2014.8.26.0000, Relator: Francisco Casconi,

Data de Julgamento: 19/08/2014, 31ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 22/08/2014. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/135195570/inteiro-teor-135195580>. Acesso em: 07.01.23.

BRASIL. TRF 4 – 2ª Vara Joinville. **processo 5000770-88.2017.4.04.7201**, juiz Paulo Cristovão de Araujo Silva Filho, julgamento em 25/4/2017, 2ª Vara de Joinville. Disponível em: https://eproc.jfsc.jus.br/eprocV2/externo_controlador.php?acao=principal&sigla_orgao_sistema=TRF4&sigla_sistema=Eproc&msg=Sua%20sess%E3o%20foi%20encerrada.%20Por%20favor,%20inicie%20uma%20nova%20sess%E3o. Acesso em: 07.01.23.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil** – vol. 2, 22. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CARVALHO, Afrânio de. **Registro de Imóveis**. Rio de Janeiro: Forense, 1. ed., 1976.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula S.; OLIVEIRA, Rafael A. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 10. ed. v.2. Salvador: JusPODIVM, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil** – vol. I. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2020.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado**, 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

ENCOL. In: WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. Flórida: Wikimedia Foundation, 2020. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Encol&oldid=59455321>. Acesso em: 07.01.23.

FÁBIO ROCHA PINTO E SILVA. **Garantias imobiliárias em contratos empresariais: hipoteca e alienação fiduciária**, Vol.1 da Coleção Pinheiro Neto Advogados, 1. ed., São Paulo, Almedina, 2014.

GOMES, Orlando. **Contratos**. Atualizadores Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Coord. Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 26. ed., 2007.

GROTTI, Franco Musetti. **Os efeitos da lei 13.097/15 na publicidade, na validade e na eficácia dos negócios imobiliários**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/216341/os-efeitos-da-lei-13-097-15-na-publicidade-na-validade-e-na-eficacia-dos-negocios-imobiliarios>. Acessado em 29.01.23.

JUSTEN, Marçal Filho. **Comentários à lei de licitações e contratações administrativas**, Ed. RT, 2021.

LOYOLA, Gustavo, **Aspectos econômicos do Código Civil**. In: **O crédito imobiliário em face do novo Código Civil**. São Paulo: IRIB/ABECIP, 2005.

MAXIMILIANO, Carlos. **Herme-
nêutica e Aplicação do Direi-
to**. Rio de Janeiro: Forense, 16.
ed., 1996.

NAKAYAMA, Andressa Tioma. **Os
impactos econômicos da
Súmula 308 do Superior Tribu-
nal de Justiça**. Disponível em:
[https://www.conjur.com.br/2021-
jul-21/andressa-nakayama-impac-
tos-economicos-sumula-308-stj](https://www.conjur.com.br/2021-jul-21/andressa-nakayama-impactos-economicos-sumula-308-stj).
Acessado em 07.01.23.

NEVES, Daniel A. A. **Manual de
Direito Processual Civil** – Vo-
lume Único. 8. ed. Salvador:
JusPODIVM, 2016.

REALE, Miguel. **Teoria Tridimen-
sional do Direito**. 5. ed. São
Paulo – Saraiva, 1994.

TIMM, Luciano Benetti, e DRUCK,
Tatiana. **A alienação fiduciária
imobiliária em uma perspecti-
va de Direito e Economia**. In:
**Novo Direito Imobiliário e
Registral**. Organizadores: Cláu-
dia Fonseca Tutikian, Luciano
Benetti Timm e João Pedro
Lamana Paiva. São Paulo: Quartier
Latin, 2008.

XAVIER, Rodrigo Leonardo. **Os
contratos e os terceiros: o
que são os contratos coliga-
dos?** Disponível em: [https://
www.conjur.com.br/2018-set-17/
contratos-terceiros-sao-contratos-
coligados](https://www.conjur.com.br/2018-set-17/contratos-terceiros-sao-contratos-coligados). Acessado em 28.01.23.

Da venda de unidade produtiva isolada, no âmbito da recuperação judicial, após o advento da Lei nº 14.112/2020

Paola Cristina Rios Pereira Fernandes

Advogada da CAIXA em Mato Grosso

Pós-graduada em Direito Processual Civil

pela FESMP/MT

Pós-graduada em Direito Empresarial pela

Universidade Federal de Mato Grosso – UFMT

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo trazer informações claras acerca da constituição e alienação de unidade produtiva isolada (UPI), no âmbito do processo de recuperação judicial, à luz das inovações legislativas trazidas pela Lei nº 14.112/2020, bem como os efeitos dela decorrentes.

PALAVRAS-CHAVE: Unidade produtiva isolada. Constituição e alienação. Recuperação Judicial. Sucessão das obrigações.

ABSTRACT

The objective of the present work is to provide clear information about the formation and sale of an isolated production unit (IPU), in the scope of the judicial reorganization process, in light of the legislative innovations brought by Law no. 14.112/2020.

KEYWORDS: Isolated production unit. Formation and sale. Judicial reorganization. Succession of obligations.

Introdução

O escopo deste trabalho é trazer informações claras acerca da constituição e alienação de unidade produtiva isolada (UPI), no âmbito do processo de recuperação judicial, à luz das inovações legislativas trazidas pela Lei nº 14.112/2020.

Nesse diapasão, é preciso destacar que a venda de ativos da devedora, no decorrer do processo recuperacional, vem sendo

um dos instrumentos mais utilizados para o sucesso do soerguimento da referida devedora, porquanto proporciona a entrada de dinheiro novo, bem como confere maior segurança jurídica ao adquirente, que não mais será surpreendido com uma equação financeira que não constava, e nem poderia prever, no momento da celebração do negócio, traduzida na sucessão das obrigações contraídas pela devedora e/ou na incidência de ônus sobre os ativos alienados.

Dentro dessa concepção, registramos que será objeto do presente artigo o estudo de questões atreladas à ampliação do conceito de unidade produtiva isolada, após o advento da Lei nº 14.112/2020, a limitação da constituição/composição da referida UPI, as modalidades de alienação de ativos estabelecidas na Lei nº 11.101/2005, a liberação da sucessão das obrigações contraídas pela devedora, bem como dos ônus incidentes sobre os bens, objeto da alienação pretendida e, finalmente, o controle e a fiscalização da constituição e alienação da UPI, com vistas a perquirir se a mesma está em sintonia com o ordenamento jurídico vigente, a reclamar os efeitos aludidos na norma em comento.

Com essas breves considerações introdutórias, passamos a tratar de forma detalhada, nos tópicos subsequentes, as minúcias que envolvem a matéria.

1 Do novo conceito de unidade produtiva isolada

Inicialmente, asseveramos que, a despeito da Lei nº 11.101/2005 prever no *caput* do seu art. 60, desde a sua promulgação, a possibilidade de o plano de recuperação judicial dispor acerca da alienação judicial de filiais e/ou unidades produtivas isoladas do devedor, como meio de reestruturação financeira deste, foi apenas a partir do advento da Lei nº 14.112/2020, com a inclusão do art. 60-A na LRF, é que se passou a ter uma definição mais clara, e por que não dizer, mais ampla, do que se entende como sendo uma unidade produtiva isolada. Senão, vejamos:

Art. 60. Se o plano de recuperação judicial aprovado envolver alienação judicial de filiais ou de unidades produtivas isoladas do devedor, o juiz ordenará a sua realização, observado o disposto no art. 142 desta Lei.

Parágrafo-único. O objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor de qual-

quer natureza, incluídas, mas não exclusivamente, as de natureza ambiental, regulatória, administrativa, penal, anticorrupção, tributária e trabalhista, observado o disposto no § 1º do art. 141 desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 14.112, de 2020) (Vigência)

Art. 60-A. A unidade produtiva isolada de que trata o art. 60 desta Lei poderá abranger bens, direitos ou ativos de qualquer natureza, tangíveis ou intangíveis, isolados ou em conjunto, incluídas participações dos sócios. (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020) (Vigência).

Parágrafo único. O disposto no *caput* deste artigo não afasta a incidência do inciso VI do *caput* e do § 2º do art. 73 desta Lei. (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020) (Vigência).

Com essa perspectiva, a doutrina de Cezar Augusto Rodrigues Costa, acerca do conceito de unidade produtiva isolada, assinala que:

(...) o melhor entendimento sempre nos pareceu aquele que tinha como paradigma o art. 1.142 do Código Civil: 'Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para o exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária'. Por essa definição, unidade produtiva consiste em um conjunto de bens que se organizam para a exploração de uma atividade econômica visando à produção ou à circulação de bens e serviços, em consonância com o que dispõe o art. 966 do Código Civil, ao definir o empresário. (...), a marca, um equipamento, o imóvel, não podem integrar o conceito de unidade produtiva isolada, porque em verdade são objetos singulares que conjuntamente com outros constituirão a unidade produtiva isolada, que a própria denominação está a indicar, é unitária e distinta dos considerados individualmente. Esses bens separados, entretanto, têm autonomia para serem alienados sem que lhes possa atribuir o status de unidade produtiva isolada. (...). Dessa forma, quando da aquisição da unidade produtiva integral o adquirente poderá dar continuidade a atividade empresarial tal

qual fazia o alienante, mantendo os empregos, pagando os tributos e gerando progresso, o que não ocorreria se a arrematação incidisse apenas sobre um dos bens isoladamente. (C. R. Costa 2021). (Grifo nosso).

Contudo, não obstante as lições de Cezar Augusto Rodrigues Costa, que tecem severas críticas à alteração legislativa promovida neste ponto, com a publicação e entrada em vigor da Lei nº 14.112/2020 e, conseqüentemente, com a inclusão do art. 60-A na Lei nº 11.101/2005, houve uma significativa ampliação da noção de unidade produtiva isolada, para inserir alguns itens que, em verdade, individualmente a compunham, entre os quais, *“bens, direitos ou ativos de qualquer natureza, tangíveis ou intangíveis, isolados ou em conjunto, incluídas participações dos sócios”* (art. 60-A, LRF).

2 Da limitação da composição da unidade produtiva isolada a ser alienada

Outrossim, considerando que a função precípua da recuperação judicial é o soerguimento da devedora, bem como a Lei nº 11.101/2005, em seu art. 50, inciso XI, relaciona a venda parcial de bens de titularidade daquela, como sendo um meio de recuperação judicial, estabelecendo, inclusive, em seus arts. 60 e 60-A, as condições em que se dará a alienação dos referidos ativos, é de se destacar que a premissa básica vinculada ao tema do destacamento de uma unidade produtiva isolada, com o fito de alienação e obtenção dos efeitos a ela inerentes (art. 60, parágrafo único da LRF), é a subsistência de meios suficientes para que o devedor em recuperação judicial possa dar continuidade às suas atividades empresariais.

Em outras palavras, para os fins dos dispositivos citados anteriormente, não é dado à empresa em recuperação judicial a possibilidade de alienar a totalidade dos ativos de sua titularidade, sem que lhe reste, ao menos, uma parcela de bens que possibilite, de forma efetiva, o desenvolvimento de suas atividades, sob pena de se evidenciar a mera liquidação de ativos, que, como dito alhures, não se afigura a finalidade precípua do instituto da recuperação judicial.

Perfilhando desse entendimento, Raquel Sztajn, ao exemplificar a matéria, acentua que a hipótese de venda de estabelecimento único do devedor, sem que lhe reste uma parcela

de bens a proporcionar-lhe o regular desenvolvimento das atividades empresariais vinculadas ao seu objeto social, configura, em verdade, uma dissolução e liquidação antecipada da sociedade. Senão, vejamos:

(...) se assemelha à dissolução e liquidação da sociedade porque se o estabelecimento constitui a base material destinada ao exercício da atividade, sua alienação priva a sociedade dos meios necessários para fazê-lo. O objeto social não poderá ser concretizado, e a pessoa jurídica fica esvaziada devendo-se ou refazer a base material, organizar novo estabelecimento, ou alterar o objeto social de forma a dispensar-se, se viável, sua existência. A proposta de trespasse do estabelecimento serve apenas para acelerar o processo de liquidação de ativos e pagamento do passivo que poderá levar à dissolução da sociedade por impossibilidade de realização do objeto social (Sztajn 2007). (Grifo nosso).

Oportunamente, esclarecemos o fato de que a Lei nº 11.101/2005 não veda a alienação da totalidade dos ativos de titularidade da devedora, porquanto, tal como se verifica no art. 50, referida legislação relacionou como meio de recuperação judicial a incorporação e a fusão da recuperanda, que implicam no fim de sua personalidade jurídica. No entanto, registramos que a alienação da totalidade dos ativos de titularidade da devedora, a despeito do quanto previsto nos arts. 60 e 60-A da lei em comento, enseja a sucessão das obrigações outrora contraídas, por parte do adquirente, bem ainda a incidência dos ônus que possam recair sobre os bens alienados.

Vale anotar que o posicionamento anteriormente mencionado, ao qual nos filiamos, se justifica, na medida em que caso se admitisse a alienação de todos os ativos de titularidade da devedora, sem que houvesse a sucessão das obrigações por ela contraída, estar-se-ia prejudicando os credores que não se submetem aos efeitos da recuperação judicial, entre os quais, o fisco.

Dentro dessa concepção, asseveram André Santa Cruz e Maria Fabiana Dominguez Sant'Ana que "(...) a Lei 14.112/2020 incluiu no sistema concursal a possibilidade de convocação da recuperação judicial em falência no caso de esvaziamento patrimonial da devedora, 'que implique liquidação substancial

da empresa, em prejuízo de credores não sujeitos à recuperação judicial, inclusive as Fazendas Públicas' (art. 73, VI)". (Cruz e Sant'Ana 2021).

Arrematando a questão alusiva à necessidade de se limitar a formação da unidade produtiva isolada a ser objeto de alienação, afirmamos que os bens gravados por ônus reais, cujos créditos não se sujeitam aos efeitos da recuperação judicial, entre os quais, os créditos garantidos por alienação fiduciária, não podem compor a referida UPI, salvo quando houver expressa anuência do credor, titular da mencionada garantia, porquanto, o devedor não possui a plena propriedade dos bens gravados por ônus fiduciário.

Assim sendo, é bom que se diga que o § 1º do art. 50 da LRF, textualmente, estabelece que eventual alienação de bens gravados com ônus reais, bem ainda a supressão ou a substituição da referida garantia só serão admitidas com a expressa anuência do credor, titular da respectiva garantia. Senão, vejamos:

(...).

§ 1º Na alienação de bem objeto de garantia real, a supressão da garantia ou sua substituição somente serão admitidas mediante aprovação expressa do credor titular da respectiva garantia.

(...).

Em conclusão, anotamos que a decisão dos credores, tomada em Assembleia Geral de Credores, muito embora seja soberana, não tem o condão de prejudicar os credores que não se submetem aos efeitos da recuperação judicial, porquanto, em regra, tais credores (sujeitos à recuperação judicial), ao aprovar a venda de uma unidade produtiva isolada, visam ao recebimento dos seus respectivos créditos, razão pela qual tal decisão não pode recair sobre bem gravado com ônus fiduciário, sob pena de se inverter o espírito da lei, que privilegiou os titulares de garantia fiduciária em detrimento dos demais credores.

3 Das modalidades de alienação de ativos

Superada a questão do elástico do conceito de unidade produtiva isolada, asseveramos ser igualmente importantes as lições de André Santa Cruz e Maria Fabiana Dominguez Sant'Ana, para quem a Lei nº 11.101/2005 estabeleceu duas modalidades de venda de ativos da devedora, quais sejam: (i) a venda que se opera mediante a autorização dos credores e (ii) a

venda que se opera por meio da autorização judicial. Senão, vejamos:

(...) a LREF prevê duas modalidades de venda de ativos na recuperação judicial: (i) com autorização dos credores, mediante aprovação do plano de recuperação judicial (art. 60), e (ii) com autorização do juiz (art. 66).

O § 3º-B do art. 142, inserida na LREF pela Lei 14.112/2020, reforça essas hipóteses ao prever que a realização de processo competitivo deverá ter aprovação da assembleia geral de credores, constar em disposição de plano de recuperação judicial aprovado ou ter a aprovação do juiz, depois de ouvido o administrador judicial e o comitê de credores, caso esse tenha sido formado. (Cruz e Sant'Ana 2021).

Neste particular, vale consignar, preliminarmente, que os bens e direitos a que se refere o *caput* do art. 66 da LRF, cuja alienação poderá se operar por meio de autorização judicial, são aqueles integrantes do ativo não circulante (permanente), não produtivos ou que não possam ser caracterizados como sendo unidade produtiva isolada.

Esse, inclusive é o entendimento da doutrina capitaneada por Marcelo Barbosa Sacramone. Senão, vejamos:

Ao contrário da alienação por UPI, que exige necessariamente a aprovação por Assembleia Geral de Credores, pois poderá comprometer a viabilidade econômico-financeira da empresa, a alienação dos ativos permanentes não relacionados diretamente à atividade empresarial poderá ser realizada por aprovação no plano de recuperação judicial pela Assembleia Geral de Credores ou, antes ou depois dessas Assembleias e mesmo sem previsão no plano de recuperação, por decisão judicial. (Sacramone 2018).

Em outras palavras, temos que o ativo não circulante (permanente) poderá ter a sua alienação aprovada tanto pela Assembleia Geral de Credores, quanto pelo juízo universal e, neste último caso, a autorização judicial poder ser concedida antes ou depois da realização da dita Assembleia.

Por outro lado, a unidade produtiva isolada (ativo circulante) somente poderá ser alienada com a anuência dos credores, quando o plano de recuperação dispuser sobre ela de forma expressa, cuja anuência deverá se materializar por meio da aprovação do referido plano, em Assembleia Geral de Credores, tal como estabelece o *caput* do art. 60 da lei em comento.

No que se refere à alienação de bens promovida por meio de autorização judicial, prevista nos artigos 66 e seguintes da LRF, destacamos que o juízo universal, antes de autorizá-la, deverá ouvir o Comitê de Credores (arts. 26 e 27 da LRF), se houver, bem como conferir aos credores, em percentual mínimo de 15% do valor total dos créditos sujeitos aos efeitos da recuperação judicial, nos cinco dias subsequentes à publicação da decisão autorizativa e, mediante caução equivalente ao valor total da alienação, manifestar interesse na convocação de uma AGC, com vistas a deliberar acerca da referida alienação, cujas despesas correrão por conta dos respectivos credores. Senão, vejamos:

Art. 66. Após a distribuição do pedido de recuperação judicial, **o devedor não poderá alienar ou onerar bens ou direitos de seu ativo não circulante, inclusive para os fins previstos no art. 67 desta Lei, salvo mediante autorização do juiz, depois de ouvido o Comitê de Credores, se houver, com exceção daqueles previamente autorizados no plano de recuperação judicial.** (Redação dada pela Lei nº 14.112, de 2020) (Vigência)

§ 1º Autorizada a alienação de que trata o **caput** deste artigo pelo juiz, observar-se-á o seguinte: (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020) (Vigência)

I - nos 5 (cinco) dias subsequentes à data da publicação da decisão, credores que corresponderem a mais de 15% (quinze por cento) do valor total de créditos sujeitos à recuperação judicial, comprovada a prestação da caução equivalente ao valor total da alienação, poderão manifestar ao administrador judicial, fundamentadamente, o interesse na realização da assembleia-geral de credores para deliberar sobre a realização da venda; (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020) (Vigência)

II - nas 48 (quarenta e oito) horas posteriores ao final do prazo previsto no inciso I deste parágrafo

fo, o administrador judicial apresentará ao juiz relatório das manifestações recebidas e, somente na hipótese de cumpridos os requisitos estabelecidos, requererá a convocação de assembleia-geral de credores, que será realizada da forma mais célere, eficiente e menos onerosa, preferencialmente por intermédio dos instrumentos referidos no § 4º do art. 39 desta Lei. (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020) (Vigência)

§ 2º As despesas com a convocação e a realização da assembleia-geral correrão por conta dos credores referidos no inciso I do § 1º deste artigo, proporcionalmente ao valor total de seus créditos. (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020) (Vigência)

§ 3º Desde que a alienação seja realizada com observância do disposto no § 1º do art. 141 e no art. 142 desta Lei, o objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do adquirente nas obrigações do devedor, incluídas, mas não exclusivamente, as de natureza ambiental, regulatória, administrativa, penal, anticorrupção, tributária e trabalhista. (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020) (Vigência)

§ 4º O disposto no **caput** deste artigo não afasta a incidência do inciso VI do **caput** e do § 2º do art. 73 desta Lei. (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020) (Vigência)

Art. 66-A. A alienação de bens ou a garantia outorgada pelo devedor a adquirente ou a financiador de boa-fé, desde que realizada mediante autorização judicial expressa ou prevista em plano de recuperação judicial ou extrajudicial aprovado, não poderá ser anulada ou tornada ineficaz após a consumação do negócio jurídico com o recebimento dos recursos correspondentes pelo devedor. (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020) (Vigência)

Art. 67. Os créditos decorrentes de obrigações contraídas pelo devedor durante a recuperação judicial, inclusive aqueles relativos a despesas com fornecedores de bens ou serviços e contratos de mútuo, serão considerados extraconcursais, em caso de decretação de falência, respeitada, no que couber, a ordem estabelecida no art. 83 desta Lei.

Parágrafo único. O plano de recuperação judicial poderá prever tratamento diferenciado aos créditos sujeitos à recuperação judicial pertencentes a fornecedores de bens ou serviços que continuarem a provê-los normalmente após o pedido de recuperação judicial, desde que tais bens ou serviços sejam necessários para a manutenção das atividades e que o tratamento diferenciado seja adequado e razoável no que concerne à relação comercial futura. (Redação dada pela Lei nº 14.112, de 2020) (Vigência). (Grifo nosso).

Nesse diapasão, é bom que se diga que, na forma das lições empreendidas por André Santa Cruz e Maria Fabiana Dominguez Sant’Ana, *“essa manifestação deverá ser fundamentada e será apresentada ao administrador judicial (...). O administrador judicial, então, terá 48 horas para apresentar ao juiz relatório das manifestações recebidas e, se cumpridos os requisitos legais, irá requerer a convocação da assembleia (...).”* (Cruz e Sant’Ana 2021). (Grifo nosso).

Registramos, igualmente, que, na esteira da doutrina capitaneada pelos já citados André Santa Cruz e Maria Fabiana Dominguez Sant’Ana, a referida alienação por autorização judicial poderá ser impugnada por meio da interposição do competente recurso de agravo de instrumento, caso o quórum estabelecido na legislação em voga não seja alcançado.

Outrossim, conforme se depreende dos dispositivos anteriormente transcritos, para que sobrevenham os efeitos de que trata o § 3º do art. 66 da LRF (liberação da sucessão das obrigações contraídas pela devedora e dos ônus incidentes sobre o bem), em relação à alienação de ativos realizada por autorização judicial, é necessário que se observem fielmente os preceitos inseridos nos arts. 141, § 1º e 142 da LRF, segundo os quais os referidos efeitos não se aplicam quando o arrematante for qualquer das pessoas elencadas nos incisos do § 1º do art. 141 em comento, bem como a alienação não se fizer de acordo com o que estabelecem os incisos do *caput* do art. 142. Senão, vejamos:

Art. 141. Na alienação conjunta ou separada de ativos, inclusive da empresa ou de suas filiais, promovida sob qualquer das modalidades de que trata o art. 142: (Redação dada pela Lei nº 14.112, de 2020) (Vigência)

I – todos os credores, observada a ordem de preferência definida no art. 83 desta Lei, sub-rogam-se no produto da realização do ativo;

II – o objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária, as derivadas da legislação do trabalho e as decorrentes de acidentes de trabalho. § 1º O disposto no inciso II do caput deste artigo não se aplica quando o arrematante for:

I – sócio da sociedade falida, ou sociedade controlada pelo falido;

II – parente, em linha reta ou colateral até o 4º (quarto) grau, consanguíneo ou afim, do falido ou de sócio da sociedade falida; ou

III – identificado como agente do falido com o objetivo de fraudar a sucessão.

§ 2º Empregados do devedor contratados pelo arrematante serão admitidos mediante novos contratos de trabalho e o arrematante não responde por obrigações decorrentes do contrato anterior.

§ 3º A alienação nas modalidades de que trata o art. 142 desta Lei poderá ser realizada com compartilhamento de custos operacionais por 2 (duas) ou mais empresas em situação falimentar. (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020) (Vigência). (Grifo nosso).

Art. 142. A alienação de bens dar-se-á por uma das seguintes modalidades: (Redação dada pela Lei nº 14.112, de 2020) (Vigência)

I - leilão eletrônico, presencial ou híbrido; (Redação dada pela Lei nº 14.112, de 2020) (Vigência)

II - (revogado); (Redação dada pela Lei nº 14.112, de 2020) (Vigência)

III - (revogado); (Redação dada pela Lei nº 14.112, de 2020) (Vigência)

IV - processo competitivo organizado promovido por agente especializado e de reputação ilibada, cujo procedimento deverá ser detalhado em relatório anexo ao plano de realização do ativo ou ao plano de recuperação judicial, conforme o caso; (Redação dada pela Lei nº 14.112, de 2020) (Vigência)

V - qualquer outra modalidade, desde que aprovada nos termos desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 14.112, de 2020) (Vigência)

§ 1º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 14.112, de 2020) (Vigência)

§ 2º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 14.112, de 2020) (Vigência)

§ 2º-A. A alienação de que trata o **caput** deste artigo: (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020) (Vigência)

I - dar-se-á independentemente de a conjuntura do mercado no momento da venda ser favorável ou desfavorável, dado o caráter forçado da venda; (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020) (Vigência)

II - independará da consolidação do quadro-geral de credores; (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020) (Vigência)

III - poderá contar com serviços de terceiros como consultores, corretores e leiloeiros; (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020) (Vigência)

IV - deverá ocorrer no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, contado da data da lavratura do auto de arrecadação, no caso de falência; (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020) (Vigência)

V - não estará sujeita à aplicação do conceito de preço vil. (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020) (Vigência)

§ 3º Ao leilão eletrônico, presencial ou híbrido aplicam-se, no que couber, as regras da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). (Redação dada pela Lei nº 14.112, de 2020) (Vigência)

§ 3º-A. A alienação por leilão eletrônico, presencial ou híbrido dar-se-á: (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020) (Vigência)

I - em primeira chamada, no mínimo pelo valor de avaliação do bem; (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020) (Vigência)

II - em segunda chamada, dentro de 15 (quinze) dias, contados da primeira chamada, por no mínimo 50% (cinquenta por cento) do valor de avaliação; e (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020) (Vigência)

III - em terceira chamada, dentro de 15 (quinze) dias, contados da segunda chamada, por qualquer preço. (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020) (Vigência)

§ 3º-B. A alienação prevista nos incisos IV e V do **caput** deste artigo, conforme disposições específicas desta Lei, observará o seguinte: (Incluído

pela Lei nº 14.112, de 2020) (Vigência)

I - será aprovada pela assembleia-geral de credores; (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020) (Vigência)

II - decorrerá de disposição de plano de recuperação judicial aprovado; ou (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020) (Vigência)

III - deverá ser aprovada pelo juiz, considerada a manifestação do administrador judicial e do Comitê de Credores, se existente. (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020) (Vigência)

§ 4º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 14.112, de 2020) (Vigência)

§ 5º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 14.112, de 2020) (Vigência)

§ 6º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 14.112, de 2020) (Vigência)

§ 7º Em qualquer modalidade de alienação, o Ministério Público e as Fazendas Públicas serão intimados por meio eletrônico, nos termos da legislação vigente e respeitadas as respectivas prerrogativas funcionais, sob pena de nulidade. (Redação dada pela Lei nº 14.112, de 2020) (Vigência)

§ 8º Todas as formas de alienação de bens realizadas de acordo com esta Lei serão consideradas, para todos os fins e efeitos, alienações judiciais. (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020) (Vigência). (Grifo nosso).

Vale anotar que, de acordo com a inteligência dos dispositivos legais anteriormente transcritos, as formas prescritas para a alienação judicial dos ativos de titularidade da devedora são (i) o leilão eletrônico híbrido ou presencial, (ii) o processo competitivo organizado e promovido por agente especializado e de reputação ilibada e, finalmente, (iii) qualquer outra modalidade, desde que aprovada nos termos desta lei.

Oportunamente, insta ressaltar que a alienação dos ativos nas formas dos itens (ii) e (iii) ora relacionadas deverá ser precedida de aprovação dos credores, em deliberação tomada em assembleia geral de credores, bem como decorrer de disposição prevista no plano de recuperação judicial ou ser aprovada pelo juízo recuperacional, após manifestação do administrador judicial ou do comitê de credores, se houver.

Outro ponto relevante para o entendimento do tema é a previsão contida no art. 143 da LRF, segundo a qual qualquer

credor da recuperanda, independentemente se os seus respectivos créditos estiverem, ou não, submetidos aos efeitos da recuperação judicial, poderá apresentar impugnações em face da alienação efetivada, dentro do prazo de 48 horas a contar da arrematação do bem, *ex positis*:

Art. 143. Em qualquer das modalidades de alienação referidas no art. 142 desta Lei, poderão ser apresentadas impugnações por quaisquer credores, pelo devedor ou pelo Ministério Público, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas da arrematação, hipótese em que os autos serão conclusos ao juiz, que, no prazo de 5 (cinco) dias, decidirá sobre as impugnações e, julgando-as improcedentes, ordenará a entrega dos bens ao arrematante, respeitadas as condições estabelecidas no edital.

§ 1º Impugnações baseadas no valor de venda do bem somente serão recebidas se acompanhadas de oferta firme do impugnante ou de terceiro para a aquisição do bem, respeitados os termos do edital, por valor presente superior ao valor de venda, e de depósito caucionário equivalente a 10% (dez por cento) do valor oferecido. (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020) (Vigência).

§ 2º A oferta de que trata o § 1º deste artigo vincula o impugnante e o terceiro ofertante como se arrematantes fossem. (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020) (Vigência)

§ 3º Se houver mais de uma impugnação baseada no valor de venda do bem, somente terá seguimento aquela que tiver o maior valor presente entre elas. (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020) (Vigência)

§ 4º A suscitação infundada de vício na alienação pelo impugnante será considerada ato atentatório à dignidade da justiça e sujeitará o suscitante à reparação dos prejuízos causados e às penas previstas na Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), para comportamentos análogos. (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020) (Vigência). (Grifo nosso).

Essa previsão legal é especialmente importante para se aferir se o fisco, por exemplo, teria legitimidade, ou não, para impugnar a venda efetivada perante o juízo universal, caso se verifique eventual prejuízo no cumprimento das obrigações fiscais

por parte da devedora. Instado a se manifestar acerca do tema, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no âmbito da Apelação Cível nº 1001975-61.2019.8.26.0491, de relatoria do Desembargador Alexandre Lazzarini, consignou que o fisco possui legitimidade para requerer a falência da recuperanda, caso se esgotem todos os meios disponíveis à União, para a satisfação do seu crédito. Senão, vejamos:

FALÊNCIA. PEDIDO FORMULADO PELA UNIÃO FEDERAL. SENTENÇA QUE INDEFERIU A PETIÇÃO INICIAL E JULGOU EXTINTO O FEITO, SEM JULGAMENTO DO MÉRITO, POR FALTA DE INTERESSE DE AGIR DA FAZENDA PÚBLICA. HIPÓTESE DE ANULAÇÃO. PEDIDO DE FALÊNCIA COM BASE NO ART. 94, II, DA LEI Nº 11.101/05. CASO CONCRETO EM QUE RESTOU FRUSTRADA A EXECUÇÃO FISCAL. ESGOTAMENTO DOS MEIOS DISPONÍVEIS À UNIÃO PARA SATISFAÇÃO DO CRÉDITO. INTERESSE DE AGIR. HIPÓTESE QUE NÃO CONFIGURA VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA IMPESSOALIDADE E DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA. EFEITOS DE EVENTUAL DECRETAÇÃO DE FALÊNCIA RELEVANTES PARA A PRESERVAÇÃO DA LIVRE CONCORRÊNCIA, EM COMBATE AOS AGENTES ECONÔMICOS NOCIVOS AO MERCADO. FAZENDA PÚBLICA QUE SE SUBMETE AO CONCURSO MATERIAL DE CREDORES, E, PORTANTO, TAMBÉM TEM INTERESSE NO PEDIDO DE QUEBRA. APELAÇÃO PROVIDA PARA ANULAR A SENTENÇA.

(TJSP; Apelação Cível 1001975-61.2019.8.26.0491; Relator (a): Alexandre Lazzarini; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro de Rancharia - 1ª Vara; Data do Julgamento: 30/07/2020; Data de Registro: 31/07/2020).

Assim sendo e, considerando que eventual alienação dos ativos de titularidade da devedora, mesmo que por determinação judicial, poderá acarretar prejuízos à Fazenda Pública, porquanto implicaria em liquidação substancial da empresa, nos filiamos à corrente doutrinária, segundo a qual o fisco possui legitimidade para impugnar a alienação realizada, na forma prescrita pelo art. 143 da Lei nº 11.101/2005.

Por fim, no que se refere às modalidades de alienação dos ativos de titularidade da devedora, não podemos nos furtar em destacar o quanto disposto no art. 144 da LRF, no sentido de que o juízo universal poderá autorizar a alienação dos ativos da

devedora, de forma diversa da estabelecida no art. 142 do mesmo diploma legal. Senão, vejamos:

Art. 144. Havendo motivos justificados, o juiz poderá autorizar, mediante requerimento fundamentado do administrador judicial ou do Comitê, modalidades de alienação judicial diversas das previstas no art. 142 desta Lei.

Esse assunto é polêmico e tem gerado inúmeros embates entre os credores e as devedoras em recuperação judicial, na medida em que a alienação fora das hipóteses previstas no art. 142 da LRF, muito embora não tenha sido vedada, não reclama a aplicação das normas inseridas no parágrafo único do art. 60 e do § 3º do art. 66 do mesmo diploma legal.

4 Da sucessão das obrigações contraídas pela devedora e dos demais ônus incidentes sobre o bem objeto da alienação

Avançando no estudo do tema, importa-nos ressaltar a temática acerca da análise em relação à liberação da sucessão das obrigações contraídas pela recuperanda e dos demais ônus que possam, eventualmente, recair sobre os bens alienados pela devedora, sejam eles integrantes do ativo circulante (unidade produtiva isolada) ou do ativo não circulante (permanente).

Baseando-se nesse cenário, não podemos nos furtar em destacar que a liberação da sucessão das obrigações e dos demais ônus dependerá se a alienação do referido bem observou o quanto disposto no art. 142 do diploma normativo em voga, bem como se a referida alienação extrapolou os limites da constituição da UPI, a evidenciar a liquidação substancial da devedora (esta última circunstância já foi tratada alhures).

Ou seja, em se tratando de bens integrantes do ativo não circulante da devedora, reza o § 3º do art. 66 da LRF, após nova redação conferida pela Lei nº 14.112/2020, que a liberação da sucessão das obrigações e dos ônus que recaiam sobre o bem alienado somente se efetivará se a referida alienação observar estritamente o quanto disposto no § 1º do art. 141 e no art. 142 da lei. Do contrário, não haverá a liberação a que nos referimos. Senão, vejamos:

Art. 66. Após a distribuição do pedido de recuperação judicial, o devedor não poderá alienar

ou onerar bens ou direitos de seu ativo não circulante, inclusive para os fins previstos no art. 67 desta Lei, salvo mediante autorização do juiz, depois de ouvido o Comitê de Credores, se houver, com exceção daqueles previamente autorizados no plano de recuperação judicial. (Redação dada pela Lei nº 14.112, de 2020) (Vigência) (...).

§ 3º Desde que a alienação seja realizada com observância do disposto no § 1º do art. 141 e no art. 142 desta Lei, o objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do adquirente nas obrigações do devedor, incluídas, mas não exclusivamente, as de natureza ambiental, regulatória, administrativa, penal, anticorrupção, tributária e trabalhista. (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020) (Vigência)

§ 4º O disposto no **caput** deste artigo não afasta a incidência do inciso VI do **caput** e do § 2º do art. 73 desta Lei. (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020) (Vigência). (Grifo nosso).

Por outro lado, em se tratando de bens integrantes do ativo circulante da devedora (unidade produtiva isolada), nos filiamos à corrente doutrinária segundo a qual a alienação mencionada no *caput* do art. 60 da LRF deverá observar, em regra, o quanto disposto no art. 142 do mesmo diploma legal, podendo, contudo, excepcionalmente, se admitir a alienação por outros meios, desde que cumpridos certos requisitos que serão adiante tratados. Em ambas as hipóteses, ocorrerá a liberação da sucessão das obrigações e dos ônus que possam recair sobre o bem alienado.

Porém, esta não é a corrente doutrinária adotada por Cezar Augusto Rodrigues Costa, para quem a liberação ora analisada somente encontrará o devido respaldo legal nas hipóteses em que a alienação da unidade produtiva isolada observar estritamente a previsão do art. 142 da LRF. Do contrário, não haverá a liberação referida.

Perfilhando da posição anteriormente defendida, o professor Fábio Ulhoa Coelho acentua que:

Se o plano de recuperação judicial aprovado pela Assembleia estabelece, como umas das medidas destinadas à reorganização da empresa em crise, a venda de filial ou unidade produtiva isolada, determina a lei que isso se realize na mesma forma

prevista para a realização ordinária do ativo de falidos. **Em outros termos, a venda será obrigatoriamente feita mediante hasta pública (leilão, propostas ou pregão). Não pode o plano estabelecer mesmo que com isso consentam todos os credores e o devedor a venda direta a terceiro nele identificado.** A obrigatoriedade da hasta visa otimizar o procedimento e assegurar a recuperação da empresa em crise. (Coelho, Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas 2005). (Grifo nosso).

Igualmente, são as lições de Manoel Justino Bezerra Filho, para quem:

A venda decidida será feita na forma do art. 142, ou seja, por leilão com lances orais, propostas fechadas ou pregão. Ao fazer remissão ao art. 142, a lei estabelece que a venda deverá ser feita por leilão, por propostas fechadas ou por pregão, sempre, porém judicialmente. Não se pode dar à remissão ao art. 142 maior elasticidade, para permitir a venda na forma dos art. 144 ou 145, dispositivos que não se aplicam à recuperação, mas apenas à falência. (Bezerra Filho 2019) (Grifo nosso).

Data máxima vênia, conforme adiantado em linhas pretéritas, nos filiamos à corrente doutrinária acolhida pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça Ricardo Villas Bôas Cueva, quando do julgamento do Recurso Especial nº 1.689.187/RJ, o qual flexibiliza a regra prevista no art. 60 da LRF, ao consignar que excepcionalmente e, desde que as condições do negócio estejam expressamente explicitadas e justificadas no plano de recuperação judicial submetido ao crivo dos credores, se admitirá a alienação de unidade produtiva isolada da devedora, por meio diverso do quanto previsto nos artigos 60 e 142 da LRF, devendo a votação deste ponto ser realizada de modo destacado, obter a aprovação por maioria substancial dos credores¹ e, posteriormente, ser homologado pelo juízo universal. A ausência de qualquer desses requisitos implicará na impossibilidade de se afastar

¹ Art. 46. A aprovação de forma alternativa de realização do ativo na falência, prevista no art. 145 desta Lei, **dependerá do voto favorável de credores que representem 2/3 (dois terços) dos créditos presentes à assembleia.** (Grifo nosso).

a sucessão das obrigações e a incidência de eventuais ônus existentes sobre o bem alienado. Senão, vejamos:

RECURSO ESPECIAL. EMPRESARIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. ALIENAÇÃO. UNIDADES PRODUTIVAS ISOLADAS. HASTA PÚBLICA. REGRA. OUTRA MODALIDADE. EXCEÇÃO. REQUISITOS. COMPROVAÇÃO. NECESSIDADE.

(...).

2. Cinge-se a controvérsia a definir se a alienação de ativos na forma de unidade produtiva isolada pode se dar por meio diverso do previsto nos artigos 60 e 142 da Lei nº 11.101/2005.

3. A alienação de unidades produtivas isoladas prevista em plano de recuperação judicial aprovado deve, em regra, se dar na forma de alienação por hasta pública, conforme o disposto nos artigos 60 e 142 da Lei nº 11.101/2005.

4. A adoção de outras modalidades de alienação, na forma do artigo 145 da Lei nº 11.101/2005, só pode ser admitida em situações excepcionais, que devem estar explicitamente justificadas na proposta apresentadas aos credores. Nessas hipóteses, as condições do negócio devem estar minuciosamente descritas no plano de recuperação judicial que deve ter votação destacada deste ponto, ser aprovado por maioria substancial dos credores e homologado pelo juiz.

5. No caso dos autos, a venda direta da unidade produtiva isolada foi devidamente justificada, tendo sido obedecidos os demais requisitos que autorizam o afastamento da alienação por hasta pública.

6. Recurso especial não provido.

(REsp n. 1.689.187/RJ, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 5/5/2020, DJe de 11/5/2020.) (Grifo nosso).

Neste particular, pontuamos que a solução apresentada pelo Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva favorece a compatibilização entre a norma ora destacada e o princípio da preservação da empresa estabelecido no art. 47 da LRF, na medida em que a alienação deverá ser precedida da análise dos cumprimentos dos requisitos outrora estabelecidos, bem como visa ao ingresso de dinheiro novo no caixa da empresa em recuperação judicial, de forma a auxiliar em seu processo de reestruturação econômico-financeiro.

Outrossim, é bom registrar que a flexibilização contida no posicionamento adotado pelo Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, no Recurso Especial citado anteriormente, em hipótese alguma pode ser aplicado à alienação realizada mediante autorização judicial, porquanto não se teriam aí os cumprimentos dos requisitos outrora estipulados, entre os quais, a aprovação por maioria substancial dos credores.

5 Do controle e da fiscalização em relação à constituição da unidade produtiva isolada e da sua respectiva alienação

Superadas as questões alusivas à definição do que seria uma unidade produtiva isolada, sua limitação, as modalidades legalmente previstas para a alienação dos ativos de titularidade da devedora, bem ainda os efeitos decorrentes da referida alienação, passamos a nos debruçar sobre a temática inerente ao controle e à fiscalização a serem exercidos no momento da formação das unidades produtivas isoladas e, também, das suas respectivas alienações.

Dentro dessa perspectiva, inicialmente, salientamos que a Lei nº 11.101/2005 não contém qualquer previsão expressa inerente à competência para o exercício do controle e fiscalização na formação da unidade produtiva isolada, bem como da sua respectiva alienação.

Entretanto, considerando o teor do regramento inserido no *caput* do art. 60 da LRF, facilmente podemos constatar o fato de que a alienação de uma unidade produtiva isolada deve ser precedida da aprovação do plano de recuperação judicial apresentado pela devedora, pelos seus respectivos credores, cujo plano deve explicitar e justificar os termos e as condições que envolvem a pretendida alienação.

Assim sendo e, com fundamento no *caput* do art. 60 da lei em comento, podemos afirmar que, em um primeiro momento, o controle e a fiscalização da formação da unidade produtiva isolada a ser objeto de alienação caberão aos credores da devedora, os quais deverão analisar, entre outras coisas, (i) a viabilidade da unidade produtiva isolada a ser alienada, (ii) se os bens remanescentes serão suficientes para o desenvolvimento das atividades empresariais da devedora e, também, (iii) como o produto da alienação será empregado para possibilitar o soerguimento da devedora.

Ato contínuo, com a aprovação do plano de recuperação judicial pelos credores, com votação em separado da premissa

alusiva à alienação da unidade produtiva isolada, o controle e a fiscalização a que nos referimos neste tópico devem ser exercidos, em segundo lugar, pelo administrador judicial, a quem compete, na condição de auxiliar do juízo: (i) avaliar a viabilidade econômica da reestruturação da empresa recuperanda sem a UPI constituída, bem ainda (ii) promover a análise da UPI criada, no sentido de verificar se os ativos que estão sendo reunidos para sua formação, de fato, poderão ser objeto de alienação nos termos previstos pelo artigo 142 da LREF, sem a intervenção de nenhum outro órgão regulador.

Por fim, ultrapassados os controles e as fiscalizações realizados pelos credores e pelo administrador judicial, conforme as explanações citadas anteriormente, o controle e a fiscalização ora em comento deverão ser exercidos pelo juízo universal, que analisará os aspectos legais do plano aprovado, entre os quais, os aspectos inerentes à constituição e alienação da UPI, para posterior homologação judicial do plano.

Com esse cenário, salientamos que Daniel Carnio Costa, ao estabelecer o critério tetrafásico de controle judicial de legalidade do plano de recuperação judicial aprovado pelos credores, acentuou que o primeiro critério a ser analisado seriam as cláusulas inseridas no referido plano, à luz das normas positivadas em nosso ordenamento jurídico (D. C. Costa, 2019), entre as quais, a cláusula alusiva à constituição e alienação da unidade produtiva isolada.

Nesse diapasão, é bom que se diga que o magistrado, ao promover a análise em referência, deverá verificar os pressupostos legais para a constituição/composição da referida UPI, a ser objeto de alienação, com o fito de confirmar se a mesma atende às determinações legais e que, portanto, poderá contar com os benefícios da liberação da sucessão das obrigações contraídas pela devedora e dos ônus incidentes sobre o bem alienado.

Da mesma forma, deverá o magistrado analisar se a alienação da UPI não configura, em verdade, mera liquidação de ativos da devedora, cuja hipótese se configura a partir da constatação da extrapolação dos limites na formação da unidade produtiva isolada a ser alienada, caso a venda de tais ativos retire, de algum modo, a condição de a devedora se reestruturar e superar a crise econômico-financeira vivenciada.

Oportunamente, é de se destacar que, em se verificando a materialização da hipótese ora mencionada, deverá o magistrado, mediante controle de legalidade do plano, indeferir a recuperação judicial pretendida, ou mesmo concedê-la, extirpando,

contudo, a referida cláusula do plano de recuperação judicial homologado.

Outrossim, pontua-se o fato de que o controle de legalidade exercido pelo juízo universal, pertinente à alienação de UPI, para além das questões anteriormente apresentadas, deve verificar o interesse público e econômico da atividade que está sendo alienada, especialmente se tal alienação atende às validações dos órgãos regulamentares e/ou concessões públicas em geral. Nesses casos, entendemos que a homologação do plano de recuperação judicial pelo juízo recuperacional exige que todos os órgãos necessários à regulamentação da atividade desenvolvida pela UPI e pela devedora participem da fase de criação e discussão da referida UPI, devendo tal participação ocorrer, preferencialmente, antes da sua aprovação em AGC.

Dito isto, consignamos que o controle e a fiscalização da constituição e alienação da UPI deverão ser realizados tanto pelos credores, quanto pelo administrador judicial e pelo juízo universal, com vistas a perquirir se a mesma está em sintonia com o ordenamento jurídico vigente, hipótese em que contará com a liberação da sucessão das obrigações contraídas pela devedora, bem como com a liberação dos ônus incidentes sobre os bens alienados.

Conclusão

Em síntese, pode-se afirmar que, a partir da Lei nº 14.112/2020, a definição de unidade produtiva isolada sofreu uma significativa ampliação, para abarcar itens que anteriormente não a espelhavam, individualmente e, sim, a integravam para formar um conjunto e que, por esta razão, não poderiam reclamar a aplicação da regra prevista no parágrafo único do art. 60 da LRF.

Superada a questão da definição do que seria uma UPI, dentro do que estabeleceu o art. 60-A da lei em estudo, analisamos o tema alusivo à limitação à constituição/composição da unidade produtiva isolada, a ser objeto de alienação, consignando os efeitos produzidos no caso da extrapolação da referida limitação.

Em ato subsequente, ressaltamos que a legislação em comento prescreveu duas modalidades de alienação de ativos de titularidade da devedora, quais sejam, a venda que se opera mediante a autorização dos credores, bem ainda a venda que se opera por meio da autorização judicial, valendo consignar que

a venda dos bens e direitos inseridos na condição de ativos permanentes poderá se operar tanto por meio de autorização judicial, quanto por autorização dos credores, enquanto que a venda dos bens e direitos inseridos na condição de ativos circulantes somente poderá se operar mediante a anuência dos credores.

Asseveramos, do mesmo modo, que, tal como anotado no Recurso Especial nº 1.689.187/RJ, a alienação de UPI, bem como de ativo não circulante de titularidade da devedora (neste caso, realizada mediante autorização dos credores), deve, em regra, observar o quanto disposto no art. 142 da LRF. Excepcionalmente, a referida alienação poderá ser realizada de maneira diversa daquilo que se estabeleceu no artigo em comento, desde que (i) as condições negociais estejam explicitadas e justificadas no plano de recuperação judicial, cuja (ii) votação deverá ser feita separadamente das demais premissas relacionadas no plano, (iii) obter a aprovação por maioria substancial dos credores, bem como ser devidamente (iv) homologada pelo juízo universal. Na ausência de qualquer dos requisitos assinalados anteriormente, não se poderá afastar a sucessão das obrigações da devedora pelo adquirente, bem ainda a incidência de ônus, eventualmente, existente sobre o bem.

Finalmente, concluindo o estudo da temática posta, registramos que o controle e a fiscalização da constituição e alienação da UPI deverá ser realizados tanto pelos credores, quanto pelo administrador judicial e pelo juízo universal, com vistas a perquirir se a mesma está em sintonia com o ordenamento jurídico vigente, a reclamar os efeitos aludidos na norma em comento.

Referências

- Bezerra Filho, Manoel Justino. 2019. **Lei de recuperação de empresas e falências: Lei 11.101/2005: comentada, artigo por artigo**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil.
- Coelho, Fábio Ulhoa. 2005. **Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas**. São Paulo: Saraiva.
- Costa, Cezar Augusto Rodrigues. 2021. "Venda de UPI sem sucessão."
- Em **Recuperação de Empresas e Falência: Diálogos entre a doutrina e a jurisprudência**, por Luis Felipe Salomão, Flávio Tartuce e Daniel Carnio Costa, 339/349. Baruei: Atlas.
- Costa, Daniel Carnio. 2019. "O critério tetrafásico do controle judicial do plano de recuperação judicial." Em **Insolvência empresarial: temas essenciais**, por Vários autores, 242/243. Curitiba: Juruá.

Cruz, André Santa, e Maria Fabiana Dominguez Sant'Ana. 2021. "Venda de ativos na recuperação judicial." Em **Recuperação de Empresas e Falência: Diálogos entre a doutrina e a jurisprudência**, por Luis Felipe Salomão, Flávio Tartuce e Daniel Carnio Costa, 351/360. Barueri: Atlas.

Sacramone, Marcelo Barbosa. 2018. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falências**. São Paulo: Saraiva.

Sztajn, Raquel. 2007. "Comentários aos artigos 47 a 54." Em **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência - Lei 11.101/2005 - artigo por artigo**, por Francisco Satiro Souza Junior e Antônio Sérgio Altieri de Moraes Pitombo, 219/269. São Paulo: Revista dos Tribunais.

A SBDI-1 do TST e o dano moral coletivo em demandas coletivas versando sobre direitos individuais homogêneos

Gustavo Schmidt de Almeida

*Advogado da CAIXA no Rio Grande do Sul
Especialista em Inovações em Direito Civil e seus
Instrumentos de Tutela
Pós-graduado em Direito Tributário
Pós-graduando em Direito do Trabalho e
Processo do Trabalho*

RESUMO

Sabe-se que o Superior Tribunal de Justiça possui julgado no sentido de ser incabível a condenação em danos morais coletivos em ação coletiva que trata de direitos individuais homogêneos. O presente artigo pretende analisar se SBDI-1 do TST admite dano moral coletivo em demandas coletivas versando sobre direitos individuais homogêneos. A opção por este órgão julgador, Subseção de Dissídios Individuais I do Tribunal Superior do Trabalho, é justificada pela previsão, no regimento interno do Tribunal Superior do Trabalho, da função de uniformização da jurisprudência do Tribunal atribuída a esta Subseção. Para tanto, o presente trabalho tem como objetivo analisar o tratamento que vem sendo dispensado pela Subseção de Dissídios Individuais I do Tribunal Superior do Trabalho e pela doutrina em relação ao tema. Para o fim pretendido, serão buscadas referências doutrinárias, bem como serão estudadas decisões da Corte a respeito do assunto. Disso, será extraída uma conclusão sobre o panorama atual do tema.

Palavras-chave: Dano moral coletivo. Direito individual homogêneo. Processo Coletivo. Subseção de Dissídios Individuais I do Tribunal Superior do Trabalho.

ABSTRACT

It is known that the Superior Court of Justice has ruled in the sense that it is unacceptable to condemn collective

moral damages in a collective action that deals with homogeneous individual rights. This article intends to analyze whether TST's SBDI-1 admits collective moral damages in collective demands dealing with homogeneous individual rights. The option for this judging body, Subsection of Individual Disputes I of the Superior Labor Court, is justified by the provision, in the internal regulations of the Superior Labor Court, of the function of standardizing the Court's jurisprudence assigned to this Subsection. Therefore, the present work aims to analyze the treatment that has been given by the Subsection of Individual Disputes I of the Superior Labor Court and by the doctrine in relation to the subject. For the intended purpose, doctrinal references will be sought, as well as Court decisions on the subject will be studied. From this, a conclusion will be drawn about the current panorama of the subject.

Keywords: Collective moral damage. Homogeneous individual right. Collective Process. Subsection of Individual Disputes I of the Superior Labor Court.

Introdução

Sabe-se que o Superior Tribunal de Justiça possui julgado no sentido de ser incabível a condenação em danos morais coletivos em ação coletiva que trata de direitos individuais homogêneos.

O Tribunal, neste julgamento, entendeu que o dano moral coletivo é essencialmente transindividual, de natureza coletiva típica, tendo como destinação os interesses difusos e coletivos, não se compatibilizando com a tutela de direitos individuais homogêneos, a qual não detém essa característica de ser transindividual.

A decisão foi proferida nos autos do Recurso Especial nº 1.610.821, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 15 de dezembro de 2020, pela quarta turma do Tribunal, em decisão unânime, mantendo acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

É de se salientar, contudo, que a terceira turma do mesmo Tribunal já proferiu decisão diametralmente oposta, no sentido de reconhecer a viabilidade de haver condenação por danos morais coletivos em caso de violação de direitos individuais homogêneos, entendendo, a turma, não haver a incompatibilidade apontada pelo outro órgão julgador.

A decisão foi tomada em decisão unânime nos autos do Recurso Especial nº 1.586.515, de relatoria da Ministra Nancy Andrichi, julgado em 22 de maio de 2018.

Pretende este artigo analisar se a Subseção de Dissídios Individuais I do Tribunal Superior do Trabalho comunga do entendimento exarado pela quarta turma do Superior Tribunal de Justiça nos autos do Recurso Especial nº 1.610.821.

A opção por este órgão julgador, Subseção de Dissídios Individuais I do Tribunal Superior do Trabalho, é justificada pela previsão, no regimento interno do Tribunal Superior do Trabalho, da função de uniformização da jurisprudência do Tribunal atribuída a esta Subseção.

Para tanto, o presente trabalho tem como objetivo analisar o tratamento que vem sendo dispensado pela Subseção de Dissídios Individuais I do Tribunal Superior do Trabalho e pela doutrina em relação ao tema. Para o fim pretendido, serão buscadas referências doutrinárias, bem como serão estudadas decisões da Corte a respeito do assunto. Disso, será extraída uma conclusão sobre o panorama atual do tema.

1 Breve análise das decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.610.821 e no Recurso Especial nº 1.586.515

No julgamento do Recurso Especial nº 1.610.821, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 15 de dezembro de 2020, pela quarta turma do Tribunal, em decisão unânime, mantendo acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, o Superior Tribunal de Justiça assentou a inviabilidade de condenação em danos morais coletivos em face de violação a direitos individuais homogêneos.

Conforme noticiado pelo site do Tribunal, no caso analisado pelo colegiado, constou que uma rede varejista disponibilizou a seus clientes o prazo de sete dias úteis, a contar da emissão da nota fiscal, para a troca de produtos com defeito.

Consta que o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, alegando que o prazo imposto pela empresa aos consumidores é abusivo, por diferir do previsto no artigo 26 do Código de Defesa do Consumidor, ajuizou a ação civil pública pleiteando o pagamento de danos morais coletivos, em virtude de suposta lesão aos direitos da personalidade dos consumidores.

Há menção de que, na primeira instância, foi reconhecida a lesão ao direito dos consumidores e determinada a adequação

da rede varejista aos parâmetros previstos no Código Consumerista para a troca de produtos com vício, sob pena de multa, cumulando-se o pagamento de indenização por danos materiais e morais individuais aos consumidores lesados. Porém, em relação aos danos morais coletivos, o pedido foi rechaçado, ao fundamento de que não houve violação aos valores coletivos dos consumidores em geral, decisão mantida pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

É noticiado que o *parquet*, no Recurso Especial, sustentou que o aspecto mais importante, ao se decidir pela configuração dos danos coletivos, seria impedir que, futuramente, essa ou outras empresas lesassem os consumidores com cláusulas abusivas de exclusão de responsabilidade. E defendeu que a classificação doutrinária em direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos não pode ser determinante para o afastamento, inicialmente, de eventual direito indenizatório, pois a conduta ilícita pode causar, ao mesmo tempo, um dano em relação a toda a coletividade e um dano determinado em relação a uma pessoa específica pertencente a essa coletividade.

A notícia dá conta que o Ministro Relator consignou que os danos morais coletivos, os quais são *in re ipsa*, têm como destinação os interesses difusos e coletivos, e não os individuais homogêneos, cujos titulares são pessoas determinadas. “O dano moral coletivo é essencialmente transindividual, de natureza coletiva típica”, apontou o ministro. Acrescentou que a condenação em danos morais coletivos tem natureza eminentemente sancionatória, e o valor da indenização é arbitrado em prol de um fundo criado pelo artigo 13 da LACP, enquanto na violação de direitos individuais homogêneos, que leva à fixação de danos morais cujos valores se destinam às vítimas, há uma condenação genérica, seguida pela liquidação prevista nos artigos 97 a 100 do Código de Defesa do Consumidor.

Com isso, o Superior Tribunal de Justiça, neste julgamento, entendeu pela inviabilidade de haver a condenação em danos morais coletivos quando diante de violação de direitos individuais homogêneos.

Por outro lado, quando do julgamento do Recurso Especial nº 1.586.515, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, julgado em 22 de maio de 2018, o Superior Tribunal de Justiça adotou solução diametralmente oposta.

O Recurso tratou de ação civil pública em que o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul questionou a ocorrência de vício de quantidade e de informação na venda de sardi-

nha enlatada em conserva, com a apuração de vício de quantidade no produto vendido pela empresa ré – decorrente da diminuição do peso de sardinhas e aumento do óleo –, em discordância com as informações constantes na embalagem e na respectiva publicidade.

A sentença de primeiro grau, entre outras parcelas condenatórias, impôs a condenação ao pagamento de danos morais coletivos no valor de R\$ 100.000,00, mantida pelo Tribunal de Justiça do Estado.

No Recurso Especial, quanto ao ponto em questão, a empresa recorrente sustentou que pequenas e pontuais discrepâncias de peso não acarretam intolerável dano à sociedade, o que impediria sua condenação por danos morais coletivos.

Ao negar provimento à pretensão recursal da empresa recorrente, o Superior Tribunal de Justiça inicialmente observou que não se desconhece que parte da doutrina, e também da jurisprudência, perfilha o entendimento de que a tutela de direitos individuais homogêneos não poderia ensejar a condenação em danos morais coletivos, sendo estes relacionados às demandas envolvendo direitos difusos ou coletivos em sentido estrito. Em seguida, colocou ser equivocada a premissa de que os direitos individuais homogêneos são meros direitos individuais que apenas podem ser tratados processualmente de forma coletiva; e que o interesse individual homogêneo, embora um interesse individual na origem, e que nesta perspectiva pode até ser disponível, alcança toda uma coletividade e, com isso, passa a ostentar relevância social, tornando-se assim indisponível quando tutelado. Adicionalmente, assentou que a tutela de interesses individuais homogêneos corresponde à defesa de interesse social, não pelo significado particular de cada direito individual, mas pelo fato de a lesão deles, globalmente considerada, representa ofensa aos interesses da coletividade. Apontou que o dano moral coletivo visa punir e inibir a injusta lesão aos valores primordiais de uma coletividade, e que isso ocorre na hipótese de atentados graves e injustificáveis a interesses individuais homogêneos do consumidor. No caso concreto, entendeu o Superior Tribunal de Justiça que houve a lesão a valores primordiais à coletividade, quais sejam: princípios da boa-fé, lealdade e da informação no direito consumerista. Com isso, negou provimento do recurso da empresa recorrente.

2 O microsistema da tutela coletiva

O Código de Defesa do Consumidor foi publicado em 11 de setembro de 1990 e entrou em vigor cento e oitenta dias a contar de sua publicação.

O Estatuto trouxe os conceitos de direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos, o que até então não havia sido feito por nenhuma legislação, sendo objeto de conturbação na doutrina. O seu anteprojeto levou em consideração preocupações com a efetividade do processo e facilitação do acesso à justiça. Buscou a igualdade substancial entre as partes, em uma superação a uma mera igualdade formal, e trouxe novas técnicas para as ações coletivas (DIDIER JR; ZANETI JR, 2020).

O Código alterou a redação da Lei nº 7.374/1985, Lei da Ação Civil Pública, a qual passou a vigorar com a seguinte redação em seu artigo 21: “Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor. (Incluído Lei nº 8.078, de 1990)”.

Essa novidade criou o microsistema processual coletivo e fez do Código de Defesa do Consumidor um “Código Brasileiro de Processo Coletivo”, sendo o Título III do Diploma aplicável, no que for compatível, para a ação popular, ação civil pública, ação de improbidade administrativa e mandado de segurança do coletivo (DIDIER JR; ZANETI JR, 2020).

Os autores apontam que

Esse microsistema é composto pelo CDC, a Lei de Ação Civil Pública, a Lei de Ação Popular, no seu núcleo, e a Lei de Improbidade Administrativa, a Lei do Mandado de Segurança e outras leis avulsas, na sua periferia. A única leitura possível deste microsistema atualmente será aquela que o articula, em um diálogo de fontes, com a Constituição e o CPC. (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2020, p. 77).

E complementam asseverando que esses diplomas são intercambiantes entre si, apresentando uma ruptura com os modelos codificados anteriores, sendo imperativo o recurso da comunicação entre os diplomas legais para lhes dar atualidade e organicidade (DIDIER JR; ZANETI JR, 2020).

Sobre o assunto, coloca Marcelo Freire Sampaio Costa:

Portanto, a leitura mais compatível com o momento processual atual deve a todo momento considerar a necessária articulação entre a Constituição, o núcleo fundamental ou duro das leis processuais coletivas, e o próprio CPC, devidamente integrado e moldado às necessidades específicas dessa modalidade de tutela. Essa integração é feita por intermédio de um verdadeiro diálogo das fontes ou leitura sistemática, em que o intérprete fica obrigado a buscar a resolução de dada contenda debruçando-se sobre a totalidade do direito, hierarquizando topicamente (sobre o caso concreto) as normas-regras e normas-princípio integrantes do sistema jurídico, em busca da melhor interpretação, e, principalmente, considerando a abertura, incompletude e mobilidade desse sistema (COSTA, 2018, p. 49).

Caso haja aparente lacuna no conjunto de normas que compõem o microsistema de tutela coletiva, deverá o aplicador do direito inicialmente procurar uma solução para o problema dentro do próprio microsistema (COSTA, 2018).

Explica Enoque Ribeiro dos Santos que

O modelo das ações de massa americanas, que serviu, em tese, como paradigma para o desenvolvimento do microsistema de tutela coletiva no Brasil, a partir da Constituição da República, de 1988, além de oferecer ao público-alvo, a sociedade, um produto judicial isonômico, a sentença coletiva proveniente das *class actions*, primando pela celeridade e economia processuais, tão caros ao processo de uma forma geral, acabou por induzir a mitigação da disseminação da atomização dos conflitos em múltiplas ações individuais repetitivas (SANTOS, 2022, p. 676).

O Código de Processo Civil de 2015 desempenha um relevante papel no regime da tutela coletiva. Este Código, em inovação em face do Código Processual anterior de 1973, abraçou institutos do microsistema de tutela coletiva e se instrumentalizou com ferramentas para soluções de conflitos massificados, o incidente de resolução de demandas repetitivas e o regime de precedentes vinculantes (SANTOS, 2022).

Nesse mesmo sentido, explica Hermes Zaneti Jr.:

O CPC/1973 tratava apenas do direito individual, preso à legalidade, refratário à influência da Constituição e à tutela coletiva. O CPC/1973 não se adaptava aos novos tempos, mesmo com as reformas, e tinha uma aplicação apenas residual nos processos coletivos. Os processos coletivos eram regidos quase que exclusivamente pelo microsistema processual próprio, com lógicas e princípios ligados aos direitos coletivos. Note-se, o pior problema do CPC/1973 era seu afastamento do perfil constitucional de tutela. Com isso se formava um paradoxo metodológico, já percebido por Galeo Lacerda e Cândido Rangel Dinamarco, um conflito entre o CPC/1973 e a Constituição (ZANETI JR., 2021, p. 85).

Observa o mesmo autor que o Código de Processo Civil de 2015 rompeu com esse paradoxo metodológico e mudou radicalmente a relação entre o processo do Código e o processo do microsistema dos processos coletivos, surtindo um efeito aglutinador sobre o microsistema, na medida em que suas normas fundamentais são aplicáveis ao processo coletivo (ZANETI JR., 2021).

Com observam Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr.:

O CPC-2015 não é um Código oitocentista. Assume, novamente, o dever de dar unidade narrativa ao direito processual (art. 15, aplicação supletiva e subsidiária aos demais processos de produção de normas jurídicas). Organiza, pela introdução de uma Parte Geral e pela consagração de normas fundamentais, um outro patamar de unidade, um sistema aberto, flexível e combinado com a Constituição e com os microsistemas processuais, em especial, com o processo coletivo, fazendo referência expressa às ações coletivas (art. 139, X e art. 985, I e II). Não está de costas para o microsistema da tutela coletiva: o CPC o abraça e o envolve, sendo a ponte entre o processo coletivo e a Constituição (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2020, p. 73).

Colocam os autores que as leis do microsistema de tutela coletiva assumem-se incompletas e encontram no CPC a regulamentação subsidiária e supletiva para aumentar sua flexibilidade e durabilidade em uma realidade pluralista, complexa e muito dinâmica (DIDIER JR; ZANETI JR, 2020).

Não se pode mais falar em aplicação só residual do Código Processual Civil, mas sim, subsidiária, supletiva e coordenada, mediante a técnica do diálogo das fontes, proposta na doutrina brasileira por Cláudia Lima Marques a partir dos estudos de Erik Jayme. O Código de 2015 é aberto à postura comunicativa (ZANETI JR., 2021).

3 O que são direitos individuais homogêneos segundo o Código de Defesa do Consumidor?

Inicialmente, cabe destacar que o presente artigo não pretende fazer uma análise vertical acerca dos conceitos e das polêmicas que existem sobre as classificações dos direitos coletivos em sentido amplo.

O trabalho irá partir das premissas conceituais legais fixadas no artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor. Para efeitos do presente artigo, será adotada a classificação legal.

No entanto, não se pode deixar de lado, para a devida compreensão do tema, a postura crítica já veiculada por Edilson Vitorelli sobre a matéria.

O autor abandona por completo a classificação legal do Código de Defesa do Consumidor e propõe um novo arcabouço teórico para compreender o fenômeno. Ele classifica os litígios coletivos em global, local e irradiado. Explica que os primeiros afetam a sociedade de modo geral, com repercussão mínima sobre os direitos dos indivíduos que a compõem, havendo pouco interesse destes em buscar soluções para o problema coletivo. Há, por isso, baixa conflituosidade nesta espécie de litígio. Já o litígio coletivo local atinge pessoas determinadas, que compartilham algum laço de solidariedade social, com uma intensidade significativa, havendo interesse dos indivíduos em opinar pela resolução do conflito, mas, em razão do pertencimento à mesma comunidade, as opiniões que possam ser divergentes não chegam a ofuscar o objetivo comum. Por isso, leciona, possui conflituosidade moderada. Por fim, no litígio irradiado as lesões são relevantes para a sociedade, mas também atingem de modo diverso e variado diferentes subgrupos, sendo que entre eles não há uma perspectiva comum, qualquer vínculo de solidariedade. Esses subgrupos podem divergir frontalmente acerca do modo como a tutela no caso deve ser buscada, o que rompe com a ideia de que os direitos coletivos são indivisíveis e de que a satisfação de um significa a satisfação de todos, como se pensa tradicionalmente na doutrina brasileira do processo coletivo.

Explana que esses litígios irradiados sempre são complexos (VITORELLI, 2020).

Tratando dessas lições trazidas por Edilson Vitorelli, explica Hermes Zaneti Jr. o que se entende por complexidade e conflituosidade. Aquela diz respeito à forma de abordagem do objeto e é percebida externamente, a partir das implicações do *thema in decidendum*; já esta diz respeito aos sujeitos, sendo percebida internamente, dentro do grupo (ZANETI JR, 2021).

Aponta, ainda, o mesmo autor que os litígios coletivos devem ser repensados, portanto, a partir de seu objeto e de seus sujeitos.

Feitos esses breves apontamentos, importa destacar que, de acordo com o artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor, os direitos individuais homogêneos são direitos decorrentes de origem comum, enquanto os direitos transindividuais são, de acordo com o Código, os difusos e os coletivos. Os difusos são caracterizados por serem titularizados por pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; e os coletivos, titularizados por grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica-base.

Eis a previsão do Código Consumerista:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Explica Edilson Vitorelli:

O processo coletivo brasileiro é estruturado sob a premissa teórica de que existem direitos essencialmente coletivos, que são, por natureza, pertencentes a uma coletividade, tal como os elencados no art. 1º da Lei da Ação Civil Pública; e aqueles que, embora sejam individuais, são tratados coletivamente, para efeitos de redução da sobrecarga do sistema jurisdicional e de evitar que o desinteresse do indivíduo na reparação permita que o causador da lesão se aproprie do benefício que dela decorre para si (VITORELLI, 2020, p. 22)

Quanto aos direitos difusos, pelos termos da lei, são aqueles transindividuais, de conteúdo indivisível, em razão da impossibilidade de divisão em quotas destinadas a pessoas determinadas, e não patrimonial, de titulares indeterminados, que pairam em estado fluído, ligados por uma situação de fato (COSTA, 2018).

São direitos que só podem ser considerados como um todo, titularizados por um grupo de pessoas indeterminadas, não havendo individuação, ligadas todas a uma situação de fato, sem que haja entre os componentes do grupo um vínculo comum de natureza jurídica (DIDIER JR; ZANETI JR, 2020).

Já os direitos coletivos são igualmente transindividuais, refletindo direitos de pessoas indeterminadas no início, mas determináveis, havendo entre os interessados uma relação jurídica-base, e com objeto de proteção não fragmentável, podendo ser patrimonial ou não (COSTA, 2018).

Adriana de Farias Pereira destaca que o Código foi bastante lacônico ao cuidar dos direitos individuais homogêneos, ao contrário do tratamento dispensado aos direitos difusos e coletivos em sentido estrito. Explica que, embora de titularidade dos indivíduos, esses direitos são tratados coletivamente por uma ficção jurídica (PEREIRA, 2020).

Ela leciona que a homogeneidade desses direitos dá origem a causas de pedir similares, nascidas de uma origem comum, sendo essa conexidade entre as pretensões individuais que indicaria a necessidade de tratamento molecular da controvérsia, prestigiando a economia processual e o acesso à justiça (PEREIRA, 2020).

Fredie Diddier Jr. e Hermes Zanetti Jr. afirmam que a origem comum desses direitos confere a característica da homogeneidade deles, revelando a preponderância de questões comuns e a superioridade da tutela coletiva (DIDIER JR; ZANETI JR, 2020).

Enoque Ribeiro dos Santos, com suporte em lições de Antonio Gidi, ensina que

Embora os direitos materiais – direitos individuais homogêneos – sejam considerados, como vimos, um feixe de direitos essencialmente divisível, sua titularidade é da comunidade de todos os atingidos pelo ato ilícito ou abusivo do agente perpetrador, sendo este todo (conjunto) indivisivelmente considerado. A divisibilidade do direito material somente será manifestada nas fases de liquidação e de execução da sentença molecular, onde cada um dos supostos lesados deverá provar a titularidade do direito material, o nexó causal (se pertence ao [sic] não ao grupo, relação de causa e efeito) e o seu prejuízo material ou até mesmo moral (SANTOS, 2022, p. 680).

O autor explica que a homogeneidade não precisa ser qualitativa e quantitativa igual para todos os substituídos, o que será aferido apenas na liquidação e execução, mas sim que está relacionada a um núcleo comum, que autorize tratamento igualitário para todos os casos (SANTOS, 2022).

Fredie Didier Jr. e Hermes Zanetti Jr. mostram que nos direitos individuais homogêneos, assim como nos demais direitos coletivos em sentido amplo, o que se busca com o pedido na tutela coletiva é uma tese geral, que irá beneficiar sem distinção os substituídos, sendo que apenas na liquidação é que afloraram as peculiaridades individuais (DIDIER JR.; ZANETTI JR, 2020).

Marcel Freire Sampaio Costa explica que o Código de Defesa do Consumidor criou essa nova espécie de direitos coletivos, os quais, embora não sejam materialmente transindividuais, devem receber tratamento processual coletivo. Cita como exemplo uma empresa que deixa de pagar salário e recolher o FGTS por determinado período de tempo aos seus empregados. Essa conduta é o que é chamado de origem comum na dicção do artigo 81 do Estatuto Consumerista (COSTA, 2018).

Essa nova categoria de direitos coletivos criada pelo Código de Defesa do Consumidor teve como inspiração as *class actions for damages*, ações de reparação de danos à coletividade do direito norte-americano. Sem a sua criação, a tutela coletiva de lesões aos direitos individuais decorrentes de uma origem comum estaria inviabilizada, o que iria de encontro à efetividade da Justiça frente à massificação das relações jurídicas, sendo evi-

dente a importância prática dessa novidade. Assim como todas as ações coletivas, terá como escopo a fixação de uma tese jurídica geral que beneficie, sem distinção, os substituídos, e as peculiaridades dos direitos individuais serão atendidas quando da liquidação do julgado (DIDIER JR; ZANETI JR, 2020).

Por fim, cumpre ainda trazer o pertinente alerta de Enoque Ribeiro dos Santos sobre as definições dos direitos coletivos trazidas no artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor

Além disso, as categorias empregadas pelo CDC não podem perder de vista a instrumentalidade da tutela coletiva, que permite a utilização das mais variadas formas de tutela e técnicas processuais, independentemente da classificação “correta”. Como salientado anteriormente, essas definições devem antes ser consideradas como abertura processual às ações coletivas para tutela de direitos coletivos ou direitos de massa do que um fechamento a fim de restringir a sua abrangência, suas potencialidades e seus benefícios (SANTOS, 2022, p. 687).

4 O que é dano moral coletivo na visão da Subseção de Dissídios Individuais I do Tribunal Superior do Trabalho?

Segundo o Ministro do Tribunal Superior do Trabalho Maurício Godinho Delgado, o dano moral coletivo surge daquelas situações danosas que extrapolam a esfera individual e atomizada, gerando um impacto no plano comunitário, podendo aflorar de comportamento reiterado com significativo impacto no grupo (DELGADO, 2020).

Explica o Ministro que o dano moral coletivo

configura-se em vista da lesividade que tais afrontas trazem à dignidade da pessoa humana, ao valor social do trabalho, à segurança e bem-estar dos indivíduos, ao exercício dos direitos sociais e individuais, à ideia de uma sociedade livre, justa e solidária, à noção e realidade de justiça social. Em suma, trata-se de desrespeito a toda uma miríade de bens, valores, regras, princípio e direitos de exponencial importância ao Estado Democrático de Direito que a Constituição quer ver cumprido no Brasil em benefício de toda a sua população. (DELGADO, 2020, p. 799).

De acordo com Guilherme Fernandes Ferreira Tavares,

o dano moral coletivo é espécie autônoma de dano que está relacionada à integridade psicofísica da coletividade, bem de natureza estritamente transindividual e que, portanto, não se identifica com aqueles tradicionais atributos da pessoa humana (dor, sofrimento ou abalo psíquico), amparados pelo danos morais individuais. (TAVARES, 2020, p. 200).

Para o fim a que se pretende este artigo, foi realizada busca por decisões da Subseção de Dissídios Individuais I do Tribunal Superior do Trabalho que abordaram o assunto do dano moral coletivo.

Foi possível constatar que há inúmeras decisões do órgão sobre o tema.

A seguir, serão expostos alguns posicionamentos que foi possível colher do apanhado de decisões.

Nos autos dos Embargos de Divergência 1297-78.2012.5.09.0088, julgado em 30 de junho de 2022, de relatoria do Ministro Alexandre Luiz Ramos, a Subseção de Dissídios Individuais I do Tribunal Superior do Trabalho assentou que, para a configuração do dano moral coletivo, é necessária a comprovação de que a conduta ilícita praticada pelo autor do dano, extrapolando a esfera trabalhista individual, tenha o efeito de atingir direitos transindividuais de natureza coletiva. No caso julgado, o órgão reformou acórdão da 8ª turma, a qual havia considerado que a Reclamada, ao quitar as verbas rescisórias com atraso e sem o pagamento da multa legal, não gerou dano à coletividade capaz de acarretar instabilidade ou desequilíbrio social. A Subseção, contudo, entendeu que a conduta da empresa embargada, prática reiterada de inadimplemento das verbas rescisórias e ainda sem recolhimento das multas quando adimplidas com atraso, assumiu dimensão que repercutiu no plano dos valores e interesses coletivos e difusos da sociedade. Isso porque, explicou, a prática se reveste de características tais que interferem no equilíbrio social e geram a transcendência necessária à reparação coletiva. Entendeu pela existência de uma conduta ilícita que violou os interesses jurídicos fundamentais, de natureza extrapatrimonial, de forma a causar danos individuais, coletivos (*stricto sensu*) e difusos. Destacou, ainda, se tratar de dano *in re ipsa*.

Idêntica orientação foi adotada nos autos dos Embargos de Divergência 1905-73.2013.5.09.0013, julgado na mesma data, e de mesma relatoria. O caso envolvia conduta da empresa embargada em relação a seus empregados, consistente no descumprimento da legislação trabalhista, no que se refere ao pagamento tempestivo do 13º salário e do depósito das verbas do FGTS.

No bojo dos Embargos de Divergência 933-49.2012.5.10.0001, julgado em 16 de dezembro de 2021, de relatoria do Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, a Subseção, citando doutrina de Carlos Alberto Bittar Filho e Xisto Tiago de Medeiros Neto, colocou que dano moral coletivo é violação ilícita injustificável a valores de uma certa comunidade; a violação de valores jurídicos fundamentais da coletividade. Observou ainda se tratar de dano *in re ipsa*. A situação fática submetida a julgamento era a configuração de conduta discriminatória e ilícita da empresa ré em incluir em seu banco de dados informações dos empregados e candidatos a emprego relativas a cadastro de restrição ao crédito, mesmo antes da Lei nº 13.103/2015.

Nos autos dos Agravos em Embargos em Recurso de Revista nº TST-Ag-E-RR-612-17.2011.5.23.0056, julgado em 9 de dezembro de 2021, de relatoria do Ministro André Luiz Ramos, a Subseção entendeu que estava configurado o dano moral coletivo em razão de descumprimento do art. 429 da CLT, uma vez que o descumprimento da norma assume dimensão que acarreta repercussões no plano dos valores e interesses coletivos e difusos da sociedade, mormente ao interesse na profissionalização dos jovens brasileiros.

Nos Embargos de Divergência nº 597-30.2013.5.04.0663, julgados em 26 de novembro de 2020, de relatoria do Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, a Subseção condenou a reclamada ao pagamento de danos morais coletivos em razão de sua conduta de, reiteradamente, atrasar o pagamento de salários e FGTS. Discutiu-se caso em que uma Turma do Tribunal Superior concluiu ser “imprescindível, para a configuração do dano moral coletivo, a comprovação de que a conduta ilícita praticada pelo agente, extrapolando a esfera trabalhista individual, atingiu direitos transindividuais de natureza coletiva”, o que não teria ocorrido pelo atraso reiterado no pagamento de salários e inadimplemento de FGTS. A Subseção, reformado o acórdão, entendeu que, quando constatada a sistemática e deliberada ação do empregador em desconsiderar as normas trabalhistas, afigura-se possível a condenação em danos morais co-

letivos, sendo eles *in re ipsa*. Colocou que as empresas que assumem o ônus financeiro de atender à legislação trabalhista perdem competitividade em relação àquelas que reduzem seus custos de produção à custa dos direitos mínimos assegurados aos seus empregados. Pontuou, ainda, que o bom empregador se vê compelido a sonegar direitos trabalhistas como condição para a sobrevivência da sua empresa no mercado, cada vez mais marcado pela competição. Como consequência, disse, o empresário que descumpra a legislação trabalhista afeta, assim, as condições de vida de todos os trabalhadores que atuam naquele ramo da economia.

No julgamento dos Embargos de Divergência 248-17.2014.5.09.0028, julgado em 22 de outubro de 2020, de Relatoria do Ministro Walmir Oliveira da Costa, a Subseção entendeu que a violação de normas jurídicas erigidas com a finalidade de tutela dos direitos mínimos assegurados aos trabalhadores urbanos e rurais pode ser fundamento para a condenação em danos morais coletivos. No caso julgado, apontou o órgão que a limitação da jornada de trabalho insere-se entre as normas protetivas à saúde e segurança no trabalho, dados os efeitos nefastos causados à saúde física e mental dos trabalhadores sujeitos a jornadas exaustivas, agravadas pela supressão de direitos a períodos de descanso que visam, exatamente, à recomposição física e mental do empregado e, conseqüentemente, à prevenção de acidentes e doenças relacionadas ao trabalho, sendo sua violação caracterizadora de danos morais coletivos. Assentou, ainda, que a violação transcende a esfera individual, afetando o corpo social, que arca com o custo da seguridade social e fica exposto a risco decorrente do desequilíbrio causado pela exploração do trabalho (cidadãos doentes ou acidentados em idade economicamente ativa, afastados pela Seguridade Social, além dos incontáveis transtornos de personalidade, em todos os graus, capazes de causar toda espécie de desequilíbrio social).

O que se pode perceber deste conjunto de julgados da Subseção de Dissídios Individuais I do Tribunal Superior do Trabalho é que o órgão sustenta o dano moral coletivo na existência de violação a patrimônio jurídico que transcende a esfera individual. E, partindo dessa premissa, busca fundamentar a condenação ao pagamento de danos morais coletivos, no caso concreto, colhendo elementos no processo que façam essa subsunção entre a conduta apontada como contrária ao direito e a existência de danos que vão além do ambiente individual do trabalha-

dor. Em todos os casos, assentou que o dano moral coletivo é *in re ipsa*.

5 A Subseção de Dissídios Individuais I do Tribunal Superior do Trabalho admite dano moral coletivo em demandas coletivas versando sobre direitos individuais homogêneos?

Foi realizada pesquisa por decisões junto à Subseção de Dissídios Individuais I do Tribunal Superior do Trabalho sobre a condenação em danos morais coletivos em demandas versando sobre direitos individuais homogêneos.

Entre diversas decisões, foram selecionadas as decisões a seguir para análise sobre o tema para os fins pretendidos neste artigo.

Nos autos dos E-ED-RR – 107500-26.2007.5.09.0513, de relatoria do Ministro José Roberto Freire Pimenta, julgado em 21 de novembro de 2019, a Subseção discutiu se a conduta da reclamada, ao deixar de cumprir as normas trabalhistas relativas aos limites da jornada de trabalho, configura afronta à coletividade passível de ser condenada ao pagamento de indenização por dano moral coletivo. O órgão destacou que, para a configuração do dano moral coletivo, é demandada a violação intolerável a direitos coletivos e difusos. Citando lição de Xisto Tiago de Medeiros Neto, esclareceu que o dano moral coletivo pode decorrer de um padrão de conduta da parte ofensora, com evidente alcance potencial lesivo à coletividade, vale dizer, um standard comportamental que enseja repercussão coletiva, exatamente por atingir, indistintamente, bens e valores de toda uma coletividade de pessoas. Pontuou a Subseção que a tutela coletiva em exame no caso concreto abrangeria não apenas os direitos individuais homogêneos dos trabalhadores expostos à violação das normas trabalhistas relativas aos limites da jornada de trabalho, como também os direitos difusos de todos os membros da sociedade, e também os direitos coletivos em sentido estrito. Explicou que isso ocorreria porque a tutela buscada no processo perseguiria os que poderão vir a se encontrar nessa condição futuramente, caso essa conduta ilícita não fosse coibida. Concluiu que, visando à cessação da conduta reiterada da reclamada, portanto, seria também necessária a condenação ao pagamento dessa indenização por danos morais coletivos. Por fim, citando precedentes, apontou que o desrespeito às normas relativas à jornada de trabalho, por serem normas que visam proteger a saúde e a segurança do trabalhador, causa lesão à coletividade.

No bojo dos autos dos E-RR – 125985-97.2009.5.12.0003, de relatoria do Ministro Claudio Mascarenhas Brandão, julgado em 30 de novembro 2017, a Subseção julgou caso relacionado à configuração da responsabilidade civil por danos morais coletivos em caso de terceirização ilícita na área finalística da empresa tomadora dos serviços.

O julgamento ocorreu antes da decisão da ADPF 324/DF e do RE 958252/MG pelo Supremo Tribunal Federal, julgados em julgado em 29 e 30 de agosto 2018, e se relaciona a fatos anteriores às leis 13.429/2017 e 13.467/2017.

O órgão uniformizador da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho reformou acórdão da 5ª Turma, que deixara de condenar a empresa ré ao pagamento de danos morais coletivos. Na ocasião, a Turma consignara no acórdão que o dano moral coletivo pode ser definido como a ofensa a valores morais fundamentais da coletividade, apontando que a principal diferença entre o dano moral individual e o dano moral coletivo é que, neste, o dano se dará a um interesse jurídico de natureza extrapatrimonial titularizado não por certos indivíduos, mas sim por uma determinada coletividade. E assentou que os valores coletivos que exigem reparação por danos morais coletivos não devem ser confundidos com o somatório de interesses individuais, salientando a exigência de que os danos causados pela atuação ilícita do agente extrapolem a esfera dos interesses individuais, repercutindo sobre a coletividade em abstrato. A Subseção, por outro lado, entendeu que o instituto em questão objetiva a tutela de direitos e interesses transindividuais, os quais, quando violados, também reclamam responsabilidade civil. Trouxe precedente de acórdão de Turma no sentido de que a Corte Superior do Trabalho estaria consolidando o entendimento de que os direitos individuais homogêneos não constituem obstáculo à configuração do dano moral coletivo, quando demonstrada a prática de ato ilícito, cuja repercussão transcende os interesses meramente individuais, de modo a atingir toda a coletividade. Colocou que, desrespeitados valores e interesse de toda a coletividade, a responsabilidade civil perde a sua feição individualista e assume função social, hábil a promover o controle ético das condutas praticadas. E que, no caso concreto, a conduta socialmente reprovável da empresa, ao terceirizar mão de obra de forma indiscriminada na área finalística, configura ofensa a patrimônio jurídico da coletividade, na medida em que se coloca em rota de colisão com a legislação laboral de proteção ao trabalhador, sendo que tal prática seria equiparada à intermediação ou locação de mão de obra, violando frontal-

mente o regime de emprego socialmente protegido. Por fim, concluiu que na defesa do primado dos valores morais que embasam o Direito do Trabalho e com o intuito de resgatar a verdadeira função da norma principiológica do sistema jurídico laboral – princípio protetor –, necessitaria reforma a decisão proferida pela 5ª Turma da Corte, a fim de reconhecer o dano moral coletivo.

Quando do julgamento dos E-ED-RR – 235300-85.2010.5.16.0012, de relatoria do Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, julgado em 03 de dezembro de 2020, a Subseção não conheceu do recurso de embargos. Na espécie, a 3ª Turma havia julgado Recurso de Revista do Ministério Público do Trabalho, o qual defendia que, em síntese, o descumprimento da legislação trabalhista é suficiente à caracterização do dano moral coletivo. O cerne da pretensão versava sobre o descumprimento à legislação trabalhista consistente em irregularidades verificadas no âmbito da reclamada e reconhecidas em sentença, a saber: a) realização de descontos sob a rubrica genérica 'outros descontos'; b) não fornecimento de água potável nas frentes de trabalho e na sede da empresa; c) falta de prestação de socorro imediato em caso de acidente do trabalho; e d) realização do trabalho sob condições inadequadas de asseio e limpeza. A Turma julgadora, reformando o acórdão de origem, que havia rechaçado a pretensão, pois os danos estariam circunscritos a um número limitado de trabalhadores da empresa ré, deu provimento do Recurso de Revista, a fim de condenar a reclamada ao pagamento de indenização por dano moral coletivo. A Turma havia destacado, ainda, que o dano moral coletivo se caracteriza pela ofensa a uma coletividade e não apenas a um indivíduo e, também, pelo descumprimento de preceitos ou obrigações legais que causem dano a uma coletividade de trabalhadores; e que o não fornecimento de água potável e a ausência de condições higiênicas ideais atentariam contra os primados fundamentais constitucionalmente assegurados da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho (art. 1º, III e IV), e atingem todos os trabalhadores daquela empresa. Concluiu que a conduta da empresa, por si só, caracteriza a lesão a direitos e interesses transindividuais e rende ensejo ao dano moral coletivo.

Importante consignar que, embora a Subseção não tenha conhecido Recurso de Embargos, disse, no seu acórdão, que o que representaria um número limitado de trabalhadores afetados para o colegiado regional não interferiria na caracterização do dano moral coletivo, pois a conduta da ré teria o efeito de ofender direitos transindividuais, de natureza individual homogênea, atinentes

à dignidade e à saúde dos trabalhadores e ao valor social do trabalho (art. 1º, III e IV, da CF/88). Asseverou que a violação da ordem jurídica, vedando direitos básicos dos trabalhadores, atingiu toda a sociedade, deflagrando o dever de indenizar.

Nesse mesmo julgamento, a Subseção trouxe um precedente seu, em que, reformando decisão da 8ª Turma, condenou a empresa reclamada ao pagamento de dano moral coletivo por conta de deliberada e reiterada desobediência do empregador à legislação trabalhista, o que ofenderia a população e a Carta Magna, que tem por objetivo fundamental construir uma sociedade livre, justa e solidária. Tratou o caso de reiterada ausência de recolhimento de FGTS e atraso no pagamento de salários. A 8ª Turma havia entendido que seria imprescindível, para a configuração do dano moral coletivo, a comprovação de que a conduta ilícita praticada pelo agente, extrapolando a esfera trabalhista individual, tenha o atingido direitos transindividuais de natureza coletiva. Na ocasião, a Subseção disse que a lesão perpetrada ofendeu a ordem jurídica, ultrapassando a esfera individual. Destacou que as empresas que se lançam no mercado, assumindo o ônus financeiro de cumprir a legislação trabalhista, perdem competitividade em relação àquelas que reduzem seus custos de produção à custa dos direitos mínimos assegurados aos empregados. O julgamento ocorreu no bojo dos E-ARR-597-30.2013.5.04.0663, Relator Ministro Walmir Oliveira da Costa, publicado em 29 de outubro de 2020.

Nos autos do processo E-RR - 449-41.2012.5.04.0861, de relatoria do Ministro Claudio Mascarenhas Brandão, julgado em 07 de fevereiro de 2019, a Subseção reformou acórdão da 4ª Turma do Tribunal, que, mantendo entendimento do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, adotara tese no sentido de que a conduta ilícita que configura o dano moral coletivo deve repercutir não só nos trabalhadores diretamente envolvidos, mas também na coletividade, consignando que, no caso posto em julgamento, não existiria dano moral coletivo a ser ressarcido, pois não constatada que a ilicitude praticada pelo réu – horas extras além da 10ª e seus reflexos no descanso semanal remunerado e férias não respeitadas – tenha extrapolado a esfera individual dos envolvidos e repercutido nos interesses extrapatrimoniais da coletividade. A pretensão fora veiculada em Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho da 4ª Região, com pedido de indenização por danos morais coletivos, em face do reiterado descumprimento da legislação trabalhista quanto aos limites da jornada de trabalho e aos intervalos

intrajornada, necessários à higidez do trabalhador. O órgão uniformizador da jurisprudência do Egrégio Tribunal Superior do Trabalho, ao contrário da Turma, consignou que no caso não se discute apenas lesão provocada em cada indivíduo pelo fato de não serem cumpridas normas que lhe asseguram o direito, mas também o interesse da coletividade de coibir conduta reiterada de descumprimento de direitos mínimos trabalhistas. Destacou que tal conduta não deve ser tolerada no Estado Democrático de Direito, no qual a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho representam fundamentos da República (art. 1º, III e IV). Trouxe, na ocasião, lição doutrinária de Xisto Tiago de Medeiros Neto, no sentido de que dano moral coletivo corresponde à lesão a interesse ou direitos de natureza transindividual, titularizados pela coletividade, considerada em seu todo ou em qualquer de suas expressões (grupos, classes ou categorias de pessoas), em decorrência da violação inescusável do ordenamento jurídico. Consignou ser o dano *in re ipsa*.

Como se percebe do conjunto de decisões analisadas anteriormente, a Subseção de Dissídios Individuais I do Tribunal Superior do Trabalho vem entendendo que o fato da demanda tratar de direitos individuais homogêneos não é óbice para a condenação ao pagamento de danos morais coletivos. Mas, nos casos submetidos a julgamento, há uma preocupação do órgão julgador em fundamentar a condenação ao pagamento de danos morais coletivos em violações a normas que desaguam em direitos difusos ou coletivos em sentido estrito. É como se a violação a direitos individuais homogêneos não se esgotasse nestes direitos, mas sim transbordasse para os direitos difusos ou coletivos em sentido estrito, e nestes é que residisse o fundamento para a condenação em danos morais coletivos.

Esse conjunto de decisões que foram analisadas possui, em grande medida, uma coincidência de objeto submetido a julgamento, que é a violação às normas protetivas ao trabalhador por determinada empresa. Direcionando os olhos ao arcabouço teórico proposto por Edilson Vitorelli, como exposto anteriormente neste trabalho, é possível subsumir esses conflitos ao que o autor chamou de litígio coletivo local. Isso porque são atingidas pessoas determinadas, que compartilham algum laço de solidariedade social, com uma intensidade significativa, havendo interesse dos indivíduos em opinar pela resolução do conflito, mas, em razão do pertencimento à mesma comunidade, as opiniões que possam ser divergentes não chegam a ofuscar o objetivo comum. Por isso, possui conflituosidade moderada.

Conclusão

O ordenamento jurídico brasileiro possui o microsistema de tutela coletiva, formado por um arcabouço de normas que tem como o seu centro o Código de Defesa do Consumidor, mais precisamente o seu título III.

O Código de Processo Civil de 2015 tem aplicação subsidiária e supletiva no microsistema de tutela coletiva, em um verdadeiro diálogo das fontes.

Os direitos individuais homogêneos estão legalmente conceituados no artigo 81, inciso III do Código de Defesa do Consumidor.

O conceito legal aponta que os direitos individuais homogêneos são decorrentes de origem comum, sendo o conceito bastante lacônico. A homogeneidade desses direitos dá origem à causa de pedir similares que surgem de uma origem comum, vindo daí a necessidade de um tratamento molecular da controvérsia, o que iria ao encontro da economia processual e do acesso à justiça. Essa característica revela a preponderância de questões comuns e a superioridade da tutela coletiva, em detrimento da resolução atomizada dos conflitos.

A Subseção de Dissídios Individuais I do Tribunal Superior do Trabalho é o órgão responsável pela uniformização da jurisprudência da mais alta Corte em matéria trabalhista no país, conforme o regimento interno do Tribunal.

O que se pretendeu com este artigo foi observar como o órgão vem entendendo sobre a caracterização da ocorrência de dano moral coletivo em ações coletivas, as quais veiculam pretensões que se amoldam ao conceito de direitos individuais homogêneos previstos no Código de Defesa do Consumidor.

No primeiro momento, o que se procurou foi compreender como o órgão julgador tem visto a existência ou não de dano moral coletivo, e, a partir daí, se esse mesmo órgão julgador tem ou não imposto condenações por danos morais coletivos nas ações referidas no parágrafo anterior.

Foi possível apreender que a Subseção de Dissídios Individuais I do Tribunal Superior do Trabalho sustenta a existência do dano moral coletivo na violação a patrimônio jurídico que transcende a esfera individual. E, tendo isso como ponto de partida, colhe elementos no caso submetido a julgamento que façam essa subsunção entre a conduta apontada como contrária ao direito e a existência de danos que vão além do ambiente individual do trabalhador. Em todos os casos, assentou que o dano moral coletivo é *in re ipsa*.

Indo um passo adiante, o presente estudo procurou mergulhar em decisões da Subseção de Dissídios Individuais I do Tribunal Superior do Trabalho que julgaram conflitos que possam ser subsumidos ao conceito legal de direitos individuais homogêneos previstos no Código de Defesa do Consumidor.

O conjunto de decisões analisadas possui uma coincidência de objeto submetido a julgamento, que é a violação às normas protetivas ao trabalhador por determinada empresa.

Foi possível concluir que, para esse órgão julgador, o fato de a questão submetida a julgamento versar sobre direitos individuais homogêneos não é óbice para a condenação em danos morais coletivos.

Foi constatado que há uma preocupação da Subseção em fundamentar a condenação dessa natureza em violações causadas pela pessoa responsável às normas que desaguardam em direitos difusos e coletivos em sentido estrito, sendo possível perceber que a violação de direitos individuais homogêneos não se esgota em si mesma, mas também pode repercutir para além, afetando, a um só tempo, também, direitos difusos ou coletivos em sentido estrito.

Como já referido neste artigo, adverte o Ministro do Tribunal Superior do Trabalho Maurício Godinho Delgado, o dano moral coletivo surge de situações danosas que extrapolam o plano individual e atomizado, impactando o plano comunitário, podendo ter origem em comportamento reiterado com significativo impacto no grupo (DELGADO, 2020).

E, como igualmente apontado anteriormente neste trabalho, com suporte na lição de Enoque Ribeiro dos Santos, as categorias legais de direitos coletivos em sentido amplo empregadas pelo Código de Defesa do Consumidor não podem perder de vista a sua instrumentalidade, permitindo as mais variadas formas de tutela, em vez de serem vistas como um fechamento a fim de restringir a sua abrangência, suas potencialidades e seus benefícios (SANTOS, 2022).

Referências

- COSTA. M. **Curso de processo coletivo do trabalho**. 1. ed. São Paulo: LTr, 2018.
- DELGADO. M. G. **Curso de direito do trabalho**. 19. ed. São Paulo: LTr, 2020.
- DIDIER JR. F.; ZANETI JR. H. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. 14. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.
- PEREIRA. A. F. **O caso do medicamento VIOXX: as entrelinhas**

da coisa julgada no processo coletivo. *In*: VITORELLI. E.; ZANETI JR. H. (org). Casebook de processo coletivo: estudos de processo a partir de casos: volume 1: tutela jurisdicional coletiva. 1. ed. São Paulo: Almedina, 2020. (p. 393-483).

SANTOS. E. R. **A polêmica sobre os direitos individuais homogêneos**: essencialmente individuais e acidentalmente coletivos ou, autênticos direitos coletivos, na seara trabalhista. *In*: CORREIA. H; MIESSA. E. (org). Temas atuais de direito do trabalho e processo do trabalho. 2. ed. São Paulo: JusPodivm, 2022. (p. 675-696).

TAVARES. G. F. **A fixação por danos morais coletivos no bojo da ação penal por ato de corrupção e o cabimento de cautelares reais a partir de julgado do STF**. *In*: VITORELLI. E.; ZANETI JR. H. (org). Casebook de

processo coletivo: estudos de processo a partir de casos: volume 1: tutela jurisdicional coletiva. 1. ed. São Paulo: Almedina, 2020. (p. 187-216).

VITORELLI. E. **Os desastres do Rio Doce e de Brumadinho**: introdução à teoria dos litígios coletivos. *In*: VITORELLI. E.; ZANETI JR. H. (org). Casebook de processo coletivo: estudos de processo a partir de casos: volume 1: tutela jurisdicional coletiva. 1. ed. São Paulo: Almedina, 2020. (p. 19-43).

ZANETI JR. H. **Processo coletivo e constituição**: a aplicação direta do CPC 2015 ao microssistema dos processos coletivos. *In*: BARBOSA. F. M.; SANTOS. E.R. (org). Fundamentos de processo coletivo de trabalho. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. (p. 57-97).

A recuperação judicial do pequeno produtor rural à luz da nova legislação agrária e falimentar

Marina Pereira Lima Penteadó

Advogada do Banco do Brasil S.A.

Pós-Graduada pela Universidade Presbiteriana Mackenzie e pela Escola Superior de Advocacia – ESA

– OAB São Paulo

RESUMO

A modernização das relações agropecuárias trouxe para o mundo jurídico uma nova realidade, demandando regulamentação específica no âmbito do Agronegócio, que teve respaldo no Direito Empresarial Falimentar, fomentando novos meios de negociar as dívidas do empresário individual. Com isso, este artigo elabora um estudo acerca das mudanças ocorridas na Jurisprudência e na Legislação, e a importância de uma nova modalidade de Recuperação Judicial, criada com o intento de colaborar para o desenvolvimento das relações agropecuárias, a função social da empresa, além de abordar as estratégias utilizadas pelos credores diante deste novo instituto, de modo a gerar renda, empregos e aprimoramento de uma das principais atividades econômicas do país.

Palavras-chave: Produtor rural. Recuperação judicial. Direito Agrário. Princípio da preservação da empresa.

ABSTRACT

The modernization of agricultural relations brought a new reality to Legal World, demanding specific regulations in the field of agribusiness, which was supported by Filamentary Business Law, fostering new means of negotiating with individual entrepreneur. Thereby, the article brings a study on the changes that occurred in jurisprudence and legislation, and the importance of a new modality of judicial recovery, which was created with the intention of collaborating with the development of agricultural relations, the social function of the company. In addition, we suggest the possible attitudes of creditors before this new institute, in order to generate income and

improvement of the one of the main economic activities in Brazil.

Keywords: Rural producer. Judicial recovery, Agrarian law. Principle of company preservation.

1 O Agronegócio na atualidade

A mais recente Lei do Agro (Lei nº 13.986/2020) veio para modernizar as relações agropecuárias e o Agronegócio. Novas modalidades de concessão de crédito foram previstas, visando oferecer maior segurança econômica, jurídica e melhorar as chances de tomada de empréstimo e recuperação do investimento. Com o crescimento econômico de países como a China e Índia, a capacidade financeira em adquirir produtos se avolumou na última década, e o Brasil, tendo como aptidão o Agronegócio, apresentou uma grande vantagem no contexto mundial para produzir em grande escala.

A Agricultura e a Pecuária são atividades de extremo risco, pois dependem de inúmeros fatores externos: clima, dólar, preço, custos de produção, imposição do mercado externo e vários outros fatores que podem interferir na rentabilidade. O produtor que trabalha em terra arrendada precisa de um contrato que lhe dê garantia de que poderá investir na terra e plantar ou criar o gado por certo prazo, uma vez que o financiamento da sua atividade estará ligado ao tempo que tiver de contrato. Na outra ponta, o Banco investidor, a *trading*, o fornecedor dos insumos também contam com essa previsibilidade.

A Lei nº 13.986/2020 trouxe para as searas jurídica e econômica avanços para a viabilização dos investimentos no agronegócio. Com isso, gerou maior possibilidade no oferecimento de garantias, acrescentou títulos de crédito que proporcionem a sua circulação no mercado e captação de recursos estrangeiros. Um exemplo destes títulos de crédito extrajudiciais foi a Cédula Imobiliária Rural (CIR), prevista no artigo 17 da Lei 13.986/2021¹, que consiste em um título nominativo, transferível e de livre circulação, por meio do qual se faz uma promessa de pagar em dinheiro em troca da obrigação de entregar a um credor o bem imóvel rural ou parte dele em afetação, como garantia da opera-

¹ Art. 17. Fica instituída a CIR, título de crédito nominativo, transferível e de livre negociação, representativa de:

I - promessa de pagamento em dinheiro, decorrente de operação de crédito de qualquer modalidade; e

ção, caso não seja paga até a data de vencimento final. Em seu artigo 42², a referida Lei também dispôs sobre a criação da Cédula de Produto Rural (CPR), em que os produtos são oferecidos como garantia do empréstimo do financiador, na modalidade eletrônica, facilitando sua contratação e os processos de negociação de eventuais dívidas e créditos gerados com a execução das obrigações oriundas do título de crédito.

No tocante ao instituto da Recuperação Judicial especificamente, antes da vigência da Lei nº 14.112/20, o Pequeno Produtor Rural que encontrasse dificuldades em sanar suas dívidas perante seus credores não poderia ingressar com um pedido de recuperação judicial na Justiça. Com isso, os advogados começaram a fazer tal pedido, e a Jurisprudência vem se firmando no sentido de que, mediante certos requisitos, poderia haver tal procedimento. Nesse caso, a situação do produtor rural ainda seria regida pelo artigo 971 do Código Civil, segundo o qual:

Art. 971: O empresário, cuja atividade rural constitua sua principal profissão, pode, observadas as formalidades de que tratam o art. 968 e seus parágrafos, requerer a inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, caso

II - obrigação de entregar, em favor do credor, bem imóvel rural, ou fração deste, vinculado ao patrimônio rural em afetação, e que seja garantia da operação de que trata o inciso I do **caput** deste artigo, nas hipóteses em que não houver o pagamento da operação até a data do vencimento.

² "...§ 3º Os bens vinculados em garantia serão descritos de modo simplificado e, quando for o caso, serão identificados pela sua numeração própria e pelo número de registro ou matrícula no registro oficial competente, dispensada, no caso de imóveis, a indicação das respectivas confrontações.

§ 4º No caso de emissão escritural, admite-se a utilização das formas previstas na legislação específica quanto à assinatura em documentos eletrônicos, como senha eletrônica, biometria e código de autenticação emitido por dispositivo pessoal e intransferível, inclusive para fins de validade, eficácia e executividade.

§ 5º A CPR poderá ser aditada, ratificada e retificada por termo aditivo que a integre, datado e assinado pelo emitente, pelo garantidor e pelo credor, com a formalização e o registro na forma do título original, conforme o art. 3º-A desta Lei, fazendo-se, na cédula, menção a essa circunstância.

§ 6º No caso da CPR com liquidação física, os procedimentos para definição da qualidade do produto obedecerão ao disposto em regulamento do Poder Executivo, quando houver."

em que, depois de inscrito, ficará equiparado, para todos os efeitos, ao empresário sujeito a registro.

Tecendo comentários sobre o tema, tem-se as lições de Regina Beatriz Tavares da Silva, como coordenadora da obra *Código Civil comentado*³ :

O produtor rural que, mesmo desempenhando atividade econômica agrícola ou pecuária, preferir não adotar a forma de empresa rural permanecerá vinculado a regime jurídico próprio, como pessoa física, também para os efeitos das legislações tributária, trabalhista e previdenciária, **com responsabilidade ilimitada e com comprometimento direto de seu patrimônio pessoal nas obrigações contraídas em razão do exercício de sua atividade.** (...)

Para o produtor rural, o registro é tido como **uma opção** ao regime jurídico do empresário. Porém, uma vez optando em manter-se como pessoa física, todas as obrigações recaem sobre o seu próprio patrimônio, não estando revestido, portanto, pela proteção da personalidade jurídica da empresa, e a legislação própria das micro e pequenas empresas. Com isso, a Jurisprudência dos Tribunais pátrios já se inclinou para a não concessão de recuperação judicial do pequeno produtor rural⁴, conforme será explicitado no próximo subtítulo.

³ *Código Civil comentado* / coordenadora Regina Beatriz Tavares da Silva. – 10. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016. Vários autores.

⁴ Conforme o entendimento exarado pela 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial ao decidir o Agravo de Instrumento 2028287-46.2017.8.26.0000: AGRAVO DE INSTRUMENTO. Impugnação de crédito. Recuperação judicial de empresários rurais. Acolhimento parcial da impugnação na primeira instância apenas para, mantida implicitamente a concursabilidade do crédito, reclassificá-lo como de natureza real.

Agravo da credora impugnante. Recuperação judicial. Controvérsia acerca do preenchimento ou não dos requisitos para o deferimento da recuperação judicial. Questão que se encontra sub judice em primeira instância, nos autos da própria recuperação, em decorrência do quanto decidido nos agravos de instrumento nº 2024666-41.2017.8.26.0000 e 2054226-28.2017.8.26.0000. Ademais, a r. decisão agravada não versou sobre o

2 Do posicionamento dos tribunais acerca da recuperação judicial do produtor rural individual

Como se observa hodiernamente, em recente julgado do Superior Tribunal de Justiça, o posicionamento mais severo ao pequeno produtor rural já não é mais predominante na jurisprudência:

RECURSO ESPECIAL. PEDIDO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL EFETUADO POR EMPRESÁRIO INDIVIDUAL RURAL QUE EXERCE PROFISSIONALMENTE A ATIVIDADE AGRÍCOLA ORGANIZADA HÁ MAIS DE DOIS

processamento da recuperação judicial. Ausência de dialeticidade. Agravo não conhecido neste ponto. Crédito. Alegação de que o crédito teria sido concedido antes do registro dos empresários na Junta Comercial, quando eles se identificaram como pessoas físicas. Para ser considerada empresária, como regra geral, basta que a pessoa (física ou jurídica) exerça, profissionalmente, ou com habitualidade, atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. Inteligência do art. 966 do CC. Questão diversa é a regularidade da atividade desse empresário, para a qual se exige prévia inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis (art. 967 do CC). Patrimônios da pessoa física e do empresário individual que, realmente, não se distinguem. Regimes jurídicos, entretanto, que se diferenciam. Crédito constituído e vencido antes do registro na Junta Comercial, quando a atividade econômica rural era regular, mas não estava, ainda, sob o regime jurídico empresarial por equiparação. Art. 971 do CC que faculta a inscrição do exercente de atividade econômica rural perante o Registro Público de Empresas Mercantis, reconhecendo a regularidade da atividade econômica rural (profissional e organizada) mesmo sem registro, mas possibilita que opte por se sujeitar ao regime jurídico empresarial por equiparação, a partir do registro na Junta Comercial. Registro empresarial, neste caso específico da atividade rural, que é, portanto, um direito potestativo. **Produtor rural que opta por não se inscrever, presume-se, está optando por algum benefício que auferir com o não registro e, conseqüentemente, com a condição de não empresário, da mesma forma aquele que opta por se inscrever. Opção de se inscrever que não pode ter efeitos retroativos para prejudicar credores que concederam o crédito na vigência do regime não empresarial. Recuperação judicial que muitas vezes impõe severos gravames aos credores. Quem contrata com um não empresário espera, legitimamente, não estar sujeito ao regime empresarial e, por conseqüência, não se sujeitar à recuperação judicial.** Estivessem os agravados desde antes já inscritos na Junta Comercial, a agravante poderia, pelo menos em tese, ter analisado doutra forma, na sua esfera de subjetividade, a conveniência ou não da concessão do crédito, ou alterado, eventualmente, as condições, quanto, por exemplo, a garantias e taxas, de acordo com o que se espera do regime jurídico empresarial.

ANOS, ENCONTRANDO-SE, PORÉM, INSCRITO HÁ MENOS DE DOIS ANOS NA JUNTA COMERCIAL. DEFE- RIMENTO. INTELIGÊNCIA DO ART. 48 DA LRF. RE- CURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. Controverte-se no presente recurso especial acerca da aplicabilidade do requisito temporal de 2 (dois) anos de exercício regular da atividade em- presarial, estabelecido no art. 48 da Lei n. 11.101/ 2005, para fins de deferimento do processamento da recuperação judicial requerido por empresá- rio individual rural que exerce profissionalmente

Inclusão do referido crédito na recuperação judicial que caracterizaria um terceiro regime (*lex tertia*), previsto para os credores. Interpreta- ção do art. 49 da Lei nº 11.101/05 à luz das peculiaridades do tratamento especial conferido pela lei ao empresário rural. **Crédito constituído sob o regime não empresarial que não se submete à recuperação judi- cial, vantagem exclusiva daqueles que aderem ao regime jurídico empresarial (art. 1º da Lei nº 11.101/05).** Inadmissibilidade do empre- sário se valer, cumulativamente, do que há de melhor no regime jurídico não empresarial, anterior ao registro, e no atual regime jurídico em- presarial por equiparação. Credora agravante que votou contra o plano. Extensão da recuperação aos agentes econômicos em geral, e não ape- nas a empresários (ainda que por equiparação), que é de lege ferenda, nada podendo se antecipar a esse respeito. Agravo não conhecido em parte e, na parte conhecida, provido. (TJSP; Agravo de Instrumento 2028287-46.2017.8.26.0000; Relator (a): Carlos Dias Motta; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro de Jaboticabal - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 09/08/2017; Data de Registro: 11/08/2017). Além disso, há a corrente que defende como declaratório o efeito do registro do empresário rural. Nesse sentido, é o entendimento que se coaduna com o Enunciado 202 do Conselho da Jus- tiça Federal – CJF: O registro do empresário ou sociedade rural na Junta Comercial é **facultativo e de natureza constitutiva**, sujeitando-o ao regime jurídico empresarial. É inaplicável esse regime ao empresário ou sociedade rural que não exercer tal opção. No âmbito, vale citar decisão proferida pelo Ministro Marco Buzzi nos autos do TP 1937-MT: AGRAVO DE INSTRUMENTO – RECUPERAÇÃO JUDICIAL – CRÉDITO – AN- TERIORIDADE – **NÃO SUJEIÇÃO AOS EFEITOS DA RECUPERAÇÃO JU- DICIAL – CRÉDITO CONSTITUÍDO E VENCIDO ANTES DO REGISTRO NA JUNTA COMERCIAL, QUANDO A ATIVIDADE ECONÔMICA RURAL ERA REGULAR, MAS NÃO ESTAVA, AINDA, SOB O REGIME JURÍDICO EMPRESARIAL POR EQUIPARAÇÃO** – DECISÃO REFORMADA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. **O deferimento da recuperação judicial pressupõe a comprovação da qualidade de empresário, mediante a juntada de certidão de inscrição na Junta Comercial, por perí- odo superior a dois anos.** Não se submete aos efeitos da recuperação judicial o crédito constituído sob o regime não empresarial. (Grifos do agravante).

a atividade agrícola organizada há mais de 2 (dois) anos, encontrando-se, porém, inscrito há menos de 2 (dois) anos na Junta Comercial.

2. Com esteio na Teoria da Empresa, em tese, qualquer atividade econômica organizada profissionalmente submete-se às regras e princípios do Direito Empresarial, salvo previsão legal específica, como são os casos dos profissionais intelectuais, das sociedades simples, das cooperativas e do exercente de atividade econômica rural, cada qual com tratamento legal próprio. Insere-se na ressalva legal, portanto, o exercente de atividade econômica rural, o qual possui a faculdade, o direito subjetivo de se submeter, ou não, ao regime jurídico empresarial.

3. A constituição do empresário rural dá-se a partir do exercício profissional da atividade econômica rural organizada para a produção e circulação de bens ou de serviços, sendo irrelevante, à sua caracterização, a efetivação de sua inscrição na Junta Comercial. Todavia, sua submissão ao regime empresarial apresenta-se como faculdade, que será exercida, caso assim repute conveniente, por meio da inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis.

3.1 Tal como se dá com o empresário comum, a inscrição do produtor rural na Junta Comercial não o transforma em empresário. Perfilha-se o entendimento de que, também no caso do empresário rural, a inscrição assume natureza meramente declaratória, a autorizar, tecnicamente, a produção de efeitos retroativos (*ex tunc*).

3.2 A própria redação do art. 971 do Código Civil traz, em si, a assertiva de que o empresário rural poderá proceder à inscrição. Ou seja, antes mesmo do ato registral, a qualificação jurídica de empresário – que decorre do modo profissional pelo qual a atividade econômica é exercida – já se faz presente. Desse modo, a inscrição do empresário rural na Junta Comercial apenas declara, formaliza a qualificação jurídica de empresário, presente em momento anterior ao registro. Exercida a faculdade de inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis, o empresário rural, por deliberação própria e voluntária, passa a se submeter ao regime jurídico empresarial.

4. A finalidade do registro para o empresário rural, (*sic*) difere, claramente, daquela emanada da inscrição para o empresário comum. Para o empresário comum, a inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis, que tem condão de declarar a qualidade jurídica de empresário, apresenta-se obrigatória e se destina a conferir-lhe status de regularidade. De modo diverso, para o empresário rural, a inscrição, que também se reveste de natureza declaratória, constitui mera faculdade e tem por escopo precípua submeter o empresário, segundo a sua vontade, ao regime jurídico empresarial.

4.1 O empresário rural que objetiva se valer dos benefícios do processo recuperacional, instituto próprio do regime jurídico empresarial, há de proceder à inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis, não porque o registro o transforma em empresário, mas sim porque, ao assim proceder, passou a voluntariamente se submeter ao aludido regime jurídico. A inscrição, sob esta perspectiva, assume a condição de procedibilidade ao pedido de recuperação judicial, como bem reconheceu esta Terceira Turma, por ocasião do julgamento do REsp 1.193.115/MT, e agora, mais recentemente, a Quarta Turma do STJ (no REsp 1.800.032/MT) assim compreendeu.

4.2 A inscrição, por ser meramente opcional, não se destina a conferir ao empresário rural o status de regularidade, simplesmente porque este já se encontra em situação absolutamente regular, mostrando-se, por isso, descabida qualquer interpretação tendente a penalizá-lo por, eventualmente, não proceder ao registro, possibilidade que a própria lei lhe franqueou. Portanto, a situação jurídica do empresário rural, mesmo antes de optar por se inscrever na Junta Comercial, já ostenta status de regularidade.

5. Especificamente quanto à inscrição no Registro Público das Empresas Mercantis, para o empresário comum, o art. 967 do Código Civil determina a obrigatoriedade da inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, antes do início de sua atividade. Será irregular, assim, o exercício profissional da atividade econômica, sem a observância de exigência legal afeta à inscrição. Por consequência, para o empresário comum, o prazo

mínimo de 2 (dois) anos deve ser contado, necessariamente, da consecução do registro. Diversamente, o empresário rural exerce profissional e regularmente sua atividade econômica independentemente de sua inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis. Mesmo antes de proceder ao registro, atua em absoluta conformidade com a lei, na medida em que a inscrição, ao empresário rural, apresenta-se como faculdade – de se submeter ao regime jurídico empresarial.

6. Ainda que relevante para viabilizar o pedido de recuperação judicial, como instituto próprio do regime empresarial, o registro é absolutamente desnecessário para que o empresário rural demonstre a regularidade (em conformidade com a lei) do exercício profissional de sua atividade agropecuária pelo biênio mínimo, podendo ser comprovado por outras formas admitidas em direito e, principalmente, levando-se em conta período anterior à inscrição.

7. Recurso especial provido.⁵

A tal respeito, também foram editados os Enunciados 96 e 97 da III Jornada de Direito Comercial do Conselho Nacional de Justiça, segundo os quais:

96. A recuperação judicial do empresário rural, pessoa natural ou jurídica, sujeita todos os créditos existentes na data do pedido, inclusive os anteriores à data da inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis.

97. O produtor rural, pessoa natural ou jurídica, na ocasião do pedido de recuperação judicial, não precisa estar inscrito há mais de dois anos no Registro Público de Empresas Mercantis, bastando a demonstração de exercício de atividade rural por esse período e a comprovação da inscrição anterior ao pedido.

Interessante acrescentar a justificativa dos enunciados, os quais vêm expostos no site do Conselho Nacional de Justiça, com os seguintes entendimentos doutrinários:

⁵ STJ. RECURSO ESPECIAL Nº 1.811.953 - MT (2019/0129908-0). 3ª Turma. Min. Rel. MARCO AURÉLIO BELLIZ. Je: 15/10/2020.

Fábio Ulhoa Coelho, em parecer sobre o tema, afirma que “considerar que a lei exige do produtor rural que explore a sua atividade e também esteja registrado na Junta Comercial há pelo menos dois anos é relegar à letra morta o § 2º do art. 48 da LRE” (COELHO, Fábio Ulhoa. Parecer proferido nos autos do processo 3067-12.2015.811.0051-97136, Comarca de Campo Verde, Estado do Mato Grosso. 13 de outubro de 2015. Fls. 776).

Destaca-se, ainda, que o TJSP manifestou-se pela admissão de qualquer documento para fins comprobatórios do efetivo e regular exercício da atividade pelo biênio legal (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Agravo de Instrumento 2006737-58.2018.8.26.0000*; Relator (a): Alexandre Lazzarini; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro Central Cível - 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais; Data do Julgamento: 9/5/2018; Data de Registro: 11/5/2018).

Assim, **a prova do requisito temporal de dois anos não exige do produtor rural (seja pessoa física ou jurídica) que este esteja inscrito na Junta Comercial por prazo superior a um biênio, mas, tão somente, que o esteja na data do ajuizamento do pedido de Recuperação Judicial.**⁶ (g.n.)

Há de se convir que o posicionamento em referência vem de encontro com a novel legislação mencionada no início do presente artigo, ou seja, mantém a tendência em proteger e fomentar a atividade do pequeno produtor rural, a fim de gerar empregos e fonte de riqueza para o desenvolvimento da Economia, ao facilitar o desenvolvimento dos negócios e o saneamento de dívidas, por meio da utilização das próprias riquezas geradas com a atividade, e sem recair em patrimônio pessoal do produtor rural Pessoa Física.

3 Da novel legislação recuperacional e falimentar acerca do tema

Seguindo a tendência da Jurisprudência, que externalizou a necessidade social de aprimorar o procedimento recuperacional

⁶ CNJ. Visto no site: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/1346>. Acesso em 02/08/2022, às 20h20min.

para esta categoria de empresário rural individual, após várias discussões no Congresso Nacional, em 2020 foi promulgada a Lei nº 14.112/20, que incluiu os parágrafos segundo, terceiro, quarto e quinto no artigo 48 e o artigo 70-a na Lei de Recuperações Judiciais (Lei nº 11.101/2005)⁷.

⁷ Art. 48. Poderá requerer recuperação judicial o devedor que, no momento do pedido, exerça regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos e que atenda aos seguintes requisitos, cumulativamente:

(...)

§ 2º No caso de exercício de atividade rural por pessoa jurídica, admite-se a comprovação do prazo estabelecido no **caput** deste artigo por meio da Escrituração Contábil Fiscal (ECF), ou por meio de obrigação legal de registros contábeis que venha a substituir a ECF, entregue tempestivamente. (Redação dada pela Lei nº 14.112, de 2020) (Vigência)

§ 3º Para a comprovação do prazo estabelecido no **caput** deste artigo, o cálculo do período de exercício de atividade rural por pessoa física é feito com base no Livro Caixa Digital do Produtor Rural (LCDPR), ou por meio de obrigação legal de registros contábeis que venha a substituir o LCDPR, e pela Declaração do Imposto sobre a Renda da Pessoa Física (DIRPF) e balanço patrimonial, todos entregues tempestivamente. (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020) (Vigência)

§ 4º Para efeito do disposto no § 3º deste artigo, no que diz respeito ao período em que não for exigível a entrega do LCDPR, admitir-se-á a entrega do livro-caixa utilizado para a elaboração da DIRPF. (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020) (Vigência)

§ 5º Para os fins de atendimento ao disposto nos §§ 2º e 3º deste artigo, as informações contábeis relativas a receitas, a bens, a despesas, a custos e a dívidas deverão estar organizadas de acordo com a legislação e com o padrão contábil da legislação correlata vigente, bem como guardar obediência ao regime de competência e de elaboração de balanço patrimonial por contador habilitado. (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020) (Vigência)

(...)

Art. 70-A. O produtor rural de que trata o § 3º do art. 48 desta Lei poderá apresentar plano especial de recuperação judicial, nos termos desta Seção, desde que o valor da causa não exceda a R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais). (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020) (Vigência)

Assim, a introdução destes artigos, que remetem à recuperação judicial do produtor rural como pessoa física, sendo desnecessário o registro de sua atividade na Junta Comercial por todo o período, foi sedimentado após a mudança da Jurisprudência, que se fez presente agora na forma da lei elaborada, votada, promulgada e publicada, com vigência a partir de 23 de janeiro de 2021.

Esta alteração representou significativa importância para o aprimoramento das relações e da concessão e pagamento de crédito bem como soerguimento das atividades rurais, ainda mais em época de extrema inflação e crise econômica que assola o país e o mundo, além do aconte-

Observa-se, nestes dispositivos legais, que, para aquele que exerce suas atividades rurais via pessoa jurídica, o prazo do exercício regular pode ser comprovado de maneira alternativa (§ 2º do art. 48 da Lei nº 11.101/2005). Estendeu-se, portanto, a recuperação judicial ao ruralista, desde que o valor da causa não exceda 4,8 milhões de reais, de acordo com o art. 70-A da Lei nº 11.101/2005.

cimento de fenômenos climáticos devastadores e conflitos armados, que conduzem à produção e fornecimento de menos insumos vindo de outros países para fomentar a atividade agrícola nacional.

Não obstante, convém ressaltar que o Agronegócio é uma das atividades mais importantes para o país, devendo, portanto, o tratamento jurídico a ele despendido ser igualitário com os institutos utilizados para as atividades urbanas industriais. Conforme leciona a Doutrina:

Anglizey Solivan de Oliveira define a atual relevância do Agronegócio para a economia do Brasil da seguinte forma:

Em 2019, segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o Produto Interno Bruto (PIB) do Brasil foi de R\$ 7,3 trilhões. Parte desse montante, aproximadamente 21,3% teve origem na movimentação do Agronegócio que, conforme dados da Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil (CNA), remontou R\$ 1,55 trilhões naquele ano. A cadeia de todos os agentes econômicos envolvidos, além de fomentar o mercado interno, é responsável por aproximadamente 42,3% das exportações realizadas em 2019 pelo País, conforme informações do site do Governo Federal no link da Secretaria de Comércio e Relações Internacionais (SCRI) do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA). (OLIVEIRA, 2020)

Conforme dispõe o art. 971 do CCB/2022, os produtores rurais – sejam pessoas físicas ou sociedades que desempenham tal atividade – podem escolher se sujeitar ao regime empresarial, bastando, para isso, requerer a inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis (a cargo das Juntas Comerciais dos Estados). Sendo assim, o produtor rural, caso decida registrar-se, estará equiparado ao empresário individual ou à sociedade empresária, podendo sujeitar-se aos regimes de recuperação ou regime falimentar, previstos na Lei 11.101/2005.

(...)

A divergência jurisprudencial em torno do efeito do registro do produtor rural no órgão de comércio, que consistia no questionamento de o registro possuir natureza constitutiva ou declaratória – impunha que o Superior Tribunal de Justiça – a quem compete interpretar, em última instância, a legislação federal – uniformizasse a interpretação das normas que envolviam a recuperação judicial do produtor rural, conferindo assim segurança jurídica aos produtores e respectivos credores.

Para solucionar essa divergência, a reforma da lei recuperacional incluiu expressamente na Lei 11.101/2005 a previsão de que, no caso de produtor rural, o tempo mínimo de operação para a realização do pedido de recuperação seja contado a partir do início efetivo da atividade rural e

Nesse sentido, o entendimento que prevalece hodiernamente é pela sujeição do pequeno produtor rural com dificuldade de saldar suas dívidas perante seus credores, ao procedimento recuperacional regulamentado pela Lei nº 11.101/2005, muito mais benéfico ao devedor, uma vez que privilegia a função social da empresa, a fim de que seja mantida a atividade produtiva, geradora de empregos, arrecadadora de impostos e tão eficaz e profícua para o desenvolvimento da atividade nacional. Manoel Justino Bezerra Filho trata da importância de se observar o artigo 47, da LRF, que trata da função social da propriedade, no seguinte sentido:

(...) a Lei, não por acaso, estabelece uma ordem de prioridade nas finalidades que diz perseguir, colocando como primeiro objetivo a “manutenção da fonte produtora”, ou seja, a manutenção da atividade empresarial em sua plenitude tanto quanto possível, com o que haverá possibilidade de manter também o “emprego dos trabalhadores”. Mantida a atividade empresarial e o trabalho dos empregados, será possível então satisfazer os “interesses dos credores”. Esta é a ordem de prioridades que a Lei estabeleceu – o exame abrangente da Lei poderá indicar se o objetivo terá condições de ser alcançado.⁸

Porém, o que se precisa ter em mente é que a empresa, ou o pequeno produtor rural sujeitos à recuperação judicial, mesmo que não registrado em Junta Comercial, desde que comprove a atividade rural por pelo menos dois anos, precisa confirmar perante o Juízo Recuperacional sua capacidade de ser um **emprego efetivamente “recuperável”**, ou seja, **viável**

não da inscrição do produtor na Junta Comercial, na forma dos §§ 2º a 5º do art. 48 da Lei 11.101/2005, que doravante serão analisados.

Vale destacar que, uma vez equiparado ao empresário, o produtor rural também estará sujeito a liquidação pelo processo falimentar. Esse ponto é especialmente importante **porque anteriormente a única alternativa era a utilização do instituto da insolvência civil, que é sabidamente ineficiente a ponto de ser pouquíssimo utilizada (OLIVEIRA, 2020). (g.n.)** (COSTA, Daniel Carnio. MELO, Alexandre Nasser. “Comentários à lei de recuperação de empresas e falência: lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. 3ª ed. Ver. Atual. Curitiba: Juruá, 2022. pp. 82/83.)

⁸ Lei de Recuperação de empresas e falência comentada: Lei 11.101/2005: comentário artigo por artigo. 11ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 155.

economicamente, para que faça jus a uma administração judicial que o auxiliará a saldar suas dívidas, negociando eficazmente com os seus credores, e prosseguir com sua atividade produtiva de maneira saudável e profícua.

Conforme a Doutrina, existem várias modalidades de crise econômica da empresa, e uma delas é a patrimonial, caracterizada pela insolvência, que pode representar a inviabilidade da empresa. Parafraseando a doutrina, bem colaciona Cinira Gomes Lima Melo (2021, p. 20):

É uníssonos o entendimento de que somente as empresas viáveis devem ser recuperadas. A grande questão que se coloca é: em que situação fática a empresa será considerada viável? Ainda, quem é responsável por analisar a viabilidade econômica da empresa em recuperação judicial?

Waldo Fazzio Junior afirma que há **parâmetros objetivos** para aferição da viabilidade e que tais parâmetros são verdadeiros pressupostos para concessão da recuperação judicial. São eles: **"(...) importância social e econômica da atividade do devedor no contexto local, regional ou nacional; mão de obra e tecnologia empregadas; volume do ativo e do passivo; tempo de constituição e funcionamento do negócio; e faturamento anual e nível de endividamento da empresa."**⁷⁷

No mesmo sentido, são os vetores apresentados por Fábio Ulhoa Coelho: **importância social, mão de obra e tecnologia empregadas, volume do ativo e passivo, idade da empresa e porte econômico.**⁷⁸

Os parâmetros apresentados serão analisados, no processo de recuperação judicial, a partir dos documentos juntados aos autos na petição inicial, bem como no momento da apresentação do plano de recuperação judicial.

O artigo 51 da LFR elenca o rol de documentos que instruirão a peça exordial. Dentre eles, estão as demonstrações contábeis, os extratos das contas bancárias, a relação de ações judiciais em que o devedor é parte, dentre outros.⁷⁹

Ainda, no momento da apresentação do plano de recuperação judicial, **o artigo 53 da LFR deter-**

mina a apresentação de demonstração da viabilidade econômica do devedor.⁸⁰

Pela sistemática da LFR, o plano de recuperação judicial será apresentado pelo devedor aos credores, cabendo a eles a sua aprovação ou rejeição. Em regra, o magistrado está adstrito à decisão dos credores.

Assim, em última análise, pela sistemática atual, são os credores que analisam a viabilidade econômica do devedor. Esse tem sido o entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça:

(...) Deveras, o magistrado não é a pessoa mais indicada para aferir a viabilidade econômica de planos de recuperação judicial, sobretudo aqueles que já passaram pelo crivo positivo dos credores em assembleia, haja vista que as projeções de sucesso da empreitada e os diversos graus de tolerância obrigacional recíproca estabelecida entre credores e devedor não são questões propriamente jurídicas, devendo, pois, acomodar-se na seara negocial da recuperação judicial. (REsp nº 1.359.311-SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão).

Essa conclusão, todavia, tem sido combatida, de forma veemente. Nesse sentido é a lição de Newton De Lucca:

Imagine-se um plano de recuperação visivelmente inconsistente que venha a ser aprovado pela assembleia de credores (não por convicção íntima destes no êxito do plano, de resto um grotesco mistifório, mas sim à míngua de alguma alternativa para eles que não a declaração da falência do devedor...): Estaria o juiz obrigado a aceitá-lo?

Também aqui, a meu ver, a resposta deverá ser igualmente negativa. Não vejo como possa entender-se que o magistrado, convencido da inconsistência do plano, esteja obrigado a fazer o papel de inocente útil, referendando uma solução que, de antemão, sabe ser absolutamente inadequada (...).⁸¹

No mesmo sentido, ensina Fábio Ulhoa Coelho:

Pela lei brasileira, os juízes, em tese, não poderiam deixar de homologar os planos aprovados pela Assembleia dos Credores, quando alcançado o quórum qualificado da lei. Mas, como a aprovação dos planos inconsistentes levará à desmoralização do instituto, entende-se que, sendo o instrumento aprovado um blá-blá-blá

inconteste, o juiz poderá deixar de homologá-lo e incumbir o administrador judicial, por exemplo, de procurar construir com o devedor e os credores mais interessados um plano alternativo.⁸²

Verifica-se necessária uma séria e criteriosa análise sobre a viabilidade econômica da empresa em recuperação para se alcançar os objetivos traçados pela LRF. (g.n.)⁹

Portanto, uma empresa que não seja viável e efetivamente recuperável poderá ocasionar maiores prejuízos não só aos credores e ao Estado que arca com as dívidas ao Erário e o “saldo social e financeiro” deixado pelo desemprego gerado em razão de uma provável e possível falência, mas também à sociedade como um todo, vez que a situação de desemprego, inadimplência e sonegação de impostos poderá ser acentuada em razão da tentativa de manter uma empresa que já há muito não se apresenta saudável e não tem condições de se recuperar. Daí também pode-se deduzir a razão da necessidade de uma perícia econômica prévia na empresa, que também foi incluída nesta novel legislação recuperacional, embora na condição de faculdade do magistrado condutor do processo. Trata-se do artigo 51-A da referida Lei, segundo o qual:

Art. 51-A. Após a distribuição do pedido de recuperação judicial, poderá o juiz, quando reputar necessário, nomear profissional de sua confiança, com capacidade técnica e idoneidade, para promover a constatação exclusivamente das reais condições de funcionamento da requerente e da regularidade e da completude da documentação apresentada com a petição inicial.

(...)

§ 5º A constatação prévia consistirá, objetivamente, na verificação das reais condições de funcionamento da empresa e da regularidade documental, vedado o indeferimento do processamento da recuperação judicial baseado na análise de viabilidade econômica do devedor.

§ 6º Caso a constatação prévia detecte indícios contundentes de utilização fraudulenta da

⁹ Melo, Cinira Gomes L. **Plano de Recuperação Judicial**. Disponível em: Biblioteca Virtual UniBB, (2ª edição). Grupo Almedina (Portugal), 2021, p. 20.

ação de recuperação judicial, o juiz poderá indeferir a petição inicial, sem prejuízo de oficiar ao Ministério Público para tomada das providências criminais eventualmente cabíveis.

Constata-se que a finalidade deste dispositivo legal é justamente possibilitar o cumprimento do princípio da preservação da empresa em todos os seus aspectos, ou seja, a recuperação da empresa e possibilidade de retorno às atividades econômicas de uma empresa efetivamente recuperável na prática, e por meio de uma eficaz constatação prévia.

Além da viabilidade econômica, convém observar, entre demais diversos fatores, que, para usufruir de tal benefício, a atividade exercida pelo Pequeno Produtor rural deve ser **preponderantemente ligada à agricultura e pecuária**, não podendo existir atividades industriais como principais na produção, mesmo que exercida em área urbana; o que rege referido artigo é a **atividade** do Produtor Rural, que deverá estar descrita nas demonstrações contábeis e fiscais do produtor rural, exclusivamente como créditos de natureza rural, de acordo com o artigo 49, § 6º da Lei nº 11.101/2005 (ex.: cartão de crédito, financiamento de veículo de passeio, financiamento de imóvel urbano, dívida rural não escriturada não poderão ser classificadas como crédito concursal para a recuperação judicial).

De acordo com o artigo 49, § 9º da Lei nº 11.101/2005, também não se sujeita à RJ a dívida constituída nos 3 últimos anos anteriores ao pedido de recuperação judicial, que tenha sido contraída com a finalidade de aquisição de propriedades rurais, bem como as respectivas garantias.

Neste aspecto, conseguimos vislumbrar as vantagens trazidas pela nova lei recuperacional, para a reconstituição do crédito na área do Agronegócio, considerando suas peculiaridades, de acordo com a realidade das relações e negócios agropecuários no país, desenvolvendo uma das atividades econômicas mais importantes para a Economia nacional, sem perder de vista, porém, os princípios existentes no artigo 47 da Lei nº 11.101/2005¹⁰, incluindo a recuperação da empresa efetivamente recuperável.

¹⁰ Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Conclusão

Para concluir, pode-se dizer que há uma legislação incipiente que regulamenta o progresso do Agronegócio no universo jurídico, a qual deve ainda ser amplamente estudada e aprofundada pela Doutrina e Jurisprudência, observando-se sua aplicação aos casos concretos, com o fito de trazer estabilização e segurança às relações dela oriundas. Deve-se, portanto, encontrar um meio de aplicar referida legislação de modo a proporcionar ao pequeno produtor rural facilidade para se recuperar, assim como manter sua atividade, tão significativa para o desenvolvimento da Economia Nacional, sem perder de vista a coibição ao enriquecimento ilícito em desfavor de seus credores, que também é ensejadora do atraso nas relações de confiança dentro do Agronegócio e retrocesso para a Economia.

Este novo instituto jurídico, caracterizado pela recuperação judicial do pequeno produtor rural, alçado à condição de instituto legislado, foi criado sob o manto da função social da propriedade, e a fim de recuperar a atividade econômica, que gera renda, preserva empregos e fomenta a arrecadação de impostos. Não se pode olvidar, entretanto, que modernização das relações econômicas do pequeno produtor rural, conforme as finalidades presentes no espírito da Lei que instituiu o instituto jurídico estudado, quais sejam: **a evolução e o desenvolvimento de uma das principais atividades econômicas do país e a geração de renda, emprego e progresso social e econômico saudáveis e rentáveis para a sociedade.**

Referências

COSTA, Daniel Carnio. MELO, Alexandre Nasser. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**: lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. 3. ed. Ver. Atual. Curitiba: Juruá, 2022. p. 82/83.

CNJ. Visto no site: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/1346>. Acesso em 02/08/2022.

Da Silva, Regina Beatriz Tavares *Código Civil comentado / coordenadora* – 10. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016. Vários autores.

Lei de Recuperação de empresas e falência comentada: Lei 11.101/2005: comentário artigo por artigo. 11. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

LEI Nº 13.986, DE 7 DE ABRIL DE 2020. Institui o Fundo Garantidor Solidário (FGS); dispõe sobre o patrimônio rural em afetação, a Cédula Imobiliária Rural (CIR), a escrituração de títulos de crédito e a concessão de subvenção econômica

ca para empresas cerealistas; altera as Leis nºs 8.427, de 27 de maio de 1992, 8.929, de 22 de agosto de 1994, 11.076, de 30 de dezembro de 2004, 10.931, de 2 de agosto de 2004, 12.865, de 9 de outubro de 2013, 5.709, de 7 de outubro de 1971, 6.634, de 2 de maio de 1979, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 7.827, de 27 de setembro de 1989, 8.212, de 24 de julho de 1991, 10.169, de 29 de dezembro de 2000, 11.116, de 18 de maio de 2005, 12.810, de 15 de maio de 2013, 13.340, de 28 de setembro de 2016, 13.576, de 26 de dezembro de 2017, e o Decreto-Lei nº 167, de 14 de fevereiro de 1967; revoga dispositivos das Leis nºs 4.728, de 14 de julho de 1965, e 13.476, de 28 de agosto de 2017, e dos Decretos-Leis nºs 13, de 18 de julho de 1966; 14, de 29 de julho de 1966; e 73, de 21 de novembro de 1966; e dá outras providências. Fonte: <[L13986 \(planalto.gov.br\)](http://L13986(planalto.gov.br))>. Acesso em: 27/02/2023.

Melo, Cinira Gomes L. **Plano de Recuperação Judicial**. Disponível em: Biblioteca Virtual UniBB, (2ª edição). Grupo Almedina (Portugal), 2021.

STJ. RECURSO ESPECIAL Nº 1.811.953 - MT (2019/0129908-0). 3ª Turma. Min. Rel. MARCO AURÉLIO BELLIZ. Je: 15/10/2020.

TJSP; Agravo de Instrumento 2028287-46.2017.8.26.0000; Relator (a): Carlos Dias Motta; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro de Jaboticabal - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 09/08/2017; Data de Registro: 11/08/2017

Tolentino, Augusto, e Thiago Marinho Nunes. **O Novo Agronegócio e Resolução de Disputas (Coleção Ibmecc São Paulo – Série Direito e Resolução de Disputas)**. Disponível em: Biblioteca Virtual UniBB, Grupo Almedina (Portugal), 2022. Sobrenome, Nome. *Título do livro*. (Edição do livro se for posterior à 1. ed.).

Cartões de crédito consignado: A educação como alternativa para resolução de conflitos e endividamentos

Daniilo Henrique de Sousa Melo

*Especialista em Administração Pública e Direito
Legislativo, Universidade de Pernambuco - UPE*

Assessor Jurídico Bancário

RESUMO

A pesquisa analisa a situação da educação financeira aplicada aos cartões de crédito consignado no intuito de compreender as insatisfações do consumidor e o superendividamento. Objetivando entender a necessidade de educação financeira na oferta e no uso do cartão de crédito consignado, analisaram-se a introdução do referido crédito no cenário brasileiro, a análise sucinta das questões envolvendo o superendividamento, as noções de educação financeira e sua aplicação nas demandas judiciais envolvendo cartão de crédito consignado. Com metodologia de pesquisa exploratória, abordagem qualitativa, pesquisa bibliográfica e documental, método dedutivo, extraiu-se que a educação financeira é essencial para dirimir questões envolvendo a problemática do cartão de crédito consignado, tendo em vista que ela promove a melhor manutenção das economias pessoais, sendo necessário que as instituições promovam em seus agentes a incumbência de promover a educação sobre a modalidade e o uso do cartão de crédito consignado.

Palavras-chave: Código do consumidor. Cartão de crédito consignado. Educação financeira. Processos judiciais.

ABSTRACT

This research analyzes the situation of financial education applied to payroll-deductible credit cards in order to understand consumer dissatisfaction and over-indebtedness. Aiming to understand the need for financial education in the offer and use of payroll-deductible credit cards, the introduction of the referred credit in the Brazilian scenario was analyzed, the brief analysis of the issues

involving over-indebtedness, the notions of financial education and its application in judicial demands involving payroll credit card. With exploratory research methodology, qualitative approach, bibliographic and documentary research, deductive method, it was extracted that financial education is essential to resolve issues involving the issue of payroll credit cards, in view that it promotes better maintenance of personal savings, it is necessary for institutions to promote in their agents the task of promoting education on the modality and the use of payroll credit cards.

Keywords: Consumer. Payroll credit card. Financial education. Court lawsuits.

Introdução

Atualmente, um crescente número de pessoas adquire créditos no Brasil com o intuito de sanar suas dívidas; entretanto, nos noticiários são recorrentes as questões que envolvem o superendividamento do consumidor.

Entre os possíveis atores para esse endividamento, está a figura do cartão de crédito consignado, com oferta deste em modalidade com desconto em folha e taxas menores que as oferecidas pelo cartão de crédito comum.

Contudo, a análise do superendividamento sugere que o mesmo não atuou de modo a englobar os superendividados em uma situação de conforto, recorrendo estes até as vias judiciais para solucionar seus problemas de entendimento pelo uso do cartão de crédito consignado. Assim, busca esta pesquisa analisar a interferência da educação financeira como forma de minimizar os efeitos do endividamento por meio desta modalidade de crédito.

A pesquisa é importante para a sociedade por ser um crédito disponível no mercado e tal está em crescimento que chama a atenção para seu estudo. É relevante para a academia, pois são poucos os estudos direcionados ao cartão de crédito consignado, bem como obras sobre educação financeira.

Trata-se de uma pesquisa exploratória, uma vez que há poucos materiais doutrinários direcionados ao estudo do cartão de crédito consignado. A abordagem é qualitativa, pois se baseia em dados que atestam a inferência da educação financeira na análise do endividamento. Trata-se, também, de pesquisa bibliográfica e documental, vez que analisa os documentos obtidos

de revistas e livros disponíveis sobre a temática. E, por fim, o método dedutivo, pois está baseado na ideia geral de educação financeira, aplicando-se, em específico, aos casos de uso do cartão de crédito consignado.

Objetivando responder à indagação sobre qual é a interferência da educação financeira como alternativa para resolução dos conflitos envolvendo o cartão de crédito consignado, busca-se, em um primeiro momento, analisar a educação financeira, seus conceitos, a ideia do superendividamento, o uso do crédito no Brasil, as noções de alfabetização financeira e a educação direcionada a jovens e adultos.

Em um segundo momento, serão abordadas a conceituação e introdução do cartão de crédito consignado no Brasil e as necessidades de alternativas para os superendividados.

E, por fim, será discutida a problemática do cartão de crédito consignado enquanto necessidade de educação sobre aplicação e uso do referido crédito e os litígios judiciais.

O resultado esperado é entender a introdução da educação financeira no uso do cartão de crédito para, realmente, ser uma solução para o superendividamento do brasileiro.

1 Fundamentação teórica

1.1 Educação financeira: aspectos do superendividamento e uso de crédito consignado

No Brasil, a temática relacionada ao estudo da educação financeira é sumária em relação aos estudos ligados ao setor econômico. Sendo de tamanha importância, este tópico visa analisar os aspectos ligados ao superendividamento e ao uso do crédito consignado relacionado a este tipo de lição.

Segundo Carraro e Merola (2018), não há obrigatoriedade, no Brasil, da Educação Financeira no sistema comum de ensino, conforme a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, exemplificando que existe um posicionamento sobre a importância da educação financeira, mas não como grade curricular.

Entre as conceituações, conforme Pinheiro (2008, p. 2), “a educação financeira pode ser definida como a habilidade que os indivíduos apresentam de fazer escolhas adequadas ao administrar suas finanças pessoais durante o ciclo de sua vida”. Os consumidores, quando devidamente instruídos, têm a capacidade de lidar com suas finanças diárias e até mesmo amenizar as situações imprevistas, analisando os impactos de suas decisões e

compreendendo as responsabilidades sobre o uso dos seus recursos.

Segundo Halfeld (2001), a educação financeira tem por objetivo primordial o equilíbrio financeiro. Esse equilíbrio se extrai das noções de finanças pessoais, tendo que tal estudo é essencial para o desenvolvimento do consumidor, pois ajuda na compreensão de suas receitas e despesas básicas e auxilia nos aportes de investimentos que o consumidor poderá fazer.

Assim, de acordo com Carraro e Merola (2018), a importância da educação financeira é conscientizar sobre controle e uso das finanças em todas as etapas da vida, desde a educação básica na infância até a velhice.

No mesmo sentido, Eker (2006) defende que a educação financeira é fundamental para o ser humano, mas ela depende única e exclusivamente de si próprio. Desse modo, o indivíduo deve considerar as alternativas que sirvam para si e para seu uso, sem generalizar um padrão de educação financeira, pois cada indivíduo deve observar o que melhor atende às suas necessidades para saber como seu planejamento financeiro será executado.

Cerbasi (2004) explica que educação financeira vai além das noções de saldo negativo, uma vez que o planejamento é sempre atentando para manutenção de um nível de vida elevado e agradável. Para o autor, é necessário aprender a usar os recursos e se manter estável, mesmo quando o saldo estiver positivo, exemplificando que existem indivíduos que ganham muito dinheiro e, ainda assim, temem um imprevisto, pois sempre estão gastando em excesso.

Assim, conforme a OCDE, foram instituídos os princípios da educação financeira, que Saravoia *et al* (2007, p. 9) explanam em sua obra:

Princípios e recomendações de educação financeira

1. A educação financeira deve ser promovida de uma forma justa e sem vieses, ou seja, o desenvolvimento das competências financeiras dos indivíduos precisa ser embasado em informações e instruções apropriadas, livres de interesses particulares.
2. Os programas de educação financeira devem focar as prioridades de cada país, isto é, se adequarem à realidade nacional, podendo incluir, em seu conteúdo, aspectos básicos de um planejamen-

to financeiro, como as decisões de poupança, de endividamento, de contratação de seguros, bem como conceitos elementares de matemática e economia. Os indivíduos que estão para se aposentar devem estar cientes da necessidade de avaliar a situação de seus planos de pensão, necessitando agir apropriadamente para defender seus interesses.

3. O processo de educação financeira deve ser considerado, pelos órgãos administrativos e legais de um país, como um instrumento para o crescimento e a estabilidade econômica, sendo necessário que se busque complementar o papel exercido pela regulamentação do sistema financeiro e pelas leis de proteção ao consumidor.

4. O envolvimento das instituições financeiras no processo de educação financeira deve ser estimulado, de tal forma que a adotem como parte integrante de suas práticas de relacionamento com seus clientes, provendo informações financeiras que estimulem a compreensão de suas decisões, principalmente nos negócios de longo prazo e naqueles que comprometam expressivamente a renda atual e futura de seus consumidores.

5. A educação financeira deve ser um processo contínuo, acompanhando a evolução dos mercados e a crescente complexidade das informações que os caracterizam.

6. Por meio da mídia, devem ser veiculadas campanhas nacionais de estímulo à compreensão dos indivíduos quanto à necessidade de buscarem a capacitação financeira, bem como o conhecimento dos riscos envolvidos nas suas decisões. Além disso, precisam ser criados sites específicos, oferecendo informações gratuitas e de utilidade pública.

7. A educação financeira deve começar na escola. É recomendável que as pessoas se insiram no processo precocemente.

8. As instituições financeiras devem ser incentivadas a certificar que os clientes leiam e compreendam todas as informações disponibilizadas, especificamente, quando forem relacionadas aos negócios de longo prazo, ou aos serviços financeiros, com consequências relevantes.

9. Os programas de educação financeira devem focar, particularmente, aspectos importantes do planejamento financeiro pessoal, como a pou-

pança e a aposentadoria, o endividamento e a contratação de seguros.

10. Os programas devem ser orientados para a construção da competência financeira, adequando-se a grupos específicos, e elaborados da forma mais personalizada possível.

Ainda conforme Saravoia *et al* (2007, p. 15), a FEBRABAN “Oferece informações sobre o uso de produtos financeiros, como cartão, caixa automático, segurança e relacionamento com bancos”.

Todo o arcabouço doutrinário está direcionado a analisar a educação financeira e o superendividamento. Atualmente, segundo BUAES (2015), um numeroso grupo de consumidores está se endividando linearmente para o consumo de produtos e serviços. Dessa maneira, os sujeitos utilizam de créditos disponíveis no mercado, principalmente o cartão de crédito, para satisfação de desejos pessoais, impulsionados pelo consumo exacerbado na sociedade atual, que está relacionado à própria noção de existência e pertencimento ao mundo. Dessa forma, o sujeito passa a consumir além de suas condições para cobrir desejos pessoais.

Neste sentido a educação financeira se torna importante, pois é do próprio interesse do Estado e das empresas expandir o mercado consumidor, mas sem análise do consumo, a tendência é uma desestruturação no sistema consumerista. Nessa direção, o capitalismo pós-industrial produz modos de ser e estar no mundo – tanto em nível de uma micropolítica social, quanto de uma micropolítica do desejo, que são as estratégias da economia do desejo no campo social –, definindo tanto os rumos econômicos, sociais e políticos das sociedades quanto os pequenos gestos cotidianos (BUAES, 2015, p. 16).

Devido a essa dissonância entre racionalidade e uso primário do crédito, estabeleceu-se um novo termo chamado de “alfabetização financeira”, o qual, embora esteja relacionado ao termo “educação financeira”, entende-se que eles não são homônimos.

De acordo com Donadio *et al* (2012), a alfabetização financeira vai além da educação financeira, pois aquela tem como primazia o entendimento básico de finanças pessoais e sua utilização, enquanto aplicação do seu entendimento.

Criddle (2006) ressalta que ter alfabetização financeira não é apenas auferir saldo em conta ou construir orçamentos e planos com receitas futuras. A definição de alfabetização financeira inclui o aprendizado quanto à escolha de uma multiplicidade

de alternativas para estabelecer os objetivos financeiros e reflexão sobre os próprios valores sobre dinheiro.

Para Pinheiro (2008, p. 3),

A educação financeira pode ajudar as crianças a compreender o valor do dinheiro e ensiná-las a gerir orçamentos e a poupar. Proporciona aos estudantes e aos jovens, competências importantes que lhes permitam viver de forma independente. Permite que os adultos planejem grandes acontecimentos para sua vida, como a compra da casa própria, o sustento da família, o financiamento dos estudos dos filhos e a preparação para a aposentadoria. Também contribui para que as famílias e os indivíduos possam ajustar suas decisões de investimento e de consumo de produtos financeiros aos seus perfis de risco, às suas necessidades e às suas expectativas. Pode ajudar a evitar as fáceis armadilhas dos pagamentos fraudulentos e a assunção de riscos que poderiam colocar o indivíduo em dificuldade financeira.

Ainda conforme Pinheiro (2008), o setor de serviços financeiros registra uma evolução rápida. A inovação e a globalização permitem que os cidadãos tenham acesso a um leque crescente de produtos e serviços destinados a satisfazer uma série de necessidades e circunstâncias. Os progressos tecnológicos, os novos canais eletrônicos e a integração dos mercados financeiros aumentaram a gama de serviços ofertados e as formas sob as quais estes se encontram disponíveis.

No entanto, para muitos indivíduos, os produtos são dotados de complexidade. As divergências de informações continuam a ser significativas, mesmo os produtos financeiros relativamente simples podem afigurar-se com elevado grau de dificuldade para a média da população, cuja educação financeira é escassa ou inexistente (PINHEIRO, 2008).

O desconhecimento das tantas opções que se mostram acessíveis submete os agentes a riscos de fraudes. Os agentes de venda, que são, na maior parte das vezes, a principal fonte de aconselhamento, nem sempre deixam claro os riscos potenciais de alguns investimentos, podendo convencer os consumidores a investir em produtos que não irão ao encontro de suas expectativas (PINHEIRO, 2008).

Se, por um lado, a diversificação de produtos traz vários benefícios, por outro, o nível de conhecimento que se precisa obter para compreender toda essa diversidade ficou muito além da compreensão comum. A inclusão da oferta de crédito, associada ao desconhecimento financeiro, é uma combinação que vem resultando em elevados índices de tomada de empréstimos e de inadimplência.

O público que mais sofre com a falta de educação financeira, fatidicamente, são os idosos, sendo este o público que mais recorre ao uso do crédito consignado e outros sem aplicação das noções de educação financeira, segundo Vasconcelos *et al* (2017, p. 6):

Os idosos com idade acima de 75 até 85 anos foram os que menos recorrem ao serviço de crédito. Esse fato é explicado por Neri (2007) que por meio de seus estudos verificou que a medida que a idade dos idosos aumenta, cai a efetivação por serviços de crédito. Por outro lado, as pessoas de 60 até 65 anos foram as que mais utilizaram o serviço de crédito.

Vasconcelos *et al* (2017) compreenderam que os serviços de créditos são uma realidade presente na vida dos idosos, demonstrando que estes usam as modalidades de crédito frequentemente e indicam que irão se utilizar em recorrentes renovações de crédito, sendo que tais aquisições ainda são sem planejamento. Devido ao numeroso grupo de aposentados e recebedores de pensão, este público adquire a atenção do mercado de consumo, pois são potenciais adquirentes e pela facilidade de atingimento por meio de propagandas.

Assim como o estudo anterior, Santos, R. A. (2019) analisou o impacto da educação financeira sobre a análise econômica, neste caso, dos idosos de baixa renda, tendo para ela o estudo do “Eu e minha aposentadoria – organizando a vida financeira” como aporte para seus estudos. Em sua análise no município de Palmas/TO, observou-se que a educação financeira é um gerador eficiente de redução das desigualdades econômicas para este público, pois, com direcionamento, os idosos passaram a adquirir conhecimentos sobre aplicação e investimento e educação sobre suas dívidas.

Buaes (2015), em seu artigo, discute o consumo entre idosos de classes populares no contexto brasileiro e a importância de

pensarmos intervenções educativas destinadas a essa população. A discussão deriva de uma pesquisa de caráter participante, desenvolvida por meio de uma ação pedagógica realizada com mulheres idosas, fundamentada em princípios da educação popular e da abordagem histórico-cultural.

Ainda conforme BUAES (2015, p.20):

A relevância de ações educativas voltadas aos idosos, especialmente de classes populares, está exatamente no fortalecimento desses grupos sociais, de forma a produzir deslocamentos de posições de subordinação para posições de autoria da vida. No exemplo dessa pesquisa, trata-se de um público em situação de vulnerabilidade social, constituída e potencializada por fatores que envolvem o nível de escolaridade, a idade, o gênero, a posição de arrimo financeiro da família e a coabitação. Além disso, trata-se de um grupo mais suscetível aos mecanismos do mercado financeiro, em seus diferentes graus de complexidade, que vão desde o uso da caderneta em armazém da vila até o contrato de crédito consignado em grandes instituições financeiras.

Em seu estudo com idosos, demonstrou que existem algumas razões pelas quais os idosos brasileiros de baixa renda utilizam o crédito: fazê-lo para outros membros da família, para melhoria da casa e, ainda, pagar outras dívidas. Nesse sentido, cabe destacar que o uso do crédito pode criar situações problemáticas. Um exemplo pode ser a geração de dependência dos idosos quando estes tomam um crédito para outras pessoas, fomentando, inclusive, situações de violência (Buaes, 2008).

1.2 Cartão de crédito consignado: o consumismo e a necessidade de crédito ao consumidor

Este tópico busca analisar o acesso ao crédito e o surgimento do cartão de crédito consignado como passível de solução para os problemas econômicos dos sujeitos superendividados.

Compreendemos que, no compasso para uso da educação financeira, está a aquisição de crédito consignado, hoje advindo de meios como o Crédito direto ao consumidor e o cartão de crédito consignado.

Buaes (2015) explica que, em razão da vontade de consumir e da facilidade de obter créditos, muitas vezes, a pessoa pode não

perceber ou apresentar dificuldades em aceitar suas limitações financeiras. No Brasil, os bancos não apenas oferecem créditos especiais como também procuram convencer as pessoas a contratar os empréstimos sem a devida informação sobre o uso. Os idosos de classes populares, tendo em vista a melhora de sua condição financeira, estão recebendo, cada vez mais, atenção especial dos bancos e das empresas financeiras. Essa situação foi provocada, especialmente, pelo aumento dos benefícios sociais nas últimas décadas, entre os quais se destaca o Benefício de Prestação Continuada da Assistência Social, instituído pela Constituição Federal de 1988.

Littwin (2008) ressalta que o cartão de crédito tem se tornado cada vez mais disponível, inclusive para famílias de baixa renda, conforme as operadoras de cartão foram estendendo crédito aos consumidores de maior risco. Essa tendência à democratização do crédito e seus efeitos sobre os consumidores de baixa renda merecem a devida atenção, pois, sem a possibilidade de pagar suas contas em dia, esses consumidores são os que mais pagam juros, representando o segmento mais lucrativo da indústria de cartões. Taxas de juros altíssimas e penalidades cobradas podem aumentar de forma extremamente rápida o valor da dívida original, fazendo com que um modesto valor despendido em compras se transforme em uma dívida com proporções excessivamente grandes.

Segundo Block-Lieb e Janger (2006), no pagamento em dinheiro o limite de poder de compra é tangível, ao contrário da utilização do cartão de crédito. O uso desse meio magnético, por exemplo, pode causar uma discrepância nos consumidores, uma vez que não sentem em seu bolso o peso de pagar à vista.

Nessa perspectiva, Kunkel *et al* (2014) notaram que a dívida no cartão de crédito pode ser influenciada por fatores comportamentais, como o comportamento financeiro, o comportamento de uso do cartão de crédito, as compras compulsivas, o materialismo, as noções básicas de capital, o desejo de satisfação psicológica pelas compras e o conhecimento financeiro. As pessoas detentoras de atitudes que possam ser consideradas “alfabetizadas” tendem a melhor controlar e gerenciar suas finanças, evitando incorrer em dívidas.

Santos, R. D (2018) observa que o superendividamento do consumidor está diretamente ligado à disponibilidade de crédito massificado. Para a autora, assim surge o chamado crédito predatório, também conhecido como irresponsável ou negligente. Esse tipo de crédito tem se tornado cada vez mais comum, e cada vez mais casos de danos ligados a ele aparecem.

Padilha (2017) explica que não há quaisquer impedimentos de que o consumidor contraia dívidas; pelo contrário, essa é uma consequência natural do acesso ao crédito e, se for realizado com cautela, trará benefícios para o consumidor, que conseguirá adquirir bens de forma a afetar significativamente a economia.

Assim como uma forma de apaziguar e melhorar a situação do consumidor de cartões de crédito, surge o cartão de crédito consignado, sucintamente no MPV 681 de 2015, que fora convertida em lei, sob o número 13.172, de 2015, em que explanava:

Art. 1^o-A Lei nº 10.820, de 17 de dezembro de 2003, passa a vigorar com as seguintes alterações:
Art. 1^o Os empregados regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1^o de maio de 1943, poderão autorizar, de forma irrevogável e irretroatável, o desconto em folha de pagamento ou na sua remuneração disponível dos valores referentes ao pagamento de empréstimos, financiamentos, cartões de crédito e operações de arrendamento mercantil concedidos por instituições financeiras e sociedades de arrendamento mercantil, quando previsto nos respectivos contratos.

§ 1^o O desconto mencionado neste artigo também poderá incidir sobre verbas rescisórias devidas pelo empregador, se assim previsto no respectivo contrato de empréstimo, financiamento, cartão de crédito ou arrendamento mercantil, até o limite de 35% (trinta e cinco por cento), sendo 5% (cinco por cento) destinados exclusivamente para:

- I - a amortização de despesas contraídas por meio de cartão de crédito; ou
- II - a utilização com a finalidade de saque por meio do cartão de crédito.

Para o serviço público, o cartão de crédito consignado surge com o advento do Decreto nº 8.690/2016, o qual revogou a redação do Decreto nº 6.386/2008.

O Decreto nº 8.690/2016 introduziu no rol de consignações facultativas a "amortização de despesas contraídas e de saques realizados por meio de cartão de crédito" (art. 4^o, XII). Além disso, fixou um limite percentual destinado exclusivamente para esta nova modalidade de crédito consignado, como vemos a seguir:

Art. 5º A soma mensal das consignações não excederá trinta e cinco por cento do valor da remuneração, do subsídio, do salário, do provento ou da pensão do consignado, sendo cinco por cento reservados exclusivamente para: I - a amortização de despesas contraídas por meio de cartão de crédito; ou II - a utilização com a finalidade de saque por meio de cartão de crédito.

Desse modo, com a “promessa” de ser um facilitador para a situação financeira dos consumidores, o cartão de crédito consignado adquiriu destaque nas contratações de crédito, notadamente para os mais endividados com cartão de crédito tradicional. As definições do referido cartão, por não haver uma definição legal em diploma legal, são analisadas de forma variável por instituição que o fornece geralmente por contrato de adesão, bem como as demais modalidades de crédito (PADILHA, 2017).

Segundo o site Serasa Consumidor (2019, p. 1), “O cartão de crédito consignado é um cartão cujo valor mínimo da fatura é descontado diretamente da sua folha de pagamento ou benefício do INSS”. E prossegue explanando que “as taxas desse tipo de crédito costumam ser as menores do mercado, já que o pagamento mínimo da fatura está garantido” Enquanto o rotativo do cartão de crédito tradicional chega a 14% ao mês, o do consignado não passa de 4%.

Conforme as cláusulas gerais do Contrato do Banco Mercantil S.A (a título exemplificativo) (2017, p. 2):

2. Definições (...) i) Cartão de Crédito Consignado: cartões emitidos sob responsabilidade do **Titular** concedidos em observância ao disposto na legislação vigente e ao convênio firmado entre o Emissor e Empregador/Averbador/Conveniando do qual resulte pagamento de salário/vencimentos/benefícios de aposentadoria/pensão ao **Titular**. (grifo do autor).

A instituição financeira Banco BMG S.A exemplifica em seu sítio eletrônico como funciona, em tese, o pagamento do cartão e seus correspondentes juros:

Valores e condições para aposentados e pensionistas do INSS: Valor mínimo de saque: R\$ 50,00

(cinquenta reais) | Valor máximo: 95% do limite de crédito disponível | Taxa de Juros: 3 % a.m. | CET máxima: 54,24 % a.a. | Exemplo da contratação de Saque: Valor liberado: R\$ 50,00, | Juros mensais: R\$ 1,51 | Total a ser pago pelo cliente no mês seguinte: R\$ 51,51 (2019, p.03).

Padilha (2017) explica também que, tendo em vista tratar-se de uma modalidade recentemente inserida na legislação sobre créditos consignados, ainda não há material doutrinário suficiente para compreender as definições e os procedimentos inerentes ao cartão de crédito consignado.

O cartão de crédito consignado funciona como um cartão comum. Possui uma bandeira, e o adquirente paga mensalmente a fatura correspondente ao mínimo das compras efetuadas. No caso do cartão de crédito consignado, esse valor será debitado automaticamente da folha de pagamento do servidor, impedindo que haja atrasos ou inadimplência (PADILHA, 2017).

Essa opção foi disseminada como a solução para os problemas dos servidores superendividados, uma vez que estes poderiam realizar um novo empréstimo consignado, mesmo com a margem de 30% já utilizada, podendo migrar efetuar as compras na nova modalidade que utilizaria apenas 5% de sua renda.

As propagandas davam conta de que os servidores poderiam transferir suas dívidas atuais de cartão de crédito para o novo cartão consignado. Entretanto, na prática, não seria realizada uma transferência e sim uma nova contratação de crédito, cujo valor seria utilizado para quitar as dívidas anteriores (PADILHA, 2017).

Ainda assim, muitos consumidores, mesmo compreendendo o real funcionamento, entenderam que o cartão de crédito consignado se trataria de um benefício, dadas a taxa de juros reduzida e a ausência de anuidade.

Carraro e Merola (2018) esclarecem que a decisão de tomar empréstimos a partir do cartão de crédito também já foi estudada, como merece a atenção do estudo de finanças pessoais, tendo em vista a caracterização dos juros altos, em uma modalidade de crédito que, necessariamente, não surgiu para este propósito, limitando, assim, a racionalidade daquele que adquire o crédito.

Devido à discrepância entre as noções do uso do cartão e sua aplicação fática nas finanças pessoais, os consumidores passaram a utilizar o Código de Defesa do Consumidor como

arcabouço para salvaguardar uma expectativa que fora frustrada com a aquisição do cartão de crédito consignado.

1.3 A problemática do cartão de crédito e a necessidade de educação financeira

A facilidade de aquisição merece a atenção do mercado quando do atingimento do público consumidor. Dessa maneira, desde a Constituição Federal há a determinação de proteção do consumidor, por sua vulnerabilidade, como se verá a seguir.

A Constituição Federal de 1988 instituiu a defesa do consumidor, no artigo 5º, inciso XXXII, como um direito fundamental do nacional, além de constar a defesa do consumidor como um princípio que rege a ordem econômica, explicitamente no art. 170, inciso V.

Sem delongas, o consumidor, conforme a Lei nº 8078/90, art. 2º (Código de Defesa do Consumidor), é tido como “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Devido às abstrações e possibilidades de interpretação, o consumidor adquiriu, ao longo dos anos, uma maior abrangência frequentemente utilizada nos tribunais para se angariar dos benefícios trazidos por esta lei.

Essa possibilidade de benefícios se extrai da vertente que considera o sujeito de direito “consumidor” como um indivíduo vulnerável e hipossuficiente, portanto, tendo tratamento diferenciado e benéfico em relação ao fornecedor.

Essa vulnerabilidade, conforme Padilha (2017), foi reconhecida no art. 4º, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor e é essencial à relação de consumo, pois se caracteriza para dar equilíbrio na situação entre o consumidor e o fornecedor.

No mesmo sentido, Miragem (2015) esclarece, em sua obra, a justificativa para a proteção do consumidor:

O reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor é um critério geral – que fundamenta a existência e aplicação do direito do consumidor – amplamente reconhecido nos principais sistemas jurídicos contemporâneos, e que não se confunde com paternalismo ou proteção excessiva pelo Estado, senão que decorre de uma opção constitucional clara (art. 5º, XXXII, da Constituição de 1988).

Embora a leitura e a adequação ao sistema constitucional de leis complementares e leis ordinárias tenham feito com que

entidades demonstrassem que as instituições financeiras não seriam fornecedoras de produtos e serviços aos moldes do CDC ou que a forma de inclusão de suas responsabilidades estava incorreta conforme o direito legislativo brasileiro, a jurisprudência considerou que essas instituições estavam abarcadas pelos deveres (e direitos) contidos na Lei nº 8078/90.

Brandão (2019) explica que, quando se tratar de empréstimo bancário, incide o dever de informação, tal como estipulado pelo artigo 6º, inciso III, reforçado pelo teor do artigo 52 e incisos, ambos da Lei nº 8078 8 90, os quais determinam a explicitação das condições a serem implementadas no contrato, propiciando ao contratante o conhecimento exato do que está pactuando.

A autora prossegue esclarecendo que ocorre, muitas vezes, a falta de informação e, corriqueiramente, o contrato chega às mãos do cliente sem as informações necessárias. Na mesma obra, explana-se que é essencial nas relações consumeristas o princípio da boa-fé, do qual surgem outros efeitos como: de proteção, esclarecimento, lealdade, transparência e cooperação, e em se tratando de empréstimo bancário, incide o dever de informação. Assim, pela ausência de informação, o consumidor acaba contraindo dívidas e pagamento de juros além do que planejadamente ocorreria.

De fato, o CDC não visa coibir contratações, mas preserva que estas estejam em conformidade com os mandamentos legais. Assim, buscam-se diariamente alternativas para facilitar a vida do consumidor e promover o seu consumo (principal), ao mesmo tempo em que seja observada a legislação em vigor.

A problemática surge com o oferecimento, aquisição e uso do cartão de crédito consignado. O portal UOL (2017) explana que o referido crédito é constantemente oferecido pelas instituições bancárias, mas sem a devida informação e auxílio ao planejamento financeiro. No portal, consta o relato da senhora Rosana Miranda, de 61 anos, que conta receber diversas ligações com oferta de cartão de crédito consignado, que a atraiu por ter taxas mais baixas. Embora não tenha aceitado, houve uma contratação com saque no cartão de crédito que a levou a entrar na Justiça.

Brandão (2019, p. 2) explica que o uso incorreto do cartão de crédito consignado pode ser danoso. Afirma, ainda, ser curioso perceber como uma solicitação de um simples contrato de empréstimo consignado vem a se tornar uma dívida eterna, “quando os descontos feitos em folha servem apenas para co-

brir os juros do rotativo do cartão de crédito de titularidade do consumidor”.

Para se popularizar no meio do consumidor idoso, o INSS criou o cartão RMC (reserva de margem consignável), o qual faz o desconto diretamente em folha do mínimo do cartão, mas que, por falta de planejamento, acaba superando a dívida outrora existente.

A grande massa beneficiária do INSS faz parte das classes menos abastadas, em sua esmagadora maioria pessoas simples e com pouco estudo, o que torna a sistemática simples e extremamente lucrativa para as instituições financeiras (BRANDÃO, 2019,). Verifica-se que há o desconto do mínimo do cartão, quitando os juros do mês e mantendo a dívida. Com o passar dos meses, o cliente observa que a sua dívida nunca diminui, pelo contrário: aumenta, apesar de ser mensalmente descontado em sua folha. Podemos constatar a atuação do cartão na decisão a seguir:

“A operação de cartão de crédito consignado difere do empréstimo consignado. Por expressa disposição contratual, o titular autoriza o banco a deduzir, quando do recebimento da sua remuneração, na folha de pagamento, a quantia correspondente ao pagamento mínimo da fatura, a qual é repassada 2 pelo órgão pagador do contratante à administradora do cartão de crédito. O restante da fatura deve ser pago voluntariamente, na data do vencimento, sob pena da administradora ficar autorizada a financiar o saldo devedor remanescente. A partir daí, esse saldo devedor fica sujeito ao referido desconto mínimo mensal, feito diretamente na conta do beneficiário por ocasião do pagamento pelo seu órgão pagador, até que haja a quitação da dívida” (Des. Marcelo Carvalho Silva, TJ/MA, Apelação Cível nº 0595012013).

Cooper e Stoltz (2018), em sua pesquisa com adultos jovens na cidade de Curitiba/PR, observaram que os participantes parecem não perceber que, mesmo parecendo ser um grande alívio não precisar pagar o valor total de uma fatura, ao estar desprovido financeiramente, o uso abusivo desta “vantagem” trata-se, na verdade, de um grande embuste, uma vez que pode resultar em descontrole de gastos, sobre-endividamento e, conseqüentemente, no comprometimento da receita mensal pessoal e/ou familiar, prejudicando sua qualidade de vida.

E como no caso da Sra. Rosana Miranda, em muitos casos o cliente não utiliza o referido cartão de crédito. Na primeira fatura após a contratação, vem a descrição de um “Saque”, fazendo com que haja a obtenção de um crédito da forma comumente não associada àquela modalidade.

Notamos ser recorrente os casos de buscar as vias judiciais para obtenção de respostas que poderiam ser minimizadas com a simples introdução da própria educação financeira e explicação do próprio uso da modalidade de cartão.

Quando da obtenção do crédito por via do saque, o consumidor adquire uma dívida que supera o crédito CDC comum, como dito por Brandão (2019, p. 3):

Como já elucidado, o consumidor se dirige até uma loja física requerendo um empréstimo consignado com juros praticados no mercado que variam entre 1,8% e 2,3% ao mês e 26% e 30% ao ano e sai com a contratação de cartão de crédito com juros do rotativo que alcançam em 2019 291,1% ao ano! Simples constatação de enriquecimento sem causa por parte das instituições financeiras.

De Almeida Gomes (2013) constata que, apesar das medidas tomadas por parte das autoridades, algumas instituições promovem a “venda do cartão de crédito consignado” de forma irregular, o que fez com que algumas destas sofressem punições mediante as novas regulamentações e normatizações. Isso gerou um grandioso público de clientes que se sentiam lesados a ponto de recorrer às vias judiciais e terem os seus direitos reservados diante de práticas ilícitas por algumas instituições financeiras.

Padilha (2017) verificou que, embora novo, o cartão de crédito consignado já é justificativa para ajuizamento de muitas ações judiciais, conforme julgados a seguir:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE CONTRATUAL C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO E DANOS MORAIS. CARTÃO DE CRÉDITO CONSIGNADO. DÍVIDA INSOLÚVEL. DEFERIMENTO DA TUTELA DE URGÊNCIA. MULTA APLICADA PARA O CASO DE DESCUMPRIMENTO DA ORDEM JUDICIAL. ADMISSIBILIDADE. 1. Deve ser mantida a decisão de primeiro grau, quando observada a exis-

tência de elementos que comprovem a probabilidade do direito e o perigo de dano ao consumidor (CPC/15, art. 300, caput), ante a onerosidade excessiva da modalidade contratual, tornando a dívida insolúvel. 2. É admissível a imposição de multa, de ofício, pelo magistrado, para o caso de descumprimento da ordem judicial, inclusive, limitando o seu quantitativo, de acordo com os parâmetros da razoabilidade e da proporcionalidade. 3. Agravo de instrumento conhecido e desprovido. (TJGO, AI 255839-44.2016.8.09.0000, Rel. Dr. Delintro Belo de Almeida Filho, 5ª Câmara Cível, julgado em 29/09/2016, DJe 2127 de 07/10/2016).

Santos, R. D. (2018) explica que o fenômeno do superendividamento, que atinge centenas de brasileiros, resultado do consumismo desenfreado ou mesmo de ações de má-fé, já faz parte do cenário jurisdicional, uma vez que requer compreensão por parte do magistrado, não se podendo ignorar que se trata não somente de um dano moral, mas é uma situação social que deve ser vista como um conflito consumerista que requer um tratamento justo e igualitário quando judicializado. Comumente, as ações são improcedentes por haver pactuação contratual. Vejamos o seguinte julgado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS C/C DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C RESCISÃO CONTRATUAL C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO C/C PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA DE URGÊNCIA. CARTÃO DE CRÉDITO CONSIGNADO. TUTELA ANTECIPADA DEFERIDA. RECURSO SECUNDUM EVENTUM LITIS. PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA MEDIDA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE, TERATOLOGIA OU ABUSIVIDADE NA DECISÃO PRIMEVA. 1. O agravo de instrumento é um recurso secundum eventum litis e deve limitar-se ao exame do acerto ou desacerto do que ficou soberanamente decidido pelo Juiz monocrático, não podendo extrapolar o seu âmbito para matéria estranha ao ato judicial questionado. 2. Na espécie, tenho que presentes os requisitos essenciais para a concessão da antecipação da tutela, razão pela qual se mostra viável o seu deferimento. 3. A decisão concessiva ou não de tutela

antecipada deve ser reformada pelo juízo ad quem, somente em caso de flagrante abusividade ou ilegalidade, o que não ocorreu no caso em comento. Agravo de instrumento conhecido e desprovido. (TJGO, AI 269937-34.2016.8.09.0000, Rel. Dr (a). Wilson Safatle Faiad, 6ª Câmara Cível, julgado em 27/09/2016, DJe 2125 de 05/10/2016).

Santos, R. D. (2018) esclarece que a maioria das ações ajuizadas é oriunda da facilidade e suposta segurança que o banco oferece no momento da contratação, pois, devido ao percentual descontado, muitos recorrem à Justiça com a intenção de cancelar e/ou diminuir o valor das parcelas. O consumidor procura as vias judiciais sem compreender o real uso do cartão.

Muitos consumidores utilizam do cartão no intuito de pagar apenas os 5% da margem; entretanto, este é o pagamento mínimo descontado em folha, o saldo capital permanece e diminui aos poucos conforme o pagamento mínimo.

Outras questões envolvem o fato de, em seus contracheques, surgir a nomenclatura “cartão de crédito”, quando o cliente alega que fez um empréstimo. Na verdade, entende-se que o mesmo de imediato fez o “saque” no cartão, sem nunca ter feito compras neste, assim, de fato, não o utilizando do modo tradicional.

Santos, R. D. (2018) Antes de fechar o contrato, a fornecedora de crédito precisa orientar o cliente acerca da melhor opção, levando-se em consideração as modalidades de crédito oferecidas. Ademais, cabe à fornecedora analisar com cautela a condição socioeconômica do cliente, para que seus direitos fundamentais não sejam feridos pela dívida contraída.

Assim, tais litígios seriam pormenorizados se houvesse, por parte das instituições financeiras, o compromisso de atentar seus agentes fornecedores a oferecer com a racionalidade de explicar o produto e o impacto dele na organização financeira do cliente.

Conclusão

O estudo direcionado à análise da educação financeira e sua interferência no uso do cartão de crédito consignado e na análise da solução, ou na possível solução para a resolução de problemas relacionadas ao endividamento do público que faz uso desta modalidade de crédito.

Em um primeiro momento, observou-se que a educação financeira, principalmente aquela voltada à educação de adultos e idosos, é de suma importância quando do endividamento e nas demandas por crédito, pois entende-se que o crédito qualificado surte um efeito melhor que o crédito sem direcionamento.

Em um segundo momento, analisou-se a necessidade de se criar alternativas para o superendividamento e o surgimento do cartão de crédito consignado com a promessa de que com este solucionam-se as questões envolvendo os endividados, visto que a modalidade seria com desconto em folha, não tendo como desvirtuar o valor para seu pagamento.

No terceiro momento, obteve-se que o cartão de crédito consignado é mal utilizado pelos consumidores, principalmente por falta de informação e por contratações inconscientes, visto que o valor descontado em folha cobre o mínimo do cartão, e o saldo em si fica pendente de ação efetiva de pagamento por parte do adquirente.

Entendemos, então, que há a necessidade do compromisso pelas instituições financeiras que fornecem o cartão de crédito consignado de informar sobre o uso do cartão e, necessariamente, direcionar, baseado nas noções de educação financeira, a aplicação do recurso para que este seja a solução para problemas com dívidas e não a geração de outra dívida que possa suplantá-las anteriores.

Compreendemos que, com a educação e informação sobre esta modalidade de crédito e seu uso, se evitará assim que um número maior de consumidores evite as vias judiciais para resolução de seus problemas.

Referências

BLOCK-LIEB, S.; JANGER, E. The myth of the rational borrower: rationality, behavioralism and the misguided "Reform of Bankruptcy Law". **Texas Law Review**, Texas, v. 84, n. 6. maio. 2006. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=786427. Acesso em: 01 nov. 2022.

BMG. **BMG CARD**. Disponível em: <https://bmgcartao.com.br/?>

gclidCjwKCAiAh5_uBRA5EiwASW3lanRNYS7O69LGCnChbK6rRk4GmALGRgzMmnRT6ymNAhG9r6vJhmR3hBoCcikQAvD_BwE. Acesso em: 31 out. 2022.

BRANDÃO, Gabriela. **Cartão RMC o terror dos aposentados**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/76620/cartao-rmc-o-terror-dos-aposentados>. Acesso em: 10 nov. 2022.

- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.
- _____. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em 31 out. 2022.
- _____. **Lei 9.394, de 20 de dezembro de 1996**. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm. Acesso em 31 out. 2022.
- _____. **Lei nº 13.172, de 21 de outubro de 2015**. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13172.htm. Acesso em: 01 nov. 2022.
- _____. **Decreto 8690, de 11 de março de 2016**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8690.htm. Acesso em: 01 nov. 2022.
- BUAES, Caroline Stumpf. Educação financeira com idosos em um contexto popular. **Educação & Realidade**, v. 40, n. 1, p. 105-127, 2015.
- CARRARO, Wendy Beatriz W. H.; MEROLA, Aline. Percepções adquiridas numa capacitação em educação financeira para adultos. **Gestão & Planejamento-G&P**, v. 10, 2018.
- CERBASI, G. **Casais inteligentes enriquecem juntos**. 3ª ed. São Paulo: Gente, 2004.
- COOPER, Iarê Sandra; STOLTZ, Tania. Conhecimento social: o caso do pagamento mínimo da fatura do cartão de crédito. **Ensino em Re-Vista**, v. 25, n. 1, p. 82-106, 2018.
- CRIDDLE, E. Financial literacy: Goals and values, not just numbers. **In Alliance**. 2006. vol. 34, p. 4. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/321770056_Investigating_the_level_of_financial_literacy_of_university_students. Acesso em: 02 nov. 2022.
- DA SILVA GOMES, Álvaro Edauto. Crédito consignado: medidas corretivas para evitar o superendividamento. **FMU DIREITO-Revista Eletrônica (ISSN: 2316-1515)**, v. 25, n. 35, 2013.
- DONADIO, Rosimara; CAMPANÁRIO, Milton de Abreu; RANGEL, Armênio de Sousa Rangel. O papel da alfabetização financeira e do cartão de crédito no endividamento dos consumidores brasileiros. **Revista Brasileira de Marketing**, v. 11, n. 1, p. 75-93, 2012.
- EKER, T. **Os segredos da mente milionária**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Sextante, 2006.
- HALFELD, M. **Investimentos: como administrar melhor seu dinheiro**. São Paulo: Fundamentos, 2001.
- HOLZMANN, R.; MIRALLES, M. P. The role, limits of, and alternatives to financial education in support of retirement saving in the OECD, Eastern Europe and beyond. **The World Bank**. 2005. Disponível

em: <https://www.semanticscholar.org/paper/The-Role%2C-Limits-of%2C-and-Alternatives-to-Financial-Holzmann-Pallar%C3%A8s-Miralles/93a78d6ace8e97fdce261c73cd0180681865d577>. Acesso em: 10 nov. 2022.

KUNKEL, Franciele Inês Reis; VIEIRA, Kelmara Mendes; POTRICH, Ani Caroline Grigion. Causas e consequências da dívida no cartão de crédito: uma análise multifatores. **Revista de Administração**, v. 50, n. 2, p. 169-182, 2015.

LITWIN, Angela. Beyond Usury: A Study of Credit-Card Use and Preference Among Low-Income Consumers. **Texas Law Review**. v. 86, n. 3, 2008. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=968330. Acesso em 02 nov. 2022.

MERCANTIL. **Contrato de cartão de crédito consignado Banco Mercantil do Brasil S.A.** 2017. Disponível em: https://mercantildobrasil.com.br/BeneficiarioINSS/Cartoes/Documentos%20Compartilhados/contrato_cartoes.pdf. Acesso em: 14 nov. de 2022.

MIRAGEM, Bruno Nubens. **25 anos do Código de Defesa do Consumidor e os desafios atuais do direito do consumidor brasileiro: um decálogo de ideias para o presente e o futuro.** Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/25-anos-docodigo-de-defesa-do-consumidor-e-os-desafios-atuais-do-direito-do-consumidorbrasileiro>

um-decalogo-de-ideias-para-o-presente-e-o-futuro-por-bruno-miragem/> Acesso em: 10 nov. 2022.

PADILHA, Sabrina Nunes. **Cartão consignado: uma análise da nova modalidade de crédito à luz do fenômeno do superendividamento.** 2017. Trabalho de conclusão do Curso de especialização em Direito do Consumidor e Direitos Fundamentais. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. 2017.

PINHEIRO, Ricardo Pena. Educação financeira e previdenciária, a nova fronteira dos fundos de pensão. **São Paulo: Peixoto Neto**, 2008.

SANTOS, Rafaela Aires Tavares. **O impacto da educação financeira sobre a vulnerabilidade econômica em idosos de baixa renda.** Uma avaliação do programa “Eu e minha aposentadoria—organizando a vida financeira”. 2019.

SANTOS, Renara Damasceno dos. **A responsabilidade civil das instituições financeiras pela concessão abusiva de crédito consignado ao consumidor.** 2018. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Centro Universitário do Estado do Pará, Belém, 2018.

SAVOIA, José Roberto Ferreira; SAITO, André Taue; DE ANGELIS SANTANA, Flávia. Paradigmas da educação financeira no Brasil. **Revista de Administração pública**, v. 41, n. 6, p. 1121-1141, 2007.

SERASA CONSUMIDOR. **Cartão de crédito consignado**. 2019. Disponível em: <https://www.serasaconsumidor.com.br/ecred/cartao-de-credito-consignado/> Acesso em: 01 nov. de 2022.

Uol. **Bancos acessam dados do INSS e bombardeiam idosos com ofertas de consignado**. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2019/02/17/bancos-acessam-dados-do-inss-e-bombardeiam-idosos-com-ofertas-de-consignado.htm?cmpid=copiaecola>. Acesso em: 10 nov. 2022.

VASCONCELOS, A. M.; SILVA, N. M.; FONTES, M. B. O consumo dos serviços de crédito por idosos do Programa Municipal de Terceira Idade de Viçosa, MG. **Signos do Consumo**, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 94-106, jan/jul 2017.

O ser humano agressor e violento precisa de sua família? A violência sequela natural da sociedade

Bianco Souza Morelli

*Advogado da CAIXA em Sergipe
Especialista em Direito Civil pela UFBA e UNISUL*

Silvia França de Souza Morelli

*Doutoranda em Direitos Humanos pela UNIT
Mestra em Direitos Humanos pela UNIT
Especialista em Direito de Família e Sucessões pela
Estácio de Sá*

RESUMO

Este artigo propõe o estudo sobre o problema de uma violência humana imorredoura. Analisa com um viés objetivo o seu habitat, o seio social causador de uma centena de sintomas diversificados que atinge milhares de famílias sobrepostas em pequenos mundos, quase tubos de ensaio festejadores de uma criteriosa experiência química, posta para movimentar seu conteúdo que, em processo de burilização, agiganta diuturnamente essa adversidade.

Acontece que a maioria das pessoas que se encontram na relva da sociedade humana não possui digna condição de escolher o adequado caminho a trilhar diante da degradação do meio ambiente ali experienciado. O fator educação na vida das pessoas, quando iniciado, entrega ao seu caminhante a possibilidade de articulação com o fim de transpor problemas.

Palavras-chave: Violência no seio social. Precariedade humana. Assimetria. Educação.

ABSTRATC

This article proposes the study on the birth of undying human violence. It analyzes with an objective bias its habitat, the social sinus causing a hundred diversified symptoms that reaches thousands of families overlaps in almost partying test tubes of a careful chemical experience put to move its content in the process of burilation.

It turns out that most people who are on the grass of human society are not worthy of choosing the proper path to follow in the face of the degradation of the environment experienced there. The education factor in people's lives when started gives their walker the possibility of articulation in order to transpose problems.

Keywords: Violence within the social. Human precariousness. Asymmetry. Education.

Introdução

Analisar a violência não é tarefa mediana, mas exaustiva por exigir cautela na reunião de pontos cruciais que realmente se importem em esclarecer os vários significados atuais, e outros que, construídos ao longo do percurso social e se encontram espargidos no seio da sociedade, responsáveis em manter vivos e edificados determinados comportamentos responsáveis por uma cultura mental alienadora.

A questão basilar do problema proposto repousa simplesmente em convergir as pontas dos vetores que conectam as realidades das pessoas em um só diálogo opressor e, assim, abre-se uma trincheira para o estudo de um tal conhecimento. Em verdade, urge questionar se as pessoas alimentam essa consciência analítica para manter certos privilégios oriundos de lutas classistas, ou por um certo receio em ser visto como um diferente humano.

Muitas famílias existem; contudo, não é possível catalogá-las. Vivem seu perfil estruturado em achismos diferenciais, que se entrecrocavam nas realidades decorrentes de ganhos e perdas sociais; mas não se questiona o caminho adotado, pois não há tempo para entrega de reflexões. **Há uma marcha** contínua permeada por uma grande vulnerabilização de soldados enfileirados em uma pequena trincheira, já vulnerabilizados pela assimetria social que lhes retira a identidade, a defesa, restando apenas uma falsa cidadania.

A violência, em seu viés abstrato, destaca-se por captar várias faces do universo humano não protegido, impedindo a abertura de um diálogo promotor de falas defensivas que permitam a verdadeira compreensão da desigualdade reinante entre os homens.

A cólera humana, problema atual e perene, alimentada diuturnamente por todos, se revela na face de cada um, em pequenas gotas de um silêncio que mata, amordaça, trafica os sonhos das pessoas.

A perquirição não retira a responsabilidade de agentes que praticam a violência; ao revés, ela investiga a suscetibilidade como sendo porta de entrada para diversas mazelas escoradas no alpendre frágil da pessoa humana.

Assim, três capítulos são responsáveis na abertura do debate, cabendo esclarecer ser impossível discuti-lo à exaustão ante a grandeza do mesmo.

No capítulo inaugural, a arguição trará à baila a discussão de atos humanos vilipendiadores de sua própria existência, revelando característica de um homem irresponsável, focado em extinguir aspectos que ainda o consideram humano. No segundo capítulo, a abordagem se debruça sobre o contexto social violento e repetido, causador das claras incertezas, mas deveras estimulado em virtude de padrões sociais. No terceiro momento, formas perceptivas que liquidifiquem a violência sob uma perspectiva filosófica. A conclusão finalizará o debate favorecendo um sinal para uma nova construção abstrata no enfrentamento desse pensamento atávico.

1 Aniquilamento humano X Modernidade social

A união ou a desunião, a construção ou a desconstrução de conceitos induzem o ser humano a falar contra ou favor de comportamentos, hábitos, desmerecendo-os, ou os acolhendo em um normal “seio social”. Todavia, percebe-se, por cautela, que parte da formação do vasto intelecto humano (caráter) hoje aceita modulações advindas de ideologias franqueadoras de inverídicas contraposições, quando criticam formas de cultura familiar, hábitos de vivência, criando demagogias idealizadas de um movimento moderno.

Anthony Giddens (2008, p. 18) vive-se um início do século 20, em um mundo agoniado, porém empenhado em promessas futurísticas. Um mundo submerso em mudanças, sublinhado por preocupantes conflitos, dissidências e divisões sociais, e pela destruição do meio ambiente natural, estimulado pela tecnologia moderna. Embora possuímos técnicas que nos habilitem ao melhor controle de nossos destinos do que as gerações anteriores, questiona-se: como operou-se o desenvolvimento do mundo?

Em Capra (2018, p. 21), os derradeiros decênios do século XX catalogaram uma profunda crise no mundo com complexidade adimensional e com faces que afetam todos os aspectos de nossa vida (a saúde, o meio ambiente natural, as relações soci-

ais, dimensões intelectuais, espirituais, morais, alertando que esbarraríamos com a aniquilação da raça humana e de toda a vida existente no globo terrestre.

No mesmo sentido, Amartya Sen (2018, p. 13) vê a dinâmica do mundo atual com muito fausto, e o aumento da vida das pessoas aumentou. A economia apresenta-se com mudanças notáveis, perceptíveis entre regiões bem distantes do globo. Não obstante, esclarece que a humanidade experiencia um mundo pautado na assimetria, opressor, cheio de privações, sofrimentos, fomes crônicas pela completa violação de liberdades, muitas dessas limitações oriundas em países ricos e países pobres. Assim, para existir um desenvolvimento, a liberdade dos destinatários não pode sofrer usurpação, sob a fala de se conquistar um progresso inestimável para a humanidade. Um entre tantos graves problemas acometidos às crianças de família do nordeste brasileiro é a pobreza que as impede de irem à escola e seguirem um ritmo natural. Em decorrência disso, força-se a grande maioria a esmolarem nas ruas em busca do alimento face à falta de comida, má distribuição e renda. Essas crianças lutarão muito para conseguir um lugar ao sol.

Trazendo à discussão, Fátima Oliveira (2006, p. 97) criticou o seminário intitulado: "O futuro do homem", promovido pela Fundação CIBA em Londres/1962, evento que reuniu notáveis geneticistas mundiais, e, em que pese a grandeza do mesmo ser laureado com o Prêmio Nobel ou ser famoso, permitiria o ingresso. Buscou-se com o encontro definir critérios culturais e de controle biológico que apontassem os herdeiros dos céus, das terras, dos mares e dos oceanos.

O cenário contemporâneo encerra a fotografia da falha missão que o ser humano possuiu muito tempo atrás, a de viver e respeitar os limites morais, sociais, culturais, em virtude das escolhas daqueles considerados os mais indicados a liderarem os vários grupos humanos distintos de seus locais, de outras regiões e épocas diversas e assimétricas responsáveis pela condução da vida humana.

Júnior considera que (2012, p. 16) o homem foi deixado à sorte dentro de um violento mundo, e que a violência se manifesta abundantemente por meio da mídia televisiva, de forma difusa abrangendo a família, os espaços públicos e o próprio trabalho.

Existem enormes fendas que explicam o apagão humano criador das inúmeras falências. A escravatura em grande escala formadora da maior diáspora do mundo modificou a estrutura

humana, que passou a observar os homens por suas características fenotípicas, esquecendo de acreditar na consistência humana. As mercadorias eram humanas e se vestiam em trapos que podiam ser vendidos em qualquer parte do mundo.

Robério Nunes dos Anjos Filho (2013, p. 17) sustenta o pensamento na percepção de que o progresso humano coletivo se efetivou com a colonização de povos, obtenção de territórios sufragando culturas.

A concepção de um avançar sem a preocupação de que um limite fronteiro de um povo qualquer podia impedir à obtenção de ouro, somado à completa ausência de comunicação humana, irradiou os grandes homens a feitos inumanos.

A exclusão étnica indígena brasileira havida quando da colonização europeia impôs violentamente sobre os escravizados um padrão ideológico a ser assumido. Para Murchembled (2014, p. 14), a queda da violência sanguinária, no século XVII, se conecta à pacificação geral do espaço público. Os autores da prática dos crimes eram jovens sem estudos, pobres, destacando-se a clivagem econômica e social. A erradicação de comportamentos violentos se dava com a prática da educação e pela moral.

Em linhas peremptórias, o Brasil ainda sobrevive a um conhecido longa-metragem, assim como em outros confins do mundo ante o desarranjo social que arruína a humanidade com regras imperantes: a guerra fria, o racismo, o antissemitismo, a fome generalizada, as doenças, os tráficos de pessoas, de drogas, a completa desestruturação do núcleo familiar.

(...) A 2ª Guerra deixou um legado de barbárie para humanidade. Milhões de pessoas mortas (aproximadamente 60 milhões), situações de degradação total da dignidade humana, com perseguições pautadas em critérios étnicos raciais, torturas, experiências com pessoas, campos de concentração, enfim... a humanidade vivenciou uma de suas páginas mais deploráveis do ponto de vista do respeito ao ser humano. E vale lembrar que as atrocidades não foram praticadas apenas por alemães e italianos- que entraram para a História como os grandes vilões da guerra-, advieram de todos os lados, bastando lembrar que os americanos lançaram a bomba atômica sobre os japoneses quando a guerra já estava resolvida. Naturalmente que esse cenário de

barbárie levou a comunidade internacional sobre os rumos da convivência internacional e da própria humanidade. (Rafael Barreto (2018, p. 121)“

“(...) o sonho da *Belle Époque* se esfacelou completamente com a eclosão da Primeira Guerra Mundial (1914-1918), por inúmeros fatores que não convém analisar no presente ensaio. Ao final do conflito mundial, seguiu-se um breve interregno, o período chamado “Entre Guerras” (1919-1939), quando a humanidade se brutalizou como nunca antes. O período é marcado por uma intensa desestabilização econômico-financeira internacional, com a Quebra da Bolsa de Nova Iorque em 1929 e a Grande Depressão da década de 1930. Politicamente o “Entre-Guerras” foi, igualmente um período de alta tensão e polarização de extremismos, marcado indelevelmente pela ascensão do nazifascismo. O interlúdio se encerra com a eclosão da Segunda Guerra Mundial (1939-1945) a maior carnificina da história da humanidade. (Paulo Fernando Pinheiro Machado (2022, p. 38)

A eliminação dos homens se encontra alinhada à máxima humana de que a raça humana é vitoriosa e próspera, ano a ano, e vista em aplaudidos retalhos históricos, exemplo: as descobertas científicas que mudaram o movimento do mundo, *mutatis mutandis*, essa aspiração em desbravar fronteiras ou atingir o espaço esconde a poeira da grande patologia debaixo da adormecida consciência humana.

Tanya L. Saunders (2017, p. 103) aponta o ser humano originado de um projeto colonizador e epistemológico manipulado: um homem heterossexual branco, burguês, cristão, arguindo, o não humano, o negro, africano, *ab initio*, em relação à indignidade. Essa estrutura fundou-se no novo mundo decorrente do colonialismo europeu nas Américas. Monarquias e elites eclesiásticas firmadas naquele tempo caíram por conta de movimentos políticos maiores na Europa, os europeus concederam-se significados a si próprios, posicionados na ordem colonial emergente, via-se o homem atualmente racializado.

Os conflitos sociais, os interesses econômicos, a exploração do meio ambiente, a escravidão mental das pessoas, a criação de zonas de miséria ainda representam as enormes sequelas humanas, extraídas de várias épocas históricas, sustentadas por um ci-

clo renovador de um “poder invisível”, acessível àqueles que possuem o botão da bomba.

A pureza é um ideal, uma visão da condição que ainda precisa ser criada, ou da que precisa ser diligentemente protegida contra as disparidades genuínas ou imaginadas. Sem essa visão, tampouco o conceito de pureza faz sentido, nem a distinção entre a pureza ou impureza pode ser sensivelmente delineada. Uma floresta, uma cadeia de montanhas, uma campina, um oceano (a natureza em geral, distinta da cultura, o produto humano) não são nem puros e nem impuros – isto é, até serem manchados pelas sobras de um piquenique de domingo ou impregnados pelo refugo da indústria química. A intervenção humana decididamente não suja a natureza, e a torna imunda: ela insere na natureza a própria distinção entre a pureza e a imundície, cria a própria possibilidade de uma determinada parte do mundo natural ser “limpa” ou “suja”. Zygmunt Bauman (2009, p. 13-14)

Os hábitos humanos esgotadores de razões proporcionais reverberaram-se em todo o mundo, sendo definidos como necessários aos ajustes de uma certa conjuntura naquele contexto problemática. Extinguir conceitos, modelar hábitos, ser objetivo e pontual teceram notas musicais embaladoras da escravidão africana, do colonialismo europeu, do nazismo e do apartheid.

O homem convive com o natural fenômeno crime, suas causas e consequências, desde os tempos mais remotos alcançando a atualidade, ex.: trecho bíblico que narra o conflito de Caim contra Abel, e o glamour da família de Al Capone durante a Lei Seca de Chicago. Essa influência analisada e não repelida como deveria fomentou um comércio produzido sobre tal fenômeno: o crime: - emocionante *cool* e *fashion* para os jovens, e nesse iter, a transgressão torna-se uma opção de consumo desejável. Christiano Gonzaga (2022, p. 16-19).

2 Violentos caminhos. Redescobertas dentro do homem-labirinto

A violência não se inicia em um tempo e época indicados, ela se contextualiza no seio social deveras abstrato e bem amplo, irrigado no atavismo fortalecido a cada nova geração,

posicionada face a face com a vivência e a falta de oportunidade de um crescimento humano e interior.

As objeções que o ser humano ostenta no trato humano com o seu semelhante, vez que prefere a ignorância de atos à possibilidade de conhecer-se ti mesmo.

Seguindo o entendimento, em Minayo (2005, p. 1), a concepção da cultura ocidental separa o masculino do feminino: o primeiro como sendo o sujeito da sexualidade e o outro seu objeto. Naturalizando domínio de forças contrapostas, testemunhando uma arraigada visão patriarcal.

Nesse sentido, entendem Cornélio, Bueno, Rocha & Góes (2017, p. 3) que a violência faz parte do cotidiano da pessoa. Sua imagem é expressa pela agressão física, e esta atinge diretamente tanto seu corpo e bens, quanto amigos e família.

Conforme Djamila Ribeiro (2018, p. 2-3), a existência de um feminismo negro explicando que o mesmo não se traduz em uma luta identitária, mas em um projeto democrático diante da experiência pessoal vivida, essa marcada pelo aborrecimento desde sua tenra idade, que engloba a infância e adolescência perseguidas pelas limitações humanas nascidas do infortúnio de existir uma incompreensão fundante que a apartava do mundo.

A violência mantém-se viva porque vivos estão vários fatores que a alimentam: a corrupção é uma face violenta originada de muitas tratativas humanas que, notadamente, buscam evoluir sem se preocupar com os resultados decorrentes.

Trazendo ao debate, Eva Alterman Blay (2014, p. 15) une as culturas brasileira e latino-americana, explicando a origem da condição de gênero surge de uma natureza biológica e clama pelo reconhecimento de direitos e deveres distintos às mulheres e aos homens. Os ensaios teóricos feministas apoiados em trechos históricos arguem a cultura como sendo responsável em moldar valores, comportamentos e as assimetrias profissionais modificadas ao longo do tempo. Ou seja, se a condição de gênero tem por edificação tradições históricas, ela poderá ser alterada como os valores e comportamentos.

Seguindo o entendimento, em Cardia (2022, p. 3), estudos específicos relacionam o crescimento populacional como sendo fator gerador de violência, diante da concentração em um espaço físico acompanhado do vício e da miséria.

Minayo & Lamoglia ensinam que (2009, p. 2) a violência dos casais tornou-se um fenômeno com vários significados, visto por diversas maneiras: abusos sexuais, físicos e psicológicos, os

quais atingem homens e mulheres em suas relações diversificando no tocante ao gênero.

Cabreira (2022, p. 1) enfrenta a discussão da agressão masculina contra as mulheres, identificando os agressores como pessoas e apontando o fomento desses perfis em ambientes violentos.

O artigo 5º da CFRB prescreve a igualdade ante a lei, sem distingui-los de qualquer natureza, garantindo-se aos nacionais e aos estrangeiros aqui residentes uma certa inviolabilidade de direitos: à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, e à propriedade.

O garantismo constitucional da simetria ante a lei diz que se os homens são vistos diferentes em virtude de sua origem nacional, não o são na medida em que necessitem proteger sua vida, liberdade, propriedade. Então, a Constituição visualiza a violência como fator redutor da humanidade.

Nesse sentido, Barros (2016, p. 01) sustenta ter rompido todos os preconceitos, ao se deparar com homens constrangedoramente comuns, baixos, magros, gordos, brancos, pardos, negros, ricos, pobres, entre 20 e 60 anos, refletindo a realidade da pirâmide social brasileira.

Consoante, Flávio Martins (2022, p. 185/191), a inauguração de direitos sociais na ordem jurídica, tais como: a inviolabilidade do direito à subsistência (artigo 113/*caput*), assistência judiciária gratuita, trabalho, assistência dos indigentes ocorreram pela Constituição de 1934, além de tornar a existência digna objeto da ordem econômica.

3 Aspectos familiares depreciados. Identidade ausente

O ser humano sempre questionou e ponderou acerca do sentido da própria existência. O conhecimento humano é uma substância latente que se encontra em latente modificação. Percebê-lo significa antecipar a noção de que é urgente a alteração do conhecimento disseminado sem qualquer fundamento, este mantém pessoas condenadas a viver como escravos da dúvida.

Soren Kierkegaard, filósofo e opositor do idealismo alemão, defendia a ideia de que o indivíduo é o único responsável em dar significado à sua vida e vivê-la de forma íntegra e sincera, apesar da existência de inúmeros obstáculos vitais, como o desespero, o absurdo, a alienação e o tédio, que nominava de distrações existenciais. Eduardo Ruano (2015)

Nesse contexto, perquire-se qual é o objetivo e as aspirações dos homens. Questiona-se se as sequelas obtidas pelos históricos feitos alcançados servem para alguma reflexão. Como, também, se as limitações adquiridas pelo egocêntrico impulso midiático ainda são alimentadas para manter os ilusórios caracteres sociogenéticos: material de apenas auferir um *status* social mediano, que o inclua em um ciclo de champagne social; cultural por não buscar a compreensão acerca de outras culturas mundiais, razão pela qual as racializa.

Conforme Carolina Costa Cavalcanti (2023, p. 55), o aprender socioemocional reúne caracteres agregados à afetividade, às emoções e ao sentimento de uma pessoa alcançando o desenvolvimento de habilidades concernentes às dimensões socioemocionais e pró-sociais. Edificando na infância a capacidade de um autoconhecimento (identidade, emoções, sonhos, valores, talentos, de construir e manter relações saudáveis e para atuar a favor de outras pessoas na prática da empatia e compaixão.

"(...) Educai as crianças e não será preciso punir os homens (...)", Pitágoras.

A assertiva revela de onde deve iniciar o caminhar, acionando uma educação ministrada com o respeito devido e franco às épocas e aos saberes investigados. Esse entendimento não serve apenas para conformar-se com uma aprendizagem formal para o indivíduo; em verdade, ele oferta a análise segura de que toda educação é mola mestra da compreensão, e sua aquisição inicia-se naturalmente, sendo agregada a uma benéfica função social.

A literatura sociológica divide o processo de socialização em dois momentos distintos: a socialização primária (primeira infância), formada com o contato familiar, agente protagonista de socialização introduzirá a língua, a moral, os padrões básicos comportamentais, edificadores da base para o aprendizado futuro. No que pertine à socialização secundária (infância e maturidade), os indivíduos aprenderão valores, normas e crenças culturais e interagirão socialmente. Destaca-se o papel de outros agentes de socialização: escolas, grupos de iguais, organizações, mídia e trabalho - Anthony Giddens (2005, p. 42).

Deve-se entregar ao homem um respeito que tutele habilidades inerentes e favoreça descobertas no sentido de buscar seu desenvolvimento, através do autoconhecimento como pessoa humana.

Para Veras (2018, p. 01), um agressor de gênero precisa de tutela urgente no afã de articular proteção a diversas e futuras

vítimas, que não sejam a vítima em si, mas a família da vítima, a família do agressor, a sociedade como um todo.

Oriunda da época colonial perpassando o Império e parte considerável do século XX, a família vivenciou crises que resultaram na superação de um antigo plano jurídico, aduzindo novos valores pela CRFB/1988, como o da função social de comunhão de vida afetiva e, enquanto viva, manterá unidos laços de liberdade, responsabilidade, colaboração por um propósito comum. Paulo Lobo (2023, p. 15/18).

A influência que uma família estruturada importará irremediavelmente na formação de um sujeito com um diálogo que consiga enfrentar com estima, o mar de diferenças havidas no seio social, exercendo com parcimônia a alteridade. Considerada a base social artigo 226, *caput* da CRFB/1988, ênfase que credita um aspecto gerador de desenvolvimento, e o ataque significa violar uma prescrição constitucional.

Consoante Dimas Messias de Carvalho (2009, p. 5), o atual direito de família estuda a própria família em si, trazendo ao seu olhar os cônjuges, conviventes, pais, filhos, parentes naturais e cíveis, socioafetivos ou afins Logo, agora, é mister ter uma visão pluralista que abriga diversos arranjos familiares, uma vez que não se identifica antiga família patriarcal.

A Declaração onusiana garante a toda pessoa humana o direito de criar uma família, não somente aquela constituída pelo casamento, reconhecendo todas as demais entidades familiares, socialmente constituídas. Lôbo (2023, p. 20).

Essa reconfiguração citada promoveu novo painel social: a multiparentalidade que aponta a compreensão horizontal de novos direitos - igualdade entre os filhos, modificação da autoridade parental, guarda compartilhada com pais separados.

A dignidade da pessoa humana tem núcleo orientador funcional em sua inteireza resvalando na ordem jurídica. Embasa o princípio da unidade e os direitos fundamentais, justificando a interpretação constitucional naquilo que é digno humanamente. Guerra (2022, p. 704).

Os direitos humanos são considerados relevantes ante a representatividade refletida em todas as proteções obtidas pelas conquistas humanas, debruçadas tão somente em tutelar a pessoa humana, sua dignidade. Rafael Barreto (2018, p. 15).

A Constituição é suprema e se apresenta dessa forma por exigência democrática, mantendo altos os princípios, elementos constitutivos do anseio popular, consoante Ana Carolina da Costa Magalhães (2008, p. 03).

Permitir a qualquer ser humano reconhecido como tal que viva e compartilhe experiências com a sua família natural é o reconhecimento de que ela é a grande base social, fomentadora da dignidade, vetor claro da CRFB.

Conclusão

O mundo vem reunindo as adversidades jurídico-políticas encontradas em todos os domínios, como sendo indispensáveis para o avançar de toda a humanidade, relatando nas páginas históricas quão grande o sofrimento vivido, mas como foi digno superá-lo. Mas, em que pese concordar com tal entendimento, acrescento, ainda, a esse “jazez”, um ponto importante entre tantos outros primordiais, na pesquisa entabulada que necessita ser costurado, por fazer parte dessa tessitura a ausência de conhecimento das pessoas sobre o que significa viver.

A população mundial não possui, por obviedade, um grau mínimo de compreensão sobre a importância em ser um humano renovador, que una a cada habilidade que ostente a do outro que se esboça em sua frente, no afã de acender e modificar aquilo que está em descompasso com o que é humano.

O ser humano se encontra fragmentado pelo ócio, ou seja, vem cavalgando isento de uma responsabilidade, sem um ideal propulsor que resgate objetivos morais, os quais se estruturam com o conhecimento, sendo necessária a junção de princípios, valores éticos, ideais justos, proporcionais, permeados pelo bom senso, os quais possam, indubitavelmente, esclarecer para o mundo que o caminho do justo se equivale ao encontro da verdade.

Educar as pessoas sem demonstrar que a ausência do caminho da verdade, como sendo o único farol que elucida todos e quaisquer problemas aventados, pois a verdadeira educação é aquela que dignifica e responsabiliza o homem pelos atos praticados, essa é a única forma de crescimento humanitário.

A busca da felicidade é a aspiração de todas as pessoas do mundo, mas já se sabe que a consumação de tal preito não se encerra em conquistas profissionais, ou acúmulo de rendas, conquista de países, escravismo acadêmico. A simples prosperidade se atinge quando não se deseja concebê-la, sua presença consiste em aceitar o que seja humano, ou seja, o que está no mundo, e esse conhecimento se revela como sendo superior ao tecnológico.

Não obstante existir uma completa conexão do mundo através do conhecimento tecnológico, que nos torna cientes de tudo

que vem acontecendo, ainda assim, se observa que esse avanço científico não se bastou em si, para somar àquilo que, de fato, precisava ser acrescentado em prol da humanidade, face à falta de compreensão do elemento humano.

Os valores sociais elencados pelo ser humano como prioritários fazem parte de uma cadeia retroalimentadora de um consumo construído pela humanidade ligado aos aspectos sociais, condições de geografia, sociologia, conectados à pura satisfação. Essa condição meridiana de se portar nos remete àquela análise vindicada por todos os estudiosos quando confrontam a linha tênue existente entre a alfabetização e a educação.

Essa orientação deve, por simplicidade, ser adquirida com cautela e tranquilidade para estruturar camadas que consigam se acomodar em todas as diversidades que possam se encontrar. Não se quer ancorar uma fórmula geral social que resolva qualquer descompasso existente nas muitas formas de culturovivências e habitats espalhados pelo globo. A proposta é colocar na mesa um debate aberto que enfrente as diferenças com respeito e igualdade para, então, iniciar a formação de uma verdadeira mediação.

A partir da investigação aqui produzida, percebeu-se claramente que o ser humano não pode ser segregado de sua matéria humana. A ele deve ser dadas condições de trazê-la de volta à existência, a violência não escolhe pessoas determinadas, ela adentra naquelas que já estão limitadas pelo desconhecimento de suas capacidades desprezadas e, a seu turno, preferem responsabilizar por suas frustrações o outro ser humano também inferiorizado dessa cadeia social.

Os painéis humanos exibem, com maestria, o abuso humano nutrido pela gargalhada farfalhada no momento em que se perquire o motivo de toda uma desgraça pessoal, voltando-se apenas para um silêncio que denota com particularidade o gigante equívoco das pessoas: a falta de erudição, da escassez da educação efetivadora da verdadeira cidadania, o vazio de tutelas dignificantes que, se devidamente postas, impedem o alastramento do atavismo responsável em impedir a transformação das pessoas, estagnando o raciocínio do homem médio em um restrito patamar.

A violência é uma forma geral de se expressar uma desigualação de direitos. Aqui, não se pretende descriminalizar condutas que atentem contra outros semelhantes: tais como a violência de gênero.

O que se pretende analisar é que se todos os homens receberem tratamento igual, digno para serem executados com res-

ponsabilidade através de uma educação que reflita o anseio da Declaração dos Direitos do Homem e do cidadão, veremos, então, a violência humana se esfacelar.

A reeducação mental que há anos vem sendo repetidos atavicamente. O olhar para ele deve ser redirecionado com a alteridade e compreensão. Aqui, a ética e a moral esbarram seus conceitos milenares no conjunto de leis editadas para conter o sopro dos homens maus.

Sendo assim, para que, de fato, se tenha um digno tratamento, com respeito à nossa Constituição Cidadã, é importante a efetivação da assistência social para que se afirme o direito social, a educação extraindo imediatamente a pessoa humana da margem social construída pelo capitalismo caótico e lhes permita o direito essencial à dignidade humana por se constituir um direito humano em excelência, ao ser aplicado, altera o ser humano através de suas potencialidades.

O direito a ter direitos respalda a existência das convenções, dos tratados internacionais, das ordens jurídicas internas preocupadas em estabelecer um fio de dignidade e respeito a ser considerados por todos, mas isso implica a inserção dessa aptidão nas consciências das pessoas em todas as partes do mundo. Não é correto estabelecer uma forma de agir, ou de viver, mas sim a correção das atitudes se se entrelaça com o respeito de que todos merecem por serem apenas humanos.

O Estado, em sua basilar construção, dá margem para várias explicações constitucionais e geopolíticas, mas, antes de tudo e com a devida observância, ele se constitui para as pessoas que ali vivem e delas depende com todo o rigor possível. A aplicação e a estruturação de suas bases fundantes apenas servem para espelhar a vontade geral daqueles que se prostram na linha de frente para comandá-lo, visando ao pleno desenvolvimento das pessoas, garantindo o exercício da cidadania.

A unidade, ou seja, união tão almejada entre os povos, surgirá, de fato, se todos os povos cooperarem entre si, com o objetivo de progredirem com uma grande família humana, sob pena de continuar soando aos ouvidos dos sonolentos tal qual uma fábula, por ainda lhes faltar a devida compreensão do seu real significado.

A globalização do mundo é positiva, no sentido de dar visibilidade aos avanços obtidos por cada país, no que pertine aos campos sociais, econômicos, sociais, culturais. A responsabilidade e o sucesso de práticas sustentáveis que podem ser compartilhadas por todos, muitas das vezes, advêm de um cultivo peque-

no de índole familiar, e essa cultura ainda não é reverenciada por ser rechaçada pelas teias do capitalismo.

Essa simples análise tem o condão de explicar que a humanidade precisa realizar esse diálogo universal, enquadrando-se com as propostas que apostem em princípios exortadores de ideais humanistas. Rechaçar condutas violentas, separatistas, desiguais, fundadas em discursos de ódio. Deve reconhecer as pessoas como partes do planeta, e, assim, a responsabilidade começará a ser compreendida. A educação que significa (educar + ação), se realmente praticada com desvelo, revela um quê de essencial, inerente à natureza humana: o amor fraternal, a compaixão, a preocupação com o outro. Fala-se também de cuidado, cautela com o semelhante, a aceitação mundial desse ideal de igualdade não encontra abrigo na consciência de muitas pessoas, porque essa igualdade não é compreendida substancialmente, ela não é ensinada aos alunos em seu nível básico. Há, sim, “gritos” pertencentes a grupos isolados que se opõem a alguma faceta do sistema vigente. Viver uma vida cheia de virtudes é o maior desafio da humanidade, enquanto mundana, face ao peso de contínuas experiências negativas, as quais se repetiram durante muito tempo, e se encarregou de conduzir a humanidade a este estágio de não inclusão do semelhante como um irmão. E para onde seguirá a humanidade se se continuar nessa velocidade constante de rejeição, de descrédito?

Referências

- BARRETO, Rafael. **Direitos Humanos**. Coleção Sinopses para concursos. 8. ed. Salvador: Jus Podium: 2018.
- BARROS, Ciro. **O agressor dorme no homem comum**. Disponível em: <<https://apublica.org/2016/03/o-agressor-dorme-no-homem-comum/>>. Acesso em: 20/02/2023.
- BLAY, Eva Alterman. **Feminismos e masculinidades. Novos caminhos para enfrentar a violência contra a mulher**. 2014. Disponível em: <https://Feminismos_e_masculinidades-WEB-travado-otimizado.pdf (apublica.org)>. Acesso em: 23/02/2023.
- CABREIRA, Larissa. **O que leva um homem a agredir**. Disponível em: <<https://oabguarapuava.com.br/noticias/artigo-o-que-leva-um-homem-agredir/>>. Acesso em: 09/09/2022.
- CAPRA, Fritjof. **O ponto de mutação**. 32. ed. São Paulo: Editora Pensamento: 2018.
- CARDIA, Edson. **Homo criminalis: um olhar difuso sobre a agressividade e a violência e suas correlações como o espaço pri-**

sional e a miserabilidade. Disponível em: <https://www.marilia.unesp.br/Home/Eventos/2010/SeminarioDireitosHumanos/trabalho%20%20vi%20semin%C3%A1rio%20dh%20marilia_2596.pdf>. Acesso em: 13/09/2022.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito de Família.** 2. ed. Belo Horizonte, Del Rey LTDA.

CAVALCANTI, Carolina Costa. **Aprendizagem socioemocional com metodologias ativas.** 1. ed. São Paulo, Saraivajur, 2023.

CORNÉLIO, Ana Clara; BUENO, Bruna Cecília; ROCHA, João Pedro, GÓES, Eduardo S. **Violência.** 2017. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=MmkvDwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PT3&dq=O+QUE+%C3%89+A+VIOLENCIA&ots=-IMGLpdxW-&sig=vFtTf8oP0Dd_4orTapqnx_Cnqh0#v=onepage&q&f=false>. Acesso em: 09/09/2022.

GUERRA, Sidney. **Curso de direitos humanos.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. Ebook JÚNIOR, Renato de Almeida Freitas. **Abolicionismo ou barbáries;** elementos para uma crítica do direito. 2012. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/31091/RENATO%20DE%20ALMEIDA%20FREITAS%20JUNIOR.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 12/09/2022.

OLIVEIRA, Fátima. **Por uma Bioética Não-Sexista, Anti-Racista e Libertária.** 2006. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=639-vol10feministas-pdf&Itemid=30192>. Acesso em: 20/02/2023.

LAMOGLIA, Cláudia Valéria Abdala; MINAYO, Maria Cecília de Souza. **Violência conjugal, um problema social e de saúde pública: estudo em uma delegacia do interior do Estado do Rio de Janeiro.** Marital violence, a xosicla anda public health problem: a studdy in a police station in the state of. Rio de Janeiro. 2009. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/csc/a/gp49Km59XNV5XCVzYygmd6S/?lang=pt#:~:text=A%20viol%C3%Aancia%20conjugal%20%C3%A9%20um,de%20g%C3%AAnero%2C%20de%20forma%20diferenciada>>. Acesso em: 09/09/2022.

LÔBO, Paulo. Direito Civil: **Famílias,** v.5, 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. Ebook.

MACHADO, Paulo Fernandes Piniheiro. **A diplomacia em um mundo em transformação.** 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. Ebook.

MAGALHÃES, Ana Carolina da Costa. **A interpretação constitucional segundo os padrões normativos dos direitos fundamentais.** The constitutional interpretation according to normative standards of the fundamental rights. 2008. Disponível em: <https://A_interpretacao_constitucional_segundo_os_padroes_normativos_dos_direitos_fundamentais.pdf (uni7.edu.br)>. Acesso em: 20/02/2023.

- MARTINS, Flávio. **Direitos sociais em tempo de crise econômica.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2022. Ebook.
- MINAYO, Maria Cecília de Souza. **Laços perigosos entre machismo e violência.** Dangerous liasons between machismo and violence. 2005. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/csc/a/gvk6bsw36SPbzckFxMN6Brp/?lang=pt>>. Acesso em: 09/09/2022.
- MUCHEMBLED, Robert. **Uma história da violência. Do final da idade média aos nossos dias.** Une historie de la violence. De la fin du Moyen. Âge à nous jours. 2014. Capítulo I. O que é violência? Disponível em: <https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=nqykAwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PT4&dq=O+QUE+%C3%89+A+VIOLENCIA&ots=PcHvkP_e33&sig=PRLA6lw7tk5_V7PbvrdtfBtAY#v=onepage&q&f=false>. Acesso em: 20/02/2023.
- NUNES, Robério dos Anjos Filho. **Direito ao desenvolvimento.** São Paulo: Saraiva, 2013.
- RACHID, Alysso. **Dominando ética.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.
- REPÚBLICA, Presidência. **Lei nº 11340, de 07 de agosto de 2006,** artigo 30. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato/2004-2006/2006/Lei/l11340.htm>. Acesso em: 09/09/2022.
- RIBEIRO, Djamilia. **Quem tem medo de feminismo negro?** Disponível em: <[https:// Quem Tem Medo do Feminismo Negro?](https://QuemTemMedoDoFeminismoNegro?) [e-Livros] (pucgoias.edu.br)> Acesso em: 20/02/2023.
- RUANO, Eduardo. **Soren Kiergaard e o existencialismo.** 2015. Disponível em: <<https://laparola.com.br/soren-kierkegaard-e-o-existencialismo>>. Acesso em: 20/02/2023.
- SAUNDERS, Tanya L. **Epistemologia negra sapatão como vetor de uma práxis humana libertária.** 2017, p. 104. Periódicus, Salvador, n. 7, v. 1, maio-out. 2017 – Revista de estudos interdisciplinares em gêneros e sexualidades Publicação periódica vinculada ao Grupo de Pesquisa CUS, da Universidade Federal da Bahia – UFBA ISSN: 2358-0844 – Endereço: Disponível em: <http://www.portal.seer.ufba.br/index.php/revista-period>>. Acesso em: 20/02/2023.
- SEN. Amartya. **Desenvolvimento como liberdade.** São Paulo: Companhia de bolso, 2018.
- VERAS. Erica Verícia Canuto de Oliveira. **A masculinidade no banco dos réus: um estudo sobre gênero, sistema de justiça penal e aplicação da Lei Maria da Penha.** 2018. Disponível em: <<https://repositorio.ufrn.br/jspui/handle/123456789/26639>>. Acesso em: 09/09/2022.

Propriedade industrial: o entendimento e a aplicação do artigo 124, XIX, da Lei de Propriedade Industrial perante o Instituto Nacional de Propriedade Industrial e o Superior Tribunal de Justiça

Ricardo Antonow da Costa
Advogado

RESUMO

O escopo do presente artigo é promover a discussão referente à aplicação do Art. 124, XIX da Lei de Propriedade Industrial, mediante a possibilidade de confusão existente no exame de colidência dos sinais marcários. Através dessa análise, mostraremos o entendimento e a aplicação do Instituto Nacional de Propriedade Industrial, além de analisar os principais requisitos elencados na Lei de Propriedade Industrial e do Manual da Marcas para o exame de colidência dos sinais marcários. Após esse estudo, destacaremos o entendimento que vem sendo formado no Superior Tribunal de Justiça nos últimos anos, o qual utiliza fontes doutrinárias para elaboração de decisões relativa à confusão entre marcas. Além disso, iremos expor teorias que afastam a colidência de sinais diante da exposição de casos práticos, conhecidos pela doutrina e pelos Tribunais. Ao final, apontaremos algumas alternativas para evitar problemas de confusão no sistema vigente, visto que, conforme será demonstrado no presente artigo, as possibilidades de colidência existentes no sistema de exame de marcas ainda não possuem critérios concretos de análise.

Palavras-chave:. Propriedade Industrial. Possibilidade de confusão. Artigo 124, XIX da Lei de Propriedade Industrial. Colidência de marcas.

ABSTRACT

The scope of the present work is to promote the discussion regarding the application of Art. 124, XIX of

the Industrial Property Law, through the possibility of confusion existing in the exam of the collision of the trademark signs. Through this analysis, we will show the understanding and application of the National Institute of Industrial Property, in addition to analyzing the main requirements listed in the Industrial Property Law and in the Brands Manual for examining the collision of trademark signs. After this study, we will highlight the understanding that has been formed at the Superior Court of Justice in recent years, which uses doctrinal sources to make decisions regarding confusion between brands. In addition, we will expose theories that avoid the collusion of signs in view of the exposure of practical cases, known by the doctrine and by the Courts. At the end, we will point out some alternatives to avoid confusion problems in the current system, since, as will be demonstrated in this article, the possibilities of collision existing in the trademark examination system, do not yet have concrete analysis criteria.

Keywords: Industrial property. Possibility of confusion. Article 124, XIX of the Industrial Property Law. Brand collidencence.

Introdução

Todo agente que detém qualquer tipo de criação na área da atividade intelectual possui, conseqüentemente, o direito de proteção sobre suas produções, sejam elas intelectuais ou industriais. Sendo assim, como já ensinava o doutrinador Gama de Cerqueira (1946, pg. 67):

O poder da inteligência do homem e a atividade de sua imaginação criadora manifestam-se no domínio das artes e das ciências, como no campo da técnica e das indústrias, em obras de vários gêneros, que encontram proteção na lei e constituem origem de variadas relações jurídicas. [...]

Essa perspectiva de direitos de proteção baseada na Lei é estudada desde a década de 1940 em nosso ordenamento, o que, muitas vezes, apresenta conflitos entre os limites de atuação e os direitos de cada agente. Acontece que, devido às grandes mudanças ocorridas nas relações de consumo e no desenvolvimento de novas tecnologias resultantes do exercício da atividade inte-

lectual, o registro dessas obras se fez cada vez mais fundamental para a proteção dos direitos individuais e intelectuais, mas, principalmente, a proteção de bens imateriais que contemplam um acervo financeiro incontável das atividades empresariais.

Em virtude disso, a importância do assentamento de sinais distintivos de produtos ou serviços criados pelos mais diversos agentes intelectuais apresenta um instituto de grande relevância no cenário mundial nos últimos anos. Esses sinais distintivos são conhecidos como marcas, sendo elementos visualmente perceptíveis (no ordenamento brasileiro), destinados a diferenciar produtos ou serviços de terceiros. Além disso, mais do que um elemento diferenciador de produtos e serviços, as marcas possuem valores econômicos incontáveis e que vêm apresentando uma série de investimentos no decorrer dos últimos anos por empresas que percebem a importância de desenvolver e proteger suas criações intelectuais.

Diante dessa relevância incorporada, especialmente após a globalização e o avanço da tecnologia e dos amplos canais de marketing em que as empresas atuam, a proteção marcária se torna fator fundamental para todo agente criador identificar e diferenciar seus produtos e serviços. A importância do registro se torna imprescindível, a fim de evitar confrontos ou atos desleais por parte de terceiros ou até mesmo concorrentes, que podem vir a causar prejuízos econômicos aos agentes.

Entretanto, com a criação e utilização das marcas em um mundo completamente conectado, a possibilidade de confusão existente entre sinais semelhantes é um problema recorrente para empresários e titulares em geral, que enfrentam problemas de concorrência, praticados, muitas vezes, por atos ilegais de terceiros que atuam no mesmo segmento de mercado. Sendo assim, o estudo desses problemas cada vez mais comuns em nosso cotidiano se faz necessário, para tentar entender as regras impostas pela autarquia responsável pelo registro no Brasil, o Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI, e a última instância de julgamento sobre temas que envolvem a Propriedade Industrial no Brasil, o Superior Tribunal de Justiça – STJ.

Nota-se que muitos sinais marcários são indeferidos pela Autarquia, ou impedidos pelo STJ, pois apresentam desconformidades com o disposto no Art. 124, XIX da Lei nº 9.279 – Lei de Propriedade Industrial. Referido artigo diz respeito, principalmente, à possibilidade de reprodução ou imitação que a marca requerida possa vir a causar, perante sinais de terceiros, já registrados.

Mais do que isso, a colidência entre marcas é estudada para evitar, especialmente, a possibilidade de confusão que possa ser ocasionada para o consumidor, perante o consumo de produtos ou serviços. Essas atuações são mencionadas na Lei de Propriedade Industrial, porém, até hoje não possuem um conceito e uma base legal clara para análise de sua aplicabilidade, cabendo ao juízo e à doutrina definir e construir parâmetros de exame desses casos.

É diante desta falta de definição ou complementação da Lei que o próprio INPI destaca, em seu Parecer Técnico INPI/CPAPD nº 01/2012 – parecer que trata dos chamados “Acordos de Convivência de Marcas”, a dificuldade de análise de exame entre marcas. Vejamos:

Já é parte dos lugares comuns do mundo da propriedade industrial se afirmar que **o exame de marcas é, por definição, uma atividade marcada pela subjetividade**. A rigor, tal colocação se justifica na medida em que o julgamento a respeito dos níveis de confusão ou associação entre dois sinais marcários é caracterizado por margens consideravelmente cinzentas, onde tudo parece estar desprovido de contornos bem definidos, **onde nada costuma ser auto-evidente**.¹

É claro o entendimento de que a subjetividade mencionada no Parecer Técnico se faz presente pela carência de parâmetros de análise na Lei de Propriedade Industrial. Mais do que isso, em muitos casos, a atuação do INPI apresenta decisões contraditórias, não obedecendo a artigos dispostos na própria Lei de Propriedade Industrial. Além disso, a escassez de margens claras de análise nos exames de colidência entre marcas cabe, muitas vezes, a ser imposta pelo Superior Tribunal de Justiça, que, cada vez mais, vem utilizando a doutrina como fonte básica para suas decisões.

Por essa razão, diante da norma que rege o sistema marcário brasileiro e da análise de casos práticos, o presente artigo busca

¹ BRASIL, Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. Instituto Nacional da Propriedade Industrial. Aceitação dos assim chamados acordos de convivência de marcas. **Parecer técnico nº 01/2012 INPI/CPAPD. INPI Nº 52400.035599/2012-35**, Rio de Janeiro: Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, p. 05, 30 mar. 2012. Disponível em: <https://www.gov.br/inpi/pt-br/servicos/marcas/legislacao>. Acesso em: 18 jan. 2023.

se, de fato, a falta de contornos legais específicos referente à prática da confusão entre marcas está sendo resolvida ou superada na aplicação de casos existentes no INPI e no Superior Tribunal de Justiça, e se resolveria ou minimizaria o problema de subjetividade existente.

1 Do exame básico de colidência perante o INPI

O Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI é uma autarquia federal, que tem como finalidade regular as normas que integram a propriedade industrial, sendo o responsável por registro de patentes, desenhos industriais, transferência de tecnologia, indicação geográfica, programas de computador, topografia de circuito integral e, principalmente, do registro de marcas, tema que está sendo enfrentado no presente artigo.

Quando pensamos em marca, um dos aspectos mais importantes que deve ser observado é a proteção que o registro efetuará perante o produto ou serviço requerido. Logo, todo agente que busca proteger seus produtos ou serviços deve se atentar sobre os impedimentos que possam vir a causar problemas para o registro de sua marca no INPI.

Se, em caráter antecedente, o requerente realiza uma pesquisa prévia completa, atingindo as diversas hipóteses de colidência existentes, a chance de ocorrer indeferimentos, oposições e processos administrativos de nulidade no processo de registro da marca é baixa. Porém, mediante os espaços cinzentos encontrados em nosso sistema, como os que o próprio INPI destaca em pareceres proferidos pela própria diretoria, o requerente ainda poderá ser surpreendido com algum impeditivo que afete no registro e na posterior concessão da marca.

Diante disso, o objetivo deste estudo é analisar os principais requisitos de indeferimento de marcas, critérios formados pelo próprio INPI e que, em vários casos, não atendem aos pressupostos estabelecidos na Lei de Propriedade Industrial. Cabe destacar que, em diversos processos, o entendimento que o INPI possui sobre alguns dos requisitos a seguir relatados foi e está sendo superado por teorias e precedentes do STJ e dos Tribunais Federais do Brasil.

Entre as várias causas que possam motivar o indeferimento de uma marca, destacamos a atividade que mais detém relevância nos últimos anos no INPI, sendo o foco principal do presente estudo, a menção do Art. 124, XIX da Lei de Propriedade Industrial:

XIX - reprodução ou imitação, no todo ou em parte, ainda que com acréscimo, de marca alheia registrada, para distinguir ou certificar produto ou serviço idêntico, semelhante ou afim, suscetível de causar confusão ou associação com marca alheia;²

Esse artigo da Lei de Propriedade Industrial é frequentemente usado pelo INPI nos despachos de indeferimento de marcas e em razões de nulidade, informando ao requerente do registro da marca que a análise de disponibilidade do sinal marcário está em conflito com marcas já registradas. Ou seja, esse conflito poderá ocasionar, ao consumidor, confusão ou associação indevida de outra marca já registrada, mesmo que, em muitos dos casos, a possibilidade de confusão entre os sinais distintivos não é suficiente para ocasionar confusão e associação indevida.

Entretanto, nota-se que a referida lei menciona o instituto da confusão, mas não conceitua seu significado e seus limites de atuação, abrindo uma grande possibilidade de interpretação, a qual poderá ser usada de maneira diversa nas defesas dos titulares das marcas. Diante desta lacuna deixada pela Lei, cabe ao próprio INPI estabelecer o conceito do instituto, sendo a “incapacidade de reconhecer diferenças ou distinções”³. Observa-se que o INPI enfatiza a incapacidade do público de diferenciar as marcas ou de elencar suas distinções, porém, nem sempre, ao estabelecermos o exame de colidência entre marcas, esse conceito é respeitado.

A necessidade de definição do conceito é relevante, uma vez que as marcas que possuem semelhança nem sempre ocasionam confusão, pois a análise deve ser feita obedecendo a al-

² BRASIL, **Lei nº 9.279, Lei da Propriedade Industrial, Brasília, 1996**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9279.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%209.279%2C%20DE%2014,obriga%C3%A7%C3%B5es%20relativos%20%C3%A0%20propriedade%20industrial.&text=Art.%201%C2%BA%20Esta%20Lei%20regula,obriga%C3%A7%C3%B5es%20relativos%20%C3%A0%20propriedade%20industrial.&text=V%20%2D%20repress%C3%A3o%20%C3%A0%20concorr%C3%Aancia%20desleal. Acesso em: 18 jan. de 2023.

³ INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL. **Manual de Marcas**. Rio de Janeiro. Outubro de 2019. Disponível em: http://manualdemarcas.inpi.gov.br/projects/manual/wiki/5%C2%B711_An%C3%A1lise_do_requisito_da_disponibilidade_do_sinal_marc%C3%A1rio. Acesso em: 18 jan. de 2023.

guns parâmetros. De acordo com Gama Cerqueira (1982, p. 919), o maior doutrinador brasileiro no que tange à Propriedade Industrial, elenca a necessidade de definição dos aspectos que devem ser analisados para ocasionar confusão:

Estes princípios podem resumir-se numa regra geral, que vem a ser a seguinte: a possibilidade de confusão deve ser apreciada pela impressão de conjunto deixada pelas marcas, quando examinadas sucessivamente, sem apurar as suas diferenças, levando-se em conta não só o grau de atenção do consumidor comum e as circunstâncias em que normalmente se adquire o produto, como também a sua natureza e o meio em que o seu consumo é habitual.

Esse conjunto de impressões deixadas pelas marcas, que possam acarretar na turbção dos sentidos de percepção mediante produtos ou serviços, não possui definição na Lei. Ocorre que, assim, cabe à jurisprudência e aos aplicadores de direito marcário, como o nobre doutrinador Gama Cerqueira, estabelecerem os alicerces sobre o conteúdo.

Contudo, antes de analisarmos os pressupostos criados pela doutrina e pela jurisprudência brasileira, o próprio INPI estabelece alguns aspectos que devem ser analisados para evitar a possibilidade de confusão marcária. Esses aspectos são encontrados no Manual de Marcas e estão divididos em três principais fatores de análise: Aspecto Gráfico, Aspecto Fonético e Aspecto Ideológico.

1.1 Aspectos Gráfico, Fonético e Ideológico

Sempre que nos deparamos com uma marca, o primeiro elemento a ser analisado é o aspecto gráfico, ou seja, os elementos nominativos que compõem aquele sinal distintivo. Ocorre que, nos casos em que há colidência entre marcas, nos principais fatores pelos quais devem ser observados, percebemos que a Autarquia detém de algumas peculiaridades de análise.

Importante destacar que nesse exame não são analisadas somente marcas nominativas; também podem apresentar semelhança gráfica marcas figurativas e mistas, ou seja, aquelas que possuem imagens ou figuras. Desse modo, de acordo com o Manual de Marcas, a similaridade gráfica é ocasionada quando há *"repetição de sequências de letras, número de palavras e estru-*

tura das frases e expressões"⁴, sendo que, quando presentes esses pressupostos em marcas que apresentam colidência, poderá o pedido posterior ser indeferido, pois possui capacidade de causar confusão e associação indevida perante os consumidores.

Todo e qualquer caso que apresente essas características poderá ser passível de indeferimento, pois infringe diretamente o aspecto gráfico do exame de colidência entre sinais marcários disposto no Manual de Marcas e, conseqüentemente, o Art. 124, XIX da Lei de Propriedade Industrial. No entanto, ao vermos a aplicabilidade de norma em casos concretos, nota-se que nem sempre o aspecto gráfico detém de julgamento uniforme nos despachos da Autarquia.

Citamos como exemplo o caso das marcas "PRO", registrada sob o nº 825947847 e "PRO", registrada sob o nº 828899614, ambas com o mesmo elemento nominativo e registradas na Classe (NCL) 09. Claramente, nos deparamos com a presença de um sinal gráfico nominativo idêntico, cuja repetição de sequência de letras e de estrutura da palavra é de fácil compreensão, logo qualquer consumidor desatento facilmente se confundiria ao buscar uma marca e acabar encontrando a outra.

Porém, vemos que ambas as marcas coexistem no mercado há mais de 10 anos, indo totalmente contra as normativas estabelecidas no Manual de Marcas e na Lei de Propriedade Industrial. Entretanto, as marcas têm apresentações distintas, sendo uma nominativa e outra mista, razão pela qual se faz o questionamento: a presença de uma figura ilustrativa é o bastante para a diferenciação das marcas?

Para o INPI, podemos afirmar que, mesmo as marcas possuindo os mesmos elementos textuais, a diferenciação quanto à sua apresentação e ao mercado de atuação é suficiente para a coexistência das marcas, tanto é que a marca nominativa de titularidade de *Carl Zeiss* foi registrada no ano de 2003. Passados oito anos depois, a marca mista de titularidade da *Shimano Europe B.V.* foi concedida pelo INPI, coexistindo até os dias de hoje.

Ou seja, constata-se que apenas a análise da grafia alfabética não é o bastante para a reprodução de uma marca, mas, sim, a análise também das figuras que cada sinal pode deter, o que nem sempre é observado pelo consumidor ao adquirir os produtos.

⁴ INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL. **Manual de Marcas**. Rio de Janeiro. Outubro de 2019. Disponível em: http://manualdemarcas.inpi.gov.br/projects/manual/wiki/Manual_de_Marcas. Acesso em: 18 jan. de 2023.

Por outro lado, ao analisarmos o aspecto fonético, comprovamos que essa diferenciação gráfica, seja por palavras ou até mesmo por imagens, nem sempre é suficiente para causar distintividade entre as marcas. Mesmo que haja diferenças entre as letras do elemento nominativo, a fonética das marcas colidentes pode vir a ser semelhante, fator que deve ser verificado também para análise de possível confusão dos consumidores.

Comprovando esse entendimento, utilizamos exemplos básicos, empregados por professores de ensino fundamental no estudo da fonética de palavras. Trata-se dos registros das marcas "CASA", registrada sob o nº 902213091, e a marca "KASA", registrada sob o nº 826490948, ambas na Classe (NCL) 35. Nota-se a diferenciação gráfica usada para definir o substantivo feminino "CASA", que apresenta foneticamente o mesmo som, mesmo as marcas sendo apresentadas graficamente diferentes.

Para isso, a análise deve ser feita comparando as sequências de sílabas, entonação das palavras e o ritmo das frases, logo, percebe-se, claramente, que ambas as marcas apresentam colidência fonética, pois, mesmo que a grafia seja diversa, os fonemas existentes em cada elemento nominativo são iguais. Ou seja, as marcas nitidamente apresentam colidências fonéticas, mas se diferenciam graficamente na composição de suas imagens.

Entretanto, para realizarmos e completarmos os requisitos básicos de análise de colidência entre sinais, devemos atentar para outros fatores de comparação. Com isso, após a análise de colidência entre os sinais marcários diante da análise gráfica e fonética, temos, mesmo assim, que observar o aspecto ideológico da marca, o qual está definido de acordo com o Manual de Marcas, como sendo,

Sinais que, apesar de distintos do ponto de vista fonético e/ou gráfico, evocam ideias idênticas ou semelhantes também podem levar o público-alvo à confusão ou associação indevida.⁵

Desse modo, temos a definição de que o aspecto ideológico será o conjunto de ideias que compõem a marca, o significado em que o elemento nominativo traz ao consumidor, que deve ser

⁵ INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL. **Manual de Marcas**. Rio de Janeiro. Outubro de 2019. Disponível em: http://manualde marcas.inpi.gov.br/projects/manual/wiki/5%C2%B711_An%C3%A1lise_do_requisito_da_disponibilidade_do_sinal_marc%C3%A1rio. Acesso em: 18 jan. de 2023.

suficientemente distinto de outros já existentes no mercado. Ou seja, mesmo que superados os aspectos gráficos e fonéticos, a análise do significado das marcas também deverá ser considerada.

Para ilustrarmos como a relevância desse aspecto é de extrema importância nos dias atuais, destacamos a colidência ideológica com diferenciação de idiomas, situação cada vez mais comum nas análises da Autarquia. Trouxemos à baila as marcas "GOLD", registrada sob o nº 817454233, e a marca "OURO", registrada sob o nº 003515303, ambas na Classe (NCL) 35.

Sendo de conhecimento do público em geral, por se tratar de palavra amplamente conhecida no Brasil, a palavra "GOLD", provinda da língua inglesa, possui como significado o metal Ouro. Assim, nota-se claramente que ambas as marcas evocam ideias idênticas ao público, mesmo não apresentando problemas de colidência nos aspectos gráficos e fonéticos.

Contudo, constata-se que, mesmo apresentando colidência ideológica, o INPI entendeu que as marcas podem coexistir no mercado sem prejuízo, pois não acarretaria em possibilidade de confusão perante o consumidor médio. Portanto, ao analisar apenas um dos aspectos de colidência por vez, há a impressão de contradição do que está disposto no Manual de Marcas.

Entretanto, é importante destacar que a análise de colidência dos sinais marcários deve ser feita em conjunto, conforme próprio trecho do Manual de Marcas:

Como regra geral, a análise da colidência entre sinais baseia-se na avaliação da impressão geral dos conjuntos e não apenas em seus elementos individuais, sendo levados em conta, simultaneamente, os aspectos gráficos, fonéticos e ideológicos dos signos comparados.⁶

Ou seja, o impedimento de registro de uma marca deverá apresentar incompatibilidades com os três aspectos trazidos anteriormente, de modo simultâneo. Porém, conforme visto anteriormente, percebe-se que não é necessária a implementação de todos os sinais colidentes na análise de marcas para o indeferimento, restando observar outro fator de extrema importância no exame de colidência: a afinidade mercadológica de cada marca.

⁶ INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL. **Manual de Marcas**. Rio de Janeiro. Outubro de 2019. Disponível em: http://manualdemarcas.inpi.gov.br/projects/manual/wiki/5%C2%B711_An%C3%A1lise_do_requisito_da_disponibilidade_do_sinal_marc%C3%A1rio. Acesso em: 18 jan. de 2023.

1.2 Afinidade Mercadológica

Passados os aspectos gráficos, fonéticos e ideológicos, vamos ao segundo fator de análise em colidência entre marcas, visando evitar a confusão e associação indevida de uma ou mais marcas: o exame de afinidade mercadológica. Esse exame está diretamente ligado ao princípio da especialidade, o qual determina a finalidade que o produto ou serviço irá ser apresentado ao público.

O estudo do mercado se torna fundamental ao analisarmos seu nicho mercadológico, bem como examinar seus concorrentes e características de seus consumidores, para evitar problemas de concorrência e limitação de sinais em mercados distintos. Para analisarmos esse requisito, devemos obedecer ao sistema de classificação das marcas, cuja Autarquia adota a Classificação Internacional de Produtos e Serviços de Nice (NCL), que, atualmente, se encontra na décima segunda alteração, com entrada em vigor em fevereiro de 2023.

Essa classificação é dividida em classes de produtos, listados nas classes de 1 a 34, e nas classes de serviços, listados nos números 35 a 45. Essa lista determina onde a marca irá ser enquadrada perante os critérios do INPI, separando cada produto e serviço em seus respectivos mercados.

Logo, poderemos deter de marcas próximas, ou seja, com grau de semelhança entre os elementos nominativos altos, porém que se distanciam mediante sua área de atuação, ou seja, mercados diferentes. Todavia, esse seria também um critério para afastar a confusão marcária? A Autarquia possui essa resposta em seu Manual de Marcas:

Como regra geral, quanto menor a semelhança entre os sinais, maior deverá ser a afinidade mercadológica entre os produtos ou serviços assinalados a fim de caracterizar o risco de confusão ou associação indevida.⁷

⁷ INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL. **Manual de Marcas**. Rio de Janeiro. Outubro de 2019. Disponível em: http://manualdemarcas.inpi.gov.br/projects/manual/wiki/5%C2%B711_An%C3%A1lise_do_requisito_da_disponibilidade_do_sinal_marc%C3%A1rio#:~:text=Como%20regra%20geral%2C%20quanto%20menor,de%20confus%C3%A3o%20ou%20associa%C3%A7%C3%A3o%20indevida. Acesso em: 18 jan. de 2023.

Percebe-se que o INPI estabelece uma condição de registro, a qual marcas semelhantes, se registradas em classes distintas suficientemente para não deter de afinidade mercadológica, possuem legitimidade suficiente para coexistir no mercado. Ou seja, utilizando a prática reversa para o entendimento, podemos ter marcas extremamente semelhantes em mercados distintos, pois a área de atuação de cada marca estabelece a possibilidade de confusão muito pequena.

Logo, quando a análise de colidência entre marcas é feita, um dos fatores decisivos para a permanência de ambas as marcas é a área de atuação perante o mercado e seu público consumidor. No entanto, devemos observar que, devido à variedade de nichos mercadológicos existentes na classificação do INPI, esse julgamento, muitas vezes, não ocorre conforme o estabelecido na legislação, afinal, a classificação não consegue especificar cada classe com mercados distintos e específicos.

Em alguns casos, produtos enquadrados na mesma classe, por exemplo, não possuem nenhuma relação de afinidade entre si, descartando a possibilidade de confusão entre eles. Em outros casos, produtos enquadrados em classes distintas, às vezes, podem possuir aproximação, sendo por finalidade ou pelo canal de distribuição do produto, logo, a possibilidade de confusão é ampla.

Para confirmar esse entendimento, destacamos como exemplo as marcas classificadas na Classe (NCL) 01, as quais abrangem:

Substâncias químicas destinadas à indústria, às ciências, à fotografia, assim como à agricultura, à horticultura e à silvicultura; Resinas artificiais não processadas, matérias plásticas não processadas; Adubo, fertilizantes; Composições extintoras de fogo e para sua prevenção; Preparações para temperar e soldar; Substâncias químicas destinadas a conservar alimentos; Substâncias para curtir peles de animais e couro; Substâncias adesivas destinadas à indústria; Massas e outras substâncias de preenchimento; Preparações biológicas destinadas à indústria e à ciência.⁸

⁸ INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL. **Manual de Marcas**. Rio de Janeiro. Outubro de 2019. Disponível em: https://www.gov.br/inpi/pt-br/servicos/marcas/arquivos/classificacao_de_marcas/INPIBRNCL112022NotasExplicativas20211231.pdf. Acesso em: 18 jan. de 2023

Nota-se que, diante da amplitude de produtos que a classificação oferece, as marcas que são registradas nessa classe podem possuir mercado completamente diferente, ainda que detendo de aproximação do seu elemento nominativo. Porém, mesmo diante deste entendimento, podemos encontrar decisões contrárias ao estabelecido na legislação.

Comprovando esse entendimento, destacamos as marcas "AIR" e "AIR +" ambas registradas na Classe (NCL) 01, mas com especificações distintas. A marca "AIR", registrada sob o nº 840303572, possui especificação de produtos relacionados a adesivos em geral; já a marca "AIR", registrada sob o nº 915903563, possui especificação para atuação em peróxidos orgânicos, formulações de peróxidos orgânicos e misturas para uso industrial, como curativo na indústria da borracha.

A marca "AIR" foi indeferida pelo INPI, indeferimento mantido em grau de recurso, pois, de acordo com despacho publicado na Revista de Propriedade Industrial nº 2550, estaria infringindo o Art. 124, XIX da Lei de Propriedade Industrial. Contudo, analisando os mercados de atuação, percebe-se que ambas as marcas não têm a menor possibilidade de confusão entre os públicos; no entanto, as semelhanças nominativas existentes entre as marcas foram suficientes para ocasionar o indeferimento do pedido de registro realizado posteriormente.

Ou seja, nota-se, no caso demonstrado, uma aplicabilidade diversa da disposta no Manual de Marcas, sendo que a análise deveria ser feita diante da especificação e atuação da marca em seus respectivos mercados, cujas finalidades de cada produto são divergentes. Mesmo os sinais possuindo colidência, o exame não deve ser realizado analisando apenas a semelhança entre os nomes, mas, sim, sua totalidade, como fazem o Superior Tribunal de Justiça e os demais tribunais brasileiros.

É diante desta variedade de nichos mercadológicos que o Manual de Marcas estabelece alguns critérios a serem observados para afastar a confusão por afinidade mercadológica, entre eles: natureza, finalidade e modo de utilização, complementariedade, concorrência e permutabilidade, canais de distribuição, público-alvo, grau de atenção e origem habitual.

Esses critérios examinam o conjunto em que o produto ou serviço possui de acordo com sua finalidade, além de estabelecer se, de fato, apresenta concorrência com marcas colidentes perante o público consumidor. O peso que esses quesitos de avaliação possuem depende da capacidade de levar o público à confusão, conforme as características particulares de cada mercado.

Visando esclarecer a relevância da aplicabilidade da afinidade mercadológica, observamos, por exemplo, o caso das marcas com o mesmo elemento nominativo “POLO” existentes nas Classe (NCL) 30 e 03, registradas sob o nº 730079732 e 813171644, respectivamente. A primeira, possui especificação para o comércio de produtos de café; a segunda, detém de especificação para produtos relacionados à perfumaria.

Constata-se que ambas as marcas coexistem em mercados distintos, embora possuindo os mesmos elementos gráfico, fonético e ideológico. O registro da marca de produtos de café, feito subsequentemente, foi possível pela inexistência de mercado comum entre as marcas, sendo este o exame completo e correto de colidência marcária.

Por fim, o INPI destaca, em seu Manual de Marcas, um amplo rol de casos em que a colidência marcária poderá ser resolvida. Entretanto, diante da constante complexidade de casos que vêm sendo apresentados, a Autarquia, em alguns casos de colidência, não utiliza de maneira correta a aplicação do que está disposto em Lei, como foi demonstrado no presente artigo.

Sendo assim, cabe ao Superior Tribunal de Justiça analisar os erros cometidos pelo INPI e, também, criar novas teses e conceitos sobre a possibilidade de confusão marcária. Esse entendimento será abordado adiante, demonstrando, de maneira prática, os principais casos que servem como base para o julgamento amplo realizado pelo STJ.

2 A confusão marcária sob o entendimento do Superior Tribunal de Justiça – STJ

Conforme demonstrado no tópico anterior, cabem ao Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI o registro e a resolução de conflitos referentes às marcas em âmbito nacional. No entanto, em alguns casos, os titulares ou requerentes de uma marca podem se sentir prejudicados pelas decisões proferidas pela autarquia, sendo que essas divergências podem levar as partes a ingressar no Judiciário, chegando, em muitos casos, ao Superior Tribunal de Justiça.

Contudo, o entendimento que o Superior Tribunal de Justiça tem sobre os requisitos de colidência de marca, existentes na Lei 9.279/96 e no Manual de Marcas, em muitas ocasiões, é divergente do entendimento da Autarquia. Essa divergência vem se ampliando no decorrer dos últimos anos, devido à heterogeneidade e à complexidade dos pedidos, além da limitação de expressões

nominativas disponíveis, as quais, ao longo dos últimos anos, apresentam cada vez mais dificuldades para o registro, em virtude da grande quantidade de pedidos protocolados no INPI.

Devido à crescente demanda de registros relacionados à Propriedade Industrial nos últimos anos, questões referentes a marcas, patentes e demais bens intelectuais vêm ganhando notória relevância nos julgamentos do STJ. Grande parte deste percentual é ocupada pela desavença de empresas que buscam garantir seus direitos de produtos ou serviços registrados. A corte, sempre que analisa os casos, deve priorizar os efeitos que a decisão proferida ocasionará não somente para as partes, mas principalmente para o destinatário final, o consumidor.

Em face desses conflitos, o Superior Tribunal de Justiça tem abordado temas como: exclusividade marcária; colidência de sinais no mesmo ramo de mercado; direito de propriedade; *trade dress*; direito moral; concorrência desleal, entre outros. No entanto, ao perquirir os temas citados anteriormente, percebemos que todos eles nos remetem novamente à possibilidade de confusão que os sinais conflitantes possam vir a causar perante o consumidor, ou seja, a colidência entre marcas é um assunto recorrente em todos os tópicos anteriormente citados.

Diante desta problemática, torna-se tão significativo estabelecer o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, face à constância que o conceito se apresenta nos julgamentos e na *práxis*.

Se, por um lado, temos o INPI seguindo estritamente as normas estabelecidas na Lei de Propriedade Industrial e em seu Manual de Marcas, por outro, vemos o Superior Tribunal de Justiça implementando decisões que inquiram o uso da marca na prática de fato. Algumas dessas decisões são baseadas em princípios e teorias que já foram consolidados perante a jurisprudência do Tribunal, face à necessidade de definir novos parâmetros nos exames de colidência entre marcas.

Visando clarear a zona cinzenta, definida pelo próprio Parecer Técnico do INPI/CPAPD nº 001/2012, o qual dispõe que o exame de colidência, muitas vezes, é definido pelo critério subjetivo, o STJ resolve, em diversas decisões, novos aspectos de análise. De início, destacamos o julgamento do Recurso Especial nº 949.514/RJ, em que o Ministro Humberto Gomes de Barros elenca três requisitos impeditivos para o registro de marca:

Para impedir o registro de determinada marca é necessária a conjunção de três requisitos: a) imi-

tação ou reprodução, no todo ou em parte, ou com acréscimo de marca alheia já registrada; b) semelhança ou afinidade entre os produtos por ela indicados; c) possibilidade de a coexistência das marcas acarretar confusão ou dúvida no consumidor (Lei 9.279/96 - Art. 124, XIX). - Afastando o risco de confusão, é possível a coexistência harmônica das marcas.⁹

Nota-se que o impedimento de registro deve ser feito analisando os três requisitos elencados pelo Relator, os quais apresentam grande semelhança da redação atual do Manual de Marcas do INPI, aspectos que foram analisados no tópico anterior do presente artigo. Porém, percebe-se que, como na maioria dos casos de colidência, a possibilidade de coexistência das marcas causarem confusão ou dúvida perante o consumidor é destacada no item "c" da referida decisão.

Diante dessa possibilidade de confusão, destacada desde o ano de 2007, quando o processo foi julgado, o Tribunal vem criando novos preceitos, como o recentemente julgado Agravo em Recurso Especial nº 1.346.089 – RJ, decisão que superou as análises anteriores, pois utilizou um teste provindo de especialistas da área de Propriedade Industrial como fonte. Nessa decisão, o Ministro Moura Ribeiro utilizou a aplicação de inúmeros critérios avaliativos doutrinários, que possibilitaram maior amplitude na análise:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PROPRIEDADE INDUSTRIAL. ART. 124, XIX, DA LEI Nº 9.279/96. COLISÃO DE MARCAS. MARCA NOMINATIVA CHESTER E MARCA MISTA CHESTER CHEETAH. REGISTRO CONCEDIDO SEM EXCLUSIVIDADE DO USO DA PALAVRA "CHESTER". POSSIBILIDADE DE CONVIVÊNCIA DAS MARCAS. INEXISTÊNCIA DE CONFUSÃO ENTRE CONSUMIDORES. REVISÃO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 07/STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. Para a caracterização da infringência de marca, não é suficiente que se demonstrem a semelhança dos sinais e a sobreposição ou afinidade das atividades. É necessário que a coexistência das marcas seja apta a causar confu-

⁹ **BRASIL.** Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial nº 949.514. Recorrente: Agrícola Fraiburgo S.A. Recorrido: Sociéte des Produits Nestlé S.A. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros, Brasília, DF, 04 out. 2007.

são no consumidor ou prejuízo ao titular da marca anterior, configurando concorrência desleal. Precedentes. 2. A doutrina criou parâmetros para a aplicação do 124, XIX, da Lei nº 9.279/96 ao caso concreto, listando critérios para a avaliação da possibilidade de confusão de marcas: a) grau de distintividade intrínseca das marcas; b) grau de semelhança das marcas; c) legitimidade e fama do suposto infrator; d) tempo de convivência das marcas no mercado; e) espécie dos produtos em cotejo; f) especialização do público-alvo; e) diluição.¹⁰

Esses critérios, indicados da letra “A” até a letra “E”, utilizados para a avaliação da da confusão de marcas, são denominados como “Teste 360° de Confusão de Marcas¹¹”, criado pela doutrina e que vem sendo utilizado desde 2015 pelo juízo brasileiro. Percebe-se que os elementos de avaliação abrangem completamente os requisitos de registro da marca, afastando a possibilidade de confusão.

Sendo assim, como os critérios elencados no Teste 360° estão sendo aplicados constantemente pelo Superior Tribunal de Justiça e pelos demais órgãos julgadores do país, torna-se necessária a análise de cada um dos requisitos. Os aspectos analisados visam clarear a zona obscura existente no exame de colidência de marcas, ocasionando maior segurança no exame.

Vejamos a seguir os requisitos implementados pelo Teste 360°.

2.1 Grau de distintividade intrínseca das marcas

Trata-se da diferenciação que as marcas colidentes apresentam, visto que, se as marcas possuem elementos semelhantes ou iguais, as possibilidades de registro são baixas. Nesse requisito, o estudo pode ser analisado observando o disposto no Manual de Marcas do INPI, onde, especificamente, é destacado o grau de diferenciação necessário para o deferimento da marca, que já foi explicado em capítulo anterior neste artigo.

Nesse sentido, o grande doutrinador brasileiro Gama de Cerqueira (1982, p. 919) já definia como deveriam ser analisados os elementos semelhantes e distintivos das marcas:

¹⁰ BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**, AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.346.089 – RJ. Agravante: BRF S.A. Agravado: Pepsico incorporation. Relator: Ministro Moura Ribeiro. Brasília, DF, 05 mai. 2015.

¹¹ Filipe Fonteles Cabral e Marcelo Mazzola, **O Teste 360° de Confusão de Marcas**, Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual, nº 132, set/out de 2014, p. 14/22.

1º. as marcas não devem ser confrontadas e comparadas, mas apreciadas sucessivamente, a fim de verificar se a impressão causada por uma recorda a impressão deixada pela outra; 2º. as marcas devem ser apreciadas, tendo-se em vista não as suas diferenças, mas as suas semelhanças; 3º. finalmente, deve-se decidir pela impressão de conjunto das marcas e não pelos seus detalhes.

Constata-se que a apreciação deve ser feita observando os sinais marcários sucessivamente, além dos conjuntos totais da marca, e não apenas os sinais de maior relevância. Nesse aspecto, fazemos uma observação importante encontrada em diversos casos julgados pela Autarquia: marcas de natureza mista podem ser registradas com o mesmo elemento nominativo de marcas nominativas, pois o conjunto de semelhanças e, conseqüentemente, diferenças delas é distinto.

Diante disso, corroborando com a tese, vemos a aplicação desse aspecto na análise de colidência das marcas “BELA VISTA”, disposto no “Teste 360º”, e muito utilizado nos recursos de indeferimentos, sendo usado como paradigma nesse tipo específico de colidência. O Recurso Especial nº 863.975-RJ julga a possibilidade de coexistência das marcas que possuem o elemento nominativo igual, porém em naturezas distintas:

entanto, faz-se aqui referência ao fato porque as marcas em disputa, apesar de utilizarem em sua composição elementos verbais idênticos (“BELA VISTA”), têm outros elementos (desenho, cor) que as distinguem muito bem. Nesse contexto, a par de não estar caracterizada contrafação (que, repita-se, não se discute), não se evidencia probabilidade de que se venha a induzir o consumidor a erro quanto à origem dos produtos. Os elementos distintivos da marca, bem como o fato de se tratar de produtos de classes diferentes, são suficientes para que o consumidor exerça adequadamente seu direito de compra, sem se confundir. A mera circunstância de se tratar de gêneros alimentícios não é suficiente para se presumir a confusão.¹²

¹² BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**, RECURSO ESPECIAL Nº 863.975 – RJ. Recorrente: Leite Fazenda Bela Vista LTDA. Recorrido: Instituto Nacional da Propriedade Intelectual – INPI. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Brasília, DF, 19 ago. 2010.

Portanto, mesmo diante da presença de elementos verbais idênticos, a análise foi feita observando o conjunto da marca, possibilitando a convivência e afastando a possibilidade de confusão. Sendo assim, no tocante ao grau de distintividade, devemos destacar os tipos de sinais, que são classificados em quatro categorias:

Sinais não distintivos, aqueles que são formados por expressões ou imagens que identificam o próprio produto ou serviço que são utilizados, descrevendo suas características. Citamos como exemplo o requerente que busca o registro da marca “Água” para registro do produto de água mineral. Nota-se que não há distintividade entre o elemento nominativo e o produto de fato.

Sinais sugestivos ou evocativos, aqueles em que os elementos nominativos ou figurativos da marca sugerem ou aludem a características dos produtos ou dos serviços. Destacamos o típico caso da marca “Airbus”, quando se trata de serviços de aviação, no qual o STJ, inclusive, detém de teoria que será vista posteriormente no presente artigo.

Sinais arbitrários, são aqueles elementos que não possuem ligação com o produto ou serviço que pretende assinalar. Trata-se dos casos que menos apresentam empecilhos para o registro da marca, pois a possibilidade de colidência de sinais arbitrários para marcas de mesmo público-alvo é pequena, porém existente.

Por fim, sinais fantasiosos, os quais sequer possuem significado intrínseco, ou seja, a requerente forma elemento de caracterização da marca que não possui ligação com as características do produto ou do serviço e nem nos remete a uma interação ideológica.

2.2 Grau de semelhança das marcas

Esse requisito deve ser analisado também conforme o Manual de Marcas do INPI, no qual o exame deve ser feito obedecendo aos aspectos gráficos, fonéticos e ideológicos, já explicados no tópico anterior do presente artigo. Vemos que o Tribunal usa esse entendimento, conforme o julgamento do Agravo em Recurso Especial 1.325.204, no qual:

Entretanto, não há que se falar que o termo LIPS, isoladamente, para o segmento específico de sorvetes seja um termo evocativo, enquadrando-se naquilo que a doutrina chama de ‘marcas fracas’, implicando em supor a convivência com outras marcas semelhantes, tendo em vista que a colidência entre as marcas em deslinde, vai além deste ponto. Ela transparece, justamente, no conjun-

to da marca mista da Apelante, que consiste na figura do sol, com o termo LIPS, que provoca a 'ideia de refrescância', como salientado na sentença, da decorrendo a associação entre as marcas, portanto, além do aspecto gráfico e fonético, mas também ideológico.¹³

O ministro relator Marco Aurélio Bellizze entendeu que há colidência entre as marcas "ICELIPS" e "ICE LIPS", tanto no aspecto gráfico, fonético e também no ideológico, seguindo a mesma linha de exame disposta no INPI. Verifica-se que o relator analisa o exame comparativo entre as marcas, as quais apresentam grau de semelhança suficientemente para ocasionar o indeferimento da marca registrada posteriormente.

Portanto, as regras dispostas pela Autarquia neste aspecto são seguidas pelo Tribunal.

2.3 Legitimidade e fama do suposto infrator

Requisito utilizado em exames nos quais uma das partes da lide consegue alcançar tamanha diferenciação de seus produtos ou serviços que acaba se tornando referência para o consumidor, criando, de fato, uma relação de lealdade. Essa fama é suficiente para descartar a possibilidade de confusão, mesmo diante de sinais marcários extremamente semelhantes.

Em muitos casos, a fama conquistada pelo agente é tamanha que detém de proteção não apenas na classe de atuação, como também nas demais, sendo o caso das marcas notórias:

A condição fundamental é que a marca tenha uma preeminente notoriedade. Ela deve ser familiar não somente aos profissionais do ramo - condição exigida para a proteção de que trata o art. 6º bis - mas ao público em geral. Ou seja, a marca notoriamente conhecida deve ocupar, entre as demais marcas de sua classe, uma posição de singularidade e originalidade¹⁴

¹³ BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**, Agravo em Recurso Especial nº 1.325.204 – RJ. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Agravante: Antonio Roberto Vieira Lanchonete ME. Agravado: Alsaraiva Comércio, empreendimentos imobiliários e participações. Brasília, DF, 05 abr. 2019.

¹⁴ ARITA, Hissao e BRAGA, Helson C. **A proteção das marcas notórias no Brasil**, Revista de Administração de Empresas, 24(3), jul/set. 1984, p. 48.

Podemos utilizar como exemplo a empresa *The Coca-Cola Company*, cujas marcas foram registradas em diversas classes, mesmo o consumidor sabendo que o principal produto da empresa é voltado para o mercado de bebidas. Entretanto, mesmo que terceiro tente realizar o registro de marca semelhante, inclusive em classe diversa, poderá ocasionar confusão ao consumidor devido à fama que a empresa conquistou.

Esse aspecto serve também para analisar marcas consideradas parasitárias, as quais aproveitam da fama conquistada pela marca de maior renome para atrair clientes diante da confusão causada. Portanto, nota-se a amplitude que o teste consegue alcançar diante da análise das mais variadas formas de colidência e confusão presentes em nosso sistema.

2.4 Tempo de convivência de marcas no mercado

O principal fator para análise de confusão entre marcas será o efeito da existência de ambas perante o público-alvo, se o tempo de convivência das marcas ser suficiente para não acarretar em problemas de desvio de clientela, não há motivos para anular o registro da marca registrada subsequentemente.

A questão é simples: toda e qualquer análise de colidência é feita para evitar confusão entre marcas e prejuízos por eventuais concorrentes que possuem marcas próximas. Contudo, se as marcas coexistem e não é registrado nenhum tipo de desvio de clientela perante o público-alvo, não faz sentido requerer a nulidade de uma das marcas, pois o tempo de existência demonstrou que não existe confusão.

A jurisprudência ainda não define o princípio como algo independente, porém sempre se faz presente na análise de colidência o tempo de convivência dos sinais.

2.5 Espécie dos produtos

Matéria de grande importância no registro de uma marca, a necessidade de especificação correta do produto se torna fundamental para a análise de espécie dos produtos e serviços. Serão passíveis de confusão aqueles produtos ou serviços que se encontrem no mesmo nicho mercadológico, o qual, em muitos dos casos, não estará enquadrado necessariamente na mesma classe, mas, de acordo com sua finalidade, poderá vir acarretar confusão.

O próprio Manual de Marcas estabelece que “A proteção assegurada à marca recai sobre produtos ou serviços correspon-

dentes à atividade do requerente, visando a distingui-los de outros idênticos ou similares, de origem diversa¹⁵”. Esse entendimento será feito para possível convivência de marca que possui sinais semelhantes, porém tem a finalidade diversa.

Podemos utilizar como caso exemplificativo as marcas detidas com o elemento nominativo “GLOBO”, o qual pode ser especificado para os ramos de alimentação, como os famosos biscoitos “Globo”, registrados na classe (NCL) 30, tanto para emisoras da TV aberta, como o canal “Globo”, que detém de registro em várias classes, sendo afastada a possibilidade de confusão entre essas marcas.

Constata-se que a finalidade que o produto ou serviço oferece, ou seja, a sua especialidade, irá definir se as marcas irão apresentar confusão ou não. Esse exame pode ser comparado ao exame mercadológico feito pelo INPI.

2.6 Grau de atenção do público-alvo

Nesse aspecto, deve ser feita a análise do consumidor no momento da compra do produto ou do serviço. A doutrina destaca nesses casos o custo, ou processo de compra do produto, que demandará maior pesquisa por parte do consumidor, diferentemente de produtos que possuem baixo custo, possibilitando confusão entre as marcas.

Também, destacamos uma particularidade nesse aspecto, que, em alguns tipos de produtos ou serviços, o consumidor deve possuir conhecimento técnico para sua aquisição. Exemplo disso são alguns produtos disponibilizados no mercado agrícola, como defensivos agrícolas em geral, que, para sua aquisição, se faz necessário receituário emitido por profissional legalmente habilitado.

Essa imposição legal, estabelecida pelo artigo 13, da Lei nº 7.802/89, separa os consumidores do mercado agrícola de outros, que não possuem requisitos para aquisição do produto ou do serviço prestado. Portanto, na hora da compra e, conseqüentemente, adoção da marca, o usuário possui capacidade técnica para realizá-la, diferentemente do consumidor comum, logo, afasta a possibilidade de confusão na análise de sinais semelhantes.

¹⁵ INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL. **Manual de Marcas**. Rio de Janeiro. Outubro de 2019. Disponível em: http://manual.demarcas.inpi.gov.br/projects/manual/wiki/02_O_que_%C3%A9_marca. Acesso em 18 jan. 2023.

2.7 Diluição

Para a doutrina, a diluição seria o ato no qual um concorrente “diluiria” o efeito de distintivo da marca, utilizando-a em outros nichos de mercado e fazendo com que aquela lembrança de singularidade fosse esquecida. Em resumo, esse tipo de situação ocorre normalmente em marcas notórias, em que a proximidade do elemento de terceiro causa aproveitamento parasitário.

Logo, percebemos que, para aferição de confusão nesse tipo de caso, devemos analisar as consequências que esses embates causam na perspectiva do consumidor, e não somente o que está disposto em Lei, ou seja, o contexto em que a marca está disposta.

Podemos utilizar como exemplo o caso disposto no Teste 360°¹⁶, onde há a análise de diluição nos produtos das marcas ‘CHINA IN BOX’ e ‘ASIA IN BOX’. A discussão é feita devido ao elevado número de consumidores da marca “ASIA IN BOX” estarem consumindo os produtos da marca, crendo ser uma ramificação da marca notória (China In Box), ocasionando, assim, a sua diluição.

Porém, a própria Corte estabelece que, para o reconhecimento de confusão e, conseqüentemente, diluição nesses casos, deve ser necessário que as marcas sejam aptas a causar prejuízos, umas com as outras. Esse entendimento é consolidado, conforme demonstra o próprio do Agravo no Recurso Especial nº 1.346.089 – RJ, mencionado anteriormente:

Para a caracterização da infringência de marca, não é suficiente que se demonstrem a semelhança dos sinais e a sobreposição ou afinidade das atividades. É necessário que a coexistência das marcas seja apta a causar confusão no consumidor ou prejuízo ao titular da marca anterior, configurando concorrência desleal.¹⁷

Sendo assim, passados os exames dos principais aspectos destacados pela doutrina nos últimos anos, o STJ vem criando outros tipos de teses que servem de precedentes para o requerente de marca em geral.

¹⁶ Filipe Fonteles Cabral e Marcelo Mazzola, **O Teste 360° de Confusão de Marcas**, Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual, nº 132, set/out de 2014, p. 152.

¹⁷ BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**, AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.346.089 – RJ. Agravante: BRF S.A. Agravado: Pepsico incorporation. Relator: Ministro Moura Ribeiro. Brasília, DF, 05 mai. 2015.

Nessas teses, toda a sistemática utilizada irá nos remeter à possibilidade da colidência marcária de causar confusão perante o público-alvo da marca, mesmo em elementos nominativos próximos, como veremos a seguir. No entanto, também serão vistas as confusões criadas pelos empresários e as obrigações geradas por agentes que registram marcas semelhantes, mesmo com a análise do INPI.

3 Teoria da Distância

Um dos requisitos básicos para o registro de uma marca é possuir caráter distintivo das demais existentes no mercado. Logo, o sinal deve afastar a possibilidade de aplicação de colidência dos aspectos gráficos, fonéticos e ideológicos, conforme citado anteriormente. Porém, diferentemente do entendimento firmado pelos praticantes da Propriedade Industrial, o Superior Tribunal de Justiça, nos últimos anos, tem autorizado o registro de marcas que possuam elemento nominativo parecido, ou até mesmo igual, com outras já existentes e registradas no INPI.

O estudo dessa teoria, baseada nos princípios da equidade e da igualdade, provém da possibilidade de coexistência de marcas que apresentam sinais semelhantes sem afetar o mercado uma da outra. Assim, quando existente no mercado grande quantidade de marcas classificadas como evocativas ou fracas, uma nova marca, para ser registrada, não necessita ser totalmente diferente de outras já registradas.

Esse entendimento tem como caso norteador a colidência entre as marcas que apresentam os elementos nominativos “ELLE” e “ELLE ELLA”. Nota-se que ambas as marcas possuem a mesma palavra “ELLE” em sua composição. Diante disso, a reprodução parcial é nítida, vide a ementa do RESP. 1819060/RJ, da Rel. Ministra Nancy Andrighi:

RECURSO ESPECIAL. PROPRIEDADE INDUSTRIAL. AÇÃO DE NULIDADE DE REGISTRO DE MARCA E DE ABSTENÇÃO DE USO. ELLE / ELLE ELLA. POSSIBILIDADE DE CONVIVÊNCIA. AUSÊNCIA DE RISCO DE CONFUSÃO. REEXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. TEORIA DA DISTÂNCIA.

1. Ação ajuizada em 18/12/2015. Recurso especial interposto em 4/7/2018. Autos conclusos à Relatora em 20/5/2019.
2. O propósito recursal é verificar a higidez do

ato administrativo que concedeu a marca ELLE ELLA à recorrida.

3. Para que fique configurada a violação de marca, é necessário que o uso dos sinais distintivos impugnados possa causar confusão no público consumidor ou associação errônea, em prejuízo ao titular da(s) marca(s) supostamente infringida(s). Precedentes.

4. Nos termos da jurisprudência desta Corte, marcas dotadas de baixo poder distintivo, formadas por elementos de uso comum, evocativos, descritivos ou sugestivos, podem ter de suportar o ônus de coexistir com outras semelhantes.

5. O fato de existirem diversas marcas em vigor também formadas pela expressão ELLE atrai a aplicação da teoria da distância, fenômeno segundo a qual não se exige de uma nova marca que guarde distância desproporcional em relação ao grupo de marcas semelhantes já difundidas na sociedade.

6. O reexame de fatos e provas é vedado em recurso especial. Súmula 7/STJ.

7. Diante do contexto dos autos, portanto, e a partir da interpretação conferida à legislação de regência pela jurisprudência consolidada nesta Corte, impõe-se concluir que as circunstâncias fáticas subjacentes à hipótese - grau de distintividade/semelhança, ausência de confusão ou associação errônea pelos consumidores, tempo de coexistência, proximidade entre marcas do mesmo segmento - impedem que se reconheça que a marca registrada pela recorrida deva ser anulada. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO.¹⁸

Ao analisarmos o uso das marcas com elementos nominativos parcialmente iguais, além de estarem registradas na mesma classe, fica nítida a aplicação do Art. 124, XIX da Lei de Propriedade Industrial, que acarretaria em confusão. Entretanto, diferentemente do disposto na Lei de Propriedade Industrial, o STJ definiu o caso aplicando a Teoria da Distância, em que considerou as marcas como evocativas, utilizando como fator de julgamento a grande quantidade de marcas registradas com o elemento nominativo “ELLE”.

¹⁸ BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**, Recurso Especial nº 1.819.060 – RJ. Recorrente: Hachette Filipacchi Presse. Recorrido: Flora Produtos de Higiene e Limpeza LTDA. Relatora: Ministra NANCY ANDRIGHI. Brasília, DF, 20 fev. 2020.

De fato, o elevado número de registros com a expressão “ELLE” faz com que o sinal se torne fraco, evocativo, fazendo com que se torne possível realizar a aplicação da Teoria da Distância. Nesse entendimento, o professor Gama Cerqueira (1982, p. 819) descreve as consequências desse tipo de registro:

Se o comerciante adota marcas desse gênero por lhe parecer útil e vantajoso indicar a qualidade essencial do produto ou a sua composição, deve suportar, como ônus correspondente a essa vantagem, a relativa semelhança de outras marcas com as suas.

Sendo assim, as marcas classificadas como fracas, ou seja, quando é comumente usada, devem suportar o fato de que elas serão reproduzidas em várias outras marcas. Comprova-se esse entendimento além do julgado da marca “ELLE”, ao analisarmos o Recurso Especial 1773244 / RJ, no qual foi acusada a higidez do ato administrativo que concedeu o registro da marca “AMERICA AIR”, quando já havia no mercado a marca “AMERICAN AIRLINES” e demais elementos nominativos de extrema semelhança. Em decisão, o Superior Tribunal de Justiça se posicionou da seguinte forma:

Porém, analisando as marcas no contexto de mercado em que estão inseridas, isto é, no meio em que o consumo é realizado, verifica-se que ali convivem diversos signos semelhantes, utilizando os termos “air”, “airway” e “airlines”, assim como nomes de países e continentes (United Airlines, Korean Air, Air Canada, China Eastern Airlines, Air China, Air Europa, Eva Air, Air France, Airasia X, Airasia, Asiana Airlines, Alaska Airlines, Aegean Airlines, Tui Airways, Fiji Airways). Observa-se que grande parte dessas empresas mantêm vôos para o Brasil. A presença desses elementos comuns é capaz de desenvolver no consumidor uma atenção aos detalhes que diferenciam cada marca. A natureza do consumo é mais sensível, afastando a possibilidade de erro, não obstante a semelhança entre as marcas concorrentes. Esse fenômeno é denominado na doutrina de teoria da distância, segundo a qual uma nova marca não precisa guardar distância desproporcional em relação ao grupo de marcas semelhantes já aceitas no mercado.

Assim, a comparação se dá não somente entre as marcas em disputa, mas também quanto ao mercado pertinente.¹⁹

Nota-se que a expressão “AIR”, assim como a expressão “ELLE”, está presente em diversas marcas no mesmo mercado, logo essa convivência ocasiona a oportunidade de uma nova marca com elementos semelhantes ser registrada, arcando com o ônus de existir confusão entre elas. Portanto, vemos na aplicação da teoria que o agente que tentar registrar uma marca deve escolher um elemento nominativo que afaste sinais considerados evocativos ou fracos, pois poderão, mesmo após o deferimento, acarretar confusão entre os consumidores.

4 Secondary Meaning – Teoria do significado secundário da marca

Outro entendimento provindo do STJ, a Teoria do Sentido Secundário, constantemente usada nos julgados atuais, é definida como um fenômeno em que a marca, que possui caráter genérico ou até mesmo apresenta um sinal não registrável, mas que, com o uso continuado ao longo do tempo, causa associação pelos consumidores e, conseqüentemente, sua distinção sob produtos ou serviços do mesmo ramo mercadológico.

O destaque dessa teoria se fez necessário, visto que o INPI compreende que signos não distintivos, como os genéricos, descritivos, necessários, comuns ou vulgares definidos conforme disposto no Art. 124, VI da Lei de Propriedade Industrial, não são registráveis como marca. Entretanto, seguindo a teoria, esse é mais um dos fenômenos marcários que comprovam a força que uma marca pode alcançar devido à percepção semiótica do sinal marcário.

Utilizando como exemplo o caso analisado pela doutrina referente ao time de futebol Grêmio *Foot-ball* Porto Alegreense, destaca que a expressão Grêmio é uma palavra comum, que tem como significado sociedade, além de compor nomes de grupos recreativos de escolas de samba. Contudo, devido ao uso ininterrupto da marca, por mais de um século, remetendo a expressão intrinsecamente ao time de futebol brasileiro, vemos que

¹⁹ BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**, Recurso Especial nº 1.773.244 – RJ. Recorrente: American Airlines INC. Recorrido: America Air Taxi Aéreo LTDA. – ME. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF, 02 abr. 2019.

sua distinção se concretizou perante o público, evidenciando claramente a Teoria do Significado Secundário.

Incorporando o entendimento da doutrina, com a jurisprudência encontrada no Superior Tribunal de Justiça, vemos o caso em que a marca “*Iphone*”, da empresa norte-americana *Apple*, adquiriu o direito de exclusividade da marca, contra a marca G GRADIENTE IPHONE da IGB Electron.

No que diz respeito ao “iPhone” da Apple, sobressai a ocorrência do fenômeno mercadológico denominado *secondary meaning* (“teoria do significado secundário da marca”), mediante o qual um sinal fraco (como os de caráter genérico, descritivo ou até evocativo) adquire eficácia distintiva (originariamente inexistente) pelo uso continuado e massivo do produto ou do serviço. A distinguibilidade nasce da perspectiva psicológica do consumidor em relação ao produto e sua marca, cujo conteúdo semântico passa a predominar sobre o sentido genérico originário.²⁰

Vemos que a expressão *Iphone*, de acordo com o Superior Tribunal de Justiça, é caracterizada como sinal fraco, ou seja, se enquadra nos impedimentos dispostos no Art. 124, VI, da Lei de Propriedade Industrial. Entretanto, como é fato e notório seu reconhecimento pelos consumidores e pelo público em geral, pela popularidade dos produtos apresentados, aplica-se a Teoria do Significado Secundário.

Observa-se que, quando o elemento vira um símbolo, tanto para representação de produtos, quanto para serviços, a possibilidade de confusão pelo público é mínima, uma vez que o público já reconhece aquele elemento e o relaciona com suas características, sendo esse o principal ponto de diferença dessa teoria.

Nos exemplos apresentados e nos demais casos que se utilizam da *secondary meaning*, vemos que há uma discordância de entendimento do INPI e do STJ. No entendimento da Autarquia, respeitando o disposto na Lei de Propriedade Industrial e em seu Manual de Marcas, as expressões não poderiam ser registradas,

²⁰ BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**, RECURSO ESPECIAL Nº 1.688.243 – RJ. Recorrente: IGB ELETRÔNICA S.A e Instituto Nacional da Propriedade Industrial. Recorrido: Apple INC. Relator: MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO. Brasília, DF, 20 set. 2018.

pois, além de encontrar o impedimento legal do Art. 124, VI, apresentariam oportunidades de confusão do público-alvo.

Acontece que essa possibilidade de impedimento e confusão analisa apenas o contexto normativo, deixando de lado as ações realizadas no cotidiano, os impactos e as consequências que marcas com elevado potencial econômico e com grande engajamento ocasionam no público em geral. Diante disso, o Superior Tribunal de Justiça faz a análise impondo interpretações normativas e práticas, aceitando, em muitos casos, a presença de marcas com elementos próximos.

5 Da alternativa para resolução das divergências entre o INPI e o STJ

Demonstrados os entendimentos que o INPI e o STJ apresentam sobre o exame de colidência entre marcas, percebe-se que a quantidade de aspectos, resoluções, teorias e princípios que devem ser analisados para o registro de uma marca é extremamente ampla. Sendo assim, qualquer agente que propuser o registro de uma marca perante a Autarquia deve estar ciente de todos esses preceitos para evitar problemas no momento do registro e também posteriormente, se a marca for deferida, buscando defendê-la de terceiros que pratiquem atos irregulares.

No entanto, mesmo possuindo amplo conhecimento do tema e respeitando os fatores de colidência elencados neste trabalho, não se pode estabelecer uma garantia de registro da marca. Isso se faz possível, pois, conforme citado anteriormente, a análise de colidência ainda depende do exame subjetivo do analista responsável, o qual, em algumas vezes, impede o registro da marca, mesmo estando de acordo com a Lei da Propriedade Industrial.

Diante desta problemática, demonstrada inúmeras vezes no presente artigo, de que o INPI, baseado nos precedentes dispostos pelo STJ, deve estabelecer novos requisitos para evitar impedimentos no registro. A criação de um novo artigo na Lei de Propriedade Industrial, abarcando conceitos e ferramentas de colidências dispostas nos precedentes brasileiros e internacionais, diminuiria o problema apresentado.

A criação do artigo que tratasse especificamente de colidência na Lei de Propriedade Industrial serviria como uma compilação do entendimento que a Autarquia e o STJ possuem sobre o tema. Além disso, cabe ressaltar que o Tribunal, em muitos casos, como os usados no presente artigo, utiliza textos pro-

vindos da doutrina, como o nobre doutrinador Gama Cerqueira e Denis Borges Barbosa, pesquisadores extremamente respeitados no mundo todo, pelo trabalho e estudo dedicado à propriedade industrial.

Alternativamente, propusemos a criação de um compilado de normas, extraídas do Manual de Marcas e dos julgados do STJ, em que, de maneira simplificada, elenque as possibilidades vigentes de confusão de marcas existentes em nosso sistema. Nota-se que essa alternativa se aproxima da ideia disposta pelo próprio Manual de Marcas do INPI; entretanto, diferentemente do disposto no Manual, essa compilação deverá ser feita de modo específico e direto, elencando o que é permitido e o que não é.

Sendo assim, incorporada uma das alternativas dispostas e propostas no presente artigo, verifica-se a segurança jurídica que o artigo ou manual irá trazer para o agente da área. Além disso, o índice de conflitos de marcas e processos de nulidade existentes atualmente no INPI provavelmente ser reduziria constantemente, visto que possuiríamos uma norma clara e direta sobre o assunto, diferentemente do que temos hoje.

Diante desses fatos, destacamos novamente que o registro de uma marca não deve depender da análise subjetiva, uma vez que, atualmente, graças à necessidade de complementação da norma, temos em nosso ordenamento inúmeros precedentes que formam um regimento complexo, mas necessário e carente de elementos mais específicos de exame.

Conclusão

A presente pesquisa teve como ponto inicial analisar o principal motivo impeditivo de convivência de marcas no Brasil nos últimos anos, disposto no Artigo 124, XIX da Lei de Propriedade Industrial. No artigo, são estabelecidos os motivos pelos quais uma marca não pode ser registrada, pretendendo evitar, perante o consumidor, a possibilidade de confusão.

Posteriormente, analisou-se o entendimento que o INPI possui sobre os principais pontos de colidência marcária, elencando cada um deles e indicando casos exemplificativos. Destacam-se os aspectos mais importantes para análise de colidência das marcas, como a grafia, a fonética e a ideologia de cada sinal marcário, todos ligados ao exame de colidência marcária, realizado para evitar confusão.

Após a análise dos aspectos de morfologia, também foi disposto o entendimento do INPI no tocante à colidência

mercadológica de cada marca, na qual, em muitos dos casos, mesmo possuindo extrema relação de semelhança entre os elementos nominativos, a possibilidade de registro é superada pela inexistência de mercado consumidor em comum.

Seguidamente da análise do entendimento do INPI sobre confusão marcária, destacamos o entendimento que vem sendo aplicado pelo STJ nos últimos anos, visto que, em muitas das vezes, possui decisões contrárias às normas utilizadas pela Autarquia. Em primeiro momento, destacou-se o julgamento do Agravo no Recurso Especial nº 1.346.089 – RJ, em que foi reconhecido o Teste 360º de Confusão Marcária, tese que o Tribunal vem adotando constantemente desde o ano de 2015.

No teste, ressaltou-se a divisão em tópicos para análise de sete aspectos de colidência marcária, os quais, além de dispor dos fundamentos dispostos na legislação, utilizam também conceitos concretizados pela doutrina. O julgamento retrata algumas diferenças de análise utilizadas pelo INPI, que, seguindo as práticas de conduta do Manual de Marcas, aplica apenas o disposto na Lei de Propriedade Industrial, diferentemente dos julgados do STJ, em que são analisados casos práticos e o mercado de atuação.

Elencados os principais pontos do Teste 360º, foram dispostas outras teorias que possuem entendimentos complementares à norma disposta pela Autarquia, iniciando pela Teoria da Distância, a qual provém da possibilidade de coexistência de marcas que apresentam sinais semelhantes sem afetar o mercado umas das outras. Essa teoria foi comprovada nos diversos julgamentos realizados pelo STJ, em que a diversidade de marcas fracas ocasionou precedente de registro para novos sinais marcários parecidos ou iguais.

Na última teoria apresentada, Teoria do Significado Secundário da marca, trouxemos a definição do fenômeno em que a marca, que tem caráter genérico ou até mesmo apresentando um sinal não registrável, possui legitimidade de registro, pois, com o uso continuado ao longo do tempo, causou associação pelos consumidores. Essa teoria vai contra os conceitos elencados na primeira parte do presente trabalho, porém, de acordo com o Tribunal, trata-se de uma superação da análise de marcas.

Por fim, apresentamos, alternativamente, duas possibilidades de resolução do problema de colidência marcária existente em nosso ordenamento atualmente. Primeiramente, foi apresentada a possibilidade da criação de um novo artigo na Lei da Propriedade Industrial, o qual elencasse todos os impeditivos

compostos pelo Manual de Marcas, representando o entendimento do INPI, como também do Superior Tribunal de Justiça, representando o juízo e os doutrinadores.

Finalizando as propostas, foi apresentada, também, a criação de um manual compilado entre os entendimentos citados anteriormente. Essa compilação, diferentemente do que ocorre no Manual de Marcas do INPI, seria especificamente para tratar de assuntos relacionados à colidência marcária, sendo seu texto formado por aspectos específicos, os quais pudessem ser facilmente abordados por qualquer pessoa que tente registrar sua marca.

Portanto, visando complementar a norma, que atualmente não atende a todas as possibilidades de confusão perante o consumidor, devido à complexidade que o exame de marcas vem proporcionando aos seus analistas, o presente artigo foi elaborado para auxiliar nesta compilação de entendimentos, haja vista que acreditamos que será apenas uma questão de tempo para que a norma possa vir a ser complementada.

Referências

ARITA, Hissao e BRAGA, Helson C. **A proteção das marcas notórias no Brasil**, Revista de Administração de Empresas, 24(3), jul/set. 1984.

BRASIL, **Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996**. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 15 mai. 1996.

BRASIL, **Parecer técnico nº 01/2012 INPI/CPAPD. INPI Nº 52400.035599/2012-35**, Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. Instituto Nacional da Propriedade Industrial. Aceitação dos assim chamados acordos de convivência de marcas. Rio de Janeiro, RJ, 30 mar. 2012.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Especial n. 949.514. Recorrente: Agrícola Fraiburgo S.A. Recorrido: Société des Produits Nestlé S.A. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros, Brasília, DF, 04 out. 2007.

BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**, AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.346.089 – RJ. Agravante: BRF S.A. Agravado: Pepsico incorporation. Relator: Ministro Moura Ribeiro. Brasília, DF, 05 mai. 2015.

BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**, RECURSO ESPECIAL Nº 863.975 – RJ. Recorrente: Leite Fazenda Bela Vista LTDA. Recorrido: Instituto Nacional da Propriedade Intelectual – INPI. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Brasília, DF, 19 ago. 2010.

BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**, Recurso Especial nº 1.819.060 – RJ. Recorrente: Hachette Filipacchi Presse. Recorrido: Flora Produtos de Higiene e limpeza LTDA. Relatora: Ministra NANCY ANDRIGHI. Brasília, DF, 20 fev. 2020.

BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**, RECURSO ESPECIAL Nº 1.232.658 – SP. Recorrente: YAHOO! DO BRASIL INTERNET LTDA E OUTRO. Recorrido: ARCOR DO BRASIL LTDA. Relatora: MINISTRA NANCY ANDRIGHI. Brasília, DF, 12 jun. 2012.

BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**, AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.581.293 – GO. Agravante: SISTEMA MERCANTIL DE HIGIENIZAÇÃO E CONSERVAÇÃO LTDA – EPP. Agravado: MTB - GREEN CONTROLE DE PRAGAS LTDA – EPP. Relator: MINISTRO ANTONIO CARLOS FERREIRA. Brasília, DF, 30 mai. 2019.

BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**, RECURSO ESPECIAL Nº 1.688.243 – RJ. Recorrente: IGB ELETRÔNICA S.A e Instituto Nacional da Propriedade Industrial. Recorrido: Apple INC. Relator: MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO. Brasília, DF, 20 set. 2018.

BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**, AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.581.293 – GO. Agravante: SISTEMA MERCANTIL DE HIGIENIZAÇÃO E CONSERVAÇÃO LTDA – EPP. Agravado: MTB - GREEN CONTROLE DE PRAGAS LTDA – EPP. Relator: MINISTRO ANTONIO CARLOS FERREIRA. Brasília, DF, 30 mai. 2019.

BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**, Recurso Especial nº 1.773.244 – RJ. Recorrente: American Airlines INC. Recorrido: America Air Taxi Aéreo LTDA. – ME. Relatora: Ministra Nancy Andrichi. Brasília, DF, 02 abr. 2019.

BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**, Agravo em Recurso Especial nº 1.325.204 – RJ. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Agravante: Antonio Roberto Vieira Lanchonete ME. Agravado: Alsaraiva Comércio, empreendimentos imobiliários e participações. Brasília, DF, 05 abr. 2019.

Filipe Fonteles Cabral e Marcelo Mazzola, **O Teste 360º de Confusão de Marcas**, Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual, nº 132, set/out de 2014.

GAMA CERQUEIRA, João da. **Tratado da Propriedade Industrial**, Volume 1, Ed. Revista Forense, Rio de Janeiro, RJ, 1946.

GAMA CERQUEIRA, João da. **Tratado da Propriedade Industrial**, 2ª Ed. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, SP, 1982.

INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL. **Manual de Marcas**. Rio de Janeiro. Outubro de 2019.

A culpa exclusiva do consumidor e a responsabilidade civil das instituições financeiras

Márcio Berto Alexandrino de Oliveira

Advogado em Minas Gerais

Especialista em Direito Processual pela PUC/Minas

Autor de obras e artigos jurídicos publicados pelas

Editoras Lumen Juris, Fórum e RT

*Procurador-Geral da Câmara Municipal
de Guanhães/MG*

Liliane dos Anjos Simões

Graduada em Administração pela PUC/MINAS

Pós-graduada em Gestão Financeira pela PUC/MINAS

Bancária da CAIXA em Minas Gerais

RESUMO

A norma consumerista prevê em vários dispositivos sobre a responsabilização objetiva do fornecedor de bens e serviços, prevendo o dever de indenizar os consumidores, independentemente da existência de culpa. Dessa forma, cabe ao consumidor comprovar tão somente a ação ou omissão do fornecedor de bens e serviços, a existência do nexo de causalidade e, por fim, o dano sofrido para fazer jus ao pleito indenizatório, seja a título de dano moral ou material. No entanto, o dever de indenizar não é ilimitado, conforme equivocadamente sustentam alguns. Ora, a instituição financeira, na qualidade de fornecedora de serviços, somente deve ser responsabilizada quando restar comprovadas sua ação ou omissão, a existência do nexo causal e o dano sofrido. Na falta desses pressupostos, não assiste razão ao consumidor, e eventual condenação estará em descompasso com a norma vigente, notadamente quando o evento fraudulento ocorrer por culpa exclusiva do consumidor, vindo a quebrar o nexo de causalidade e, por conseguinte, afastar o dever de indenizatório. Não é razoável a condenação de uma instituição bancária quando a fraude ocorrer em decorrência de culpa exclusiva do consumidor, que achou por bem passar as informações pessoais intransferíveis de acesso bancário para terceiros estranhos. Nesses casos, o consumidor deve suportar os

prejuízos decorrentes do evento fraudulento, sob pena de afronta aos princípios da boa-fé objetiva e do "*venire contra factum proprium*", princípios esses que vedam o comportamento contraditório em todas as relações, inclusive nas relações consumeristas. É certo que as instituições bancárias devem ser responsabilizadas pelos danos ocasionados em razão da prestação de serviços, o que não pode é serem penalizadas quando o consumidor correntista foi o único causador da fraude, ou seja, o evento danoso ocorreu por culpa exclusiva do consumidor. No mais, no julgamento das ações consumeristas, notadamente decorrente de fraudes, o julgador deve enfrentar todas as alegações das partes e levá-las em consideração para proferir a decisão, em respeito à garantia constitucional do devido processo legal.

Palavras-chave: Culpa exclusiva. Ausência de responsabilização. Boa-fé objetiva. Nexo de causalidade.

ABSTRACT

The consumerist norm provides in several devices on the strict liability of the supplier of goods and services, providing for the duty to indemnify consumers, regardless of the existence of fault. In this way, it is up to the consumer to prove only the action or omission of the supplier of goods and services, the existence of the causal link and, finally, the damage suffered to be entitled to the indemnity claim, whether by way of moral or material damage. However, the duty to indemnify is not unlimited, as some mistakenly maintain. However, the financial institution, as a service provider, should only be held responsible when its action or omission, the existence of the causal link and the damage suffered remain proven. In the absence of these assumptions, the consumer is not right and any conviction will be out of line with the current rule, notably when the fraudulent event occurs through the sole fault of the consumer, breaking the causal link and, therefore, removing the obligation to indemnify. It is unreasonable to condemn a banking institution when the fraud occurs as a result of the sole fault of the consumer, who thought it best to pass on non-transferable personal banking access information to third parties. In these cases, the consumer must bear the damages arising from the fraudulent event, under penalty of affronting the principles of objective good faith and the "*venire contra factum proprium*", principles that prohibit contradictory behavior in all relationships,

including consumerist relationships. It is true that banking institutions must be held responsible for damages caused by providing services, which cannot be penalized when the consumer account holder was the sole cause of the fraud, that is, the harmful event occurred exclusively through the consumer's fault. Moreover, in the judgment of consumerist actions, notably arising from fraud, the judge must face all the allegations of the parties and take them into account to render the decision, in respect of the constitutional guarantee of due process of law.

Keywords: Exclusive fault. Absence of liability. Objective good faith. Causal link.

1 Notas introdutórias sobre a responsabilidade objetiva nas relações de consumo

O presente artigo tem como objetivo abordar sobre as relações entre o consumidor e as instituições bancárias, notadamente no que concerne às fraudes oriundas de comportamentos inadequados do usuário do serviço bancário.

Vale destacar que o Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, busca manter o consumidor respaldado no sentido de não ser prejudicado por ser hipossuficiente na relação consumerista. Para isso, o legislador achou por bem prever que o fornecedor de bens e serviços responda objetivamente pelos fatos e vícios resultantes da atividade, independentemente da existência de culpa, conforme está previsto no artigo 14 do CDC.

Não há dúvida de que o objetivo do legislador, ao instituir o CDC, foi conceder certos privilégios ao consumidor, objetivando buscar o equilíbrio entre as partes contratantes, vez que o consumidor é a parte hipossuficiente da relação consumerista. Para efetivar tais privilégios, o legislador estabeleceu que o fornecedor de bens e serviços responde objetivamente pelos fatos e vícios resultantes de sua atividade, mas para isso, o consumidor deverá comprovar alguns pressupostos, quais sejam: a ação ou omissão do prestador de serviço ou fornecimento de bens, a existência do nexo causal e, por fim, o dano sofrido.

Insta destacar que a responsabilização objetiva é uma exceção no ordenamento jurídico brasileiro, sendo a regra a responsabilização na modalidade subjetiva, em que é necessária a comprovação da conduta dolosa ou culposa que resultou em dano a outrem. Ao passo que na responsabilidade objetiva, oriun-

da da prática de um ilícito ou de uma violação ao direito de outra pessoa, para ser provada e questionada, independe da aferição de culpa ou dolo, basta comprovar a ação ou omissão, a existência do nexo causal e, conseqüentemente, o dano sofrido.

Na responsabilidade civil subjetiva, “a vítima tem de demonstrar a existência dos elementos fundamentais de sua pretensão” (PEREIRA, 2000, p. 265/266), ao passo que na responsabilidade objetiva basta comprovar o fato lesivo, por ação ou omissão, a ocorrência de um dano patrimonial ou moral e o nexo de causalidade entre o ato e o resultado danoso.

O Código Civil de 2002 encampou a responsabilidade subjetiva, em que a prática do ato lesivo deve ser comprovada, não admitindo presunção, estatuinto no artigo 186 que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. O artigo 927 do mesmo diploma legal prevê ainda que “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Essa forma de responsabilização é a regra no ordenamento jurídico vigente.

A previsão da responsabilização civil objetiva na relação de consumo é digna de aplausos. Entretanto, não é razoável imputar o dever de ressarcir eventual dano de ordem moral ou material quando a fraude e, por conseguinte, o dano, ocorreram em decorrência da falta de atenção ou comportamento inadequado do consumidor. Nesses casos, não há a demonstração de relação de causalidade entre a conduta da instituição bancária, comissiva ou omissiva, e o resultado fraudulento. Com isso, não deve prosperar o dever de indenizar, sob pena de o fornecedor de bens e serviços estar respondendo ilimitadamente, o que não é previsto no ordenamento jurídico brasileiro.

Como o Direito brasileiro não consagra a teoria do risco integral, a responsabilidade civil objetiva pode ser afastada mediante a comprovação da ocorrência de uma das excludentes do nexo de causalidade (o defeito inexistente e a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro), conforme está consignado no § 3º, inciso II, do CDC, visto que, estando presente uma dessas excludentes, quebra a relação de causalidade entre a conduta do banco e os danos alegadamente sofridos pelo consumidor.

São essas as considerações introdutórias sobre o assunto proposto neste estudo.

2 A culpa exclusiva do consumidor e a responsabilidade civil das instituições financeiras

Na atual ordem jurídica, o fornecedor de bens e serviços assume, por força do Código de Defesa do Consumidor, os riscos decorrentes de sua atividade profissional ou econômica, e a ele é aplicada a Teoria do Risco da atividade econômica. Dessa forma, todo aquele que se propõe a desenvolver qualquer atividade que envolva fornecimento de bens e serviços automaticamente assume a obrigação de responder objetivamente pelos fatos e vícios resultantes dessa atividade, não havendo nenhum questionamento quanto à culpa no evento danoso, conforme está previsto no artigo 14 do CDC.

Sobre o assunto vale transcrever os ensinamentos de Sérgio Carvalieri Filho (2008, p. 171). Vejamos:

(...) pela teoria do risco do empreendimento, todo aquele que se disponha a exercer alguma atividade no mercado de consumo tem o dever de responder pelos eventuais vícios ou defeitos dos bens e serviços fornecidos, independentemente de culpa. Este dever é imanente ao dever de obediência às normas técnicas e de segurança, bem como aos critérios de lealdade, quer perante os bens e serviços ofertados, quer perante os destinatários dessas ofertas. A responsabilidade decorre do simples fato de dispor-se alguém a realizar atividade de produzir, estocar, distribuir e comercializar produtos ou executar determinados serviços. O fornecedor passa a ser o garante dos produtos e serviços que oferece no mercado, respondendo pela qualidade e segurança dos mesmos.

Acompanhando o movimento garantista previsto no CDC, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 479, *in verbis*:

As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias.¹

¹ STJ - Segunda Seção, em 27/06/2012. DJe 01/08/2012, ed. 1.102.

Realmente, a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, veio resguardar o consumidor hipossuficiente nas relações consume-ristas, sendo que o prestador de serviços ou fornecedor de produtos responde objetivamente pelos eventuais danos causados. No entanto, o dever de indenizar não é ilimitado, conforme sustentam alguns desavisados, tanto é que o § 3º do artigo 14 do CPC excepciona situações em que a responsabilização será afastada.

Para Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2017, p. 877), na responsabilidade objetiva “o dolo ou a culpa na conduta do agente causador do dano é irrelevante juridicamente, haja vista que somente será necessária a existência do elo de causalidade entre o dano e a conduta do agente responsável”. Existindo esses elementos, deve haver a responsabilização do fornecedor ou prestador de serviços, na modalidade responsabilidade objetiva.

Na mesma trilha, são os ensinamentos de Carlos Roberto Gonçalves (2003, p. 21-22), para quem:

Nos casos de responsabilidade objetiva, não se exige prova de culpa do agente para que seja obrigado a reparar o dano. Em alguns, ela é presumida pela lei. Em outros, é de todo prescindível, porque a responsabilidade se funda no risco (objetiva propriamente dita ou pura). Quando a culpa é presumida, inverte-se o ônus da prova. O autor da ação só precisa provar a ação ou omissão e o dano resultante da conduta do réu, porque sua culpa já é presumida. Trata-se, portanto, de classificação baseada no ônus da prova. É objetiva porque dispensa a vítima do referido ônus. Mas, como se baseia em culpa presumida, denomina-se objetiva imprópria ou impura. É o caso, por exemplo, previsto no art. 936 do CC, que presume a culpa do dono do animal que venha a causar dano a outrem. Mas facultava-lhe a prova das excludentes ali mencionadas, com inversão do ônus *probandi*. Se o réu não provar a existência de alguma excludente, será considerado culpado, pois sua culpa é presumida. Há casos em que se prescinde totalmente da prova da culpa. São as hipóteses de responsabilidade independentemente de culpa. Basta que haja relação de causalidade entre a ação e o dano.

Dessa forma, na responsabilidade objetiva não é necessário que o lesado pela conduta do fornecedor ou prestador de serviços comprove a existência de culpa, vez que o fator culpa não é pressuposto para a responsabilização objetiva, devendo o lesado comprovar tão somente a existência do ato omissivo ou comissivo, do dano e do nexo de causalidade.

O mestre Ruy Stoco (2001, p. 93) preceitua que: “A responsabilidade civil decorre da ação ou omissão, dolosa ou culposa, cuja consequência seja a produção de um prejuízo” . Para que se configure o ato ilícito, será imprescindível que haja: a) fato lesivo voluntário, causado pelo agente, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência – culpa; b) ocorrência de um dano patrimonial ou moral; c) nexo de causalidade entre o dano e o comportamento da instituição bancária. Na falta de um desses pressupostos não há que se falar em responsabilidade objetiva do banco e, por conseguinte, deve ser afastada a reparação de dano moral ou material.

Ao comentar o § 3º do artigo 14 do CDC, o qual trata das excludentes de responsabilidade civil objetiva, Carlos Roberto Gonçalves (2003, p. 526 e 717) asseverou o seguinte:

Há certos fatos que interferem nos acontecimentos ilícitos e rompem o nexo causal, excluindo a responsabilidade do agente. As principais excludentes da responsabilidade civil, que envolvem a negação do liame de causalidade e serão estudadas no fim desta obra, são: o estado de necessidade, a legítima defesa, a culpa da vítima, o fato de terceiro, a cláusula de não indenizar e o caso fortuito ou força maior.

[...] Quando o evento danoso acontece por culpa exclusiva da vítima, desaparece a responsabilidade do agente. Nesse caso, deixa de existir a relação de causa e efeito entre o seu ato e o prejuízo experimentado pela vítima. Pode-se afirmar que, no caso de culpa exclusiva da vítima o causador do dano não passa de mero instrumento do acidente. Não há liame de causalidade.

Sempre é divulgado nos meios televisivos e nas mídias sociais sobre a responsabilização civil das instituições bancárias por eventuais falhas na prestação de serviços. Ocorre que, na grande maioria das vezes, quem dá causa ao evento fraudulento é o próprio usuário do serviço bancário, fornecendo ao fraudador

as senhas pessoais de acesso bancário, bem como praticando outras condutas inadequadas, sem a adoção de precauções necessárias para se resguardar da atuação de fraudadores, vindo a facilitar a concretização da fraude.

Ora, com a devida vênia, nestes casos não é razoável imputar à instituição financeira a responsabilização, tendo em vista que faltará o pressuposto “nexo causal”, pois o fato não se originou da conduta comissiva ou omissiva da instituição bancária, mas em decorrência de culpa exclusiva do consumidor, que passou informações pessoais intransferíveis de acesso bancário para terceiros. Em situações como essa, o consumidor deve suportar o prejuízo sozinho, pois o fato não originou de conduta comissiva ou omissiva da instituição financeira, por conseguinte, não existe a relação de causalidade para a ocorrência da fraude.

O correntista que repassa suas senhas pessoais para terceiros ou pratica quaisquer comportamentos inadequados e, após a ocorrência de uma fraude, tenta responsabilizar o prestador de serviços, está praticando conduta atentatória aos princípios da boa-fé objetiva e do “*venire contra factum proprium*”, princípios esses que vedam o comportamento contraditório em todas as relações, inclusive nas relações consumeristas.

A professora Cláudia Lima Marques (1998, p. 107) ensina que a boa-fé objetiva, significa uma atuação refletida, uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade.

Segundo Fredie Didier Jr. o princípio que veda o *venire contra factum proprium* relaciona-se na medida em que compõe o conteúdo da cláusula geral da proteção da boa-fé objetiva na relação jurídica processual. A boa-fé objetiva é norma de conduta que colore e qualifica o contraditório. A proibição de comportar-se contrariamente a comportamento anterior é uma de suas nuances.²

Ao julgar o RMS 43.683/DF³, o STJ decidiu no sentido de que o princípio da boa-fé e o subprincípio do *venire contra factum proprium* vedam o comportamento contraditório, inclusive nas relações entre a Administração Pública e o particular. O

² DIDIER, Fredie Jr. in Alguns aspectos da aplicação da proibição do *venire contra factum proprium* no processo civil: <http://www.frediedidier.com.br/main/artigos/default.jsp?Old=null> - acesso em 22/02/2011.

³ STJ - RMS 43.683/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 28/04/2015, DJe 07/05/2015.

postulado da boa-fé objetiva é uma das diretrizes do Estado Democrático de Direito, devendo ser observado nas relações jurídicas, inclusive nas relações de direito público.

Em outra oportunidade, o Colendo Superior Tribunal da Cidadania – STJ manifestou que a concreção do princípio da boa-fé objetiva, sintetizada nos brocardos latinos *'tu quoque'* e *'venire contra factum proprium'*, "segundo a qual ninguém é lícito fazer valer um direito em contradição com a sua conduta anterior ou posterior interpretada objetivamente, segundo a lei, os bons costumes e a boa-fé".

Feitas essas considerações, conclui-se que a conduta do consumidor em repassar suas senhas pessoais de acesso bancário para terceiros ou praticar quaisquer outros atos inadequados, concorrendo para a ocorrência da fraude em sua conta bancária e, após isso, tentar responsabilizar a instituição financeira constitui um comportamento contraditório, que não é tutelado pelo direito, tendo em vista a clara afronta aos princípios da boa-fé objetiva e do *"venire contra factum proprium"*.

No julgamento do Agravo em Recurso Especial nº 1.399.771/ MG, o STJ entendeu que o banco não deveria ser responsabilizado, tendo em vista que o uso do cartão magnético com sua respectiva senha é exclusivo do correntista. Dessa forma, somente haveria a responsabilidade da instituição bancária se comprovadas a negligência, a imperícia ou a imprudência na prestação do serviço bancário. Veja-se:

Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial. Ação de indenização por danos morais. Falha na prestação do serviço. Ausência de comprovação. Saque em conta corrente mediante uso de cartão magnético e senha pessoal. Acórdão estadual que decidiu com base nas provas dos autos alinhado à jurisprudência desta corte. Incidência das súmulas nºs 7 e 83 do STJ. Agravo Interno não provido.

1. Tribunal local que, com amparo nos elementos de convicção dos autos, entendeu não estar provado o fato constitutivo do direito da autora, decidindo pela ausência dos requisitos ensejadores da reparação civil. O uso do cartão magnético com sua respectiva senha é exclusivo do correntista e, portanto, eventuais saques irregulares na conta somente geram responsabilidade para o Banco se provado ter agido com negligência, imperícia ou

imprudência na entrega do numerário, o que não ocorreu na espécie.

2. Impossibilidade de reexame de fatos e provas. Incidência do óbice da súmula 7/STJ no tocante à tese de reconhecimento da responsabilidade civil.

3. Ademais, é firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor em razão da ocorrência da revelia é relativa, sendo que para o pedido ser julgado procedente o juiz deve analisar as alegações do autor e as provas produzidas.

4. Agravo interno não provido.⁴

A Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar Recurso Especial nº 1.463.777/MG, negou recurso em que o consumidor buscava responsabilizar uma instituição bancária pelo pagamento de danos morais em razão de fraude praticada pela irmã de duas sócias da empresa vítima, sendo consignado o seguinte no julgado:

(...) não há como sequer cogitar em responsabilidade da financeira na hipótese, pois é fato incontroverso que os atos considerados pela empresa como indevidos e ilícitos foram cometidos por preposto/funcionário/contratado seu, ao qual, inclusive, admitidamente, chegou a ser atribuída tacitamente a representação da empresa para o cometimento de determinados atos, não servindo o fortuito interno decorrente de fraude, como fundamento apto a amparar a pretensão indenizatória formulada, haja vista a inegável culpa exclusiva da vítima que mal geriu o seu quadro de pessoal.⁵

Em outro caso de fraude bancária, em que o correntista correu para a efetivação do ato fraudulento, o STJ posicionou da mesma forma. Vejamos:

(...) A hipótese “sub judice” é regida pelo Código Consumerista, que no seu art. 14, §3º, II, prevê a responsabilidade objetiva dos fornecedores e

⁴ STJ - AgInt no AREsp n. 1.399.771/MG, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 2/4/2019, DJe de 8/4/2019.

⁵ STJ - REsp n. 1.463.777/MG, relator Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 13/10/2020, DJe de 16/10/2020.

prestadores de serviço, independentemente da comprovação da culpa, somente afastando o dever de indenizar quando demonstrada a inexistência do defeito, a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. - Inaplicável ao caso a Súmula nº 479, do STJ: "as instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias". - A fraude decorrente da adulteração na sequência numérica do código de barras de boleto bancário, emitido fora do ambiente digital da instituição financeira que intermediou a operação bancária, cujo valor foi creditado em outra instituição, tendo como beneficiário terceiro fraudador, não caracterizada "falha na prestação do serviço". - Não há que se falar em fortuito interno, pois foge das atividades da instituição financeira. - Resta configurada a culpa exclusiva da vítima por não ter tomado as cautelas necessárias ao efetuar o pagamento do boleto falso, agindo com negligência, situação apta a romper o nexo de causalidade e afastar a responsabilidade civil objetiva do Banco que realizou a operação. - O evento danoso é fato de terceiro equiparado a fortuito externo, logo, não há que se falar em dever de indenizar. - Improcedência do pedido inicial.⁶

O Tribunal de Justiça do Estado de Paraná também já afastou a responsabilização do prestador de serviços, ao argumento de que o consumidor não agiu com a cautela devida, vindo a fazer transferências para terceiros desconhecidos, o que é suficiente para excluir a responsabilidade civil. Vejamos a ementa do julgado proferido pelo Tribunal Paranaense:

Recurso Inominado. Fraude por meio do aplicativo Whatsapp. Legitimidade passiva da ré Facebook Brasil. Mesmo grupo econômico. Golpe perpetrado por terceiro. Transferência bancária em favor de desconhecido. Consumidor que age sem a cautela devida. Culpa exclusiva de terceiro e da vítima. Excludente de responsabilidade (art. 14, §3º,

⁶ TJMG - Apelação Cível 1.0000.21.061910-2/001, Relatora: Des.(a) Cláudia Maia, 14ª Câmara Cível, julgamento em 30/07/2021, publicação da súmula em 30/07/2021.

II, CDC). Danos materiais indevidos. Recurso Provido. Sentença Reformada.⁷

No mesmo sentido, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao julgar a Apelação Cível nº 1058449-37.2014.8.26.0100, entendeu por bem afastar a responsabilidade da instituição bancária, tendo em vista que as transações foram realizadas com a utilização do cartão e senha pessoal da correntista, não sendo razoável imputar ao banco a responsabilidade pelo fatídico caso.⁸

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, ao julgar a Apelação Cível nº 1.0000.22.049464-5/001, também afastou a responsabilização da instituição bancária, ao argumento de que:

(...) A responsabilidade das instituições financeiras pelos danos decorrentes de fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias depende de prova do fortuito interno, mediante burla aos protocolos de segurança instituídos pelo banco, o que não ocorreu no caso destes autos, não podendo ser o banco responsabilizado pelos prejuízos sofridos pelo consumidor, que realiza transferência voluntária de valores em conta de titularidade de terceiro, mediante solicitação de estelionatário, sem que tenha a instituição financeira qualquer participação na operação.⁹

No mesmo sentido, foi o posicionamento da 17ª Câmara Cível no julgamento da Apelação Cível nº 1.0000.16.076153-2/002. Vejamos:

⁷ TJPR - 1ª Turma Recursal - 0043949-16.2020.8.16.0014 - Londrina - Rel.: Juíza de Direito da Turma Recursal dos Juizados especiais Maria Fernanda Scheidemantel Nogara Ferreira da Costa - j. 26.07.2021.

⁸ CONTRATO – Serviços bancários – Transações indevidas junto à conta corrente e cartão de débito da apelante – Ônus da casa bancária, do qual se desincumbiu, de provar que as operações foram realizadas de forma lícita – Atendimento ao disposto no artigo 373, inciso II, do NCPC – Ação improcedente – Sentença mantida – Recurso não provido. (TJSP; Apelação Cível 1058449-37.2014.8.26.0100; Relator (a): Maia da Rocha; Órgão Julgador: 21ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 14ª Vara Cível; Data do Julgamento: 20/02/2018; Data de Registro: 20/02/2018).

⁹ TJMG - Apelação Cível 1.0000.22.049464-5/001, Relator: Des. Domingos Coelho, 12ª Câmara Cível, julgamento em 07/12/2022, publicação da súmula em 07/12/2022.

Ementa: Apelação Cível - Ação Ordinária - pretensão de ressarcimento de valores e de cancelamento de empréstimo, além de indenização moral - desídia do cliente na guarda de sua senha pessoal - realização de operações bancárias por terceiro - culpa exclusiva da vítima - responsabilidade civil da instituição financeira - excludente prevista no art. 14, §3º, do CDC - sentença de improcedência dos pedidos iniciais mantida.

Nos Contratos de abertura de conta corrente, com a emissão do respectivo cartão bancário, cabe ao consumidor contratante o dever de cuidado na guarda do documento, bem como de sigilo da senha eletrônica necessária ao seu uso.

Diante da conduta desidiosa e negligente do cliente, que, conquanto vítima de estelionato, admite que porta, junto ao seu cartão bancário, a respectiva senha, permitindo facilmente a sua utilização por terceiros, não remanesce configurada a responsabilidade civil objetiva da Instituição Financeira, a teor do disposto no inciso II, do §3º, art. 14, do CDC.¹⁰

Com base nos julgados colacionados, pode-se dizer que há um movimento na jurisprudência para afastar a responsabilização dos bancos quando o consumidor concorrer para a ocorrência da fraude, visto que a instituição bancária não deve ser responsabilizada quando restar comprovada a culpa exclusiva do consumidor pelos danos a ele mesmo causados.

Lado outro, as instituições bancárias podem investir ao máximo em tecnologia de ponta para garantir a segurança das transações; no entanto, não conseguirão cessar a ocorrência de fraudes nos casos em que o próprio correntista repassa para terceiros suas senhas pessoais de acesso bancário. Nesses casos, o correntista deve suportar sozinho o prejuízo, pois ele próprio concorreu para a ocorrência da fraude, não sendo razoável o banco ser responsabilizado, pois não foi negligente, imprudente ou imperito na prestação do serviço bancário.

A norma vigente estabelece que os bancos respondem objetivamente pelos fatos e vícios resultantes da atividade bancária, isto é, devem reparar os danos causados aos consumidores

¹⁰ TJMG - Apelação Cível 1.0000.16.076153-2/002, Relator: Des. Roberto Vasconcellos, 17ª Câmara Cível, julgamento em 28/02/2019, publicação da súmula em 11/03/2019.

por defeitos relativos à prestação dos serviços independentemente da existência de culpa. Contudo, a norma não prevê a responsabilização ilimitada, sem a demonstração de relação de causalidade entre a conduta da instituição bancária, comissiva ou omissiva, e o resultado fraudulento. Se não há o nexo de causalidade, a instituição financeira não pode ser responsabilizada; do contrário, estará respondendo ilimitadamente, em descompasso com o que está previsto no ordenamento jurídico.

2.1 O devido processo legal substancial nas relações de consumo

Realmente, o CDC consignou uma gama de privilégios para os consumidores. Entretanto, não retirou o dever do magistrado de enfrentar todos os argumentos e provas produzidos nos autos, inclusive aquelas produzidas pelas instituições financeiras, em homenagem à garantia constitucional do devido processo legal substancial.

Com a introdução no ordenamento jurídico brasileiro da garantia do devido processo legal, com a nova ordem constitucional instaurada em 1988, passou a ser assegurada às partes uma participação efetiva, na qual suas alegações devem ser enfrentadas e levadas em consideração para a construção do provimento final.

A propósito, leciona Fredie Didier Jr. (2008, p.47-48), para quem, a par da face formal do direito ao contraditório, que consiste na garantia de ser ouvido, de participar do processo, de ser comunicado, poder falar no processo, também vige a face substancial, relacionada à amplitude e efetividade dos argumentos apresentados, sem as quais o provimento final não terá condições de ser classificado como legítimo. Seguindo esta trilha, o ilustre processualista baiano ensina que:

Há o elemento substancial dessa garantia. Há um aspecto, que eu reputo essencial, denominado, de acordo com a doutrina alemã, de “poder de influência”. Não adianta permitir que a parte, simplesmente, participe do processo; que ela seja ouvida. Apenas isso não é o suficiente para que se efetive o princípio do contraditório. É necessário que se permita que ela seja ouvida, é claro, mas em condições de poder influenciar a decisão do magistrado.

Se não for conferida a possibilidade de a parte influenciar a decisão do Magistrado – e isso é

poder de influência, poder de interferir na decisão do Magistrado, interferir com argumentos, interferir com idéias, com fatos novos, com argumentos jurídicos novos; se ela não puder fazer isso, a garantia do contraditório estará ferida. É fundamental perceber isso: o contraditório não se implementa, pura e simplesmente, com a ouvida, com a participação; exige-se a participação com a possibilidade, conferida à parte, de influenciar no conteúdo da decisão.

A relevância da matéria é tamanha que o legislador achou por bem consignar a previsão na legislação constitucional e infraconstitucional, prevendo que a ausência de enfrentamento de todos os argumentos deduzidos pelas partes atenta contra as disposições contidas no inciso IX do artigo 93 da Constituição de 1988 e artigo 489, §1º, do CPC de 2015.

Dessa maneira, não basta assegurar às partes o direito de dizer e contradizer formal, visto que é imprescindível que o contraditório conferido às partes tenha o poder de influenciar no conteúdo da decisão, isso inclui as alegações das instituições bancárias nas ações sobre fraudes contra os correntistas. Assim, não pode o julgador desprezar as provas e os argumentos apresentados pelos bancos, notadamente quando o conjunto probatório atesta que o consumidor concorreu para a concretização da fraude, o que é suficiente para afastar a responsabilidade da instituição financeira.

Conclusão

Diante das razões lançadas neste artigo, conclui-se que, quando o correntista dá causa ao evento fraudulento ao fornecer a terceiros as senhas pessoais de acesso bancário, a instituição financeira não deve ser responsabilizada, visto que faltará o pressuposto nexa de causalidade para a configuração da responsabilidade objetiva, consistente na conduta comissiva ou omissiva do banco, para a ocorrência do resultado fraudulento.

Quando o correntista concorre para a ocorrência da fraude bancária, há o rompimento do “nexa de causalidade” frente à caracterização da culpa exclusiva do consumidor, estando superada a alegação de responsabilidade objetiva.

Realmente, a norma protetiva do consumidor prevê expressamente a responsabilização objetiva, cabendo ao consumidor comprovar tão somente a ação ou omissão do fornecedor de bens

e serviços e a existência do nexa causal e, conseqüentemente, o dano sofrido. Entretanto, o fornecedor de bens e serviços não responde ilimitadamente, inclusive nos casos em que o correntista concorreu para a efetivação da fraude.

Não pode ser admitida a conduta do correntista que passa as informações pessoais intransferíveis de acesso bancário para terceiros e, quando a fraude se concretiza, tenta imputar a responsabilidade à instituição bancária. Esse comportamento é um atentado aos princípios da boa-fé objetiva e do *"venire contra factum proprium"*, princípios esses que vedam o comportamento contraditório em todas as relações jurídicas, inclusive nas relações consumeristas.

Infelizmente, deparamos com inúmeras decisões em que não há o pressuposto "nexa causal" para a configuração da responsabilidade objetiva, visto que a fraude não se originou da conduta comissiva ou omissiva da instituição bancária, mas sim em decorrência de culpa exclusiva do consumidor, que achou por bem passar informações pessoais intransferíveis de acesso bancário para terceiros. Nesses casos, cabe exclusivamente ao correntista suportar os prejuízos, pois a fraude ocorreu tão somente em razão da conduta negligente do consumidor.

A comprovação de que o consumidor concorreu para o ato lesivo é suficiente para quebrar a relação de causalidade entre a conduta do banco e os danos alegadamente sofridos, em decorrência da excludente de responsabilização prevista no § 3º, inciso II, do artigo 14 do CDC.

Não é razoável imputar à instituição bancária todo e qualquer dano ocasionado ao correntista, por não consistir em uma responsabilidade civil integral ou ilimitada, mas somente quando restar comprovadas a ação ou omissão do banco, a existência do nexa causal e, por fim, o dano sofrido. Não existindo esses pressupostos, a improcedência do pedido de reparação de danos morais e materiais é medida que se impõe, pois a responsabilidade civil inerente ao risco da atividade bancária não se concretiza quando demonstrada uma causa excludente da responsabilização civil.

Há um comportamento abusivo, contraditório e de má-fé por parte de alguns consumidores, vez que realizam transações bancárias com o uso de seu cartão magnético com chip e utilização de senha pessoal e, posteriormente, tentam imputar a responsabilidade ao banco, buscando a compensação de danos morais e materiais. Diante destes comportamentos, o Poder Judiciário tem se posicionado, mesmo que ainda de forma tímida,

para excluir a responsabilidade da instituição financeira, uma vez que a culpa exclusiva do consumidor exclui o dever de indenizar.

Referências

- ABELHA, Marcelo. **Manual de direito processual civil**. 6. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 1988.
- BRITO, Alzemeris Martins Ribeiro de. BARIONI, Rodrigo Otávio (Coordenadores). **Advocacia pública e novo Código de Processo Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. **Curso de Direito Administrativo**. Salvador: Editora JusPodium, 2009.
- DIDIER, Jr. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. Salvador: JusPodium, 2008.
- DIDIER, Fredie Jr. *in* **Alguns aspectos da aplicação da proibição do venire contra factum proprium no processo civil**: <http://www.frediedidier.com.br/main/artigos/default.jsp?Old=null> - acesso em 22/02/2011.
- DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de Direito Civil**/Elpídio Donizetti e Felipe Quintella. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- GAGLIANO, Pablo Stolze. **Manual de Direito Civil**. Volume Único/Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, volume V: direito das coisas. São Paulo: Saraiva, 2006.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992.
- MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor – O novo regime das relações contratuais**. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 1998.
- MELANTONIO, Ricardo e TRIVELIN, Raquel Barros Araújo. **A Lei do Superendividamento e o princípio da dignidade da pessoa humana**. <https://www.migalhas.com.br/depeso/356022/lei-do-superendividamento-e-o-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana>. Acesso em 22/02/2023.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 5. ed., RT, 2001.

A configuração do dano moral para as pessoas jurídicas de direito privado

Laura Maracci Spanhe da Silva
Advogada no Rio Grande do Sul

RESUMO

As pessoas jurídicas de direito privado podem ser vítimas de dano moral, assim é o sentido da Súmula 227 do STJ, que se desapegou do conceito formal de dano moral, reconhecendo que o mesmo vai além de dor e sofrimento. Isso tão-somente é possível porque, por mais que ainda pareça estranho para muitos, e ainda ocorram discussões doutrinárias, as pessoas jurídicas também são detentoras de direitos especiais da personalidade, como os referentes à honra objetiva. Deste modo, através de revisão bibliográfica e análise jurisprudencial, será analisado de que forma se configura o dano moral sofrido pelas pessoas jurídicas de direito privado, bem como se há dano por ricochete nas pessoas dos sócios, além das formas de reparação desses danos.

Palavras-chave: Pessoa jurídica de direito privado. Dano moral. Responsabilidade civil. Direitos de personalidade.

ABSTRACT

Legal entities of private law can be victims of moral damage, that is what is in precedent 227 from the Supreme Court of Justice of Brazil (STJ), which abandoned the formal concept of moral damage, recognizing that it goes beyond pain and suffering. This is possible because, although it may seem strange for many and doctrinal discussions still happen, legal entities also have special personality rights, as the ones referring to objective honor. So, through literature review and jurisprudential analysis, the way moral damage suffered by legal entities of private law is configured will be analyzed, as well as if this causes any other kind of damage to the partners, and the ways to repair this damage.

Keywords: Legal entity of private law. Moral damage. Civil responsibility. Personality rights.

Introdução

Considerando a discussão em torno da possibilidade de a pessoa jurídica poder pleitear indenização por dano moral, há relevância em abordar os aspectos que o dano moral atinge, enquanto vítimas, às pessoas jurídicas de direito privado.

O assunto, ainda, apresenta alguns pontos controversos, especialmente motivados pelas diferenças existentes entre pessoa natural e pessoa jurídica. Enquanto para as pessoas naturais é algo mais fácil de ser estimado, para as pessoas jurídicas o estudo torna-se mais complexo.

Podendo pessoas naturais e jurídicas serem vítimas de dano moral, a conceituação se torna tarefa árdua aos doutrinadores, não sendo mais capaz de afastar a proteção dos direitos de personalidade da pessoa jurídica. Tornando-se o entendimento de dano moral mais amplo, o mesmo não se traduz mais meramente como dor e sofrimento. A titularidade do bem jurídico afetado pelo evento danoso, qual seja, os direitos de personalidade inerentes à pessoa jurídica, torna-se, portanto, o pilar dos debates ainda existentes, pois a extensão dos direitos de personalidade às pessoas jurídicas não é irrestrita.

Tratar sobre a caracterização do dano moral para a pessoa jurídica de direito privado ganha importância para assimilação do atual entendimento, constituindo acervo jurídico que visa à proteção da integridade moral e da honra objetiva das empresas, pois se percebe que a reputação das entidades perante a coletividade é o reflexo da repercussão da sua honra, representada pela sua imagem.

Para tanto, ganhará ênfase na pesquisa a caracterização, não somente do dano moral das pessoas jurídicas de direito privado, mas também como um único fato danoso poderá extrapolar a figura da empresa e atingir seu sócio, caracterizando o dano por ricochete. O artigo explorará a pretensão da pessoa jurídica pela reparação, a maneira como é realizada, bem como sua efetividade e funcionalidade.

1 Da pessoa jurídica e do dano moral

Sendo a pessoa jurídica o foco do tema que será discorrido, cabem algumas definições referentes à formação desse sujeito de direito, o qual será, no presente estudo, o polo ativo a sofrer danos.

A casuística a ser comentada é uma classificação importante e tem recebido muita atenção pela doutrina, já que “a questão

correspondente ao dano moral sofrido pela pessoa jurídica não é mansa e pacífica entre os doutrinadores” (FUJITA, 2008, p. 04). É possível perceber que ambos os pronunciamentos estão em conformidade com o atual cenário, pois, em tempos de globalização, todos os entes titulares de direitos de personalidade estão mais expostos a sofrer danos, frente à incessante exposição da consequente evolução dos meios de comunicação, como internet, televisão, rádio, entre outros, que asseguram a divulgação de informações em tempo real.

Primeiramente, antes mesmo de se conceituar “pessoa jurídica”, vale definir o conceito tão somente de “pessoa”. Como afirma Flávio Tartuce (2019, p.61), a pessoa natural deve ser tratada como sujeito de direito (sujeito de um dever jurídico ou titularidade jurídica), assim como define o Código Civil de 2002, em seu artigo 1º, “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”.

Assim sendo, para ser sujeito de direitos e deveres na ordem privada, se faz necessário ter capacidade de direito, a qual não deve ser confundida com a capacidade de fato (aquela não detida pelos incapazes); entretanto, a capacidade civil plena se caracteriza pela soma da capacidade de direito com a capacidade de fato. O entendimento de pessoa também está ligado à ideia de personalidade; esta, por sua vez, concede aptidão para adquirir direitos e contrair obrigações, é aquilo que ela é para si e para a sociedade através do conjunto de suas características, sendo a capacidade a medida da personalidade (TARTUCE, 2019, p.61).

A pessoa anteriormente definida pode ser natural, ou jurídica, sendo a pessoa jurídica o enfoque deste estudo. Pessoa natural é o ser humano, sujeito de direitos e obrigações. Atendo-se mais ao conceito de pessoa jurídica, observa-se, conforme as conclusões de Paulo Nader, que, a partir da evolução da sociedade e da sua organização, houve uma necessidade de uma categoria que favorecesse o crescimento produtivo em diversas áreas; contudo, tal objetivo não poderia ser alcançado individualmente. Sendo assim, se fazia necessário ter uma pluralidade unitária, ou seja, um conjunto de pessoas que formariam uma unidade jurídica com personalidade própria, seria um ser de existência invisível (NADER, 2018, p. 214).

Em relação a essa concepção, define Sergio Cavalieri Filho (2005, p. 139):

A pessoa jurídica é uma das mais extraordinárias criações do direito. Não tem vida física, mas tem

existência jurídica, mais duradoura que as pessoas naturais que a criaram; não tem vontade própria (ato de querer, próprio do ser humano), mas atua no mundo sócio - econômico pela vontade de seus órgãos dirigentes. Dessa maneira, o direito faculta-lhe adquirir e exercer e contrair obrigações – enfim proceder no mundo jurídico como ser dotado de patente autonomia.

Estabelecidos alguns apontamentos acerca da pessoa jurídica, agente nuclear da demanda apresentada, também é merecedor de atenção o dano moral. Primeiramente, há de se observar os requisitos acerca da responsabilidade civil, visto que os danos morais estão sob a esfera da responsabilidade civil.

Responsabilidade civil, de acordo com Sergio Cavalieri Filho, há de cuidar da repressão do ilícito. Para isso, a ordem jurídica estabelece deveres (condutas externas), os quais podem ser positivos e/ou negativos, sendo um dever geral o de não prejudicar ninguém, já expresso pelo direito romano através da máxima *neminem laedere* (a ninguém ofender). A violação dos deveres configura o ato ilícito, acarretando, na maioria das vezes, danos a outrem (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 16). A partir disso, outro dever é gerado, o de reparação do dano. Sendo assim, responsabilidade civil é exatamente a ideia do dever de reparação do prejuízo causado, ou seja, é um dever jurídico sucessivo (decorrente de um dever jurídico originário, sendo esse o dever que foi descumprido). Portanto, apenas haverá a responsabilidade civil quando houver a violação de um dever, e esse causar dano (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 16).

Prevê o Código Civil em seu título III “*Dos Atos Ilícitos*”, no artigo 186 a seguinte disposição:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.¹

E, dessa forma, estipula o artigo 927 do Código Civil Brasileiro: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano

¹ BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 11 nov. 2019.

a outrem, fica obrigado a repará-lo”.² Em complementação, Norberto Bobbio (2004, p. 66) menciona que:

Sem direitos do homem reconhecidos e efetivamente protegidos não existe democracia, sem democracia não existe as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos que surgem entre os indivíduos, entre grupos e entre grandes coletividades [...].

Percebe-se que garantir os direitos inerentes à reparação de danos não deixa de ser um exercício de democracia, sendo a indenização um mecanismo elementar do exercício do senso de justiça.

1.2 Da pessoa jurídica de direito privado

Pessoa jurídica também pode ser nomeada como pessoa coletiva (conforme nomeada em Portugal), assim como pessoa moral (termo utilizado pelos franceses). Entende-se por pessoa jurídica o conjunto de pessoas que adquirem, em união, uma única personalidade jurídica por ficção, respeitando também a personalidade de cada integrante, pois as personalidades não se confundem.

A presente matéria é de extrema complexidade, tendo em vista que o entendimento foi se modificando ao longo do tempo e dando ensejo a diferentes correntes doutrinárias. O Código Civil vigente adotou a teoria da realidade técnica para explicar a existência das pessoas jurídicas, sendo a personalidade jurídica considerada um atributo das pessoas jurídicas que constituem a realidade atual (TARTUCE, 2019, p. 135).

A teoria da realidade técnica é defendida pelos juristas François Geny, Raymond Saleilles, Rudolf von Ihering, e pelo cientista político Francesco Ferrara, os quais definem que tal ficção é *mentira técnica consagrada pela necessidade*, isto é, a pessoa jurídica pode ser considerada real dependendo da realidade em que estiver inserida, a fim de atingir objetivos de interesses humanos. Essa teoria é considerada um meio-termo entre a teoria da ficção e a teoria da realidade objetiva (também conhecida como teoria orgânica) (TARTUCE, 2019, p. 135).

² BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 11 nov. 2019.

Veja que a teoria adotada modernamente considera aspectos de ambas as teorias que a compõem, de maneira que reconhece a pessoa jurídica como uma criação artificial do Estado por intermédio da lei, sendo uma ficção com valor intelectual, como afirma o jurista alemão Savigny, defensor da teoria da ficção; e admite que a pessoa jurídica seja um organismo social com capacidade própria visando a um fim social, tendo valor sociológico, como define a teoria da realidade objetiva adotada por Otto von Gierke e Ernst Zitelmann, ambos juristas alemães. A pessoa jurídica é, então, um produto da técnica jurídica, sendo este o único meio que lhe garante existência, com atributos conferidos pelo Estado (OLIVEIRA, 2018, p. 47).

Carlos Alberto Gonçalves conclui que as pessoas jurídicas nada mais são que entidades que possuem uma personalidade cedida pela própria lei, mas por terem personalidade, também são sujeitos de direitos. É essa a maneira que o direito reconhece como a personificação dos grupos sociais que possuem um objetivo em comum. Entretanto, para o surgimento das pessoas jurídicas, alguns requisitos são necessários, como: o acatamento às normas legais; ter objetivos lícitos, bem como a vontade humana criadora, que, por sua vez, se concretiza perante o ato de constituição formalizado pelo contrato social que definirá sua organização interna, o qual deve ser levado a registro no cartório de registro civil de pessoas jurídicas, para então conceder existência legal às pessoas jurídicas de direito privado e atribuir a elas personalidade. Este é, portanto, um ato vinculado, dependendo da vontade humana e da adequação às normas legais, sendo parte do processo de criação da pessoa jurídica tanto o ato constitutivo, quanto o registro nos órgãos públicos competentes (GONÇALVES, 2018, p.78).

No que se refere às pessoas jurídicas de direito privado, o Código Civil também define em seu artigo 44:

Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado: I - as associações; II - as sociedades; III - as fundações. IV - as organizações religiosas; V - os partidos políticos. VI - as empresas individuais de responsabilidade limitada. § 1º São livres a criação, a organização, a estruturação interna e o funcionamento das organizações religiosas, sendo vedado ao poder público negar-lhes reconhecimento ou registro dos

atos constitutivos e necessários ao seu funcionamento.

§ 2º As disposições concernentes às associações aplicam-se subsidiariamente às sociedades que são objeto do Livro II da Parte Especial deste Código.

§ 3º Os partidos políticos serão organizados e funcionarão conforme o disposto em lei específica.³

Ainda, consta no artigo 45 do Código Civil Brasileiro de 2002:

Art. 45. Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo.⁴

De acordo com Paulo Nader (2018, p.219), as pessoas jurídicas possuem muitas semelhanças com as pessoas físicas, portanto, ao possuir personalidade jurídica, poderão ocupar tanto o polo ativo quanto o passivo de demandas judiciais. Assim como as pessoas físicas, as pessoas jurídicas possuem nascimento, registro, capacidade, fim e sucessão, cada qual com suas particularidades e semelhanças.

Além disso, as pessoas jurídicas passaram a se tornar um ente essencial para a organização social, pois sua estrutura é universal, podendo a sua finalidade ser livremente escolhida pelos seus constituintes (desde que não seja ilícita, nociva, ou perigosa perante a ordem social). É justamente por conta das semelhanças que lhes foram atribuídas as proteções referentes aos direitos de personalidade, presentes no artigo 52 do Código Civil: "Art. 52. Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade".⁵ Sendo assim, as pessoas jurídicas merecem proteção à sua personalidade, pois são portadoras de direitos subjetivos (NADER, 2018, p. 219).

³ BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 11 nov. 2019.

⁴ BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 11 nov. 2019.

⁵ BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 11 nov. 2019.

Contrapondo tais paridades, temos também particularidades atribuídas especialmente às pessoas jurídicas, como a distinção entre o seu patrimônio, direitos e deveres de cada um dos sócios. A condição que a pessoa jurídica detém não é transferível para as pessoas que a integram, sendo este um relevante aspecto e responsável por incentivar investidores, pois, assim, correm menos risco de comprometer seu próprio patrimônio. Porém, tal característica pode ser relativizada, de acordo com o artigo 46, inciso V do Código Civil, onde é mencionado que, perante o registro, será definido se os sócios irão responder subsidiariamente, ou não, pelas obrigações contraídas pela pessoa jurídica (NADER, 2018, p. 223).

É válido o destaque referente às funções da pessoa jurídica, ou seja, o limite de sua atuação, podendo ser ela delimitada pela ordem pública ou privada, como previsto no artigo 40 do Código Civil: “As pessoas jurídicas são de direito público, interno ou externo, e de direito privado”.⁶

À vista disso, contrapondo as pessoas jurídicas de direitos público interno e externo, ganham evidência as pessoas jurídicas de direito privado, aquelas que o ato constitutivo se dá por vontade de particulares. Mais especificamente em relação às pessoas jurídicas de direito privado, teremos as associações, as sociedades, as fundações, as organizações religiosas, os partidos políticos, e as empresas individuais de responsabilidade limitada. Cada modelo é organizado de uma forma distinta, visando a seus diferentes interesses (GONÇALVES, 2018, p.82).

Em complementação, de acordo com Paulo Nader (2018, p. 257), constata-se que as diversas categorias de organização social refletem nos modelos de organizações privadas, sendo este também um meio de atender às necessidades atuais, expressando, desta maneira, diferentes formas de atuação do Estado perante o convívio social.

Entre as semelhanças, há de se destacar, também, um ciclo de vida, ou seja, os meios de extinção da pessoa jurídica, a qual é equiparada à morte das pessoas físicas naturais. Desse modo, é importante definir que a extinção das pessoas jurídicas não se dá de forma espontânea, e deve-se sempre levar em consideração os bens e as dívidas existentes, os quais serão submetidos à fase de liquidação (onde será efetuado o pagamento dos débitos e a realização do ativo) (TARTUCE, 2019, p.153).

⁶ BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 11 nov. 2019.

Só após o fim da liquidação é que se poderá cancelar a inscrição da pessoa jurídica. Apesar de os motivos que levam a pessoa jurídica a ser extinta serem dos mais diversos, a personalidade irá permanecer até a sua baixa no órgão competente. A extinção pode se dar de várias formas, sendo que as mais corriqueiras são por convenção, por decisão administrativa, por decisão judicial ou por fato natural (TARTUCE, 2019, p.153).

Assim estabelece o Código Civil:

Art. 51. Nos casos de dissolução da pessoa jurídica ou cassada a autorização para seu funcionamento, ela subsistirá para os fins de liquidação, até que esta se conclua.

§ 1º Far-se-á, no registro onde a pessoa jurídica estiver inscrita, a averbação de sua dissolução.

§ 2º As disposições para a liquidação das sociedades aplicam-se, no que couber, às demais pessoas jurídicas de direito privado.

§ 3º Encerrada a liquidação, promover-se-á o cancelamento da inscrição da pessoa jurídica.⁷

Como já visto, as pessoas jurídicas possuem personalidade; entretanto, é meritório definir de que forma as pessoas jurídicas detêm tal atributo. Conforme Daniela Lutzky (2012, p. 73), os direitos de personalidade necessitam ser reconhecidos, pois são justamente esses que são violados, ensejando, portanto, a reparação dos danos imateriais. Desta forma, os direitos de personalidade à pessoa jurídica são aplicados por analogia aos da pessoa física, e, tendo as pessoas jurídicas uma falsa semelhança com a tutela da personalidade humana, têm, também, uma honra a ser protegida. Falsa porque não possui todos os elementos necessários para a proteção da personalidade, como as pessoas físicas naturais.

Somando aos apontamentos previamente estabelecidos, temos também a definição trazida pelo artigo 52 do Código Civil: “Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos de personalidade”.⁸

⁷ BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 11 nov. 2019.

⁸ BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 11 nov. 2019.

Sendo as pessoas jurídicas detentoras de personalidade, há de se falar da possibilidade da desconsideração da personalidade jurídica. Como trata Pablo Stolze Gagliano (2018, p. 129), a desconsideração da personalidade jurídica, de acordo com o costume, advém em casos de abuso, fraude ou desvio de função, a fim de prejudicar terceiros.

Ou seja, quando configurados os casos referidos, a responsabilidade dos sócios passa a ser pessoal, sendo a personalidade própria da pessoa jurídica abstraída. Tal afastamento da personalidade jurídica, de acordo com a gravidade dos atos ilícitos cometidos, pode ser definitivo (despersonalização) ou apenas temporário (mera desconsideração), à medida que os credores se satisfaçam, podendo ser concedida, novamente, segundo o princípio da continuidade, desde que apresente as condições jurídicas exigidas (GAGLIANO, 2018, p. 129).

A respeito da desconsideração da personalidade jurídica, o vigente Código Civil estipula que:

Art.50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.⁹

Levando em consideração os pertinentes apontamentos anteriormente discorridos, é notória a inserção da pessoa jurídica no mundo processual em uma sociedade mercantil, em que a boa reputação traz consequências. A pessoa jurídica estará sujeita ao âmbito da responsabilidade civil, pois à medida que adquire direitos e deveres, sendo também detentora de personalidade e capacidade, está apta a ocupar tanto o polo passivo, quanto o ativo, em lides processuais, sendo capaz de causar e sofrer danos, bem como o dano moral.

Sendo assim, é inevitável a análise dos incisos V e X do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, pois os incisos não exprimem nenhuma diferenciação no que tange ao dano moral de pessoas físicas ou jurídicas. Observe-se:

⁹ BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 11 nov. 2019.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

[...].¹⁰

Posto isso, as pessoas jurídicas, mesmo não sendo seres vivos, podem reclamar danos extrapatrimoniais, desde que legalmente constituídas, respeitando, portanto, a vigente Lei Civil, a qual sustenta que todo dano ocasionado pela prática de ato ilícito deve ser reparado; no entanto, caberá definir de qual maneira o dano moral que acomete pessoas jurídicas é caracterizado e reconhecido pelos doutrinadores e pela jurisprudência atual.

1.3 Da configuração do dano moral para as pessoas jurídicas

Partindo da premissa de que pessoas jurídicas são detentoras de direito da personalidade, é cabível estabelecer quais são esses direitos, de que forma influenciam na configuração de danos, principalmente os danos imateriais, sendo essenciais algumas observações específicas acerca dos direitos de personalidade inerentes à pessoa jurídica.

Para Carlos Alberto Bittar (2015, p. 37 – 40), direitos da personalidade são direitos absolutos subjetivos essenciais, tendo como objeto os modos de ser físicos e morais, os quais concedem o poder de proteção eficaz aos atributos inerentes à condição de pessoa. O caráter de essencialidade, por sua vez, refere-se à moral do titular do direito mencionado.

Assim, apresenta a matéria o Código Civil: “Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade

¹⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 12 nov. 2019.

são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”.¹¹ Todavia, apesar de os direitos em comento serem um meio garantidor de proteção às particularidades tocantes às pessoas humanas, também são direitos aplicáveis às pessoas jurídicas (direitos de personalidade objetivos), como previsto no artigo 52 do Código Civil, já aludido no presente artigo, sendo exemplo o direito ao nome e à honra. De acordo com os estudos do autor em análise, os direitos da personalidade referente às pessoas jurídicas dizem respeito à integridade moral, e não à existência física e psíquica.

Deste modo, expõe Camila Barros de Oliveira (2018, p. 55) que o grande diferencial é observar a tutela da personalidade em conjunto com o princípio da dignidade humana, bem como o rol de direitos fundamentais exposto no artigo 5º da Constituição Federal de 1988. Sendo assim, observa-se que às pessoas jurídicas se aplica, no que couber, a proteção aos direitos de personalidade adquirida perante o registro, possuindo nome, patrimônio independente, domicílio, bem como direitos personalíssimos. Por sua vez, os direitos da personalidade são extrapatrimoniais, indisponíveis, absolutos, imprescritíveis, impenhoráveis e vitalícios.

É justamente a extensão dos direitos de personalidade às pessoas jurídicas que ocasiona a publicação da Súmula 227 do STJ, a qual traz, claramente, em sua redação que é admissível que pessoas jurídicas sofram dano moral, sendo este o cerne do presente trabalho.¹² Para isso, é fundamental definir, primeiramente, os pressupostos da responsabilidade civil. Sendo a responsabilidade subjetiva, são eles: conduta, nexos causal, e o dano (patrimonial e extrapatrimonial). Já quando a responsabilidade civil é objetiva (teoria do risco), também terá conduta, nexos causal e o dano, porém não haverá o elemento culpa (TARTUCE, 2019, p. 436).

O conjunto de pressupostos da responsabilidade civil são fatores que vão além da violação de um dever jurídico, visto que há, de forma associada, um elemento subjetivo e um elemento causal-material. O elemento subjetivo será a conduta, podendo ser dolosa ou culposa; já o elemento causal-material é

¹¹ BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 11 nov. 2019.

¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n° 227**. “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral”. Disponível em: http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.txt. Acesso em: 9 de maio. 2019.

a relação do dano que, por sua vez, pode ser patrimonial ou extrapatrimonial, e a sua respectiva causa (nexo causal). A conduta humana, sendo culposa ou dolosa, comporta o aspecto psicológico, reconhecido como vontade; e o aspecto físico se refere à forma de exteriorização, identificada como ação ou omissão, capaz de produzir consequências jurídicas (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 35).

O nexo causal é considerado o pressuposto mais difícil de ser determinado, pois estabelece a medida da obrigação de indenizar, sendo que o dano só será indenizável se decorrente de ato ilícito, e só receberá a indenização aquele que estiver abrangido pela relação de causalidade. A questão aqui enfrentada é a observação se a conduta em análise deu causa ao dano, antes mesmo de definir se a conduta foi dolosa ou culposa. Cabe destacar que o nexo causal não se confunde com a culpabilidade, pois enquanto o nexo causal se refere à imputação objetiva, isto é, se a conduta ocasionou dano (relação de causa e efeito), a culpabilidade corresponde à imputação subjetiva (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 65).

Dessa forma, o nexo causal será a combinação do elo naturalístico (causa e efeito) com o elo jurídico, e importa a esse estabelecer, através de um processo técnico de probabilidade, qual a conduta (quando existe mais de uma conduta concorrendo para um único dano) que se revela mais digna a produzir o resultado danoso, haja vista que a teoria acolhida pelo Código Civil brasileiro vigente foi a teoria da causalidade adequada de Von Kries, a qual explana que nem todas as condições que concorrem para o dano serão equivalentes (como na responsabilidade penal), considerando apenas aquela conduta que se mostrar mais adequada a causar o dano (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 65).

O dano é, então, a grande estrela da responsabilidade civil, é o foco que enseja a busca de reparação justa e adequada, é justamente em torno do dano concreto que orbita a responsabilidade civil. É de relevante importância atentar-se que nem sempre a figura de dano irá se confundir com ilicitude, pois nem todo ato danoso será ilícito, assim como nem todo ato ilícito causará danos (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 70, p.102).

Atendo-se mais ao elemento dano, em concordância com Yussef Cahali (2005, p. 20), percebe-se que o prejuízo possui diversas modalidades, as quais são subespécies das modalidades tradicionais, conhecidas como danos patrimoniais (materiais) e extrapatrimoniais (imateriais), sendo o primeiro o próprio prejuízo econômico com possibilidade de avaliação pecuniária (atin-

ge diretamente um bem material), e o segundo caracterizado como lesão a direitos de personalidade, sem permitir uma valoração pecuniária precisa e única. Cabem aqui maiores considerações sobre o dano moral (subespécie de dano extrapatrimonial), pois é o enfoque pretendido.

Puramente distinguir as espécies de danos através do caráter econômico mostrou-se, com o passar do tempo, insatisfatório, tendo em vista que tudo aquilo que possui valor material também pode possuir valor imaterial, como valor ético e sentimental. Dessa forma, o dano moral passou a ser conhecido como aquele que afeta a parte social do patrimônio moral, como a honra e a reputação, assim como o dano que atinge a parte afetiva, caracterizado como dor, saudade, tristeza. Nota-se, portanto, que o dano moral é aquele que atinge a esfera subjetiva, a qual também considera a repercussão da valoração da pessoa jurídica no meio social em que está inserida (CAHALI, p. 20, p. 21-22).

Seguindo os estudos de Sérgio Cavalieri Filho (2015, p.116), considera-se dano moral o dissabor que não é causado por uma perda pecuniária, e por isso não é possível uma valoração econômica. Para muitos, é a *dor da alma*. Entretanto, à luz da Constituição de 1988, tal entendimento foi ampliado, pois, estando consagrada na Carta Magna a dignidade da pessoa humana, temos o direito subjetivo constitucional à dignidade. Então, em sentido estrito, dano moral é a violação do direito à dignidade, esta, por sua vez, engloba direitos como à honra, ao nome, à intimidade, à privacidade, e à liberdade.

Sendo assim, na atual perspectiva, o dano moral não está mais atrelado a uma reação psíquica da vítima, pois pode haver ofensa à dignidade sem dor, assim como haver dor sem ofensa à dignidade. Desse modo, começa a ser considerada a possibilidade de dano moral, tendo vítimas sem características anímicas, como as pessoas jurídicas. Vítimas não anímicas são possuidoras dos chamados *novos direitos da dignidade*, como o direito à imagem, o bom nome, a reputação, hábitos, direitos autorais, entre outros. Assim, o dano moral não se restringe mais tão-somente à dor e ao sofrimento, à dor física ou psíquica, estendendo seu amparo a todos os bens personalíssimos, caracterizando danos imateriais. Logo, a publicação da Súmula 227 do STJ ilustrou perfeitamente o desapego ao conceito formal de dano moral (CAVALIERI FILHO, 2015, p.116).

Dando continuidade à possibilidade de as pessoas jurídicas figurarem como autoras de demandas de ação de danos morais,

Yussef Cahali (2005 p. 384- 385) aborda os crimes contra honra, considerando quando o ato ilícito atinge a reputação da pessoa jurídica, sendo mais comum os danos que afetam o crédito e a imagem comercial da empresa. Respeita-se, assim, a maneira ampla que a Constituição Federal trata sobre a reparação de danos morais em seu artigo 5º. Continua o aduzido autor que a indenização não se fará necessária porque a empresa irá sentir dor ou sofrer, mas porque seu nome é atingido de modo a mudar a opinião de terceiros perante ela, sendo que a dor e o sofrimento serão admitidos para as pessoas que constituírem a pessoa jurídica afetada. De forma expressa, aludiu o escritor que a pessoa jurídica pode buscar sua indenização a fim de proteger e garantir a defesa da sua dignidade, liberdade, privacidade, e identidade diante da sociedade, de forma geral, características que formam o conceito da pessoa jurídica no mercado em que atuam.

Para ilustrar a caracterização dos danos morais para pessoa jurídica, confere-se a seguinte ementa do Tribunal de Justiça do Rio Grande do sul:

APELAÇÃO CÍVEL. DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE TÍTULO CUMULADA COM CANCELAMENTO DE PROTESTO E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PESSOA JURÍDICA. POSSIBILIDADE. ABALO À HONRA OBJETIVA COMPROVADO. INADIMISSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DO PERFIL *IN RE IPSA* PARA REFLEXOS OBSERVADOS EM PESSOA JURÍDICA. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA MANTIDA. A responsabilidade civil consubstanciada no dever de indenizar é oriunda do ato ilícito resultante da violação da ordem jurídica, com ofensa ao direito alheio, exigindo-se, necessariamente, a presença de três pressupostos legais: a ação do agente, o resultado lesivo e o nexos causal entre o ato danoso e o resultado. Tratando-se de pessoa jurídica, é entendimento sumulado do Superior Tribunal de Justiça que “a pessoa jurídica pode sofrer dano moral” (Súmula 227), conclusão inafastável ante a previsão no plano infraconstitucional, artigo 52 do Código Civil, que a elas aplicam-se, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade. Neste âmbito, restou assentado na doutrina e jurisprudência majoritárias que aquelas são passíveis de sofrer abalo moral indenizável, quando este afetar sua honra objetiva, nela compreendidos a reputação, fama e bom nome perante a sociedade

e o meio profissional em que inserida, elementos que integram o patrimônio moral da pessoa jurídica, este que detém reflexos diretos sobre o patrimônio economicamente aferível. Devidamente comprovados o ato ilícito cometido pela apelante, bem assim os danos à honra objetiva da apelada, é de ser mantido o édito condenatório. APELAÇÃO DESPROVIDA.¹³

Cabe destaque o artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal de 1988, o qual traz em sua redação que: “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.¹⁴ Nas pessoas jurídicas, a imagem está relacionada com o aspecto lucrativo, ou seja, um ataque à sua imagem também é um ataque à sua atuação no mercado.

Quando a pessoa jurídica não tem fins lucrativos, os danos são chamados de danos institucionais, os quais atingem tão-somente a sua credibilidade e reputação. Honra é valor moral, que influencia na reputação e na credibilidade das pessoas jurídicas; por sua vez, pessoas jurídicas são detentoras de honra objetiva, e não subjetiva, como as pessoas físicas. Apesar de a pessoa jurídica não ter vida física, possui existência jurídica, e, mesmo não tendo vontade própria, atua no mundo socioeconômico através da vontade de seus dirigentes, tendo, então, direitos e obrigações (FARIAS, 2019, p. 412- 414).

Portanto, a pessoa jurídica é titular de alguns direitos especiais da personalidade, os quais serão ajustáveis às suas características, diferentes daqueles direitos que são inerentes à existência humana. O bom nome, a imagem, a reputação, e o sigilo de correspondência são alguns dos direitos que podem ser aqui elencados como pertencentes à pessoa jurídica. Posto isso, não se exclui a possibilidade de compensação de danos morais para as pessoas jurídicas, considerando que a caracterização não se faz pelo sofrimento, mas, sim, pelo prejuízo causado aos bens intangíveis (FARIAS, 2019, p. 412- 414).

¹³ RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. (Décima Sexta Câmara Cível). **AC70059308254**. 10ª Câmara Cível. Rel. Deborah Coletto Assumpção de Moraes, Julgado em: 26-04-2018). Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/574298309/apelacao-civel-ac-70077290708-rs?ref=serp>. Acesso em: 18 out. 2019.

¹⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 12 nov. 2019.

A honra, como já mencionado, possui aspectos subjetivos e objetivos: a subjetiva é exclusiva da pessoa humana; entretanto, a honra objetiva é comum tanto às pessoas físicas quanto às jurídicas, pois trata da reputação, do bom nome e da imagem perante a sociedade. Sendo assim, é inegável que toda empresa deve zelar pelo seu bom nome, também podendo ser chamada de honra profissional. Vale ressaltar, ainda, que honra subjetiva é o que se pensa sobre si mesmo, e a honra objetiva é aquilo que os outros pensam (MIRAGEM, 2015, p. 207).

O dano moral que afeta as pessoas jurídicas se caracterizaria quando a honra objetiva é atingida de forma prejudicial. A honra objetiva é compreendida como credibilidade social, ou seja, a projeção das qualidades e aptidões que o ente possui perante a sociedade. Desse modo, a atribuição apenas de dor e sofrimento à noção de dano moral é um entendimento superado (MIRAGEM, 2015, p. 207). Complementando a noção de credibilidade, ainda menciona Yussef Cahali que, modernamente, entende-se dano moral também como “abalo ao crédito”, o qual, por sua vez, é exatamente a ofensa que mais atinge as pessoas jurídicas de direito privado, buscando, dessa forma, uma tutela maior à imagem comercial desse sujeito de direito (CAHALI, 2005, p. 437).

No entanto, o dano moral às pessoas jurídicas pode ser cumulado com danos materiais, pois a ofensa à honra objetiva também pode ter repercussão patrimonial. Considera-se que, apesar de a imagem da pessoa jurídica não se confundir com a imagem das pessoas de seus sócios, também possui aspectos lucrativos, tendo em conta que é uma ferramenta para atingir seus objetivos econômicos.

Dessa maneira, caberá análise ao prejuízo ocorrido a fim de comprovar o seu potencial, nas hipóteses em que a lesão não pode ser compreendida puramente por sua própria causa, afastando a teoria do dano *in re ipsa*, sendo necessária a verificação dos prejuízos. Pode-se considerar que o dano moral sofrido pela pessoa é um desconforto extraordinário, o qual afeta a sua tradição no mercado, porém é impossível de se estabelecer um padrão, sendo cada caso analisado mediante suas circunstâncias (OLIVEIRA, 2018, p. 63).

Em concordância com a autora supracitada, observa-se o enunciado do STJ, a fim ilustrar casos em que é cabível o dano *in re ipsa* para pessoas jurídicas, e justificar de forma contextualizada o porquê de não se poder ter padrões de indenização, tendo em vista a vasta quantidade de possíveis casos

concretos decorrentes do dano moral sofrido pelas pessoas jurídicas. A seguir, a referida decisão:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO (ART. 544 DO CPC/73) - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS DECORRENTE DE INCLUSÃO INDEVIDA EM CADASTRO DE INADIMPLENTES - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE DEU PROVIMENTO AO AGRAVO REGIMENTAL A FIM DE RECONSIDERAR A DECISÃO MONOCRÁTICA ANTERIORMENTE PROFERIDA PARA, DE PLANO, NEGAR PROVIMENTO AO RECLAMO POR FUNDAMENTAÇÃO DIVERSA. INSURGÊNCIA RECURSAL DA RÉ. 1. Para acolhimento do apelo extremo, seria imprescindível derruir a afirmação contida no *decisum* atacado no sentido de que houve a inscrição indevida, o que demandaria o revolvimento das provas juntadas aos autos e forçosamente ensejaria em rediscussão de matéria fática, incidindo, na espécie, o óbice da Súmula 7 deste Superior Tribunal de Justiça. Precedentes. 1.1 O STJ já firmou entendimento que “nos casos de protesto indevido de título ou inscrição irregular em cadastros de inadimplentes, o dano moral se configura *in re ipsa*, isto é, prescinde de prova, **ainda que a prejudicada seja pessoa jurídica**” (REsp 1059663/MS, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, DJe 17/12/2008). Precedentes. 2. A indenização por danos morais, fixada em *quantum* em conformidade com o princípio da razoabilidade, não enseja a possibilidade de interposição do recurso especial, ante o óbice da Súmula n. 7/STJ. 2.1 Este Tribunal Superior tem prelecionado ser razoável a condenação no equivalente a até 50 (cinquenta) salários mínimos por indenização decorrente de inscrição indevida em órgãos de proteção ao crédito. Precedentes. 3. Agravo interno desprovido. (Grifou-se).¹⁵

¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno no Agravo Regimental no Recurso Especial 572925** SP. 4ª Turma. Rel. Min. Marco Buzzi. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/484056209/agravo-interno-no-agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agint-no-agrg-no-aresp-572925-sp-2014-0199412-5?ref=juris-tabs>. Acesso em: 10 out. 2019.

Para exemplificar casos em que a prova se faz necessária para o deferimento da ação, trago também ementa do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. AÇÃO INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL E MATERIAIS. CONFIGURADA FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO NA REALIZAÇÃO DE TRANSAÇÕES BANCÁRIAS SEM PROVA DA ANUÊNCIA DA TITULAR DA CONTA. NECESSÁRIO ATENDIMENTO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. **DANO MORAL NÃO CONFIGURADO, EIS QUE AUSENTE COMPROVAÇÃO DE QUE A FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO TENHA PROVOCADO DANOS A HONRA OBJETIVA DA PESSOA JURÍDICA.** UNÂNIME. APELO PROVIDO EM PARTE, PREJUDICADO O RECURSO ADESIVO. ¹⁶

Temos, então, que a hipótese de a pessoa jurídica pleitear danos morais é, na verdade, um mecanismo que visa à sua proteção, tendo a sanção um caráter punitivo compensatório, no qual os julgadores devem buscar o justo equilíbrio. O não reconhecimento desse pleito acarretaria a irresponsabilidade, bem como a impunidade.

Isto posto, toda vez que a credibilidade, bem como a imagem da pessoa jurídica forem atingidas por meio de um ato ilícito, caberá ação de danos morais, não sendo descabida a cumulação de ação de danos materiais, como previsto na Súmula 37 do STJ,¹⁷ visto que as duas espécies de danos podem ser cumuláveis, e que, muitas vezes, o dano moral tem reflexo patrimonial, ou seja, danos que afetam a imagem da pessoa jurídica podem, conseqüentemente, afetar seus negócios, assim como seus sócios, interferindo no patrimônio da empresa e na vida emocional dos sócios.

¹⁶ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **AC 70083004127**. 10ª Câmara Cível. Rel. Katia Elenise Oliveira da Silva, Julgado em: 06-11-2019. Disponível em: http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=70083004127&codEmenta=7706337&temIntTeor=true. Acessado em: 10 nov. 2019.

¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 37**. São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?ordem=@SUB>. Acesso em: 19 out. 2019.

1.4 Do dano moral repercutido na pessoa dos sócios

Cristiano de Farias, Felipe Braga Netto e Nelson Rosenvald (2019, p. 416) apresentam a hipótese de o ato ilícito extrapolar o âmbito da imagem da empresa ofendida, atingindo de forma reflexa as pessoas dos sócios da empresa abalada. Explicam os referidos autores que, nesse caso, a pessoa jurídica irá buscar dano imaterial fundamentando que o dano que atingiu seus sócios acarretou, de maneira consequente, o desempenho da empresa, ou então as próprias pessoas naturais também podem buscar seus devidos ressarcimentos com base na teoria do dano por ricochete. O exemplo consiste no dano moral sofrido pelas pessoas naturais integrantes da pessoa jurídica, como sócios, diretores e cotistas.

Reconhece-se que diversos fatores são importantes para caracterizar a situação explanada, como a visibilidade e tradição da empresa, e até o meio social em que ela está inserida. É plausível, então, que o sócio busque, também, sua reparação, à luz da demonstração de que o mesmo dano que atingiu a empresa foi capaz de atingir, de maneira particular, a sua honra, caracterizando-se como lesado indireto. Os autores trouxeram, para fins didáticos, situações em cidades menores do interior, onde, facilmente, a população correlaciona a imagem do dono de um estabelecimento com o próprio estabelecimento, gerando danos a ambos quando, por exemplo, falsas notícias são levadas à mídia (FARIAS; BRAGA; ROSENVALD, 2019, p. 416).

A hipótese construída anteriormente é facilmente ilustrada pelo popular caso da *Escola Base*. Referido caso aconteceu no estado de São Paulo, quando o delegado de polícia, sem elementos concretos, acusou os donos de um estabelecimento de ensino. Os donos da escola sofreram diversos constrangimentos, restando a imagem dos proprietários abalada. Colaciona-se a seguir o trecho de uma das inúmeras notícias referentes ao caso em comento, a fim de estampar uma situação em que o dano reflexo é nítido e inevitável:

[...] Sem maiores provas, porém, com a cobertura da imprensa junto à conduta precipitada da polícia, o conhecido Caso Escola Base recebeu grande repercussão. Embora nenhuma prova de abuso sexual tenha sido encontrada – apenas a denúncia – a credibilidade da Escola de Educação Infantil Base começou a ruir. [...] Somente em junho do mesmo ano, o delegado Gérson de Carvalho ino-

centou os acusados envolvidos e o inquérito policial foi arquivado. Porém, a imprensa já havia culpabilizado todos eles, embora tenha iniciado a sua série de retratações – nunca na mesma potência – focando nas verdadeiras vítimas. Nesse momento, os danos já haviam sido feitos e os acusados tiveram suas reputações destruídas.¹⁸

Considerando lesão à honra objetiva da pessoa jurídica, é possível que a falsa atribuição de condutas que coloca em dúvida o conceito socialmente estabelecido da empresa possa atingir, também, as pessoas que com ela tenham vínculo, como administradores, sócios, investidores e empregados (MIRAGEM, 2015, p. 210).

Explica Bruno Miragem que o dano por ricochete é uma categoria de danos indiretos, ou seja, contradiz o dano direto. Dano indireto configura o resultado de forma imediata, enquanto o resultado do dano indireto depende de outra condição. Assim sendo, dano por ricochete, ou dano reflexo, é dano que depende da vinculação a uma vítima primária (vítima que sofreu de forma imediata o dano). Ressalta o autor que o dano por ricochete é cabível para danos materiais e danos imateriais. A demonstração do dano reflexo dependerá da comprovação da lesão, da legitimidade do interesse do lesado, e da relação de causalidade. Tal modalidade consiste na possibilidade de a vítima atingida de forma indireta exercer sua pretensão de maneira individual, e não de forma representativa da vítima direta (MIRAGEM, 2015, p. 211).

Pablo Gagliano (2018. p. 927) trata o dano por ricochete como sendo uma *espécie peculiar de dano*, que herdamos dos estudos advindos do direito francês, demandando mais atenção por conta de suas particularidades. De modo conceitual, o dano por ricochete atinge de forma reflexa pessoa próxima, sendo que a condição de proximidade se faz necessária para manter o nexo de causalidade, como já visto, outro elemento essencial. Desta maneira, desde que o dano reflexo seja certo e comprovado, nada impedirá a sua devida reparação.

Reforçando o entendimento, constata-se que a imediatidade é extremamente interligada com o elemento nexo causal, pois os prejuízos somente serão indenizáveis se mantida a relação de

¹⁸ SILVA, Gabriela de Barros. **Como a Escola Base Enterrou Socialmente os Envolvidos**. 2018. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/caso-escola-base/>. Acesso em: 10 out. 2019.

causalidade com o fato gerador. Estabelecendo-se a indenização da consequência direta (imediate), observa-se sua extensão perante aquelas que também estão sob a esfera da causalidade.

Como já mencionado, a extensão se dará de forma indireta (mediata), no limite do nexos causal, garantindo a reparação dos então chamados prejuízos reflexos ou por ricochete. O prejuízo aqui sofrido pelas pessoas que integram a pessoa jurídica é justamente em decorrência do dano que abalou a pessoa jurídica, pois constata-se que muitos eventos danosos não apenas atingem a vítima direta, mas refletem aos que possuem vínculo com quem foi prejudicado. Dano sofrido inicialmente por um, que repercute em outro; é, a rigor, o que significa o termo *ricochete* (FARIAS, 2019, p. 442).

Inicialmente, porém, a maior incidência dos danos por ricochete era relacionada a danos que resultavam em morte, como previsto no artigo 948, inciso II do Código Civil: “No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações: [...] II - na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima”. Entretanto, sabe-se que o dano reflexo não está atrelado à causa morte, pois o dano pode atingir outros bens jurídicos, como a honra, integridade, intimidade, etc. Fundamental é a configuração do dano por ricochete, no que concerne à causalidade (FARIAS, 2019, p. 442).

Diante do exposto, compreende-se que foi sendo ampliada a concepção de dano por ricochete, consolidando o entendimento através do Enunciado nº 560 do Conselho de Justiça Federal: “No plano patrimonial, a manifestação do dano reflexo ou por ricochete não se restringe às hipóteses previstas no art. 948 do Código Civil”.¹⁹

Comprovando a extensão da aplicação dos danos por ricochete, colaciona-se a seguir ementa do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul referente à admissibilidade dos danos por ricochete na pessoa dos sócios da pessoa jurídica:

APELAÇÃO CÍVEL. ARRENDAMENTO MERCANTIL. DIREITO CIVIL/OBRIGAÇÕES. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. ADIMPLEMENTO DA PARCELA PELA CONTRATANTE. **INSCRIÇÃO INDEVIDA DA PESSOA FÍSICA E PESSOA JURÍDICA NO BANCO**

¹⁹ BRASIL, Conselho de Justiça Federal. **Enunciado n. 560**. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/631>. Acessado em: 20 nov. 2019.

NEGATIVO DE DADOS. DANO MORAL CONFIGURADO TOCANTE ÀS PESSOAS FÍSICA E JURÍDICA. **DANO MORAL POR RICOCHETE E/OU DANO REFLEXO INDIRETO QUANTO À NEGATIVAÇÃO DO NOME DA PESSOA JURÍDICA EM QUE A PARTE AUTORA AFIGURA COMO SÓCIA.** OFENSA À HONRA OBJETIVA DA EMPRESA. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. RELAÇÃO DE CONSUMO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. EXEGESE DOS ART. 186 E 927 DO CCB/2002 C/C ART. 14, II DO CDC. CRITÉRIOS DE AFERIÇÃO SUBJETIVA E JUÍZO DE EQUIDADE, LEVANDO-SE EM CONTA AS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO, A GRAVIDADE DO DANO, O PORTE ECONÔMICO DO LESANTE, A CONDIÇÃO DO OFENDIDO, PREPONDERANDO A IDEIA DE SANCIONAMENTO AO LESADO. ACOLHIMENTO DO PEDIDO DE MAJORAÇÃO DO *QUANTUM* INDENIZATÓRIO, DE ACORDO COM OS PARÂMETROS DA CÂMARA. ACOLHIMENTO DO PEDIDO DE DANO MORAL EM RELAÇÃO À PESSOA JURÍDICA. NO CASO CONCRETO, RESTA MANTIDO O MESMO VALOR DA REPARAÇÃO DOS DANOS MORAIS À PESSOA JURÍDICA. CORREÇÃO MONETÁRIA A CONTAR DO ARBITRAMENTO DA SENTENÇA (SÚMULA 362 DO STJ) E JUROS DE MORA A INCIDIR DO FATO DANOSO. SÚMULA 54 DO STJ. ASTREINTES. EXECUTIVIDADE. CABIMENTO. INSTAURAÇÃO DO PROCESSAMENTO DA MULTA EM AUTOS APARTADOS PARA EVITAR O TUMULTO PROCESSUAL. INTELIGÊNCIA DOS ART. 461, 475-B E 475-J DO CPC. SENTENÇA MODIFICADA. RECURSO DO BANCO PSA FINANCE DESPROVIDO. APELO DOS AUTORES PROVIDO.²⁰ (Grifou-se).

Mostra-se, de forma evidente, a extensão da indenização para a pessoa que se caracteriza como sócia da empresa nesse caso concreto e, diante da configuração do dano, caberá a indenização. A reparação é outra temática que ainda concede divergência doutrinária acerca da sua natureza, pois, por óbvio, se distingue da indenização por danos materiais. A forma como a reparação será concedida será o foco a seguir.

²⁰ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 10ª Câmara Cível. **AC70059308254**. Rel: Angela Terezinha de Oliveira Brito, Julgado em: 31-07-2014. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/130924773/apelacao-civel-ac-70059308254-rs?ref=serp>. Acesso em: 18 out. 2019.

1.5 Das formas de reparação

Yussef Cahali (2005, p. 20; 45; 794) explana que já foi superado, em nome dos interesses sociais, o entendimento que compreendia ser impossível compensar o dano moral através de indenização pecuniária, afastando, assim, a premissa de que dor não tem preço, dano moral tornou-se indenizável. A tese da reparabilidade do dano moral sustenta-se no interesse moral, pois, se esse justifica a demanda, o mesmo interesse deve ser indenizado, ainda que os bens morais sejam inestimáveis.

Afirma José de Aguiar Dias (2006, p. 993 e 1036) que não é mais admitido pelo Código vigente que se deixe de reparar o dano tão só pela falta de quantificação do dano. Provados a existência do dano e o nexo de causalidade, a vítima não pode deixar de ser indenizada. Para tanto, todos os recursos possíveis devem ser empregados pelo juiz a fim de examinar os indícios e as presunções, para outorgar a reparação ao prejudicado. O autor menciona que, dada a diversidade dos prejuízos possíveis, as formas de reparação também são variáveis.

Quando verificados os pressupostos da responsabilidade civil, tratados anteriormente, imputa-se ao responsável pelo dano o dever de reparar. Cabe destacar que a reparação pode ser específica, quando há reparação *in natura* do bem ou direito violado, ou pecuniária (intitulada como indenização), no caso de não ser possível substituir ou reconstituir o que foi atingido pelo fato danoso, tornando a reparação específica impossível.

As formas de reparação não são excludentes, podendo ser aplicadas individualmente, ou de modo que uma complemente a outra. Por conseguinte, a prestação em pecúnia será o equivalente dos prejuízos e lucros cessantes da vítima, ou, quando não for possível a prestação em dinheiro, servirá como compensação dos danos sofridos, os quais sejam irreparáveis. Ocorre também que, nos casos de dano contra a honra, é comum a reparação apresentar-se como retratação, à medida que satisfaça o interesse da vítima (MIRAGEM, 2015, p. 332-333). Nesse sentido, o artigo 947 do Código Civil estabelece que: “Se o devedor não puder cumprir a prestação na espécie ajustada, substituir-se-á pelo seu valor, em moeda corrente”.²¹

Atribuir um valor à causa de danos morais se tornou uma tarefa complexa, pois, além de ser um dos requisitos da petição

²¹ BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 11 nov. 2019.

inicial, previsto no artigo 319 do Código de Processo Civil de: “A petição inicial indicará: [...] V - o valor da causa; [...]”, deve respeitar o que define o artigo 292, V, também do Código de Processo Civil: “O valor da causa constará da petição inicial ou da reconvenção e será: [...] V - na ação indenizatória, inclusive a fundada em dano moral, o valor pretendido; [...]”.²²

Sendo assim, de acordo com o novo CPC, em virtude da boa-fé objetiva e do dever de cooperação processual, o autor da ação deve fixar na petição inicial o valor a ser pleiteado a título de compensação imaterial, sendo posterior o último desfecho em relação à fixação do valor indenizatório, qual se dará conforme o que o juiz arbitrar de maneira distinta a quantia a ser paga” (TARTUCE, p. 319 e 320).

Está previsto no Código Civil no artigo 944 que: “A indenização se mede pela extensão do dano”.²³ Em continuidade, Bruno Miragem (2015, p. 334 e 335) doutrina que, em relação aos danos extrapatrimoniais, o direito reconhece a função compensatória, haja vista a impossibilidade, em regra, de recomposição do estado anterior ao dano ocorrido.

Sem a existência de critérios bem definidos, os magistrados amparam-se nos princípios, como o da razoabilidade e isonomia, bem como em molduras definidas pela jurisprudência e pela doutrina, as quais não pretendem tabelar os valores, mas, sim, definir critérios importantes a serem considerados, como a extensão do dano, o grau de culpa do agente e a contribuição causal da vítima, as condições socioeconômicas, culturais e psicológicas dos envolvidos, o caráter da indenização e a vedação do enriquecimento sem causa da vítima. O método bifásico é a maneira atualmente adotada para a estipulação da indenização, em que na primeira fase é estabelecido um valor básico, o qual será fixado de forma definitiva na segunda fase, conforme a análise mais específica das particularidades do caso concreto (TARTUCE, 2018, p. 321 e 326).

Em acréscimo, vale ressaltar as ponderações feitas por Liane Tabarelli em relação ao poder discricionário. As pré-compreensões de mundo dos magistrados ganham forças ao encontrar liberdade, recebendo destaque os valores morais e princípios éticos daquele que é responsável por julgar. Frente à complexidade

²² BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 11 nov. 2019.

²³ BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 11 nov. 2019.

das atuais relações sociais e aos problemas delas advindas, como o da casuística aqui explanada, aumentou a demanda de *hard cases* (casos difíceis), os quais exigem maior discricionariedade (TABARELLI; BÜHRING; JOBIM, 2013, p. 126-127, 129, 133).

Assim, é acentuada a construção de interpretações nos casos em que as regras são inexistentes ou insuficientes, ensejando decisões onde arbitrar é necessário. Cabe, entretanto, definir limites a essa pequena parcela de liberdade, tendo em vista que arbitrar não é sinônimo de decisão sem demarcação. O limite diz respeito à eficácia que a decisão traz para a sociedade, bem como, no caso concreto, ao previsto no artigo 944 do Código Civil. Para tanto, princípios como o da dignidade da pessoa humana, isonomia e cidadania ganham apreço (TABARELLI; BÜHRING; JOBIM, 2013, p. 126-127, 129, 133).

Posto que dano moral é quantificável, Carlos Roberto Gonçalves (2017, p. 121) trata sobre as controvérsias acerca da natureza jurídica da reparação do dano moral. Tem a indenização tríplice função, sendo elas compensatória, dissuasória e punitiva. Explana o autor que a função punitiva é indireta, para desestimular o autor do dano a reiterar sua conduta danosa, sendo, sem sombra de dúvidas, a compensação a principal finalidade. Não é permitido, porém, que, além do valor arbitrado, seja acrescentada outra quantia com a finalidade punitiva, a fim de evitar que penas de valores muito altos sejam estipuladas, ocasionando o enriquecimento ilícito.

A função sancionatória não se encontra amparada no sistema jurídico brasileiro, tendo como fundamento o artigo 1º do Código Penal: Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação.²⁴ Ademais, poderia também ensejar risco de a indenização extrapolar os limites estabelecidos pelo artigo 944 do Código Civil, ou seja, os limites do dano. Assim, conclui-se que não se faz necessário aplicar uma pena exclusivamente com caráter punitivo, visto que a sanção que compensa, aplicada de forma razoável e justa, já pune e educa de forma indireta (GONÇALVES, 2017, p. 121).⁸³

Aborda Caroline Vaz (2009, p. 38; 76), no que concerne à função punitiva, que se discute se a sanção tem caráter punitivo, repressivo ou preventivo; contudo, o atual cerne da responsabilidade civil encontra-se em reparar o dano, censurando o res-

²⁴ BRASIL. **Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Institui o Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 12 nov. 2019.

ponsável que o cometeu. Contrapondo o Direito Penal, na esfera civilista, a sanção reparatória preocupa-se com a vítima, e não com o agente do dano. A pena na responsabilidade civil é aludida como *punitive damages* (entende-se por indenização exemplar), bastante difundida no direito norte-americano, configurando-se a reparação como uma indenização múltipla. Em suma, a indenização visa a uma mudança comportamental. A punição e a prevenção vêm cada vez mais sendo buscadas além da compensação e da reparação, haja vista a vasta reiteração do ato ilícito, visando dissuadir condutas futuras.

Bruno Miragem (2015, p. 390), sobre a temática tratada por Caroline Vaz, aduz que, no direito brasileiro, caberá somente um valor de indenização que será definida em torno das circunstâncias do caso concreto. Assim dizendo, a aplicação da *punitive damages* não deve ser confundida com o reconhecimento das funções punitiva e preventiva.

Complementa Carlos Roberto Gonçalves que não é justificável arbitrar mais de uma quantia para indenização com funções distintas, nem elevar o mesmo valor visando apenas à punição do réu, como ocorre na aplicação das *punitive damages*. Não cabe a prática por analogia do sistema jurídico brasileiro com o norte-americano, pois muitas diferenças econômicas e históricas se sobressaem entre os respectivos sistemas. Afasta-se essa natureza, também, com a finalidade de preservar os limites do dano e evitar o enriquecimento sem causa, como previsto no artigo 884 do Código Civil: “Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários”.²⁵ Salienta-se que somente seria justificável a aplicação das *punitive damages* ao sistema jurídico brasileiro se, com parâmetros de mínimo e máximo, os valores, a título de punição, fossem revertidos ao Estado por meio de fundos, assim como nas demandas ambientais, como previsto no artigo 3º da lei que disciplina a Ação Civil Pública.²⁶ Porém, atualmente, não há legislação que estabeleça a destinação para as in-

²⁵ BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002** Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 11 nov. 2019.

²⁶ BRASIL. **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985**. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1985. Art 3º A ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm. Acesso em: 9 nov. 2019.

denizações advindas de ações de danos morais, cabendo unicamente à autora da ação melhor decidir o destino que dará a verba recebida (GONÇALVES, 2014, p. 635).

Se traz para fins exemplificativos ementa em que se presencia o poder discricionário dos magistrados na temática de dano moral:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. OFENSAS E AMEAÇAS PROFERIDAS PELO LOCADOR CONTRA O LOCATÁRIO COM O OBJETIVO DE DESOCUPAÇÃO DO IMÓVEL. CONDUTA ILÍCITA COMPROVADA. DANOS MORAIS PESSOA JURÍDICA CONFIGURADOS. QUANTUM INDENIZATÓRIO MANTIDO. Trata-se de ação de indenização por danos morais decorrentes de ofensas e ameaças perpetradas pelo locador (réu) contra a empresa locatária (autora) com o objetivo de desocupação do imóvel, julgada procedente na origem. O artigo 927 do Código Civil prevê que aquele que, por ato ilícito causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Por sua vez, o artigo 186 do precitado diploma legal menciona que aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. [...] O dano moral vivenciado pela empresa autora restou evidenciado nos autos, mormente pelo depoimento de duas testemunhas que afirmaram terem deixado de comprar e frequentar o estabelecimento autor em razão das constantes confusões causadas pelo demandado em frente ao local. [...] Por fim, **valorando-se as peculiaridades da hipótese concreta e os parâmetros adotados normalmente pela jurisprudência para a fixação de indenização, em hipóteses símiles, o valor de R\$ 5.000,00 (...) arbitrado na sentença está adequado, pois de acordo com os critérios da razoabilidade e proporcionalidade.** DUPLA APELAÇÃO. APELAÇÕES DESPROVIDAS. (Grifou-se)²⁷

²⁷ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 6ª Câmara Cível. **AC70082350950**. Rel. Niwton Carpes da Silva, Julgado em: 26-09-2019. Disponível em: http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&numprocesso=70082350950&codEmenta=7706337&temIntTeor=true Acesso em: 04 nov. 2019.

Pablo Malheiros da Cunha Frota (2008, p. 176; 207) explica que, não sendo possível restituir o *status quo* que a vítima se encontrava antes de sofrer o dano, cabe estipular em dinheiro o valor compensatório à vítima dos danos sofridos. A natureza compensatória advém do fundamento do prejuízo à imagem, a qual se refere à dimensão da pessoa jurídica no meio social em que ela se encontra, sendo indenizáveis os prejuízos que violam a honra objetiva das pessoas jurídicas.

Como já exposto, é assumido o caráter compensatório da reparação, visando a uma satisfação e não uma indenização, pois indenização está intimamente relacionada com ressarcimento e a eliminação do prejuízo, o que é difícil no campo de danos extrapatrimoniais. A reparação é concretizada através de uma soma pecuniária arbitrada judicialmente, visando que o lesado obtenha uma satisfação compensatória pelo dano sofrido, com objetivo de atenuar as consequências (FROTA, 2008, p. 176; 207).

A função da reparação é apenas devolver o equilíbrio que foi rompido em defesa dos valores tidos como essenciais. Conhece-se, também, como formas possíveis de reparação dos prejuízos causados à prestação de serviços a abstenção de certas condutas, a retificação de notícias falsas, e a contrapropaganda, servindo todas igualmente como meios de desestímulo de condutas lesivas perante a sociedade. As alternativas de reparação mencionadas anteriormente são utilizadas quando o lesante não possui bens, ou, então, de forma cumulada com o pagamento em pecúnia. A reparação deve ser buscada da maneira mais completa possível, visto que, em danos imateriais, em regra, não é possível reparar de modo integral, mas buscar o máximo de satisfação e compensação. O dinheiro não terá função de desfazer o dano, mas satisfazer de forma substitutiva e não absoluta (LUTZKY, 2012, p. 156-160).

Maria Celina Bodin de Moraes (2017, p. 223) revela que o caráter punitivo visa prevenir ofensas futuras, servindo o lesante como exemplo, mas não se afasta o caráter compensatório, constituindo uma indenização com duplo aspecto, contribuindo como uma ferramenta de justiça corretiva. O caráter punitivo também converge com a teoria do desestímulo, com a finalidade de conscientização. Entende-se que os danos extrapatrimoniais merecem tratamento superior, pois tratam de direitos da personalidade, ou seja, nesses casos, a responsabilidade civil deve assumir uma postura mais rígida, prevenindo outras ofensas.

Américo Luís Martins da Silva (2005, p. 412) doutrina que, em decorrência dos danos causados à imagem da pessoa jurídica-

ca, surge a obrigação de reparar tanto os danos materiais, quanto os danos morais, no valor estabelecido mediante arbitramento, levando-se em consideração a realidade econômica do ofensor. No arbitramento, deve-se levar em conta a capacidade econômica da empresa afetada, sendo o nome e/ou a marca fortes símbolos de credibilidade.

Assim, o valor deve ser composto da seguinte maneira: se o dano afetar a marca, será o valor da marca cumulado com o valor das propagandas relacionadas à marca. Já quando atingido o nome empresarial, a quantia consistirá no patrimônio líquido da empresa no momento do dano. Ambos os casos, quando o dano afeta a imagem, e/ou o nome, serão também cumulados com outros fatos inerentes às circunstâncias de cada caso concreto (SILVA, 2005, p. 412).

Concebe-se, portanto, que o dano moral é uma lesão aos valores da pessoa jurídica, que atinge os componentes da sua personalidade objetiva e de seu prestígio social. A reparação do ilícito demonstra que o sistema legal brasileiro não deve se ater apenas em relação à proteção dos valores econômicos, mas resguardar, acima de tudo, o patrimônio moral. O dano moral deve ser objeto de ampla reparação mediante satisfação compensatória, aplicada com equidade e, de forma conjunta, punir aquele que causou os danos, a título, inclusive, de prevenção e educação para, então, a reparação também exercer sua função social.

Conclusão

Considerando a vulnerabilidade da era globalizada, justamente porque a reputação é um dos elementos primordiais no mundo socioeconômico, o direito à imagem está sempre em pauta, bem como a reputação e, conseqüentemente, a credibilidade. Em se tratando de pessoas jurídicas, tais aspectos são extremamente relevantes, tanto para sua imagem, quanto para suas relações comerciais. Assim, pessoas jurídicas também podem ser vítimas de dano moral, pois são detentoras dos direitos da personalidade que são compatíveis com suas características, bem como fica explícito no artigo 52 do Código Civil.

A lesão da sua reputação, quando comprovado o dano aos seus objetivos, merece ressarcimentos, sendo estes cabíveis na esfera do dano moral. Pois bem, a honra objetiva é o que deve ser o objeto de tutela, podendo também ser chamada de honra profissional, sendo este o núcleo principal da motivação para a

edição da Súmula 227 do STJ, a qual concentra o foco do conteúdo abordado.

As discussões ainda presentes se dão em torno de distinguir a honra subjetiva da objetiva, com a finalidade de afastar a impossibilidade de a pessoa jurídica poder sofrer dano moral por não ser um ser anímico.

À luz das atuais correntes doutrinárias, são reconhecidos como lesão aos direitos de personalidade da pessoa jurídica os danos que afetam sua imagem e, conseqüentemente, abalam o seu crédito, diminuem sua clientela, e acarretam a perda de chances em negócios e celebrações de contratos.

O reconhecimento do dano moral à pessoa jurídica afastou o entendimento que considerava que o dano moral estaria atrelado apenas à noção de dor e sofrimento, e valorizou o caráter protecionista dos direitos da personalidade, aqui, os direitos objetivos, os quais abraçam as pessoas jurídicas.

Firmando-se o entendimento de danos morais serem indenizáveis, a casuística do presente estudo, assim como todo dano moral, não se fez diferente em relação à dificuldade de mensuração e avaliação do valor a ser atribuído para reparar, leia-se, compensar, sendo esse um grande desafio enfrentado pelos doutrinadores e magistrados.

A reparação pecuniária exerce múltiplas funções, sendo elas: compensatória, preventiva e punitiva. As funções punitiva e preventiva são indiretas, enquanto a compensatória exerce a principal finalidade, mas se percebe que todas as finalidades são reflexo de um único valor estipulado, o qual tem a pretensão de devolver o equilíbrio dos valores essenciais rompidos.

Limitar até onde os danos se projetam, respeitando as fronteiras do nexo de causalidade, é de relevante observação, visto que as lesões podem atingir mais de uma esfera, como visto nos danos por ricochete.

A casuística apresentada no presente artigo cumpre o importante papel de também defender as empresas da concorrência e da livre iniciativa, uma vez que correm risco de sofrer prejuízos causados por outrem.

O trabalho não teve o objetivo de exaurir o tema, mas tão só trazer para pauta as principais discussões que ainda permaneceram, apesar de, atualmente, a jurisprudência já aceitar com tranquilidade a possibilidade de configuração do dano moral às pessoas jurídicas, mesmo que com adaptações e adequações necessárias, haja vista a Súmula 227 do STJ.

Referências

BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL, Conselho de Justiça Federal. **Enunciado n. 560**. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/631>. Acesso em: 20 out. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 12 nov. 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Institui o Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 12 nov. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n° 227**. A pessoa jurídica pode sofrer dano moral. Disponível em: http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.txt. Acesso em: 9 mai. 2019.

BRASIL. **Lei n° 7.347, de 24 de julho de 1985**. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1985. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/

<leis/l7347orig.htm>. Acesso em: 9 nov. 2019.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 11 nov. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno no Agravo Regimental Recurso Especial 572925 SP**. Relator: Ministro Marco Buzzi. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/484056209/agravo-interno-no-agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agint-no-agrg-no-aresp-572925-sp-2014-0199412-5?ref=juris-tabs>. Acesso em: 10 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n° 37**. São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?ordem=@SUB>. Acesso em: 19 out. 2019.

CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 3ª ed. ver. Aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6. ed. rev. Aum. São Paulo: Malheiros, 2005.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

- FARIAS, Cristiano Chaves; Braga, Felipe Peixoto Netto; Rosenvald, Nelson. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. **Danos Morais e a Pessoa Jurídica**. São Paulo: Método, 2008.
- FUJITA, Jorge Shiguemitsu. **Pessoa Jurídica e o Dano Moral**. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, São Paulo, v. 22/2008, p. 92 – 114, dezembro 2008. p. 04. Disponível em: <https://revista.distribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&sruid=i0ad82d9a0000016aaefcbb9bb96e92e4&docguid=i0d89c220f25811dfab6f010000000000&hitguid=i0d89c220f25811dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=20&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 10 mai. 2019.
- GAGLIANO, Pablo Stolze. **Manual de Direito Civil: Volume único**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil: Parte Geral**. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- LUTZKY, Daniela Courtes. **A Reparação de Danos Imateriais como Direito Fundamental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.
- MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2015.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2017.
- NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil** - Vol. 1 - Parte Geral, 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- OLIVEIRA, Camila Barros de. **Dano Moral da Pessoa Jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. (Décima Sexta Câmara Cível). AC70059308254. 10ª Câmara Cível. Rel. Deborah Coletto Assumpção de Moraes, Julgado em: 26-04-2018). Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/574298309/apelacao-civel-ac-70077290708-rs?ref=serp>. Acesso em: 18 out. 2019.
- RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. 10ª Câmara Cível. AC70059308254. Rel. Angela Terezinha de Oliveira Brito, Julgado em: 31-07-2014. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/130924773/apelacao-civel-ac-70059308254-rs?ref=serp>. Acesso em: 18 out. 2019.
- RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. 6ª Câmara Cível. AC70082350950. Rel. Niwton Carpes da Silva, Julgado em: 26-09-2019. Disponível em: <http://www1.tjrs>.

jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&numprocesso=70082350950&codEmenta=7706337&temIntTeor=true. Acesso em: 04 nov. 2019.

SILVA, Gabriela de Barros. **Como a Escola Base Enterrou Socialmente os Envolvidos**. 2018. Disponível em: <https://canalciencias.criminais.com.br/caso-escola-base>. Acesso em: 10 out. 2019.

TABARELLI, Liane; BÜHRING, Andrea Marcia; JOBIM, Marco Felix. **Diálogos Constitucionais de Direito Público e Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 126-127, 129, 133.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único**. 9. ed. São Paulo: Método, 2019.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Responsabilidade Civil: volume único**. São Paulo: Método, 2018.

VAZ, Caroline. **Funções da Responsabilidade Civil – Da Reparação à Punição e Dissuasão**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

Propriedade e resistência: uma análise a partir do Segundo Tratado sobre o Governo de John Locke

Inajara dos Santos Pereira

*Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela UFRGS
Bancária da CAIXA no Rio Grande do Sul*

RESUMO

A Teoria da Propriedade e o Direito de Resistência encontram-se no centro da obra *Dois Tratados sobre o Governo*, de John Locke. Através de revisão bibliográfica, este estudo apresenta abordagens de renomados acadêmicos, em especial de língua inglesa, que não se limitam à versão (neo)liberal geralmente aceita das ideias do autor. Inicialmente, serão contextualizadas as Teorias do Contrato Social, das quais Locke é um dos expoentes, e a transposição do estado de natureza pelos homens em direção à sociedade civil. Em seguida, serão examinadas a ideia de propriedade como um direito natural como Locke defendia e a regulamentação desse direito no contexto da comunidade política. Por desdobramento desses conceitos, por fim, será abordado o direito de resistência justificada que Locke apresenta como a última defesa da sociedade contra a tirania, verificando suas hipóteses de incidência e suas formas de exercício.

Palavras-chave: Contrato social. Estado de natureza. Resistência. Propriedade.

ABSTRACT

The Theory of Property and the Right of Resistance are at the heart of John Locke's *Two Treatises of Government*. Through a bibliographic review, this study presents approaches from renowned academics, especially in the English language, which are not limited to the generally accepted (neo)liberal version of the author's ideas. Initially, the Social Contract Theories, of which Locke is one of the exponents, and the transposition of the state of nature by men towards civil society will be contextualized. Then, the idea of property as a natural

right as Locke defended and the regulation of this right in the context of the political community will be examined. By unfolding these concepts, finally, the right of justified resistance that Locke presents as the last defense of society against tyranny will be addressed, verifying its hypotheses of incidence and its forms of exercise.

Key words: Social contract. State of nature. Resistance. Property.

Introdução

John Locke, pensador iluminista inglês que viveu no séc XVII (1632-1704), foi um dos principais teóricos do Contratualismo, ou Teoria do Contrato Social. Seu pensamento e sua obra, de forma especial *Dois Tratados sobre o Governo*, tiveram grande impacto já na sua própria época e exerceram e continuam exercendo forte influência sobre a cultura ocidental.

O objetivo deste estudo é analisar a inter-relação da Teoria da Propriedade com o direito de resistência em Locke, dois temas centrais do Segundo Tratado sobre o Governo, sob a ótica de comentadores modernos, em especial de língua inglesa. A escolha se deve, além da nacionalidade do autor, ao fato de que é incontestável sua influência sobre o constitucionalismo britânico, assim como sobre o movimento de independência dos Estados Unidos e sobre a Constituição norte-americana.

Locke é amplamente conhecido como o “pai do liberalismo”, mas será que as ideias e os conceitos presentes nos *Dois Tratados sobre o Governo*, mormente quanto à propriedade e ao direito de resistência, permitem leituras diversas? Ou, pelo menos, podem ser enfrentadas sob uma perspectiva diferente daquela que constitui um dos pilares do liberalismo moderno: o individualismo?

Veremos a forma pela qual diversos autores debatem as interpretações correntes do pensamento de Locke, das tradicionais às mais atuais, confrontando aspectos – consensuais ou polêmicos – abordados nos *Dois Tratados sobre o Governo*.

Desde a época em que produziu sua obra, Locke já foi lido de formas muito diversas, ora sob a ótica liberal, ora sob a marxista, ou segundo uma visão teológica por alguns e segundo uma secular por outros. Tal paradoxo interpretativo parece derivar da força e da diversidade intrínsecas ao próprio pensamento do autor e é sobre isso que nos debruçaremos.

1 O contrato social

Considerando que os homens, por óbvio, já conviviam entre si antes da formação do Estado, a Teoria do Contrato Social surgiu como uma explicação filosófico-política para a constituição de uma sociedade sob a regulação de um poder institucional, em substituição a uma condição anterior – o estado de natureza –, a qual pode ser definida como:

[...] um estado não político ou apolítico no qual o homem tem como objetivo a autopreservação. No estado de natureza, o Estado como poder central não existe, e os homens estão entregues ao próprio livre-arbítrio para agirem em prol de sua conservação. (QUADROS, 2016, p. 85)

Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau, os três principais filósofos contratualistas, utilizaram-se dessa teoria para justificar a organização humana em torno do Estado, divergindo, porém, quanto às motivações que conduziram a essa decisão coletiva de abrir mão de parte da liberdade individual, constituindo três teorias diferentes, embora não excludentes, sobre criação do corpo político, assim como sobre as respectivas consequências. (GRANADO, 2018, p. 1-2)

Hobbes (1996, p. 88)¹ considerava que, “[...] enquanto os homens vivem sem um poder comum capaz de mantê-los a todos em uma atitude de respeito, estão na condição do que chamamos de guerra; e essa guerra é de todos contra todos”. Logo, para ele, o estado de natureza constituía um estado de caos e de guerra latente, tendo o Estado surgido como garantidor da segurança e da paz, como ele declara no *Leviatã*. Para ele, o homem tem natureza egoísta e o poder do Estado passou a atuar na mediação das relações entre os indivíduos.

Enquanto, para Hobbes (1996, p. 86-90), é da natureza do Homem o amor à glória, ao orgulho e à vaidade, Rousseau via de maneira diversa a índole do ser humano, ao qual atribuía virtudes que determinavam que, no estado de natureza, onde existia uma forma de organização política incipiente – a família –, reinava a harmonia entre todos em prol do bem comum.

²¹ “Hereby, it is manifest, that, during the time men lived without a common Power to keep them all in awe, they are in that condition which is called Warre; and such warre, as is of every man, against every man” (HOBBS, 1996, p. 88, tradução nossa)

Tal harmonia teria sido subvertida pelo surgimento da propriedade privada, conquistada e mantida, como outras coisas naquele contexto, pela força, que gera obediência e submissão (GRANADO, 2018, p. 193-194). A partir de então, instalou-se um estado de desigualdades que desencadeou uma série de tensões entre os homens, demandando um agente, com origem em um pacto social, que fosse imune a interesses particulares e que regulasse as relações sociais protegendo a vida e a propriedade: o Estado.

Locke, por sua vez, apesar de concordar com Hobbes quanto aos interesses egoístas que movem o homem, discordava de um cenário de guerra permanente no estado de natureza.

Eis aí a clara diferença entre o estado de natureza e o estado de guerra, os quais, por mais que alguns homens os tenham confundido, tão distantes estão um do outro quanto um estado de paz, boa vontade, assistência mútua e preservação está de um estado de inimizade, malignidade, violência e destruição mútua. (LOCKE, 2001, p. 397)

O estado de natureza lockeano é um estado em que os homens gozam de “perfeita liberdade para regular suas ações e dispor de suas posses e de si mesmos do modo como julgarem acertado, dentro dos limites da lei da natureza” (LOCKE, 2001, p. 382), ou seja, a racionalidade individual determina, na ausência de leis escritas, os limites de ação de cada um, ressalvada uma lei natural de origem divina.

Para Locke (2001, p. 394), a propriedade era um direito natural, com fundamento no trabalho individual aplicado sobre um bem comum que o promovia de universal a particular. Estabelecida a propriedade privada, faziam-se necessários mecanismos para protegê-la: leis editadas por um Estado, que ampararia, também e na mesma escala de importância, o direito à vida e à liberdade. (GRANADO, 2018, p. 218 e 225)

Como ponto comum, podemos apontar que os três teóricos vislumbram que:

O homem, dentro do estado de natureza, avalia os prós e contras de abandonar este modo de vida para fazer surgir um modo organizado de vida, no qual os benefícios serão maiores que os sacrifícios que terá de suportar. Para isso as pessoas se

unem e por meio de instrumento constituem a convivência organizada e deixam definitivamente o estado de natureza. (GRANADO, 2018, p. 181-182)

Como ponto divergente, pode-se citar a origem dos conflitos nas teorias mencionadas, pois, enquanto em Hobbes e Rousseau temos uma abordagem genérica, Locke, claramente, destaca a necessidade de proteção da propriedade como o centro das tensões no contexto do estado de natureza.

No Segundo Tratado sobre o Governo, Locke propõe o seguinte questionamento: por que, gozando os homens de plena liberdade no estado de natureza, eles formariam uma comunidade cujo funcionamento envolveria a alienação de parte dessa liberdade natural e a submissão a outrem? (LOCKE, 2001, p. 469-472). Conforme ele, a organização em sociedade é uma tendência natural do homem para atender às suas necessidades e conveniências, tendo sido a sociedade conjugal a sua primeira manifestação, com origem em um pacto voluntário entre homem e mulher, dessa decorrendo um outro tipo de sociedade, aquela entre pais e filhos. Cita, ainda, a sociedade entre senhor e servo, diferenciando-a da relação entre senhor e escravo, já que este último não goza de qualquer autonomia nem pode deter qualquer propriedade. Tais relações, porém, dadas suas características limitadas quanto ao tempo de duração e à extensão da autoridade sobre os diversos atores, não poderiam ser equiparadas a uma sociedade política. (LOCKE, 2001, p. 451-457)

Os que se encontram em uma sociedade política estão unidos em um corpo único, submetidos a uma lei conhecida e comum a todos e com aplicação garantida por uma magistratura imparcial. Essa sociedade, fundada e legitimada pelo livre consentimento de seus membros, recebe o poder de elaborar as leis que definirão o que será considerado transgressão, assim como as respectivas punições, tendo em vista o seu objetivo principal: garantir a vida, a liberdade e os bens materiais dos seus membros e dirimir as controvérsias entre eles, na forma como Locke apresenta no Segundo Tratado:

Portanto, sempre que qualquer número de homens estiver unido numa sociedade de modo que cada um renuncie ao Poder Executivo da lei da natureza e o coloque nas mãos do público, então, e somente então, haverá uma sociedade política ou civil. E tal ocorre sempre que qualquer

número de homens no estado de natureza entra em sociedade para formar um povo, um corpo político sob um único governo supremo, ou então quando qualquer um se junta e se incorpora a qualquer governo já formado. (LOCKE, 2001, p. 460)

Embora, no séc. XVII, a maioria dos países estivesse sob monarquias absolutistas, o que para Locke equivaleria a uma escravidão em massa (STUART, 2015, p. 416), pouco se pensava para explicar por que razão era dessa forma, exceto no Reino Unido, onde a questão da extensão dos poderes do rei aflorou em forma de conflitos violentos. Robert Filmer e Thomas Hobbes teorizaram sobre a questão e afirmaram que um rei mantinha a unidade do Estado, porém Locke veio questionar a origem desse poder, substituindo a ideia de uma origem divina defendida por Filmer, e a argumentação de ordem prática e racional de Hobbes, por outra, de uma legitimidade vinda do próprio povo governado e de cunho universal, estendendo essa teoria não apenas ao povo inglês, mas a todos os povos. Segundo ele, em uma espécie de contrato (o contrato social), as pessoas delegaram parte de seus direitos a um soberano para garantir a sua proteção, estando este, contudo, sob a égide das leis erigidas para esse fim, um conceito praticamente revolucionário nos anos 1600. Ao contestar e rejeitar com argumentos racionais e práticos as ideias de Filmer da origem do soberano vinculada a Adão (uma justificação dinástica), Locke desconectou a religião do poder político e abriu espaço para uma discussão sobre legitimidade e sobre a possibilidade de alterar as lideranças e as instituições de governo. (KLEIDOSTY; JACKSON, 2017, p. 36-37)

Para Locke, as pessoas são livres (umas das outras) e iguais (umas às outras), embora não se possa dizer o mesmo delas em relação a Deus. Entretanto, de acordo com o autor, “onde não há lei, não há liberdade – a liberdade consiste em estar livre de restrições e de violência por parte de outros, o que não pode existir onde não existe lei” (LOCKE, 2001, p. 433). Logo, mesmo no estado de natureza, vigiam leis sobre o comportamento dos homens: as leis da natureza, expressão da vontade de Deus. Então, cada um detinha o Poder Executivo da lei da natureza, um poder natural, individual, advindo da própria condição humana e, ao mesmo tempo, um poder coletivo, ainda que manejado individualmente, a ser usado contra qualquer transgressor. (LOCKE, 1960, p. 385)

Havia, no entanto, desvantagens, pois, sendo os homens juízes das próprias causas, guiados por uma lei natural não escrita, “o amor-próprio os fará agir com parcialidade em favor de si mesmos e de seus amigos. E, por outro lado, a natureza vil, a paixão e a vingança os levarão longe demais na punição dos demais”. (LOCKE, 2001, p. 391) A pergunta de Locke (por que os homens haveriam de formar uma comunidade política cujo funcionamento se basearia na alienação de parte da sua liberdade natural e na submissão a outrem?), então, serve como pano de fundo para reforçar que, no estado de natureza, vigorava um estado de coisas em que o exercício do direito natural se afigurava incerto e inseguro pela ausência de uma série de fatores, quais sejam:

- a) uma lei estabelecida, fixa, (re)conhecida e aceita por todos para solucionar conflitos;
- b) um juiz conhecido e imparcial para aplicar a lei estabelecida e
- c) um poder para garantir a execução da justa.

Isso teria levado o homem a renunciar, em prol de um governo, aos poderes tanto de fazer tudo quanto seja necessário para a preservação sua e dos outros dentro dos limites da lei da natureza, quanto de castigar os que trilhem um caminho que contrarie essas disposições, que a todos obrigam.

Conforme Simmons (2015), não há consenso entre os estudiosos sobre como Locke realmente concebia o estado de natureza, exceto que, para ele, ele envolvia uma condição moral em que cada pessoa nascia, uma condição de liberdade natural que ele descrevia em contraste com aquela presente em uma comunidade onde o homem se vinculava voluntariamente a obrigações políticas e que estar em estado de natureza ou em uma sociedade civil envolve um conceito relacional: como o indivíduo se relaciona com outros indivíduos ou grupos.

O mesmo autor afirma, ainda, que, segundo a opinião acadêmica predominante, as teorias contratualistas, geralmente, apresentam dois estágios: 1) um pacto de incorporação (o contrato social propriamente dito) e 2) um contrato de governo. Ele, porém, entende que a teoria de Locke se perfaz em três estágios: 1) o pacto original pelo qual cada um decide passar a integrar um corpo político; 2) o momento em que esses membros, unidos em comunidade, escolhem a sua forma de governo e 3) um estágio habitual, mas não indispensável, que envolve a delegação de poderes políticos a representantes do povo que exercerão determinados papéis conforme a forma de governo

adotada no passo anterior. Todos esses estágios seriam consensuais, porém apenas o primeiro demandaria unanimidade de consentimento. (SIMMONS, 2015, p. 422)

Para Shapiro (2003, p. 309-310), embora muitos comentaristas considerem Rousseau como o pai da teoria da democracia moderna, Locke mereceria esse destaque. De acordo com ele, este concebeu as relações entre o povo e o governante em um plano mais essencial do que aquele, posicionando a delegação do povo, agindo coletivamente, no centro da legitimação política e destacando a igualdade moral das pessoas, no sentido político, justificando a defesa da soberania da maioria como fonte da legitimidade institucional. Assim, apesar da opinião geral de que Locke foi “o” teórico dos direitos individuais, Shapiro considera que suas concepções são profundamente democráticas.

O Segundo Tratado sobre o Governo expõe que a origem da comunidade política que retira os homens do estado de natureza está na decisão de (in)determinado grupo de indivíduos (origem) de consentir (legitimação) em abdicar de parte da soberania de cada um em prol de um governo para a garantia da vida, da liberdade, da paz e da integridade da propriedade de cada um em relação aos demais membros (fins). Conforme Granado (2018, p. 140-141), na sequência da transferência do direito natural de punir, é constituído um sistema para a elaboração e aplicação das leis que irão regular as relações entre os membros da comunidade, originando os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, os quais passarão a legislar, executar as leis e julgar as controvérsias que se apresentem, com o objetivo de prevenir ou afastar as inconveniências do estado de natureza.

Tal raciocínio vai ao encontro da afirmação de Simmons (2015, p. 422) de que a teoria contratualista lockeana se constitui de três estágios (constituição pelo pacto original, definição de uma forma de governo e delegação do poder político) e se reforça na distinção lockeana das funções executiva e legislativa do Estado, onde a soberania pertence ao povo e o governo, ao rei, operando, a sua monarquia constitucional, sob uma “Constituição que poderíamos chamar, de acordo com a interpretação de Bodin, democrático-monárquica”. (BOBBIO, 1998, p. 132)

Importante a constatação de Goldwin (1997, p. 478-479) de que o estado de natureza de Locke nem sempre trata de um *período* historicamente pré-político (quando), mas, antes, de uma *condição* “em oposição” à sociedade civil, um tipo de relacionamento sem a intermediação e coerção de um poder político constitu-

ido (como). Conforme o próprio Locke (2001, p. 397-398), “Quando homens vivem juntos segundo a razão e sem um superior comum sobre a Terra com autoridade para julgar entre eles, manifesta-se propriamente o estado de natureza”. Tully (2006, p. 158-159) ressalta que o material de que uma comunidade é feita engloba os poderes naturais que os homens tinham no estado de natureza, os quais são os seguintes, nas palavras de Locke:

Ao primeiro poder, ou seja, o de fazer tudo quanto considere adequado para a preservação de si e do resto da humanidade, ele renuncia para que seja regulado por leis elaboradas pela sociedade, na proporção que o exijam a conservação de si mesmo e do restante da sociedade - leis da sociedade essas que, sob vários aspectos, limitam a liberdade de que gozava segundo a lei da natureza.

Em segundo lugar, renuncia por completo ao poder de castigar e empenha sua força natural (que anteriormente poderia empregar na execução da lei da natureza, mediante sua autoridade individual, conforme julgasse conveniente) para assistir o Poder Executivo da sociedade, segundo a lei desta o exija. (LOCKE, 2001, p. 498-499)

Assim, na sociedade política, os poderes se encontram divididos conforme as suas funções: ao poder de regular, através de leis elaboradas pela própria sociedade para a preservação de cada membro e da comunidade em si, denominar-se-á Poder Legislativo e àquele que deriva da renúncia ao poder de julgar e punir os infratores dessas leis, dar-se-á o nome de Poder Executivo. (LOCKE, 2001, p. 498-499)

O Poder Legislativo terá sua atuação limitada pela noção de bem comum. Para Locke, esse é o “poder supremo”, detém o poder de editar as leis que regularão o funcionamento de toda sociedade, e a forma de governo dessa sociedade dependerá de quem for o depositário desse poder. (LOCKE, 2001, p. 501)

De acordo com J. Dunn (1995, p. 148), as leis positivas, assim como as naturais, se materializam no mundo por atos executivos – judiciais ou executivos propriamente ditos –, os quais definem qual regra geral se aplica a uma ação em particular. Serão as leis o principal instrumento para garantir o objetivo dos homens ao se unirem em uma comunidade política: desfrutar de suas propriedades em um ambiente pacífico e seguro. Para tanto, a primeira lei a surgir é a que institui o Poder Legislativo. Nenhuma regra que não

derive dele terá poder e força de lei, pois apenas ele tem o consentimento da sociedade para elaborar leis que a submetam. Mesmo assim, esse poder encontra limites (LOCKE, 2001, p. 504-510):

a) jamais poderá ser absoluto ou arbitrário, pois não poderá exceder os poderes de cada indivíduo no estado de natureza (não se pode delegar o que não se tem) e limitar-se-á ao bem público – as leis da natureza não se extinguem, limitando as leis legisladas e a elas o Legislativo acrescenta penalidades para aqueles que não as cumprirem;

b) as leis não poderão ser arbitrárias nem extemporâneas, já que a justiça deve vir de leis promulgadas, fixas e aplicadas por juízes conhecidos e imparciais;

c) ao Legislativo compete regular a propriedade, sem jamais confiscar as posses de seus membros, pois a preservação dessa propriedade (vidas, liberdades e bens) é o fim maior da própria existência da comunidade política, e qualquer arbitrariedade sobre essa propriedade implicaria em não haver propriedade nenhuma;

d) o Legislativo não pode delegar o poder que lhe foi confiado de elaborar as leis, pois o poder de constituir legisladores é um poder exclusivo do povo.

A fim de se evitar a tentação decorrente da concentração dos Poderes Legislativo e Executivo nas mesmas mãos, Locke considera que tal não deva ocorrer. Desse modo, evita-se o impulso de adequar a sua elaboração ou execução aos interesses dos detentores desses poderes, uma vez que os que elaboram as leis estarão também a elas sujeitos, sendo a sua execução de responsabilidade de outrem, da mesma forma a elas submetidos e que não tomaram parte em sua concepção. Caberá ao Executivo velar pelas leis instituídas, garantindo a sua aplicação. (LOCKE, 2001, p. 514-515)

Locke (2001, p. 516) concebe um terceiro poder, o Federativo, tendo em vista que, embora organizada em sociedade política internamente, externamente essa comunidade está em estado de natureza em relação ao resto do mundo. Esse poder detém as prerrogativas de decidir sobre guerra e paz, alianças e tratados e assuntos entre membros da comunidade constituída e pessoas e sociedades externas a ela.

Retomando a concepção de Simmons (2015, p. 422) de um terceiro estágio na Teoria do Contrato Social de Locke, temos o momento em que indivíduos específicos são investidos, pelo povo, de poderes que lhes atribuirão funções determinadas de governo. Nesse ponto, segundo as palavras usadas por Locke, estamos diante não apenas de um contrato, mas de um ato de confiança (*trust*).

Em segundo lugar, o poder político é aquele que todo homem, possuindo-o no estado de natureza, passa às mãos da sociedade, e desta forma aos governantes que a sociedade estabeleceu, com o encargo expresso ou tácito de que seja utilizado para o bem desta e a preservação de suas propriedades. (LOCKE, 2001, p. 538)

A tradução para o português usa a palavra “encargo” para a palavra inglesa *trust*, mas essa carrega uma carga semântica indispensável à compreensão da natureza da investidura feita pelo povo aos que irão definir as regras sob as quais os direitos individuais serão garantidos: confiança. Simmons (2015, p. 430) destaca que tanto os membros do Legislativo quanto os do Executivo existem apenas como custodiantes dos direitos do povo, indissolúvelmente vinculados ao objetivo maior da sociedade de garantir a propriedade, cabendo ao povo ser o juiz de sua atuação, podendo, inclusive, afastar os que se desviarem da finalidade de seu encargo (confiado). Tully (2006, p. 160), na mesma linha, lembra que o poder da comunidade é confiado – nunca alienado – àqueles cujo dever é governar conforme as leis, revertendo ao povo em caso de quebra da confiança que lhe(s) foi depositada.

Para Shapiro (2003, p. 329), a supremacia do Legislativo, em Locke, reside no fato de que, para o autor, esse poder incorpora a vontade da maioria e é o maior garantidor das liberdades que as pessoas buscaram proteger ao constituir um governo. Executivo e Federativo são subordinados ao Legislativo – extinto o governo, o poder é devolvido ao povo, o qual pode constituir um novo Legislativo na maneira que melhor lhe aprouver e, dessa forma, um novo governo.

2 O direito de propriedade

Locke (2001, p. 405-406) inicia sua explicação sobre a origem da propriedade declarando que Deus “deu a terra aos filhos dos homens, deu-a para a humanidade em comum”, opondo-se à ideia de Filmer de que Deus deu a terra a Adão e aos seus descendentes. Se a terra pertence a todos, porém, ninguém poderia sequer usar qualquer porção dela privativamente sem o consentimento dos demais, pacto que, conforme Filmer, jamais acontecerá, com o que Locke concorda, concluindo que as bases da propriedade privada são, então, necessariamente, não contratuais. (MACK, 2009, p. 55-56)

Contudo, esforçar-me-ei por mostrar de que maneira os homens podem vir a ter uma propriedade em diversas partes daquilo que Deus deu em comum à humanidade, e isso sem nenhum pacto expresso por parte de todos os membros da comunidade. (LOCKE, 2001, p. 406)

O principal argumento de Locke de que tal pacto não é mandatário é o próprio fato de sua impossibilidade: segundo ele, sendo impossível, a exigência desse consentimento individual de cada ser humano condenaria a todos a permanecerem imóveis e morrerem de fome para evitar incidir em imoralidade (LOCKE, 2001, p. 410). A propriedade comum da terra e de seus recursos deve ser tomada no sentido de que ninguém a possui ou pode possuir naturalmente com exclusividade, podendo, porém, cada um usufruir e desfrutar do necessário para a sua manutenção e sobrevivência, pois a liberdade natural mais básica é a da autopreservação. (MACK, 2009, p. 56)

Richard Boyd afirma que a Teoria da Propriedade de Locke causa controvérsias, tendo-lhe valido rótulos contraditórios, desde “apóstolo do capitalismo burguês”, passando por “pai do capitalismo agrário”, até “teórico radical da revolução do proletariado”. Isso porque, apesar de poder ser utilizada como base de um individualismo liberal moderno, se presta a uma leitura “mais comunitária” que a aproxima de uma visão marxista do tema. A defesa de Locke da propriedade privada é impossível de ser enquadrada em uma única visão, pois é, “ao mesmo tempo, natural e positiva, utilitária e fundada no direito natural, secular e teológica, hedonista e protetora”. (BOYD, 2015, p. 394-395)

Logo no início do livro *John Locke and The Origins of Private Property*, de Matthew H. Kramer, encontramos a seguinte afirmação:

A teoria trabalhista da propriedade de John Locke é uma das ideias seminais da filosofia política e serviu para firmar a reputação de seu autor como um dos principais pensadores sociais e políticos de todos os tempos. (KRAMER, 2004, n.p.)²

² “John Locke’s labor theory of property is one of the seminal ideas of political philosophy and served to establish its author’s reputation as one of the leading social and political thinkers of all time” (KRAMER, 2004, tradução nossa).

O autor declara que o principal objetivo de seu livro é mostrar como o “aparente individualismo” da Teoria da Propriedade de Locke tem raízes em um “profundo comunitarismo”, considerado o termo no sentido político da priorização das necessidades coletivas, em detrimento das individuais, ressaltando que estas últimas existem, porém apenas na medida em que possam evoluir para o bem comum. (KRAMER, 2004, p. ix-x)

A Teoria do Trabalho de Locke despertou e desperta diversos comentários e análises, embora as interpretações sejam tão numerosas quanto divergentes entre si. De “grande feito” a “análise superficial”, de “ pilar” dos *Dois Tratados sobre o Governo* a “assunto paralelo” de outros projetos da obra, de “coração de uma teoria individualista” a “suporte para um comunitarismo”, sólida para uns e frágil para outros, elogiada ou ridicularizada, o fato é que ela atrai o interesse de admiradores e detratores. (KRAMER, 2004, p. 93)

Para Macpherson, a defesa de Locke de um governo pelo consentimento da maioria, da tolerância religiosa, da supremacia moral do indivíduo, etc., pode ser vista como a origem dos pressupostos do pensamento liberal-democrata moderno. Entretanto, essa fácil interpretação reduz a importância da teoria política do autor inglês e não é seguida por todos os intérpretes, uma vez que notáveis autores³ percebem o determinante conteúdo social ali contido: o contrato social deveria ser capaz de se constituir no suporte a um dever político que obrigasse a todos e não apenas aos homens de posse. Tais autores vislumbrariam na teoria lockeana uma quase completa soberania da sociedade civil, ou seja, da maioria do povo sobre o indivíduo, subordinando os interesses deste aos da sociedade.

O domínio humano sobre a terra e tudo que nela há deriva, para Locke, da necessidade (compulsória) do homem de retirar da natureza o necessário para sua sobrevivência e das condições expressas de Deus para o usufruto do que há na terra pela raça humana. (KRAMER, 2004, p. 94-95) Para Locke, dizer que Deus concedeu o mundo para uso da humanidade (de todos os homens), a fim de garantir-lhe condições de subsistência e de conforto, equivale a dizer que o fez, também, para cada homem individualmente, razão pela qual o seu texto ora se refere ao homem enquanto espécie, ora como indivíduo, repousando aí a ideia original que dará suporte à de propriedade como direito natural:

³ Entre os autores citados por Macpherson, encontram-se Willmoore Kendall, Vaughan, Laski e Tawney (MACPHERSON, 1979, p. 206-207)

E embora todos os frutos que ela naturalmente produz e os animais que alimenta pertençam à humanidade em comum, produzidos que são pela mão espontânea da natureza, e ninguém tenha originalmente um domínio particular sobre eles à exclusão de todo o resto da humanidade, por assim estarem todos em seu estado natural, é, contudo, necessário, por terem sido essas coisas dadas para uso dos homens, haver um **meio** de apropriar parte delas de um modo ou de outro para que possam ser de alguma utilidade ou benefício para qualquer homem em particular. (LOCKE, 2001, p. 407, grifo nosso).

E a que “meio” ele se refere? O que poderá tirar algo do domínio comum e colocá-lo na esfera particular de influência de um indivíduo? Para Locke (2001, p. 407-408), essa resposta vem da afirmação de que todos são naturalmente proprietários, já que “cada homem tem uma propriedade em sua própria pessoa”, e do conceito de *mixing labor*, o qual aduz que o trabalho de um homem e a obra de suas mãos, extensões de si mesmo, também constituem sua propriedade e que, aplicada essa (sua) energia a algo em estado natural, transforma esse algo em sua propriedade, extraindo-o do domínio da comunidade para o seu, único e exclusivo.

O que aparentemente conduz a um individualismo, tendo em vista que a transição do estado de natureza para a sociedade civil sob um governo se motivou pela necessidade de proteger essa propriedade privada, pode ser visto, na verdade, como a manifestação de um profundo coletivismo, pois, no funcionamento dessa sociedade, é imprescindível a supremacia do poder da autoridade política sobre o indivíduo, obtida pela transferência dos direitos individuais ao Estado, para garantir às instituições a força necessária para responder com sanções aos infratores da ordem acordada. Esse coletivismo se confirma pelo fato de que a sociedade civil – ou seja, a maioria – é superior a qualquer governo e, portanto, é quem julga se este está cumprindo o propósito para o qual foi designado. Logo, por mais contraditório que pareça, “quanto mais rematado o individualismo, mais completo é o coletivismo”. (MACPHERSON, 1979, p. 266-267)

Locke, no início do Segundo Tratado sobre o Governo, fala de um dever, mais do que de um direito, de autopreservação e da proteção oferecida a todo homem pela lei da natureza:

Cada um está obrigado a preservar-se, e não abandonar sua posição por vontade própria; logo, pela mesma razão, quando sua própria preservação não estiver em jogo, cada um deve, tanto quanto puder, preservar o resto da humanidade, e não pode, a não ser que seja para fazer justiça a um infrator, tirar ou prejudicar a vida ou o que favorece a preservação da vida, liberdade, saúde, integridade ou bens de outrem. (LOCKE, 2001, p. 385, grifo nosso).

É a esse conjunto de bens, para cuja preservação os homens cederam o poder político a representante(s), que Locke definirá como propriedade no estado de natureza:

Tendo o homem nascido, tal como se provou, com título à liberdade perfeita e a um gozo irrestrito de todos os direitos e privilégios da lei da natureza, da mesma forma que qualquer outro homem ou grupo de homens no mundo, tem ele por natureza o poder não apenas de preservar **sua propriedade, isto é, sua vida, liberdade e bens** contra as injúrias e intentos de outros homens, como também de julgar e punir as violações dessa lei por outros, conforme se convença merecer o delito, até mesmo com a morte, nos casos em que o caráter hediondo do fato, em sua opinião, assim exija. (LOCKE, 2001, p. 458, grifo nosso)

A mesma amplitude de conceituação se mantém quando ele fala da propriedade já no contexto da sociedade política:

E não é sem razão que ele procura e almeja unir-se em sociedade com outros que já se encontram reunidos ou projetam unir-se para a mútua conservação de **suas vidas, liberdades e bens, aos quais atribuo o termo genérico de propriedade**. (LOCKE, 2001, p. 495, grifo nosso)

Além dos trechos anteriormente citados, Locke preocupou-se em clarificar o conceito amplo de que se vale ao expressar o conjunto do que hoje chamamos “direitos fundamentais”, como sendo abarcados pelo termo “propriedade” ao longo de todo o

⁴ Segundo Tratado sobre o Governo §§ 57, 59, 85, 123, 131, 135, 137, 171, 173, 209, 221 e 222.

Segundo Tratado sobre o Governo⁴. Isso denota a relevância que o autor atribuía a uma leitura da obra conforme sua própria lógica para entender os limites de julgamento, pelo povo, da correspondência entre a atuação do governo na sociedade civil e a sua aderência às expectativas que levaram os homens a cruzar a fronteira entre o estado de natureza e a sociedade politicamente organizada centrada no Estado. Macpherson destaca que, embora use também o termo propriedade em sentido estrito (bens materiais), em qualquer caso Locke “estava sempre classificando a riqueza, a vida e a liberdade, como objetos dos desejos naturais dos homens, objetos para cuja preservação os homens instituíam governos”. (MACPHERSON, 1979, p. 209-210)

No mesmo sentido, James Tully aponta que o conceito de propriedade de Locke difere daquele que usamos hoje e, no prefácio de seu livro *A Discourse on Property – John Locke and his Adversaries*, declara seu propósito de “recuperar o significado que John Locke pretendia transmitir em sua Teoria da Propriedade nos *Dois Tratados sobre o Governo*” (TULLY, 2006, prefácio).⁵ Para Tully, Locke não é nem capitalista nem socialista por ser essa uma dicotomia moderna que não tem lugar em sua obra e em seu tempo. Da mesma forma, os conceitos mutuamente excludentes de propriedade comum e propriedade privada não existiam no modo de Locke pensar os direitos, e compreender isso aponta para o que é necessário e o que é contingente em nosso dilema.

Do pressuposto de que a propriedade antecede e independe da existência da sociedade e do governo civil, assim como do de que estes surgiram do consentimento de homens e, para defendê-la, decorre a maioria das conclusões de Locke sobre os poderes e limites da sociedade e do governo. (MACPHERSON, 1979, p. 209)

Locke, além de abordar pela primeira vez a conservação da propriedade, como hoje é encarada – um direito fundamental a ser preservado pelo Estado –, também inovou ao atribuir-lhe, de certa forma, uma função social e um valor moral ao afirmar que a própria natureza impõe limites a essa apropriação, evitando disputas em relação a isso, pois, segundo Locke (2001, p. 412), “Tanto quanto qualquer pessoa possa fazer uso de qualquer vantagem da vida antes que se estrague, disso pode, por seu trabalho, fixar a propriedade”. O que exceder essa capacidade

⁵ “My major aim in this book is to recover the meaning which John Locke intended to convey in his theory of property in the *Two Treatises of Government*” (TULLY, 2006, prefácio tradução nossa).

de uso será considerado invasão do que é comum, permanecendo os limites no exercício da razão para percebê-los.

Importante ressaltar que Locke teoriza sobre uma realidade pré-monetária em que haveria um estado de abundância, logo, apropriar-se de algo não restringiria o acesso dos demais, que teriam, ainda, à sua disposição mais do que necessitariam. Essa explicação é contestada por Goldwin, para quem essa condição afastaria a necessidade de limitar a acumulação. Produzir excedentes seria apenas um desperdício de trabalho; a limitação somente se explicaria se não existisse o suficiente para todos e apenas se justificaria sobre o que fosse perecível e, nesse caso, nem mesmo o trabalho legitimaria a propriedade, pois nessa condição qualquer homem poderia invocar seu direito ao que é originalmente comum. Isso geraria uma agricultura de subsistência, sem permitir a melhoria da condição de vida e o desenvolvimento da humanidade.

Era preciso inventar algo não perecível que intermediasse as trocas incentivando o incremento da produção, e essa invenção foi o dinheiro, que inaugurou um período de monetarização e de limitação de acesso aos recursos naturais (GOLDWIN, 1987, p. 491-492). O trabalho deixou de ser aplicado apenas para a extração do necessário à sobrevivência do indivíduo e passou a gerar excedentes para a satisfação da cobiça humana e das demandas nascidas das relações comerciais entre os homens, consolidando as desigualdades sociais através do acúmulo do dinheiro que eles haviam consentido em usar como meio de troca em substituição aos bens perecíveis. (LOCKE, 2007, p. 426-427) Conforme Macpherson (1979, p. 219-220), porém, Locke tem uma concepção do dinheiro como capital a ser aplicado em investimentos proveitosos, visando ao enriquecimento da nação, e não do indivíduo e, em última instância, o bem comum:

Ao que eu gostaria de acrescentar que aquele que se apropria de terra mediante o seu próprio trabalho não diminui, mas aumenta as reservas comuns da humanidade, pois as provisões que servem ao sustento da vida humana produzidas por um acre de terra cercada e cultivada são (para falar moderadamente) dez vezes maiores que as que rendem um acre de terra em comum inculca de igual riqueza. (LOCKE, 2001, p. 417-418).

Para Locke, a maioria das coisas necessárias a uma boa condição de vida humana demanda indústria, comércio e desenvol-

vimento, e o estímulo à melhoria das condições naturais disponíveis ocorre com o surgimento da propriedade privada. (BOYD, 2015, p. 403) Locke exemplifica dizendo que:

Não pode haver demonstração mais clara disso do que a feita pelas diversas nações americanas, que são ricas em terra e pobres em todos os confortos da vida; às quais a natureza abasteceu tão generosamente quanto a qualquer povo com os materiais da fartura, ou seja, um solo fecundo, apto a produzir em abundância o que poderia servir de alimento, agasalho e deleite. E, contudo, por não ser melhorado pelo trabalho, não tem um centésimo das conveniências de que desfrutamos. E o rei de um território largo e fértil de lá alimenta-se, veste-se e mora pior que um trabalhador diarista na Inglaterra. (LOCKE, 2001, p. 421)

A crítica de Boyd (2015, p. 404) se concentra, nesse ponto, em afirmar que é facilmente observável que o enriquecimento de uma sociedade no seu conjunto não significa, seja em termos absolutos, seja em termos relativos, a melhoria da condição de vida individual de seus integrantes. A monetarização da economia trouxe consequências pouco salutares: a indústria como ação humana acelerou o escasamento dos bens naturais, aprofundou as desigualdades sociais e deslocou o valor da propriedade de um eixo de uso para um eixo de troca e a muitos restou apenas a “propriedade de si mesmos”.

Para Boyd, o contrato social não foi um evento natural ou espontâneo, mas um recurso para tentar remediar os problemas decorrentes de um acordo anterior que consentiu na aceitação do dinheiro como meio de troca, ou seja, a sociedade política seria um arranjo para remediar os problemas práticos e morais decorrentes da monetarização.

Locke (2001, p. 428-429) admite a distinção de um estágio intermediário entre a sociedade civil (pré-política) e o Estado (político), o que tem forte impacto sobre a sua concepção de propriedade privada. Para ele, não apenas existe um contexto de sociedade pré-político, anterior à instituição de um governo, mas também um direito de propriedade regido, desde sempre, pelas leis da natureza racionalmente aplicadas pela raça humana como um todo. Para Tully (2006, p. 98), Locke defende que a propriedade no contexto da comunidade política é convencio-

nal e baseada no consenso, surgindo de um acordo feito após a constituição dessa sociedade, o que se pode verificar na seguinte passagem do Segundo Tratado sobre o Governo:

Contudo, isso se dava sem haver ainda nenhuma propriedade fixa do solo de que se utilizavam, até que se uniram, assentaram-se em conjunto e construíram cidades; então, mediante consentimento, vieram, com o tempo, a fixar os limites de seus diferentes territórios e a concordar acerca dos limites entre eles e os vizinhos, e, por meio de leis em seu próprio seio, fixaram as propriedades dos que viviam na mesma sociedade (LOCKE, 2001, p. 419)

Enquanto no estado de natureza a apropriação – que constitui a propriedade – se justifica nas leis da natureza, sob os governos são as leis positivas que regulam o direito de propriedade e a posse da terra:

Para compreendê-lo melhor, convém considerar que todo homem, quando primeiro se incorpora a qualquer sociedade política, também incorpora e submete à sociedade, por esse ato, as posses que tenha ou venha a adquirir e que já não pertençam a algum outro governo. Pois seria uma franca contradição qualquer pessoa entrar em uma sociedade com outras para a segurança e a regulamentação da propriedade e, não obstante, supor que sua terra, cuja propriedade deverá ser regulamentada pelas leis dessa sociedade, deva estar isenta da jurisdição do governo do qual o proprietário da terra é súdito. Portanto, pelo mesmo ato mediante o qual alguém une a sua pessoa, que era antes livre, a qualquer sociedade política, une também a esta suas posses, que eram antes livres; e ficam ambas, pessoas e posses, sujeitas ao governo e ao domínio dessa sociedade, enquanto ela existir. (LOCKE, 2001, p. 492)

Iverson (2003, p. 91) reforça que a introdução das leis civis tem o objetivo de regular a propriedade em uma condição de escassez e que, a partir de então, o direito original do indivíduo de reivindicar propriedade passa a se restringir aos limites definidos pela sociedade política, da qual ele aceitou participar. Apesar disso, as leis naturais nunca são revogadas e as leis positivas devem

obedecer a limites e “só são verdadeiras se baseadas na lei da natureza, mediante a qual são reguladas e interpretadas”. (LOCKE, 2001, p. 391) Essa limitação se aplica tanto à sociedade como corpo único como a cada um dos seus integrantes.

Na sociedade civil, o direito de propriedade deve ser regulado por leis conhecidas, aceitas e fixas, sendo vedado o confisco arbitrário dos bens dos indivíduos. Da mesma forma, o Executivo somente pode decidir de acordo com as leis sob as quais governa e visando ao bem comum. (BOYD, 2015, p. 410)

Locke assenta da seguinte forma os fins do Legislativo e, portanto, da sociedade política:

Considero, portanto, que o poder político é o direito de editar leis com pena de morte e, conseqüentemente, todas as penas menores, com vistas a regular e a preservar a propriedade, e de empregar a força do Estado na execução de tais leis e na defesa da sociedade política contra os danos externos, observando tão-somente o bem público. (LOCKE, 2001, p. 381)

A noção de propriedade de Locke não se coaduna com a noção liberal clássica de um poder absoluto sobre um bem, o que permitiria não apenas o uso conforme o desejo do dono, mas, também, a capacidade de alienação e mesmo de destruição desse bem. Para ele, o uso da propriedade privada deve seguir preceitos morais e racionais, caracterizados por uma administração qualificada dos bens pelo proprietário ou carece de justificação e deve ser abolida, seja pela lei, seja pela revolução. Esse “justo uso” limitaria a propriedade a tanto quanto o indivíduo pudesse fazer uso para sua vida antes de ela se perder (estragar), e a quantidade de terra de que se apropriasse gerava uma condição moral de a cultivar e desenvolver. A qualificação da propriedade por deveres e responsabilidades demonstra que Locke não se alinha a teses que apontem para um direito de propriedade absoluto e arbitrário. (BOYD, 2015, p. 396) Locke seria uma espécie de republicano moderno, procurando combinar certos princípios e ideais republicanos com a sociedade comercial emergente de sua época. Uma leitura mais profunda da concepção lockeana de propriedade aponta para o fato de que a lei natural está no comando para atingir os melhores interesses da humanidade, assegurando a preservação e a prosperidade da sociedade como um todo, sendo clara a necessidade de que os atos individuais sejam aderentes a esse objetivo maior.

Para conter a parcialidade e a corrupção e promover o interesse público com maior efetividade que a lei natural, o governo se utiliza de leis positivas. (IVISON, 2003, p. 94-95) Essas leis – civis – determinam o que é meu e o que é teu, e devem ser conhecidas para que cada um saiba o que é seu, e a regulação da propriedade, em seu sentido amplo, só se justifica para a preservação da paz e da tranquilidade necessárias à realização desse objetivo, tomado, então, como um direito (TULLY, 2006, p. 94-95).

3 O direito de resistência

Se Locke inaugura um novo pensamento com um contratualismo baseado no consentimento que gera uma comunidade política, cujo objetivo principal é proteger a propriedade em sentido amplo, proporcionando aos seus membros desfrutá-la em um ambiente de paz e de segurança, tal ineditismo não se vislumbra na ideia de um direito de resistência ancorado na supremacia das leis naturais.

Para Buzanello (2019, p. 31), “resistir à opressão foi e continua sendo o grande desafio da humanidade, desde os fatos históricos da resistência antiga e medieval, passando pela fase moderna e chegando até nossos dias”.

Desde a Antiguidade, o ser humano se mostra contrário à opressão de sua liberdade natural, sendo a peça *Antígona*, de Sófocles, um registro clássico do indivíduo (*Antígona*) que enfrenta o governante tirano (*Creonte*). A tradição da obediência absoluta, baseada na origem divina do poder, porém, tornava o direito de resistir ao soberano algo inadmissível e, caso ocorresse, condenável. Nessa linha, Sócrates, que defendia a obediência ilimitada às leis do Estado, preferiu morrer por um julgamento injusto a estimular, pelo próprio exemplo, a violação da ordem constituída, refletindo a impossibilidade de conflito entre a consciência individual e a coletiva que vigia naquela época. (BUZANELLO, 2019, p. 33-34)

Na Antiguidade, a ideia de liberdade não existia, e o indivíduo pertencia totalmente ao seu grupo, à sua família e à unidade de poder político sob a qual vivia. Com o advento do Cristianismo, ascende a ideia de um reino divino acima do reino terrestre, assim como a de que o homem não se “esgota por inteiro na ordem estatal”, sendo o martírio suportado pelos cristãos uma forma de resistência passiva calcada na ideia de que a obediência ao rei é limitada pela obediência a Deus. (BUZANELLO, 2019, p. 34-36)

Até a Idade Média, a ideia de resistência se mistura com a de tiranicídio, que podia ser levado a cabo por um particular ou pelo poder público diante da necessidade de defender vidas ou da ausência de meio alternativo para tal e alcance desse objetivo com a morte do agressor. O declínio da ideia do tiranicídio decorreu do avanço de outras formas de resistência, assim como da advertência de São Tomás de Aquino de que, diante de leis injustas, assassinar o tirano sem eliminar a estrutura que lhe deu suporte apenas levará à substituição de um tirano por outro. (BUZANELLO, 2019, p. 39)

Durante o Renascimento (Sécs. XV e XVI), o homem é colocado no centro do universo, onde antes só havia Deus. Pensadores passam, por exemplo, a considerar a resistência como manifestação da liberdade humana (Maquiavel)⁶, a questionar sobre as qualidades necessárias a um rei diante de seu enorme poder e de sua ampla responsabilidade (Erasmus de Roterdã)⁷ e a criticar o estado de coisas vigente confrontando-o com uma sociedade idealizada (Thomas Morus)⁸. As guerras religiosas (Séc. XVI)

⁶ “Um principado é criado ou pelo povo ou pelos poderosos, conforme uma ou outra destas partes tenha a oportunidade. Os poderosos, ao ver que não conseguem resistir ao povo, começam a aumentar a reputação de um entre eles e o tornam príncipe para poderem, sob a sua sombra, realizar as suas ambições. O povo, vendo que não pode resistir aos poderosos, também engrandece a reputação de um entre eles e o faz príncipe para que possa ser defendido pela sua autoridade” (MAQUIAVEL, 2014, p. 77–78).

⁷ “A bordo de um navio, não entregamos o timão para quem tiver os ancestrais mais nobres do grupo, a maior riqueza, ou a melhor aparência, mas sim para quem for mais habilidoso em pilotagem, mais alerta e mais confiável. Da mesma forma, um reino está em melhores mãos quando confiado a alguém que seja melhor dotado do que os demais em termos das qualidades de um rei: a saber, um sentido de justiça, controle pessoal, visão e preocupação com o bem-estar do público.” (ROTerdã, 2004, p. 299–300).

⁸ “Há uma regra que estabelece que nenhuma decisão pode ser tomada a respeito dos negócios públicos, a menos que tenha sido discutida por três dias pelo senado. É considerado crime capital deliberar sobre questões públicas fora do senado ou da assembléia popular. Essas regras foram estabelecidas para evitar que o príncipe possa, em conivência com os traruboros, oprimir o povo e mudar o governo. Toda questão julgada importante é submetida à assembléia popular dos sifograntes que, depois de discutir com as famílias que representam, deliberam entre si e enviam sua recomendação ao senado. Às vezes, a questão é levada ao Conselho geral da ilha. Há uma norma que determina que uma proposta nunca deve ser discutida no senado no mesmo dia em que é recebida, e que o debate da proposta deve ser deixada para a reunião seguinte. Evita-se, assim, que

reacendem o confronto entre consciência e sujeição às leis humanas, modificando a relação entre religião e política. Passa-se a considerar nulos e, portanto, sem efeito, os atos do governante que firmam os limites da lei natural, admitindo-se a resistência ativa dos indivíduos à tirania, com contribuição fundamental da Reforma Luterana a partir da noção da objeção de consciência religiosa. Do tiranicídio ao direito de resistência à opressão, a ideia comum é o enfrentamento da atitude injusta do tirano e a limitação da imposição do Estado sobre o indivíduo. (BUZANELLO, 2019, p. 41-42)

A Inglaterra em que Locke se movimentava vivia um processo crescente de resistência às arbitrariedades dos soberanos. Em 1688, pela violação reiterada de direitos pelo Rei Jaime II, eclodiu a Revolução Gloriosa. As ideias de Locke ecoaram fortemente nos Estados Unidos à época da Revolução Americana, e na França, no início da Revolução Francesa, influenciando tanto a Constituição Americana quanto a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (BUZANELLO, 2019, p. 43-44), e inspiraram movimentos de resistência em prol das liberdades individuais e da responsabilidade política em diversos contextos políticos, desde o processo de descolonização, a partir da década de 1940, até o movimento pelos direitos civis nos Estados Unidos. (KLEIDOSTY; JACKSON, 2017, p. 47) A combinação da ideia de que os homens são individualmente responsáveis por seus atos e de que eles devem ser livres pela sua capacidade racional com a de limitação do poder político para a garantia da propriedade dos membros da sociedade fez com que Locke fosse considerado o “pai do liberalismo”. (MARSHALL, 1994, p. 217)

Para Simmons, a resistência justificada presente na teoria de Locke é tanto coletiva quanto individual, já que não apenas a coletividade ou os representantes do povo, mas qualquer indivíduo injustiçado tem o direito de resistir com a força. (SIMMONS, 2015, p. 431) De fato, o trecho a seguir, do Segundo Tratado, aponta para uma resistência individual:

alguém emita opiniões sob o impulso das primeiras impressões que se lhe afigurem e que, depois, se veja na obrigação de usar suas energias para defender essas opiniões tolas, ao invés de considerar imparcialmente o interesse público. Eles sabem que há muita gente com um senso de orgulho tão despropositado e perverso, que prefere pôr em risco o bem do Estado a admitir que suas opiniões possam ser míopes ou equivocadas” (MORE, 2004, p. 54-55).

E onde quer que o corpo do povo **ou cada homem individualmente** for privado de seu direito ou estiver submetido ao exercício de um poder sem direito e não tiver a quem apelar sobre a Terra, **todos** têm a liberdade de apelar aos céus sempre que julguem ter a causa suficiente importância. (LOCKE, 2001, p. 536, grifos nossos)

Temos, ainda, como exemplo os seguintes trechos no sentido de que a resistência se dá do povo como um todo em relação ao governo:

[...] como não se pode jamais supor ser a vontade da sociedade que o Legislativo tenha o poder de destruir aquilo que todos têm o propósito de proteger ao entrar em sociedade, e em nome de que o povo se submete aos legisladores por ele próprio instituídos, sempre que tais legisladores tentarem violar ou destruir a propriedade do povo ou reduzi-lo à escravidão sob um poder arbitrário, colocar-se-ão em estado de guerra com o povo, que fica, a partir de então, desobrigado de toda obediência e deixado ao refúgio comum concedido por Deus a todos os homens contra a força e a violência. (LOCKE, 2001, p. 579–580).

.....

A tal respondo que o povo será o juiz. Pois quem mais poderá julgar se tal depositário ou deputado age corretamente e segundo o encargo a ele confiado, senão aquele que os designou e que deve, por esse motivo, conservar o poder de afastá-lo quando falharem em seu encargo? (LOCKE, 2001, p. 599)

Embora o primeiro trecho possa ser tido como a assertiva de um direito individual de resistência, também é possível a leitura de que, à ofensa ao direito de um só “homem individualmente”, todos têm a prerrogativa de se rebelar, transformando o aparente individualismo em responsabilidade coletiva, a mesma do direito/dever existente no estado de natureza de preservar a si e aos outros. Tal entendimento pode ser fortalecido pela leitura dos seguintes trechos:

[...] se os atos ilegais cometidos pelo magistrado forem mantidos (pelo poder que ele detém) e a

solução que me é devida pela lei for obstruída pelo mesmo poder, o direito de resistir, mesmo em tais atos manifestos de tirania, não perturbaria o governo subitamente ou em ocasiões de pouca importância. Pois, se tais atos não forem além do caso de alguns homens particulares, embora tenham estes o direito de defender-se e de retomar pela força o que pela força ilegal lhes for arrebatado, o direito de assim proceder não os envolverá facilmente em uma controvérsia na qual com certeza perecerão [...]. (LOCKE, 2001, p. 568)

.....

Se, porém, qualquer desses atos ilegais se estender à maioria do povo, ou se o malefício e a opressão recaírem apenas sobre uns quantos, mas em casos tais que os precedentes e as conseqüências pareçam ameaçar a todos e estes se convençam de que suas leis, e com elas seus haveres, liberdades e vidas, correm perigo, e talvez até sua religião, não sei dizer como poderiam ser impedidos de resistir à força ilegal usada contra eles. (LOCKE, 2001, p. 569)

Também Marshall (1994, p. 208) entende que a resistência é um direito a ser exercido pelo povo – tido como um conjunto de indivíduos – quando houver quebra da relação de confiança firmada com o governo. O autor coloca o conhecimento desse direito pelos magistrados como um freio a eventuais impulsos de transgredir os limites do exercício de suas funções. No estado de guerra que decorre da utilização indevida pelos agentes de governo do poder que lhes foi confiado, é a sociedade política – e não os indivíduos – que se volta contra o “predador”, pois é dela que deriva o poder dentro da estrutura política concebida para a proteção da vida, da liberdade e da propriedade de seus membros.

John Dunn (1995, p. 159) lembra que “a psicologia individual de Locke, assim como sua ética, baseiam-se na primazia da propensão humana à autopreservação e na afirmação dessa propensão como um direito logicamente anterior a qualquer dever humano”⁹. Para ele, a lei, natural ou positiva, é a antítese da

⁹ “Locke’s individual psychology and his ethics are based upon the primacy of the human propensity to self-preservation and upon his assertion of this propensity as a right which is logically prior to any human duty” (DUNN, 1995, p. 159, tradução nossa).

força, e o estado de natureza se perfaz em uma ordem legal que, uma vez observada, mantém os homens em paz e em segurança, porém, se quebrada, abre a todos os indivíduos a possibilidade do uso de quaisquer medidas para a sua restauração, como o próprio Locke informa:

E para que todos os homens sejam impedidos de invadir direitos alheios e de prejudicar uns aos outros, e para que seja observada a lei da natureza, que quer a paz e a conservação de toda a humanidade, a responsabilidade pela execução da lei da natureza é, nesse estado, depositada nas mãos de cada homem, pelo que cada um tem o direito de punir os transgressores da dita lei em tal grau que impeça sua violação. (LOCKE, 2001, p. 385)

Mack (2009, p. 102-104) porém, vê na teoria de Locke algumas incongruências. Conforme ele, a afirmação de que é a sociedade que deve se levantar para defender seus direitos vai ao encontro da antiga teoria da soberania popular, pela qual a autoridade política é, originalmente, do povo. Isso, no entanto, esbarra no fato de que, para Locke, não existiria uma *autoridade política original*, uma vez que a autoridade política (limitada) se estabelece apenas com a instituição da própria sociedade política pelo contrato social. Antes disso, a autoridade seria não política e individual e se a autoridade política do povo não decorre da autorização dos indivíduos – que não poderiam transferir o que não tinham –, não é limitada pelos direitos por eles preservados. Para o autor, a teoria lockeana faz da vontade popular, e não da lei, a última medida da legitimidade da ação do governo, e segue apontando que, no capítulo sobre a tirania, Locke coloca o indivíduo como vítima da violação do direito e concentra seu argumento em que a lei é que limita a arbitrariedade e a vontade do soberano:

Onde termina a lei, começa a tirania, se a lei for transgredida para prejuízo de outrem. E todo aquele que, investido de autoridade, exceda o poder que lhe é conferido por lei e faça uso da força que tem sob seu comando para impor ao súdito o que a lei não permite, deixa, com isso, de ser magistrado e, agindo sem autoridade, pode ser combatido, como qualquer outro homem que pela força invade o direito alheio. (LOCKE, 2001, p. 563)

Já quando fala da dissolução do governo, avança Mack, Locke altera o foco para o povo como parte prejudicada e opõe a vontade do povo – e não mais a lei – à vontade do governante:

[...] consistindo a essência e a união da sociedade em ter uma só vontade, ao Legislativo, uma vez estabelecido pela maioria, cabe expressar e, por assim dizer, sustentar essa vontade. (LOCKE, 2001, p. 573)

.....

[...] quando tal pessoa ou príncipe único coloca sua própria vontade arbitrária no lugar das leis, que são a vontade da sociedade expressa pelo Legislativo, o Legislativo é alterado. (OTTONICAR, 2019, p. 574)

A decorrência disso é que, em vez de opor a razão (leis) à vontade do monarca, passa-se à oposição de duas vontades entre si: a do povo e a do governante. Outra discrepância seria que, pela doutrina do consentimento, todos aqueles que herdem ou adquiram terras nos limites de uma sociedade, somados àqueles que expressamente a ela se filiem, são considerados seus membros. Como isso deixa muitos indivíduos fora da sociedade, Locke teria criado a "teoria do consentimento tácito" para colocá-los sob as leis dessa sociedade; no entanto, eles continuam não sendo membros dela. Portanto, se, para resistir, é necessário ser membro da sociedade civil, o número de resistentes potenciais é muito menor do que Locke parece presumir. A saída seria considerar que o direito de resistência se dá na esfera individual, independentemente da condição de membro ou não de determinada comunidade. (Mack, 2009, p. 102-104)

Dunn (1995, p. 170-173) afirma que, na sociedade política, buscar o poder absoluto sobre um ou sobre todos os seus membros equivale a pretendê-los escravos, e a supressão da liberdade é o caminho para a exploração sem limites, uma ameaça da força contra a liberdade. Independentemente da intenção do opressor, na ausência de um tribunal competente para recorrer-se em busca da preservação dos direitos aviltados, estabelecem-se o estado de guerra e a primazia da lei natural da defesa da liberdade por qualquer meio prevista por Locke:

[...] ninguém pode desejar ter-me em seu poder absoluto a menos que seja para obrigar-me, pela força, àquilo que contraria meu direito à liberda-

de, ou seja, para fazer de mim seu escravo. Estar livre de tal força é a única garantia da minha preservação, e a razão leva-me a enxergar um inimigo de minha preservação naquele que desejaria tomar de mim a liberdade que a assegura; de modo que aquele que procure escravizar-me colocar-se-á, por tal ato, em estado de guerra comigo. [...] aquele que, no estado de sociedade, subtrai a liberdade que cabe aos membros dessa sociedade ou Estado tem a intenção de subtrair a estes todas as demais coisas, devendo ser considerado, portanto, como em estado de guerra. (LOCKE, 2001, p. 396–397).

Não existe autoridade sobre os súditos de um governo quando há uso injusto ou ilegítimo da força, ainda que por agentes legalmente constituídos por esses mesmos súditos. A legitimidade deriva de uma ordem legal estabelecida e depende de ser, o poder confiado, exercido em prol dos objetivos daqueles que a essa ordem se sujeitaram voluntariamente. O uso desse poder pelo governante corrupto para atender a seus próprios interesses corrói a estrutura política e institui o estado de guerra. De forma geral, é necessário o sentimento de insegurança de um certo número de indivíduos que passem a dar por inevitáveis futuras ações malignas do governante a partir de atos já praticados, ou de intenções explícitas, para que venham a resistir às suas arbitrariedades – logo, a resistência dificilmente será exercida individualmente. Embora o exercício desse direito varie de uma sociedade para outra, segue a lógica de que o governante abandonou o caminho da razão e passou a tentar impor sua vontade pela força, destruindo a segurança da ordem legal (DUNN, 1995, p. 178-179) e, segundo Locke, nesse caso o direito (de resistir) suspende os demais direitos:

Todo aquele que usa de força sem direito, assim como todos aqueles que o fazem na sociedade contra a lei, coloca-se em estado de guerra com aqueles contra os quais a usar e, em tal estado, todos os antigos vínculos são rompidos, todos os demais direitos cessam e cada qual tem o direito de defender-se e de resistir ao agressor. (LOCKE, 2001, p. 588–589)

Dunn (1995, p. 182-183), ainda, afirma que sociedades politicamente desenvolvidas dispõem de instâncias de recurso que

podem atender aos seus apelos do povo de observância da ordem legal, ao contrário do que ocorria nas monarquias absolutistas, onde a resistência tendia a ser mais individualista, direta e física pela falta desses representantes imparciais e credenciados para mediar os interesses em conflito. A moldura religiosa, da qual o direito de resistência dependia para Locke, contemplava verdades compreensíveis e acessíveis a todos os homens e não uma estrutura de controle social exercido por uma minoria, deslocando a vontade divina de um grupo seletivo, que atuaria como seu “repositório” para todos os seres humanos. Não é a hierarquia do cargo ou a posição de autoridade social que avaliza o direito de resistência, mas que o seu exercício seja conforme critérios normativos racionais, os quais poderiam ser aplicados por qualquer um sob determinadas condições.

Para Tully (2006, p. 170), um governo deve atender à condição substantiva de ser legítimo e a condição formal de atuar sob a lei, sendo a revolução o último recurso contra um poder absoluto aplicado sobre um membro da sociedade para privá-lo de sua propriedade, pois tal pretensão é incompatível com a comunidade civil, e o direito à revolução opera para restaurar a legalidade e a própria conservação da sociedade sob a lei natural.

Kleidosty ressalta que:

[...] embora os Dois Tratados sobre o Governo possam ser interpretados de formas diferentes em contextos políticos e históricos diversos (...), a crença de Locke de que o governo deve ser responsável e de que o povo tem o direito de se rebelar contra a tirania ficaram de tal forma gravados no nosso consciente (coletivo) que se transformaram em verdades políticas nos estados liberais. (KLEIDOSTY; JACKSON, 2017, p. 47)¹⁰

Mack (2009, p. 100-101) afirma que aqueles que aceitaram exercer funções governamentais assumiram duas obrigações fundamentais em relação aos membros da sociedade política: 1) dar sustentação – ou, pelo menos, não minar – à estrutura constitu-

¹⁰ “Locke’s Two Treatises of Government is a text that can be reinterpreted in different political and temporal contexts [...] Locke’s beliefs that a government must be accountable and that people have the right to rebel under tyranny have seeped into our popular consciousness so much that they are now taken as political truths in liberal states” (KLEIDOSTY; JACKSON, 2017, p. 47, tradução nossa).

cional que ela criou, e 2) exercer seus poderes para alcançar – ou, pelo menos, não prejudicar – o fim para o qual ela foi criada, ou seja, a proteção e a conservação da propriedade daqueles que entraram na sociedade.

Levando em conta a primeira obrigação, como Locke considera que a sociedade política se constitui da transferência de poderes dos seus membros ao governo e que cabe a esses delegados a conservação da estrutura que os colocou na posição que ocupam, é natural que, havendo a corrupção das suas ações, Locke veja a sociedade como parte prejudicada dessa relação de confiança. “Assim, é a sociedade política e os indivíduos tomados como membros dessa sociedade que se insurgem às tentativas de enfraquecer ou burlar a ordem constitucional estabelecida”.¹¹ (MACK, 2009, p. 100)

Já a violação da segunda obrigação – de proteger, sem jamais invadir, as vidas, liberdades e propriedades dos membros da sociedade política – constitui uma quebra da confiança depositada pelo povo nos membros que investiram dos Poderes Legislativo e Executivo. (MACK, 2009, p. 100-101) Ambas as esferas de violação atingem tanto o indivíduo, vítima da arbitrariedade ilegal, quanto a sociedade política como um todo, pois o direito contratual de proteção à propriedade em sentido amplo é um direito adquirido por todo o corpo que forma a comunidade política através do acordo firmado com aqueles que aceitaram desempenhar papéis dentro do governo. (MACK, 2009, p. 560-561) A tirania consiste no “exercício do poder além do direito, a que ninguém pode ter direito”, ou seja, em “fazer uso do poder que alguém tenha nas mãos não para o bem daqueles que estiverem submetidos a esse poder, mas para sua vantagem própria, distinta e privada”. (LOCKE, 2001, p. 560-561) Apesar de afirmar que é possível a oposição da força contra a força “injusta e ilegítima”, nesse ponto Locke reserva a resistência a atos ilegais de subalternos, nunca diretamente aos atos do próprio príncipe. Isso porque, segundo ele:

[...] sendo pouco provável que o mal que o príncipe possa causar por sua própria pessoa aconteça muito amiúde ou se estenda muito longe, e tampouco sendo ele capaz de, apenas com sua

¹¹ “Thus, it is political society and individuals as members of political society who stand against attempts to undermine or circumvent the established constitutional order” (MACK, 2009, p. 100, tradução nossa).

própria força, subverter as leis ou oprimir o corpo do povo - fosse algum príncipe tão fraco e de natureza tão má que o quisesse fazer o inconveniente de alguns malefícios particulares que podem acontecer por vezes quando um príncipe impetuoso chega ao trono seria amplamente compensado pela paz do público e pela segurança do governo na pessoa do supremo magistrado, assim colocado fora do alcance do perigo. Porque é mais seguro para o público um pequeno número de homens particulares ficar por vezes expostos ao perigo do que o chefe da república [Republick] expor-se facilmente e em ocasiões de pouca importância. (LOCKE, 2001, p. 566)

Assim, como a autoridade do rei é dada aos seus mandatários para agirem conforme a lei e como “contra as leis não pode haver autoridade” (LOCKE, 2001, p. 566), caso eles ajam contrariamente à lei, a eles pode-se opor resistência, sem atingir diretamente o governante ou o governo. Entretanto, somente na impossibilidade de recorrer à lei se poderá usar a força, pois “nenhuma força deverá ser considerada hostil, a menos que não permita o remédio de tal apelo. E é apenas essa força que põe quem a usa em estado de guerra e torna legítimo resistir-lhe”. (LOCKE, 2001, p. 567) Destaque-se que Locke considera que, ainda que o recurso à lei não atenda à pretensão de reparação, caso o mal atinja apenas alguns indivíduos, a resistência exercida por um pequeno grupo está fadada a fracassar, motivo pelo qual dificilmente será levada a cabo por ser insuficiente para perturbar o governo. Se, porém, a maioria do povo for atingida pelos atos ilegais, ou, a partir de atos cometidos contra poucos, se convença de que está sob ameaça, assim como de que suas próprias leis e, com elas, “seus haveres, liberdades e vidas, correm perigo, e talvez até sua religião” (LOCKE, 2001, p. 569), poderão utilizar a força para se defender e provavelmente o farão. Isso ocorrerá quando o povo perceber um tipo de corrupção que corrói as estruturas criadas para defender o bem comum, as quais passam a atuar em sentido contrário; quando se torna visível a existência de conchavos e favorecimentos ou perseguições voltados à proteção não do povo, mas de interesses particulares dos agentes que circulam nas esferas do poder (LOCKE, 2001, p. 568-569) e quanto tudo isso aponta para uma tendência de repetição ou iminente ocorrência de atos arbitrários e autoritários contra as leis vigentes.

Locke inicia o capítulo que fala da dissolução do governo, distinguindo-a da dissolução da sociedade. Para ele, a dissolução de uma sociedade somente se dá pela invasão estrangeira (conquista), caso em que ela deixa de ser “um corpo único, integral e independente” (LOCKE, 2001, p. 571), sendo inevitável a dissolução do respectivo governo, tratando-se, portanto, de uma causa externa. Internamente, porém, podem ocorrer situações que levem à dissolução do governo, as quais passaremos a examinar:

a) Alteração do Legislativo – a busca pela paz, um dos fundamentos da formação da sociedade civil, passa pela certeza de que as controvérsias internas serão arbitradas e solucionadas pelo Legislativo, onde “os membros de uma sociedade política se unem e se compõem num só corpo vivo e coerente” (LOCKE, 2001, p. 573). Apenas aqueles nomeados pelo povo podem elaborar leis que obriguem a todos, de forma que, quando pessoas não autorizadas se investem do poder de elaborar leis, essas carecem de autoridade e o povo não é obrigado a obedecê-las:

[...] o povo se vê novamente livre da sujeição, podendo constituir um novo Legislativo, tal como julgar melhor, dispondo de **plena liberdade para resistir** à força daqueles que, sem autoridade, tentassem impor-lhe qualquer coisa. Todos estão à disposição de sua própria vontade quando aqueles a quem, por delegação da sociedade, cabia expressar a vontade pública se vêem impedidos de tal, e outros, desprovidos dessa autoridade ou delegação, vêm usurpar-lhes o lugar. (LOCKE, 2001, p. 573, grifo nosso).

Também, considera-se que ocorre alteração do Legislativo quando: o responsável pelo Legislativo coloca sua vontade acima das leis elaboradas, em conformidade com a autoridade delegada pelo povo; o governante impede/obstrui que o Legislativo se reúna nos momentos devidos para o exercício do poder que lhe foi delegado; o governante, usando de poder arbitrário, contrariando o interesse comum, altera os eleitores ou o processo eleitoral e quando o governante entrega o seu povo à sujeição de um domínio estrangeiro. Todos esses casos são de responsabilidade do príncipe que se deixou corromper e seduzir pelo poder, mas não se afasta a imputação da condição de conivente ao Legislativo que, podendo fazê-lo, não impeça ou ao menos dificulte tal investida. (LOCKE, 2001, p. 576-577)

b) Negligência ou renúncia do chefe do Executivo – quando o chefe do Executivo negligencia ou abandona seu cargo, as leis elaboradas para serem a conexão da sociedade ficam sem possibilidade de execução (anarquia). São as leis que mantêm a organização do corpo político, e onde elas não possam ser executadas, é como se não existissem, e não há governo sem leis, como Locke preconiza:

Onde não mais existe a administração de justiça para a garantia dos direitos dos homens e tampouco nenhum poder restante no seio da comunidade para dirigir a força ou prover às necessidades do público, com certeza não resta governo algum. Onde as leis não podem ser executadas é como se não houvesse leis, e um governo sem leis é, suponho, um mistério político, inconcebível para a capacidade humana e incompatível com a sociedade humana. (LOCKE, 2001, p. 577–578).

Seja pela alteração do Legislativo ou pela renúncia do Executivo, o governo se extingue e a sociedade fica livre para estabelecer um novo, alterando as pessoas e/ou a forma de governo, conforme decida. Não é necessário, porém, que o povo aguarde essas situações ocorrerem para alterar o Legislativo, pois isso seria dizer que ele precisa aguardar a desgraça acontecer para dela tentar escapar quando pode agir tempestivamente para evitar que ela ocorra.

c) Quebra de confiança pelo Legislativo ou pelo Executivo – quando o Legislativo e/ou o príncipe age(m) em contrariedade com o encargo que lhe(s) foi confiado.

Locke lembra que, tendo o povo se unido em sociedade para a preservação da sua propriedade, é justa a sua resistência ao Legislativo que a tente violar ou fazer de si mesmo ou de outrem senhor(es) “da vida, da liberdade ou bens do povo”:

[...] sempre que tais legisladores tentarem violar ou destruir a propriedade do povo ou reduzi-lo à escravidão sob um poder arbitrário, colocar-se-ão em estado de guerra **com o povo, que fica, a partir de então, desobrigado de toda obediência** e deixado ao refúgio comum concedido por Deus a todos os homens contra a força e a violência. (LOCKE, 2001, p. 579–580, grifo nosso)

Quando o Legislativo ofende, por ambição, medo, insanidade ou corrupção, a confiança depositada nele pelo povo, o poder reverte a este para constituir um novo Legislativo que atenda aos fins que o levaram a optar pelo estado civil em oposição ao estado de natureza. Tal se aplica, também, ao chefe do Executivo que, contrariamente ao que dele se espera, privilegie os próprios interesses e tente governar por regras diversas daquelas que obrigam o povo pelo consentimento, buscando um poder além daquele que pode ter. (LOCKE, 2001, p. 580)

Como visto, a resistência oposta individualmente tem muito mais probabilidade de sucesso quando exercida através da invocação da lei para a reforma do ato injusto ou para a reparação das suas consequências, pois as chances de sucesso do indivíduo que busque resistir pela força perante o governo seriam muito escassas. Mack (2009, p. 105) lembra, contudo, que, embora o conceito de Locke de resistência justificada não esteja necessariamente ligado ao de sociedade civil, os indivíduos avaliarão cautelosamente a conveniência de juntar forças para defender seus direitos contra o regime político vigente, pois serão reticentes em arriscar suas vidas e suas fortunas no exercício da resistência. No nível da resistência coletiva, por outro lado, estando esta investida do poder advindo do direito natural, nunca revogado, e da obstinação em atingir o fim maior do contrato social, que é a defesa da propriedade em sentido amplo e a preservação da própria sociedade civil, ingressamos em outra esfera: o estado de guerra.

Para Locke (2001, p. 568-569), o povo tende à estabilidade e à manutenção dos governos e não costuma buscar a ruptura da ordem vigente por fatos isolados, atos de corrupção, erros ou inconveniências no desempenho das funções públicas. Quando, porém, torna-se impossível ignorar os objetivos vis de um governo que trilha o caminho do abuso, da violência e da arbitrariedade, com previsíveis repetições futuras, o autor prevê que o povo resistirá e se levantará para romper com a ordem existente e estabelecer outra, que o proteja e lhe assegure o que buscava ao ingressar na sociedade civil: paz, proteção, segurança e respeito à sua propriedade. (MACK, 2009, p. 108)

Para aqueles que sustentem que ele defende e estimula a revolução, Locke afirma que a prerrogativa de alterar o governo que sua teoria estabelece é o melhor remédio contra a rebelião, pois trata da resistência à autoridade violada e não às pessoas. Conforme ele, “aqueles que, seja lá quem for, pela força abram caminho e pela força justifiquem sua violação dessas constitui-

ções e leis são, verdadeira e propriamente, rebeldes”. (LOCKE, 2001, p. 583–584)

O contrário de confiança merecida é confiança traída, e o remédio para essa traição é a revolução. Uma sociedade política legítima provê aos seus membros uma autoridade imparcial a quem recorrer e essa é uma de suas maiores vantagens, pois afasta o estado de guerra entre os homens e a necessidade de se apelar a Deus para a solução de conflitos. Mas a imparcialidade é uma conquista humana e não uma decorrência da lei constitucional, e os governantes são seres humanos. Eles devem exercer o poder sob as leis, pois não o fazendo, usando da força contra os interesses do povo, destroem sua própria autoridade e se colocam em estado de guerra com seus súditos, os quais terão o direito de resistir-lhes da mesma forma como resistiriam a qualquer outro agressor injusto.

Locke admite que, do exercício do direito de resistência, podem advir episódios de convulsão social; entretanto, ressalta a ilegalidade da violência impetrada por aqueles que fazem uso perverso dos poderes confiados a eles pelo povo, com tal frequência e tão ostensivamente que o povo não pode ignorar seus propósitos, não sendo concebível que ele seja obrigado a tudo suportar sem reagir.

Se de tais casos qualquer malefício sobrevir, não deverá ser creditado àquele que defende seu próprio direito e sim àquele que invade seu vizinho. Se o homem honesto e inocente deve ceder em silêncio tudo quanto possui, em nome da paz, àquele que se apodera violentamente de sua propriedade, quero que se considere que tipo de paz seria esta no mundo que consiste apenas em violência e rapinagem, e que deve ser mantida apenas para o benefício de ladrões e opressores. (LOCKE, 2001, p. 586)

Importante, neste ponto, destacar que, para Locke (2001, p. 584), o estado de guerra é, via de regra, estabelecido contra o povo e não por ele provocado, e decorre da quebra de confiança dos delegados que subvertem o poder do qual foram investidos, atuando em prol de interesses outros que não o do povo (LOCKE, 2001, p. 576-577). Mesmo assim, Locke destaca que:

[...] todo aquele que, governante ou súdito, pela força empreende invadir os direitos do príncipe

ou do povo e lança as bases para a derrubada da constituição e da estrutura de qualquer governo justo, é culpado do maior crime, penso eu, que um homem é capaz de cometer, devendo responder por todos os malefícios de sangue, rapinagem e desolação que o desmoronamento de um governo traz a um país. (LOCKE, 2001, p. 587–588)

Para o autor, todos os que usam “de força sem direito, assim como todos aqueles que o fazem na sociedade contra a lei” (LOCKE, 2001, p. 588–589) se colocam em estado de guerra com aqueles a que oprimem, com o que se suspendem todos os outros direitos, cabendo ao agredido o direito de se defender e de resistir ao agressor e:

Em todos os estados e condições, o verdadeiro remédio para a força sem autoridade é opor-lhe a força. O uso da força sem autoridade põe sempre aquele que a emprega em estado de guerra, como agressor, e sujeita-o a ser tratado nos mesmos termos. (LOCKE, 2001, p. 523)

A dissolução do governo, no entanto, não implica na dissolução da sociedade, o que se depreende dos trechos a seguir:

[...] por uma tal transgressão ao encargo confiado ele perde o direito ao poder que o povo lhe depôs em mãos para fins totalmente opostos, revertendo este ao povo, que tem o direito de resgatar sua liberdade original e, pelo estabelecimento de um novo Legislativo (tal como julgar adequado), de prover à própria segurança e garantia, que é o fim pelo qual vive em sociedade. (LOCKE, 2001, p. 580).

.....

[...] o poder que cada indivíduo deu à sociedade quando nela ingressou não pode jamais retornar aos indivíduos enquanto durar essa sociedade, permanecendo para sempre na comunidade. Pois, sem isso, não poderá haver comunidade nem sociedade política, o que é contrário ao acordo original. (LOCKE, 2001, p. 600)

Cabe ao povo, que designou os depositários de seus direitos, julgar se eles estão agindo conforme o encargo que lhes foi confia-

do, reservando-se-lhe o direito de afastar os que fracassarem (LOCKE, 2001, p. 599), o que, segundo Mack, aponta que, uma vez que, para Locke, a sociedade conferiu sua confiança ao Legislativo e ao chefe do Executivo, quando essa confiança é quebrada, o estado de natureza que se estabelece é entre a sociedade e o infrator e não entre os membros da sociedade. (MACK, 2009, p. 105)

O povo tem o dever e o direito de avaliar se há razões suficientes e legítimas para resistir ao governante pela força - pois na sociedade se fundem a reparação individual pelo direito aviltado e a responsabilidade pela recomposição da ordem política - para punir aqueles que o traíram e, assim, restaurar a confiança sem a qual a vida humana como tal não é possível. Apesar de todo ser humano ter o direito de eliminar "os brutos perigosos", o dever de preservar a sociedade civil é maior do que o direito de vingar injúrias individuais, pelo que a revolução, para Locke, não é um ato de vingança, mas de restauração e reelaboração de uma ordem política violada. Nesse sentido, ressalta que a Inglaterra de Locke tinha uma tradição constitucional e que a teoria constante nos Dois Tratados dependia de uma experiência prévia política e cultural que permitisse que cidadãos comuns mantivessem consigo a prerrogativa de agir e o direito de resistir. Sem ter existido, em algum momento, na sociedade, uma ordem política legítima, não há o que ser restaurado e é improvável que uma vingança, mesmo justa, faça surgir uma nova sociedade civil a partir do nada. (DUNN, 2003, p. 88-91) Por isso, para Locke, dissolvido o governo, os homens permanecem em sociedade e farão nova tentativa de estabelecer um sistema com representantes que garantam os objetivos que os levaram a abandonar o estado de natureza.

Conclusão

O pensamento político de Locke se assenta sobre três pilares: o estado de natureza, o contrato social e a sociedade civil, sendo o segundo o mediador da transição do primeiro para o último. O contrato social é um pacto revogável em que os homens aderem a uma entidade coletiva – a sociedade civil –, que passará a funcionar sob regras conhecidas, fixas e aceitas, elaboradas por um poder supremo – o Legislativo –, aplicadas por juízes imparciais e garantidas pelo Executivo. O fim maior desse pacto é criar condições para que todos possam desfrutar, em paz e com segurança, da propriedade, definida para esse fim como o conjunto de direitos à vida, liberdade e bens de cada um dos membros dessa sociedade.

Se no estado de natureza cada homem era executor das leis naturais, que todos aplicavam com base na razão, na sociedade civil surgem as leis positivas, as quais suplementam aquelas no sentido de compensar lacunas de percepção e de padronizar e garantir (coercitivamente) os comportamentos aceitos por essa sociedade no desenvolvimento das suas relações internas. A teoria de Locke é, portanto, relacional, pois envolve uma dinâmica em que o que é meu é aceito por ti como meu e respeitada a limitação que eu imponha ao acesso a isso, enquanto eu respeito e reconheço o que é teu na mesma medida de respeito e aceitação.

No entanto, se a atribuição da propriedade pela aplicação do trabalho de cada um àquilo que se encontrava inexplorado ou subexplorado em estado natural passa a ser convencional, a sua manutenção depende de uma responsabilidade pelo uso dessa propriedade conforme os melhores interesses da comunidade como um todo, de forma que Locke é visto como um dos precursores da ideia de função social da propriedade. Para ele, a propriedade não é absoluta, nem se concebe que possa ser estéril; deve ser motor do desenvolvimento de toda a sociedade, pois somente assim seu detentor terá legitimidade para invocar domínio exclusivo daquilo que tornou particular.

A Teoria da Propriedade de Locke inserida nos *Dois Tratados sobre o Governo* constitui um divisor de águas no pensamento político e vem ecoando sobre as concepções sociopolíticas das sociedades ocidentais há mais de 300 anos. Nesse meio-tempo, Locke foi interpretado de diferentes maneiras, mas seu legado ultrapassou a barreira do tempo e repercute até hoje, sendo invocado para sustentar concepções que tenham por base a defesa dos direitos individuais e coletivos, a propriedade, a importância e a limitação da ação do Estado para o atingimento de uma sociedade que funcione de modo a promover o respeito ao indivíduo, às diferenças e ao pluralismo de ideias e de crenças. (SANTOS, 2017, p. 481-488)

Peter Laslett, na versão comentada de *Dois Tratados sobre o Governo* (LOCKE, 1960, p. 104-104), faz uma reflexão interessante, afirmando que, independentemente de eventuais lacunas ou confusões que possam ser detectadas na doutrina da propriedade de Locke, sua teoria foi original e tem reconhecidamente grande influência na forma pela qual os homens passaram a analisar as origens sociopolíticas. O respeito aos valores inerentes à liberdade e à igualdade como direito natural foi, desde logo, identificado com posições políticas contemporâneas ao próprio autor

(o Partido Whig), além de proporcionar uma leitura utilitarista conforme alguns. A base de reconhecimento de direitos políticos, econômicos e sociais dos *Dois Tratados sobre o Governo* oportunizou uma leitura de viés marxista, em que Locke surgia como aliado dos detentores dos meios de produção, mas, ainda, paradoxalmente, também foi visto como propagador do que viria a ser definido como “ideias socialistas” pelo forte componente comunitário identificado em sua obra por outras abordagens, como aquela levada a cabo por Macpherson (1979).

John Dunn (2003, n.p.) assegura que, embora os *Dois Tratados...* apresentem diversos temas importantes, hoje esse trabalho é reconhecido como tendo sido elaborado para afirmar o direito de resistir à autoridade injusta, ou seja, em última instância, um direito de revolução, atacando o poder absoluto e definindo limites constitucionais à autoridade do rei. Além disso, Dunn, que aborda aspectos teológicos da obra de Locke, ressalta que, através do trabalho, para o autor, o homem estabelece a propriedade, porém, antes de tudo, observa a primeira lei natural, que é a da autopreservação. Autopreservação essa que desemboca em deveres individuais e sociais para a conservação de toda humanidade, realizando os desígnios de Deus.

Não há conceitos eternos e imutáveis, e Locke estabeleceu determinadas categorias a partir do contexto em que se movimentava e conforme o panorama político, social e econômico de sua era. Falar em liberalismo ou comunismo como estando presentes em sua obra seria antecipar conceitos que, então, não existiam, para instrumentalizar ideias de forma a que se encaixem em ideologias apenas posteriormente formatadas. O que podemos realmente concluir, e que é comum às diversas abordagens, excluindo-se interesses e intenções do autor aos quais não temos, pela mera leitura, acesso, é que Locke, em um contexto em que imperava o poder ilimitado do soberano, sem espaço para direitos hoje ditos fundamentais, estabeleceu uma linha de pensamento revolucionária (seja no sentido de ser uma abordagem disruptiva, seja no sentido literal de ver a revolução como meio de proteção dos interesses dos cidadãos): não apenas ele deslocou a origem do poder político de Deus para os homens enquanto sujeitos ativos e independentes, como também subordinou o governante a leis elaboradas pelos e para os membros da sociedade política. Nesse movimento, estabeleceu limites “visíveis” aos delegados do povo que receberam o encargo de manter a unidade, o equilíbrio e a justiça na mediação dos conflitos inerentes ao choque de interesses, característicos do convívio

vio em coletividade de criaturas com tendências individualistas. Para ele, a coletividade somente pode desenvolver-se na certeza da garantia da propriedade de cada um no que respeita a suas vidas, liberdades e bens tanto em relação aos demais membros do corpo civil, como em relação aos próprios componentes dos Poderes Legislativo e Executivo. Fez isso mantendo na coletividade uma “reserva” do poder original dos homens que lhes possibilita fiscalizar permanentemente o cumprimento do encargo confiado, assim como a aderência da atuação dos agentes políticos com o bem comum. Sempre que eles se desviarem dos objetivos da estrutura arquitetada para a proteção de cada um e, por derivação, de todos, o povo retoma o poder para si e redefine o desenho desse arcabouço político de modo a realinhar e restaurar a ordem violada.

Se Locke demonstra uma permanente preocupação com a afirmação do direito natural sobre o direito legislado, que o complementa sem revogar, também revela a sua visão de que o corpo civil deve manter-se fiel ao contrato que firmou, enquanto seus termos forem observados. A resistência não tem o objetivo de eliminar qualquer forma de governo. Ela tem o objetivo de desempossar a tirania. Daí a definição de resistência justificada, pois a estabilidade somente poderá ser quebrada por uma violação tal, e a tantos dirigida, que torne insustentável a manutenção do governo na maneira em que ele se desenvolve. Tanto quanto possível, o direito será o mediador do choque de interesses, em especial do que envolve particulares ou o particular e o governo. Quando, no entanto, a violação dirigir-se ao coletivo e revelar-se de tal iniquidade que o povo se perceba em perigo e vulnerável aos desmandos e caprichos daqueles que o deveriam servir, nada mais pode-se esperar além de que essa massa se levante com toda a força dos direitos inatos de que dispõe contra aqueles que desonram sua posição e ofendem a confiança neles depositada.

Individual ou coletivo, o exercício do direito de resistência diante da quebra de confiança, pelos agentes políticos, em relação àquilo que o povo contratou com eles, manejado como Locke o concebe, despessoaliza a oposição ao poder arbitrário. Não se resolve mais a tirania pelo assassinio do governante, porque outro assumirá em seu lugar dentro da mesma lógica de poder e nada mudará. A saída se dá pela destituição do traidor da confiança do povo e, em última instância, pela revisão dos instrumentos e da mecânica de governo, superando-se as lacunas que permitiram a violação dos termos do contrato social.

Permanece a sociedade, permanece o pacto, permanecem os objetivos; altera-se, porém, a outorga para que, na próxima tentativa, os termos de investidura e de ação daqueles que o povo colocar à frente do governo não lhes deem espaço para falharem em sua missão.

Referências

- BERNS, L. THOMAS HOBBS. *In*: STRAUSS, L.; CROUSEY, J. (org.). **History of Political Philosophy**. 3ªed. Chicago, US: The University of Chicago Press, 1987. p. 396–420.
- BLOOM, Allan. JEAN-JACQUES ROUSSEAU. *In*: STRAUSS, L.; CROUSEY, J. (org.). **History of Political Philosophy**. 3ªed. Chicago, US: The University of Chicago Press, 1987. p. 559–580.
- BOBBIO, N. **A Teoria das Formas de Governo**. São Paulo: Edipro, 1998.
- BOYD, R. Locke on Property and Money. *In*: STUART, M. (org.). **Blackwell Companions to Philosophy - A Companion to Locke**. 1ªed. West Sussex: Wiley Blackwell, 2015. v. 59, p. 394–412.
- BUZANELLO, J. C. **Direito de Resistência Constitucional**. 4ª ed. Curitiba: Juruá Editora, 2019.
- DUNN, J. **LOCKE - A Very Short Introduction**. New York: Oxford University Press, 2003.
- DUNN, J. **The Political Thought of John Locke: an historical account of the argument of the 'Two treatises of government'**. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1995.
- GOLDWIN, R. JOHN LOCKE. *In*: STRAUSS, L.; CROUSEY, J. (org.). **History of Political Philosophy**. 3ªed. Chicago, US: The University of Chicago Press, 1987. p. 396–420.
- GRANADO, G. **A Teoria Contratualista do Estado - Convergências e Divergências em T. Hobbes, J. Rousseau e J. Locke**. Rio de Janeiro: Gramma Editora, 2018.
- HOBBS, T. **Cambridge Texts in the History of Political Thought - Hobbes: Leviathan**. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1996.
- IVISON, D. Locke, liberalism and empire. *In*: ANSTEY, P. R. (org.). **Routledge Studies in Seventeenth-Century Philosophy - The philosophy of John Locke: New perspectives**. London: Routledge, 2003. p. 225.
- KLEIDOSTY, J.; JACKSON, I. **An Analysis of John Locke's Two Treatises of Government**. 1. ed. London: Macat Library, 2017.
- KRAMER, M. H. **John Locke and the Origins of Private Property - Philosophical Explorations of Individualism, Community, and Equality**. 1. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

- LASLETT, Peter. Introduction. In: LOCKE, John. **Two Treatises of Government**. Cambridge: Cambridge University Press, 1960.
- LASLETT, Peter. Apresentação. In: LOCKE, John. **Dois Tratados sobre o Governo**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- LOCKE, J. **Cambridge Texts in the History of Political Thought - Locke: Two Treatises of Government**. Cambridge: Cambridge University Press, 1960.
- LOCKE, J. **Dois Tratados sobre o Governo- John Locke**. [S. l.]: Martins Fontes, 2001.
- MACK, E. **Major Conservative and Libertarian Thinkers - John Locke**. New York: Continuum, 2009.
- MACPHERSON, C. B. **Coleção Pensamento Crítico - A teoria política do individualismo possessivo, de Hobbes até Locke**. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1979. v. 22.
- MAQUIAVEL, N. **O Príncipe**. 1ª ed. São Paulo: Hunter Books Editora, 2014.
- MARSHALL, J. **Cambridge Studies in Early Modern British History - JOHN LOCKE - Resistance, Religion and Responsibility**. Cambridge: Cambridge University Press, 1994.
- MORE, T. **Coleção Clássicos IPRI - Utopia**. Brasília: Editora Universidade de Brasília: Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais, 2004.
- OTTONICAR, F. G. C. John Locke e o direito de resistência. **Investigação Filosófica**, Macapá, v. 10, n. 1, 2019.
- QUADROS, D. G. de. O Estado no Modelo Contratualista. In: **O Estado na Teoria Política Clássica - Platão, Aristóteles, Maquiavel e os Contratualistas**. 1ª ed. São Paulo: Editora Intersaberes, 2016.
- ROTERDÃ, E. de. **Educação de um Príncipe Cristão**. [S. l.: s. n.], 2004. Disponível em: <https://docplayer.com.br/3129163-Erasmo-de-roterda-a-educacao-de-um-principe-cristao-traducao-de-vanirata-vares-de-sousa-erasmo-de-holbein-o-moco-louvre-paris.html>.
- ROUSSEAU, J.-J. **Cambridge Texts in the History of Political Thought - Rousseau: The Discourses and Other Early Political Writings**. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1997.
- SANTOS, A. C. John Locke e a Diversidade de Interpretações. **Sapere Aude**, Belo Horizonte, v. 8, n. 16, 2017.
- SHAPIRO, I. et al. Rethinking the Western Tradition. In: SHAPIRO, I. (org.). **Rethinking the Western Tradition - Two Treatises of Government and A Letter Concerning Toleration**. New York: Yale University Press, 2003.
- SIMMONS, A. J. Locke on the Social Contract. In: STUART, M. (org.). **Blackwell Companions to Philosophy - A Companion to Locke**. 1ª ed. West Sussex: Wiley Blackwell, 2015, v. 59.

SKINNER, Q. **As fundações do pensamento político moderno.** São Paulo: Cia das Letras, 1996.

TULLY, J. **A Discourse on Property: John Locke and his Adversaries.** New York: Cambridge University Press, 2006.

Paradoxos da evolução tecnológica na sociedade contemporânea

Luis Felipe Rodrigues

*Bacharel em Ciências da Computação pela
Universidade Federal do Rio Grande do Sul
Pós-Graduado em Ciências Humanas, Sociologia,
História e Filosofia pela PUCRS*

RESUMO

A tecnologia tem transformado a sociedade há séculos, em ramos tão diversos quanto agricultura, medicina e transportes, entre outros. Nas últimas décadas, em especial, o mundo tem assistido a evoluções tecnológicas em velocidades sem precedentes. Tal situação causa impacto direto no desenvolvimento da sociedade e na estrutura social correspondente. Este artigo visa analisar alguns aspectos, positivos e negativos, da evolução tecnológica na sociedade, especialmente os efeitos em termos de desenvolvimento humano, econômico e social.

Palavras-Chave: Tecnologia. Ciência. Sociedade. IDH.

ABSTRACT

Technology has transformed society for centuries, in fields as diverse as agriculture, medicine and transport, among others. In the last decades, in particular, the world has witnessed technological developments at unprecedented speeds. Such a situation has a direct impact on the development of society and the corresponding social structure. This article aims to analyze some aspects, positive and negative, of technological evolution in society, especially the effects in terms of human, economic and social development.

Keywords: Technology. Science. Society. HDI.

Introdução

A ciência e a tecnologia têm transformado profundamente a sociedade, desde o início do uso de ferramentas rudimentares e do domínio das primeiras técnicas agrícolas, que permitiram

ao homem abandonar o estilo de vida nômade, até as tecnologias do início do século XXI, as quais permitem comunicações virtualmente instantâneas entre quaisquer dois locais no mundo.

As transformações na sociedade impactam diretamente o modo de vida dos seres humanos. De uma natureza nômade de caçadores e coletores em meio à natureza, passamos em relativamente pouco tempo a um estilo de vida urbano, sedentário e ansiogênico. Dessa forma, é plausível nos perguntarmos: as transformações advindas da evolução tecnológica têm gerado mais benefícios ou efeitos negativos à sociedade?

Para responder a esta pergunta, realizaremos uma revisão da literatura sobre o tema, buscando correlacionar inovações tecnológicas com dados e informações sobre indicadores econômicos e sociais. Inicialmente, apresentaremos um histórico dos principais avanços tecnológicos (técnicas agrícolas, imprensa, medicina, revolução industrial, eletricidade, comunicações, entre outros) que impactaram a vida da sociedade e a relação destes com os indicadores citados. Em seguida, focaremos principalmente na evolução, nas últimas décadas, de duas das áreas mais importantes da atual era da informação: computação e telecomunicações. Avaliaremos o impacto dessas tecnologias no modo de vida, nas interações sociais, na cultura e na educação dos indivíduos, entre outros aspectos. Por fim, avaliaremos possíveis consequências futuras de tecnologias em ascensão nos dias de hoje.

Em uma sociedade altamente dependente da tecnologia, baseada em evoluções decorrentes especialmente de áreas das ciências exatas, é de extrema importância que estudos das áreas de ciências humanas nos ajudem a compreender e lidar com essas transformações. Este trabalho visa colaborar neste sentido.

1 Desenvolvimento

1.1 Breve história do desenvolvimento tecnológico até o século XXI

Por milhares de anos, nossos ancestrais viveram de forma nômade, sobrevivendo com base nos recursos naturais disponíveis, alimentando-se principalmente da coleta de frutos e da caça de animais. O desenvolvimento de ferramentas rudimentares e o domínio do fogo representaram inovações fundamentais em nossa história. Em especial, o consumo de alimentos cozidos a partir do uso do fogo permitiu a absorção mais eficiente dos nutrientes e aumentou drasticamente a quantidade de energia

disponível para o ser humano, potencializando a evolução humana e, em especial, seu desenvolvimento cerebral (BELO, 2017).

A capacidade cerebral diferenciada do ser humano propiciou o desenvolvimento de novas ferramentas e técnicas. Com o tempo, essas técnicas permitiram o cultivo de alimentos e a domesticação dos animais, possibilitando que o homem criasse raízes em um local. Essa mudança, conhecida como Revolução Agrícola, ocorreu há cerca de 10 mil anos, quando surgiram os primeiros vilarejos e cidades.

Desde então, o desenvolvimento de diversas tecnologias foi impulsionado ao longo dos séculos. Inovações em áreas distintas, como agricultura, metalurgia, indústria têxtil e de navegação, entre outras, levaram a mudanças graduais na sociedade. A criação da primeira máquina de impressão no séc. XV, por exemplo, propiciou um enorme avanço na divulgação de informações e do conhecimento, ainda que restrita a uma parcela reduzida da sociedade.

Entretanto, os avanços tecnológicos anteriores ao século XVII, tais como moinhos de vento e a tecnologia de irrigação, não resultaram em um crescimento econômico sustentável. No período pré-industrial, eles elevaram os padrões de vida temporariamente e aumentaram o tamanho da população de forma permanente (ROSER, 2013).

O crescimento das cidades trouxe novos desafios, como os problemas decorrentes de falta de saneamento e a conseqüente proliferação de doenças. Apenas a partir do final do século XIV começaram a surgir avanços significativos na medicina, como a invenção do microscópio e a descoberta da relação entre doenças e contaminação por micro-organismos. Essas inovações, entre outras, foram responsáveis por reduções notáveis nos índices de mortalidade e pelo aumento da expectativa de vida, como veremos adiante.

A Revolução Industrial, no século XVIII, transformou profundamente a forma de viver da sociedade, a partir do surgimento de máquinas que alteraram de forma radical os processos de produção. Houve a substituição da energia humana e animal pela inanimada, com eficiência multiplicada, bem como a aceleração da troca da capacidade humana por instrumentos mecânicos e a descoberta e melhoria de métodos de obtenção e elaboração de matérias-primas (DATHEIN, 2003). Esta revolução também altera o estilo de vida do homem, que passa a migrar massivamente do campo para a cidade, muitas vezes sujeitando-se a condições degradantes de trabalho.

No século XIX, ocorreram avanços notáveis no domínio da eletricidade. A partir da descoberta de como produzir energia elétrica a partir da variação do campo magnético que percorre um elemento condutor, surgiram diversas aplicações na geração de correntes elétricas. Com o avanço do conhecimento sobre eletricidade e eletromagnetismo, foi aberto um amplo leque de possibilidades para novas tecnologias do futuro, tais como lâmpadas elétricas, telégrafo, dispositivos eletrônicos, rádios, televisores, telefones, computadores e comunicações via rádio.

As novas condições de trabalho, conflitos regionais, políticos e étnicos, contudo, resultaram em duas grandes guerras mundiais. A Segunda Guerra, em especial, teve como efeito colateral uma aceleração do desenvolvimento tecnológico motivado por objetivos militares. Um dos primeiros dispositivos computacionais é desenvolvido, com o objetivo de decifrar mensagens criptografadas, contribuindo significativamente para os rumos da guerra. Desenvolve-se a energia nuclear, que acaba sendo utilizada ao final do conflito mundial.

O domínio da tecnologia nuclear pelas duas maiores potências mundiais pós-guerra, as quais passam a ser antagônicas ao final do conflito, leva o mundo a uma guerra fria entre Estados Unidos e União Soviética, que persiste durante décadas. A disputa entre as duas superpotências estimula o desenvolvimento de tecnologias espaciais, como o lançamento de foguetes ao espaço, a tecnologia de satélites e o desenvolvimento da estação espacial internacional.

A partir da criação do transistor, a evolução computacional começa a acelerar-se. Nos anos 1970, são criadas as primeiras redes de computador em ambientes restritos. Em paralelo, há uma ampliação das redes de telefonia e das comunicações via rádio e via satélite. A capacidade de processamento computacional passa a evoluir rapidamente nos anos seguintes. Gordon Moore e Ray Kurzweil perceberam que a taxa de crescimento e a de eficiência das tecnologias dobravam a cada 18 meses, gerando um crescimento exponencial no desempenho dos equipamentos (BROCK, 2006).

A partir dos anos 1980, são desenvolvidas interfaces mais amigáveis aos usuários, possibilitando o surgimento dos primeiros computadores pessoais, enquanto as primeiras redes de telefonia celular entram em operação. O início do uso de equipamentos de transmissão via fibra ótica possibilita um amplo incremento das taxas de transmissão de dados. A expansão da internet e da telefonia celular ocorre nos anos 1990, e as duas áreas fundem-se com a massificação do uso de smartphones nos anos 2000.

1.2 Impactos da tecnologia na sociedade

Para avaliarmos se predominam mais aspectos positivos ou negativos a partir do impacto das tecnologias, iremos realizar algumas comparações entre desenvolvimento tecnológico ao longo da história com diferentes indicadores sociais em períodos similares. Os gráficos apresentados a seguir foram obtidos de artigos disponíveis na plataforma <https://ourworldindata.org>, uma iniciativa que apresenta uma ampla gama de indicadores mundiais.

Os dois gráficos a seguir apresentam dados sobre inovações importantes dos últimos séculos, de forma que os consideraremos como parâmetro de comparação para a evolução tecnológica. O Gráfico 1 apresenta a expansão de tecnologias diversas no EUA entre 1800 e 2003. O Gráfico 2 refere-se à disponibilidade de serviços essenciais, como água encanada e energia elétrica, nos lares norte-americanos entre 1860 e 2005 (RITCHIE, 2017).

Compararemos esses dados, inicialmente, com o crescimento populacional e econômico nos últimos séculos, que são apresentados a seguir nos gráficos 3 e 4. Percebe-se, claramente, uma correlação entre o desenvolvimento tecnológico e o crescimento populacional e econômico nos dois últimos séculos, em especial no período após a Revolução Industrial.

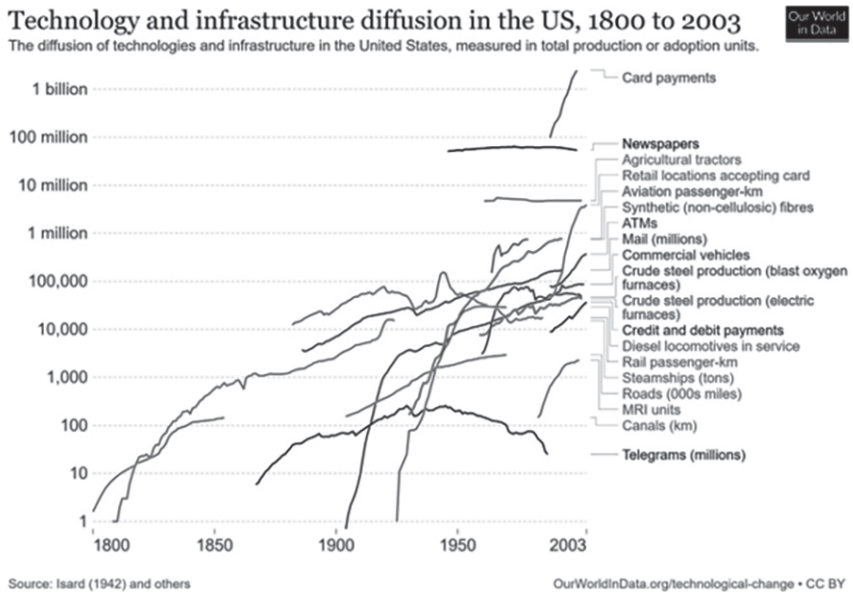


Gráfico 1 – Difusão de Tecnologias

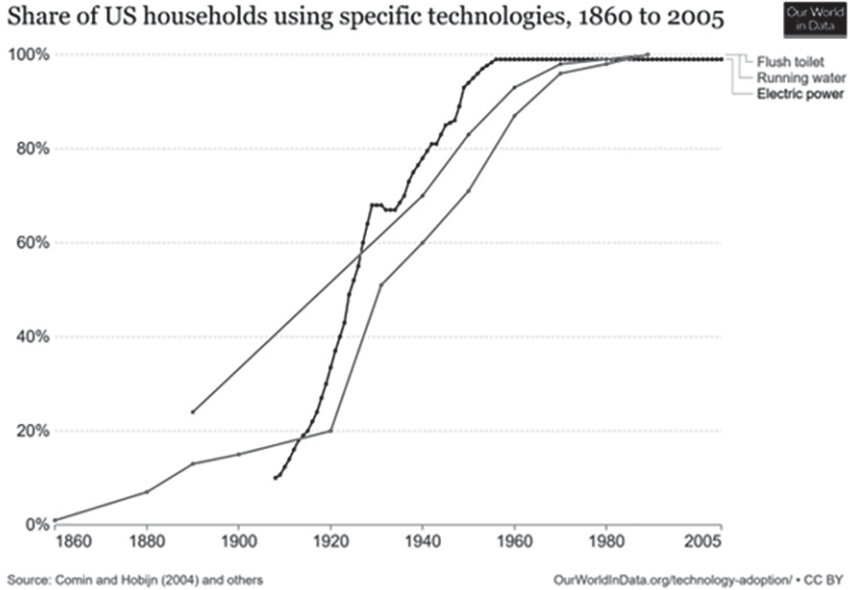


Gráfico 2 – Disponibilidade de Tecnologias

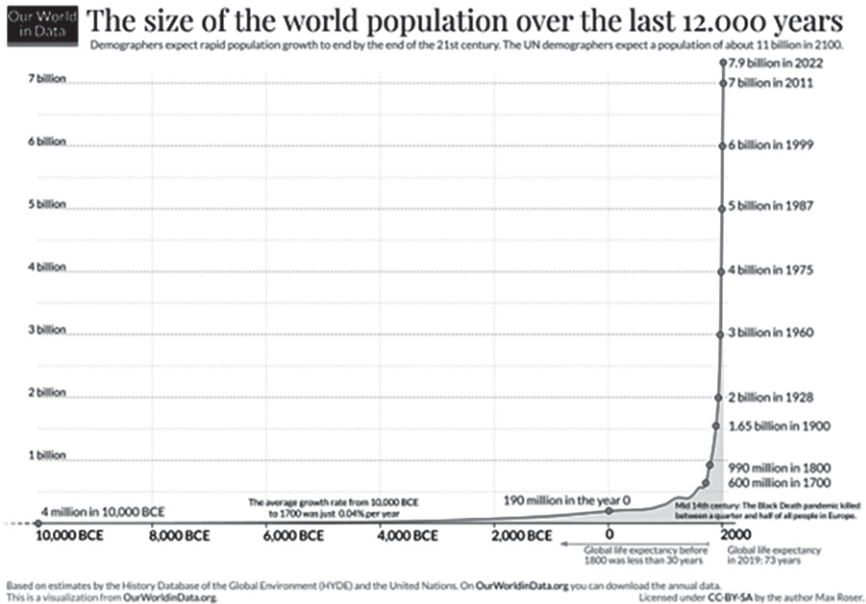
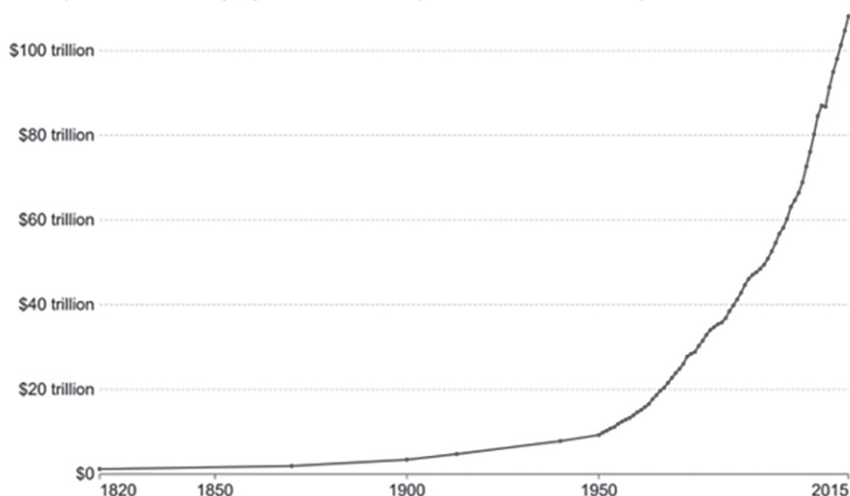


Gráfico 3 – Crescimento Populacional Mundial

World GDP over the last two millennia

Total output of the world economy; adjusted for inflation and expressed in international-\$ in 2011 prices.



Source: World GDP - Our World In Data based on World Bank & Maddison (2017)

OurWorldInData.org/economic-growth - CC BY

Gráfico 4 – Crescimento Econômico Mundial

O crescimento econômico é importante porque é um meio para outros fins. A prosperidade crescente possibilita o acesso de pessoas à alimentação, à saúde, à educação, ao entretenimento, à férias e muito mais. O crescimento econômico sustentável é um fenômeno muito recente, como o gráfico demonstra, tendo sido alcançado apenas nos últimos 200 anos e, de maneira mais significativa, na segunda metade do século XX.

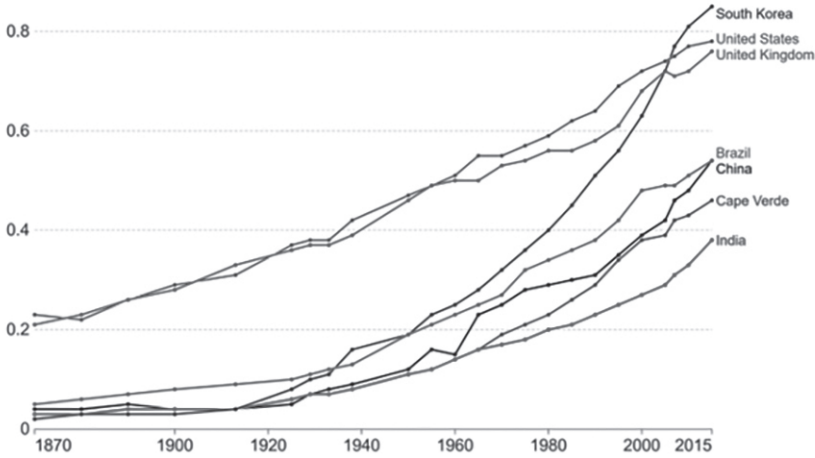
No entanto, seria errado focar apenas nesse indicador. Por isso, é importante considerarmos outras métricas, tais como saúde, educação, desigualdade social e impacto humano no meio ambiente, entre outros. O Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) é um índice que mede as principais dimensões do desenvolvimento humano. As três dimensões principais são expectativa de vida, escolaridade e renda nacional bruta *per capita*.

O historiador econômico Leandro Prados de la Escosura calculou o IDH ao longo de dois séculos. No Gráfico 5, são mostrados os dados de alguns países, para dar uma perspectiva de longo prazo sobre o desenvolvimento humano. Nota-se, novamente, uma correlação significativa com o período de ampliação do desenvolvimento tecnológico.

Historical Index of Human Development, 1870 to 2015



The Historical Index of Human Development (HIHD) is a summary measure of average achievement in three key dimensions of human development: a long and healthy life, being knowledgeable and having a decent standard of living.



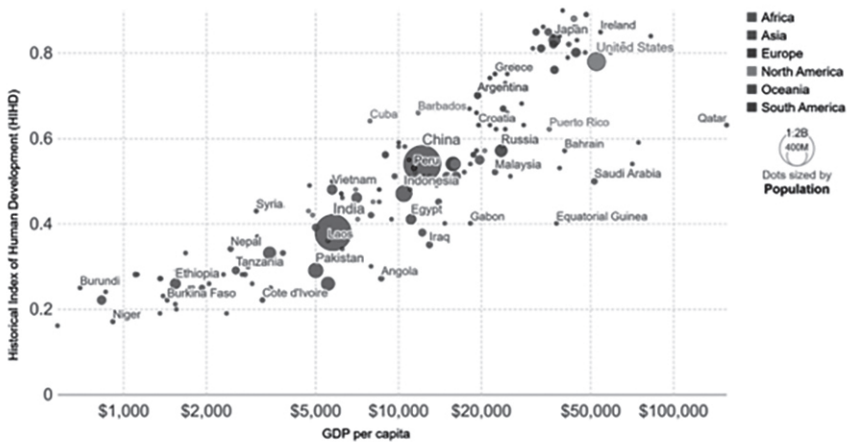
Source: Prados de la Escosura (2018) OurWorldInData.org/human-development-index • CC BY

Gráfico 5 – Histórico do IDH

Historical Index of Human Development vs. GDP per capita, 2015



Historical Index of Human Development (HIHD), measured from 0 to 1 (where highest is best) versus gross domestic product (GDP) per capita, measured in 2011 international-\$. HIHD is a composite measure of development derived from the variables average life expectancy, literacy rates, educational enrolment and GDP per capita.



Source: Prados de la Escosura (2018), Maddison Project Database 2020 (Bolt and van Zanden (2020)) OurWorldInData.org/human-development-index • CC BY

Gráfico 6 – Relação entre IDH e PIB per capita

O Gráfico 6 demonstra que há uma correlação entre países mais ricos e níveis mais altos de IDH. Isso ocorre em parte porque a renda média é, em si, uma das três dimensões medidas pelo IDH e em parte porque as outras duas dimensões, educação e saúde, estão correlacionadas com o PIB *per capita*.

A expectativa de vida permaneceu bastante estável durante a maior parte da história, até a humanidade começar a progredir significativamente no tratamento de doenças, há apenas algumas gerações. Sem medidas de saúde pública e sem medicamentos eficazes, as doenças estavam matando a maioria das pessoas em uma idade muito jovem. Essa era a realidade da humanidade até muito recentemente.

A expectativa de vida dobrou em todas as regiões do mundo nos últimos séculos. Globalmente, a expectativa de vida aumentou de uma média de 29 anos na era pré-industrial para 73 anos em 2019. O Gráfico 7 apresenta dados sobre a expectativa de vida em diferentes regiões do mundo.

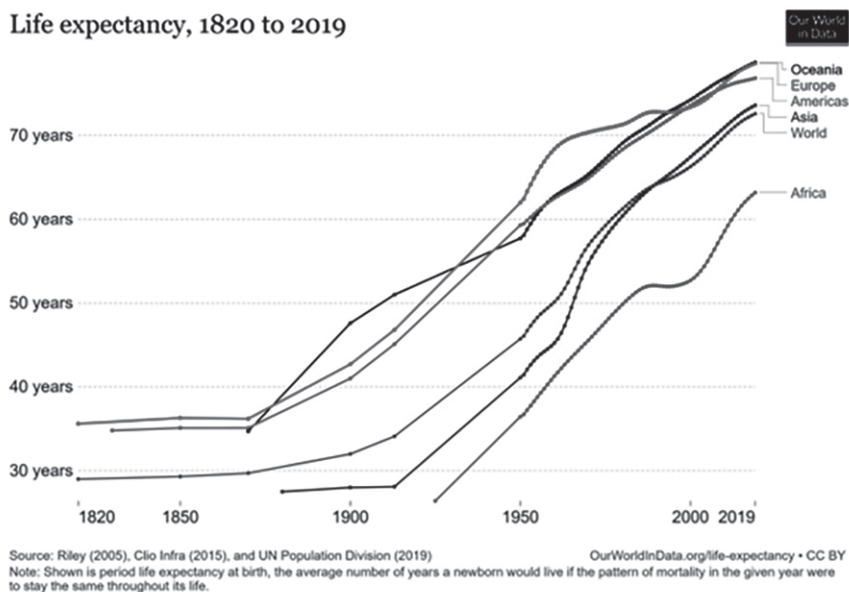


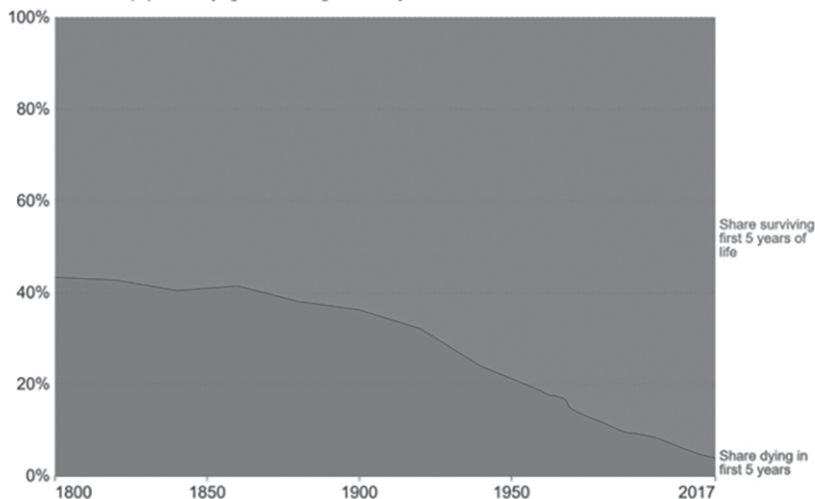
Gráfico 7 – Expectativa de Vida

Outro indicador importante é o de mortalidade infantil, o qual foi reduzido rapidamente a partir do Iluminismo. Há alguns séculos, a mortalidade infantil era muito alta: na Suécia do século XVIII, morria um terço das crianças, e na Alemanha do

século XIX, morria uma em cada duas crianças. Com o declínio da pobreza e o aumento do conhecimento e dos serviços no setor da saúde, a mortalidade infantil em todo o mundo diminuiu rapidamente: a mortalidade infantil global caiu de 19% em 1960 para pouco menos de 4% em 2017. Nos países ricos, hoje a mortalidade infantil é muito inferior a 1%. O declínio dos níveis globais de mortalidade infantil é apresentado no Gráfico 8.

Global child mortality

Share of the world population dying and surviving the first 5 years of life.



Source: Gapminder and the World Bank

OurWorldInData.org/child-mortality • CC BY

Gráfico 8 – Mortalidade Infantil

Vale destacar que os progressos na sociedade nunca ocorreram de forma equilibrada, em função da desigualdade social. A desigualdade econômica nas sociedades pré-modernas era extremamente alta, e a pessoa média vivia em condições que hoje chamaríamos de extrema pobreza. Houve avanços nos últimos séculos, mas a questão ainda é um grande desafio. O Gráfico 9 apresenta a distribuição dos rendimentos no mundo em 3 pontos no tempo.

Em 1800, poucos países haviam alcançado crescimento econômico. O gráfico mostra que a maior parte do mundo vivia na pobreza com uma renda semelhante à dos países mais pobres hoje. Em 1975, o mundo mudou, tornou-se muito desigual. O mundo se dividiu em um mundo pobre e em desenvolvimento e um mundo desenvolvido que era mais de 10 vezes mais rico. Quarenta anos depois, a distribuição de renda mundial mudou novamente. Em muitos países mais pobres, especialmente no

Sudeste Asiático, a renda cresceu mais rapidamente do que nos países ricos. Embora permaneçam enormes diferenças de renda, o mundo não se divide mais em dois grupos de países “desenvolvidos” e “em desenvolvimento”. A renda de muitos dos cidadãos mais pobres do mundo aumentou, e a pobreza extrema caiu mais rápido do que nunca na história da humanidade. Em 1800, 90% das pessoas viviam abaixo da linha da pobreza; em 2010, esse valor foi reduzido para 9%.

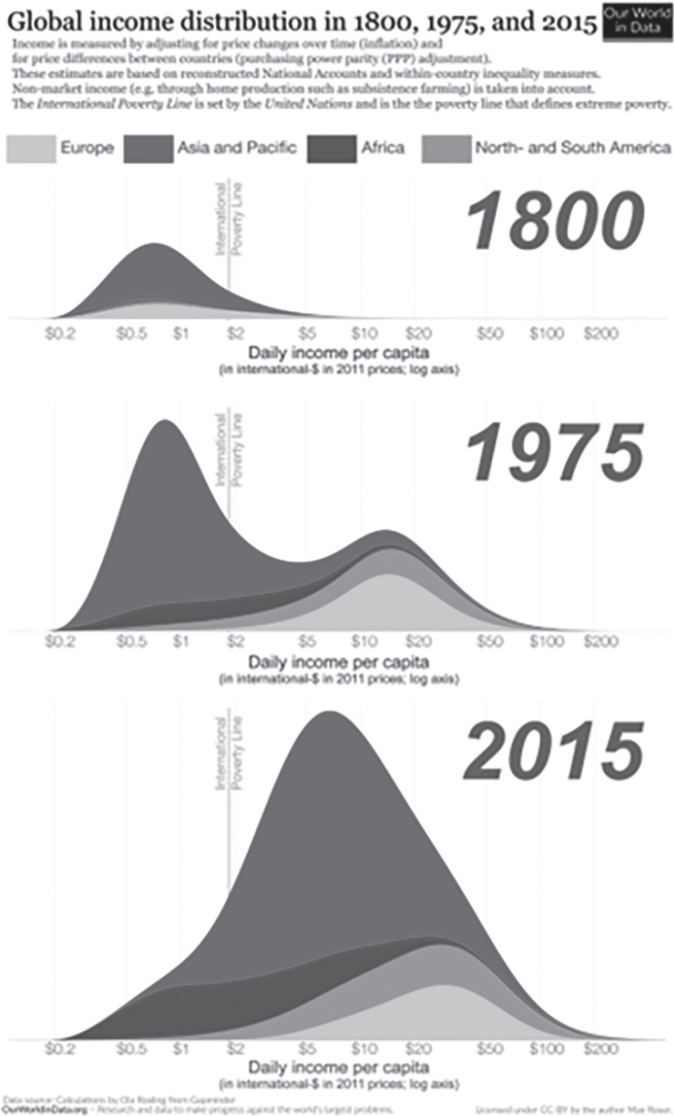


Gráfico 9 – Desigualdade Social

Segundo Thomas Piketty, os períodos de menor desigualdade no século XX foram consequência das grandes guerras, das mobilizações dos trabalhadores e de outros elementos pontuais. Nos Estados Unidos, antes da Primeira Guerra Mundial, os 10% mais ricos da população ficavam com algo entre 45 e 50% da renda nacional. Em meados do século XX, essa proporção chegou a ser reduzida para algo em torno de 30% a 35% nos anos 1940, mantendo-se relativamente estável até os anos 1980. Desde então, porém, a parte da renda nacional que fica com o grupo dos 10% mais ricos voltou a crescer e alcançou patamares semelhantes ao início do século (PIKETTY, 2014).

Além da desigualdade global, outro desafio é a desigualdade dentro de cada país. O Brasil possui um dos maiores níveis de desigualdade do mundo. No final do século XX, enquanto os 10% mais ricos concentravam 50% da riqueza brasileira, a população pobre representava cerca de 30% da população total. Já nos países com renda *per capita* similar à brasileira, a taxa de pobreza correspondia a menos de 10% (BARROS, 2000). Dessa forma, se o Brasil tivesse um nível de desigualdade igual à média desses países, a taxa de pobreza seria reduzida em aproximadamente dois terços.

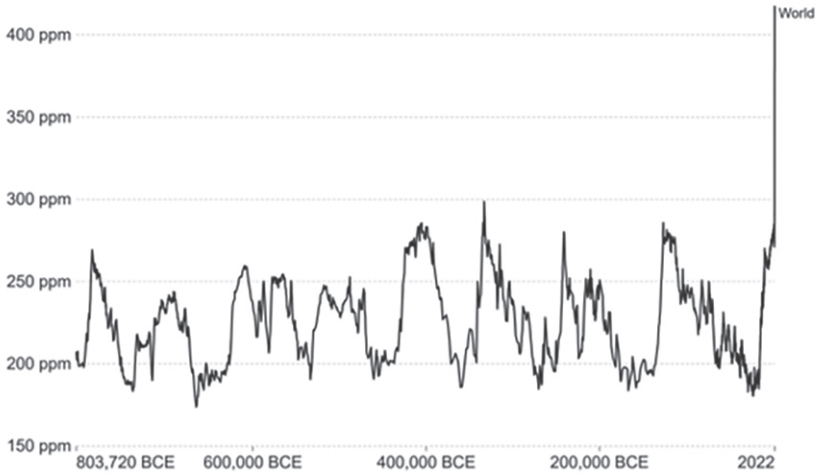
Outro grande desafio do avanço massivo de uso de tecnologias em nossos tempos é alcançar crescimento econômico e, ao mesmo tempo, reduzir urgentemente o nosso impacto no meio ambiente.

No Gráfico 10, vemos as concentrações médias globais de gás carbônico na atmosfera nos últimos 800.000 anos. Durante esse período, ocorreram flutuações periódicas nas concentrações de CO₂, que coincidem com o início das eras glaciais e interglaciais, causadas por mudanças na órbita da Terra ao redor do sol (RITCHIE, 2020). Durante esse longo período, as concentrações atmosféricas nunca ultrapassaram 300 partes por milhão (ppm). Mas, após a Revolução Industrial e o aumento das emissões decorrentes da queima de combustíveis fósseis, as concentrações ultrapassaram rapidamente a marca de 400 ppm, especialmente nas últimas décadas.

Uma alta concentração de CO₂ na atmosfera provoca um aumento da temperatura média da Terra e gera um risco de efeito estufa no planeta, que pode levar a uma situação irreversível. Uma taxa de mudança tão abrupta é especialmente problemática, pois dá às espécies e aos ecossistemas muito menos tempo para se adaptar. O aumento da temperatura média global é apresentado no Gráfico 11.

Global atmospheric CO₂ concentration

Atmospheric carbon dioxide (CO₂) concentration is measured in parts per million (ppm). Long-term trends in CO₂ concentrations can be measured at high-resolution using preserved air samples from ice cores.



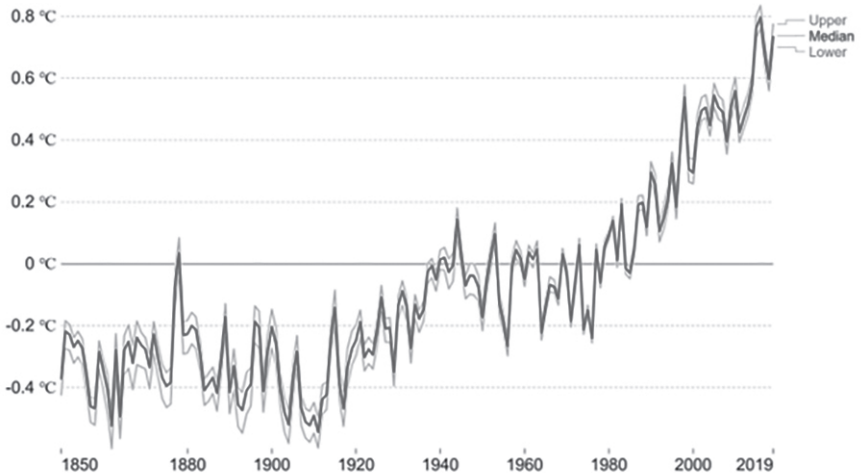
Source: National Oceanic and Atmospheric Administration (NOAA)

CC BY

Gráfico 10 – Concentração de CO₂ atmosférico

Average temperature anomaly, Global

Global average land-sea temperature anomaly relative to the 1961-1990 average temperature



Source: Hadley Centre (HadCRUT4)

OurWorldInData.org/co2-and-other-greenhouse-gas-emissions • CC BY

Note: The red line represents the median average temperature change, and grey lines represent the upper and lower 95% confidence intervals.

Gráfico 11 – Aquecimento Global

Quase todo o aquecimento global, desde 1850, pode ser atribuído às emissões humanas. O Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas (IPCC) afirma claramente em seu relatório de avaliação AR5:

As emissões antropogênicas de gases de efeito estufa aumentaram desde a era pré-industrial, impulsionadas em grande parte pelo crescimento econômico e populacional, e agora estão mais altas do que nunca. Isso levou a concentrações atmosféricas de dióxido de carbono, metano e óxido nitroso sem precedentes nos últimos 800.000 anos. Seus efeitos, juntamente com os de outros fatores antropogênicos, foram detectados em todo o sistema climático e são extremamente prováveis de terem sido a causa dominante do aquecimento observado desde meados do século XX.

Um clima em mudança tem uma série de potenciais impactos ecológicos, físicos e de saúde, incluindo eventos climáticos extremos (como enchentes, secas, tempestades e ondas de calor). Por essa razão, a questão climática tem causado grandes preocupações à sociedade – ainda que as ações efetivamente adotadas estejam muito aquém do necessário.

Até aqui, vimos a correlação de indicadores com o desenvolvimento tecnológico, tanto positivos (como crescimento econômico e expectativa de vida), quanto negativos (como emissão de gás carbônico e aquecimento global). Mas como isso se reflete no bem-estar das pessoas?

A World Value Survey coleta dados de uma série de pesquisas nacionais representativas, cobrindo quase 100 países, com as primeiras estimativas datando de 1981 (ORTIZ-OSPINA, 2013). Nessas pesquisas, pergunta-se aos respondentes: “Considerando todas as coisas, você diria que é (I) Muito feliz, (II) Bastante feliz, (III) Não muito feliz ou (IV) Nada feliz”. Essa visualização traça a proporção de pessoas que respondem que estão muito felizes ou bastante felizes.

Na maioria dos países, a tendência é positiva: em 49 dos 69 países com dados de duas ou mais pesquisas, a observação mais recente é maior que a mais antiga. Se compararmos os relatórios de satisfação com a vida de todo o mundo em um determinado momento, vemos que os países com rendas nacionais médias mais altas tendem a ter pontuações médias mais altas de satisfação com a vida. Em outras palavras: as pessoas em países mais ricos

tendem a relatar maior satisfação com a vida do que as pessoas em países mais pobres. O Gráfico 13 ilustra esta tendência.

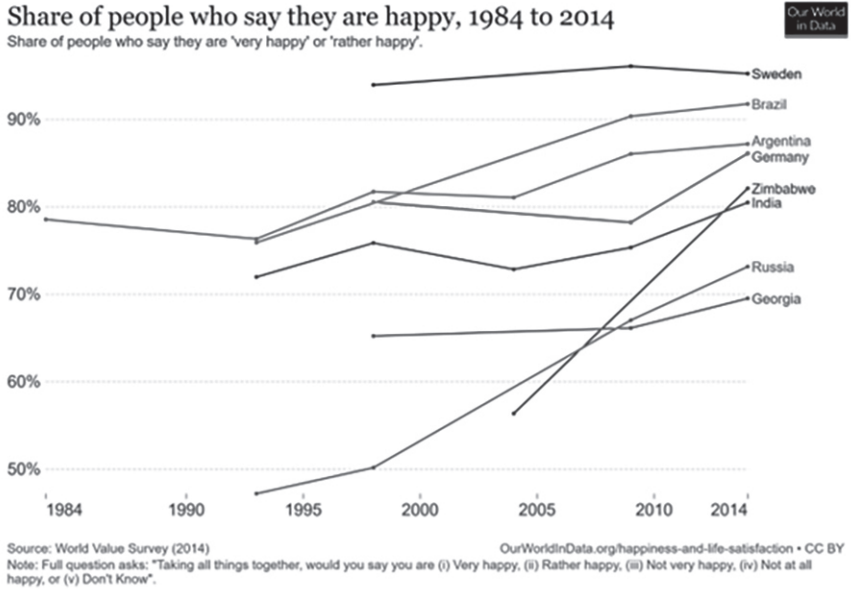


Gráfico 12 – Índices de Felicidade

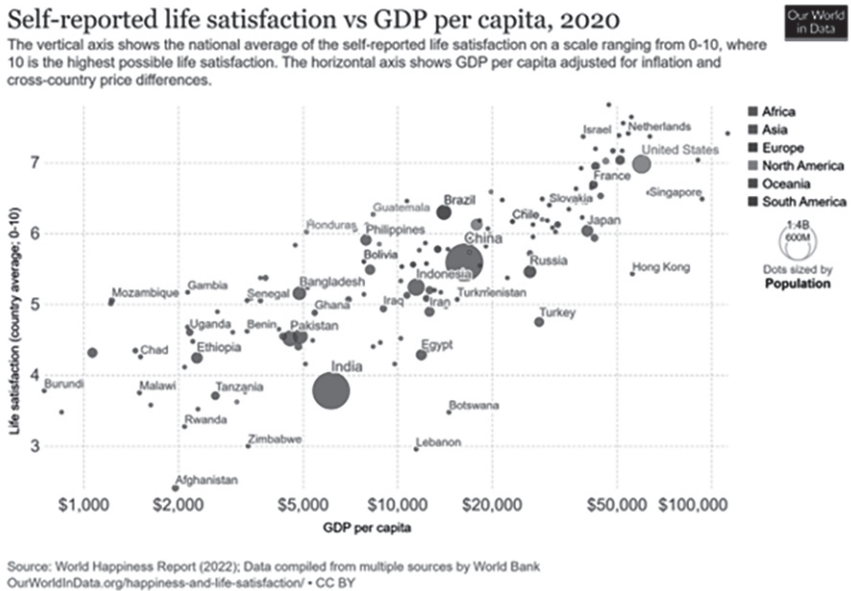


Gráfico 13 – Relações entre Felicidade e PIB *per capita*

Todavia, a correlação entre índices de felicidade e desenvolvimento tecnológico não é tão forte quanto com outros indicadores. Em países muito pobres que experimentam algum crescimento econômico, a correlação pode ser mais expressiva. No Zimbábue, por exemplo, a proporção de pessoas que se declararam 'muito felizes' ou 'bastante felizes' passou de 56,4% em 2004 para 82,1% em 2014. Mas, a partir de um determinado estágio de desenvolvimento econômico, o nível de felicidade parece crescer em um ritmo menor do que o desenvolvimento tecnológico. Considerando o crescimento vertiginoso da oferta de inovações tecnológicas disponíveis para os consumidores nas últimas décadas, poderíamos esperar um crescimento na mesma medida na percepção de felicidade, porém não é o que os dados indicam. Em outras palavras, o consumo de bens tecnológicos não se traduz, necessariamente, em felicidade.

Ainda assim, como constatamos, há uma clara tendência de aumento da felicidade na sociedade. É possível que essa percepção só não seja maior devido a um viés cognitivo do ser humano. Peter Diamandis argumenta que, muitas vezes, tendemos a achar que o mundo está piorando porque esse viés nos leva a assimilar primeiro as notícias ruins, como uma forma de garantir a sobrevivência. Como somos bombardeados por notícias fortes e pesadas pelos meios de comunicação, há uma sobrecarga em nossa cognição que dificulta a capacidade de enxergar notícias positivas (DIAMANDIS, 2018).

Também é possível que os índices de felicidade não apresentem uma correlação tão forte com o desenvolvimento tecnológico justamente por suas consequências negativas. Seja como for, após a virada do milênio, a busca de felicidade parece estar ficando ainda mais complexa, como veremos a seguir.

1.3 Tecnologia e sociedade no século XXI

A partir da popularização da internet e da telefonia móvel na virada do milênio, houve não apenas uma mudança no modo de vida do ser humano, mas também a criação de um novo mundo: o mundo virtual. Surgem as redes sociais, os streamings e toda uma gama de novas possibilidades. Apesar de oferecer vantagens e oportunidades inéditas, essa nova realidade apresenta uma forte tendência de levar os indivíduos a um maior isolamento no mundo virtual, reduzindo o contato físico e a convivência social entre as pessoas.

Essas e outras transformações ocorridas nas últimas décadas também levam a uma nova realidade, que, segundo Bauman, é

marcada por uma maior fluidez nas relações, em contraponto a um mundo relativamente sólido e constante do passado. A constância passa a ser de mudanças. O autor denomina essa realidade como modernidade líquida, um ambiente de alto individualismo, em que as pessoas vivem em multidões e, ao mesmo tempo, são solitárias e indiferentes com o próximo (BAUMAN, 2001).

Outro aspecto relevante dessa nova realidade é a relativização dos fatos. Com o advento da internet, a informação passa a ser massificada e amplamente difundida, mas o excesso de informações começa a ser um novo problema. A circulação indiscriminada de informações falsas torna-se cada vez mais comum, alterando significativamente a percepção da realidade para uma parcela considerável da população. Algoritmos desenvolvidos com o objetivo de estimular o uso as redes sociais potencializam a disseminação de informações falsas, incentivando o consumo de conteúdos similares sem que seja avaliada sua veracidade. Torna-se comum o negacionismo histórico, uma forma de discurso que nega, em partes ou integralmente, a existência de certos acontecimentos ou personagens da história, ocultando evidências conforme o interesse envolvido.

Yuval Harari destaca que, conforme o mundo torna-se mais complexo, menos os indivíduos o compreendem. Mas, devido ao fenômeno da ilusão do conhecimento (termo cunhado por Steven Sloman e Philip Fernbach), muitas vezes esses indivíduos não se dão conta de quão ignorantes são, de modo a formarem facilmente opinião sobre assuntos que, frequentemente, estão longe de terem qualquer domínio.

David Dunning e Justin Kruger aplicaram testes em alunos de Psicologia para avaliar o quanto eles sabiam sobre assuntos diversos e o quanto eles se sentiam confiantes e competentes nessas áreas. Os resultados indicaram que, quanto menos os alunos sabiam sobre determinados assuntos, mais confiantes sentiam-se nas respostas. Este passou a ser conhecido como o efeito Dunning-Kruger: quanto mais ignorante a pessoa é em alguma área, menos ela tende a perceber essa ignorância.

Esse cenário tem levado a consequências sociais diretas, como a ascensão de líderes extremistas que, com frequência, negam o conhecimento científico e adotam políticas de descrédito da ciência e do conhecimento acadêmico, especialmente nas áreas de ciências humanas. As consequências são perceptíveis, por exemplo, na redução de índices de vacinação, que estão colocando em risco o ressurgimento de doenças que haviam sido praticamente erradicadas (como a poliomielite), bem como na

ausência de políticas públicas para tratar adequadamente as grandes questões ambientais que se impõem com gravidade.

É paradoxal que, nos dias de hoje, seja tão comum que o conhecimento científico seja questionado através das redes criadas por meio de dispositivos e tecnologias que só existem por sua causa. Essa situação, em conjunto com o viés da confirmação do ser humano, que é a tendência de buscar informações ou interpretá-las de modo a confirmar nossos pressupostos, estimula o surgimento de “bolhas” ideológicas e comportamentos extremistas. Essas e outras questões representam uma parcela dos grandes desafios do futuro.

1.4 As perspectivas para o futuro

Com o advento de novas tecnologias, como o 5G e a Internet das Coisas (IoT), novos desafios se apresentam para nossa sociedade. Um dos maiores, certamente, será a empregabilidade no futuro. Diversas atividades desenvolvidas pelos seres humanos deverão ser automatizadas em um futuro próximo, extinguindo postos de emprego. Uma grande questão apontada por Harari é que a mão obra, que tem sido utilizada em um contexto de exploração por décadas, passe a um contexto de irrelevância (HARARI, 2018). Ele destaca que as pessoas precisam sobreviver, e os empregos são uma forma de garantir a subsistência e a proteção do indivíduo; mas, muito em breve, a tecnologia e a revolução da automação poderão desempregar muitas pessoas. Dessa maneira, um grande desafio será treinar e recolocar os indivíduos no mercado de trabalho.

Bauman também destaca o aumento das desigualdades e das alternativas de emprego como consequência da globalização, expressando preocupação com a precarização das relações de trabalho, uma vez que os membros das elites teriam condições de ocupar melhores vagas e oportunidades. Dessa forma, classes baixas seriam ainda mais marginalizadas em função da dificuldade para se enquadrarem no novo modo de produção capitalista.

As Ciências Humanas são fundamentais para o desenvolvimento do espírito crítico na era da informação. O conhecimento derivado dessas áreas é essencial para compreendermos o contexto em que essas mudanças ocorrem e avaliar possíveis consequências, haja vista que implicam em grandes transformações na vida social, política e econômica da sociedade. Contudo, há uma tendência de subvalorização desta área no Brasil e no mundo. Em 2019, o governo brasileiro promoveu diversas mudanças na distribuição dos recursos para pesquisas acadêmi-

cas, diminuindo drasticamente o investimento em Ciências Humanas. É essencial que essa tendência seja revertida, para que a sociedade tenha melhores condições para lidar com a evolução tecnológica.

Em 1990, no artigo “Why We Need To Understand Science”, Carl Sagan antevia e sintetizava perfeitamente o cerne dos problemas que estão sendo tratados neste artigo: “Vivemos em uma sociedade extremamente dependente da ciência e tecnologia, na qual pouquíssimos sabem alguma coisa sobre ciência e tecnologia. Isto é uma clara prescrição para o desastre” (SAGAN, 1990).

É imperativo que dotemos as próximas gerações de uma educação de qualidade, baseada no estímulo ao pensamento crítico. Noções básicas de lógica e conhecimento sobre os tipos de falácias mais usuais, por exemplo, podem ser compreendidas sem grandes dificuldades por crianças e poderiam fazer parte do currículo escolar nos anos iniciais, assim como o ensino dos princípios do método científico. Em conjunto com este ensino técnico, seria extremamente importante valorizar e estimular também o desenvolvimento da empatia nas crianças, de maneira a formar adultos sensíveis a questões como a desigualdade social e o impacto das questões ambientais para as futuras gerações.

A divulgação científica é outro tema de suma importância. A informação sobre os conhecimentos oriundos da ciência, muitas vezes, não chega de forma adequada ao cidadão comum. Por exemplo, embora 97% dos pesquisadores concordem que o aquecimento global é causado pela ação humana (COOK, 2013), com frequência a questão é apresentada ao público em geral como se os poucos pesquisadores divergentes tivessem o mesmo peso que a ampla maioria da comunidade acadêmica, desconsiderando que a divergência faz parte da construção do conhecimento científico. Seria uma ótima iniciativa se a comunidade científica buscasse um maior engajamento na forma de divulgação de temas de alta relevância e maior clareza no peso das publicações, hoje baseado em indicadores pouco acessíveis ao cidadão comum, como o Fator de Impacto de revistas científicas.

Vimos neste artigo que há uma série de indicadores afetados diretamente de modo positivo pela tecnologia, como crescimento econômico, desenvolvimento humano, aumento da expectativa de vida e redução da mortalidade infantil. Quanto aos aspectos negativos, a boa notícia é que a própria tecnologia pode proporcionar soluções, a depender das escolhas da sociedade. Como ela é uma ferramenta, não é intrinsecamente boa

ou ruim. O uso que fazemos dela depende fundamentalmente de nossas decisões.

Conclusão

A ciência e a tecnologia trouxeram inúmeros avanços à sociedade: reduziram a mortalidade, aumentaram a expectativa de vida, ampliaram a produção de alimentos, proporcionaram a cura e o tratamento de uma infinidade de doenças, diminuíram distâncias e ofereceram uma série de facilidades e confortos para a vida moderna. Por outro lado, é inegável que muitas tecnologias contribuíram para níveis elevadíssimos de mortalidade em guerras, degradação do meio ambiente, manipulação em massa, e hábitos de alimentação pouco saudáveis, entre outros problemas.

Neste artigo, realizamos uma análise sobre alguns impactos da tecnologia na história da sociedade. Não houve um aprofundamento maior em cada tema, uma vez que o objetivo principal era fazer uma análise mais ampla do assunto. Estudos futuros podem aprofundar temas e correlações mais específicas.

Vimos que, no geral, a tecnologia trouxe enormes benefícios à sociedade, os quais tendem a superar eventuais prejuízos. Se a sociedade compreender o método científico e aprender a lidar mais adequadamente com a tecnologia, certamente os prejuízos poderão ser amenizados ou até mesmo eliminados.

Possivelmente, não existam soluções de curto prazo para os desafios elencados neste trabalho. Tanto as ciências exatas quanto as ciências humanas são essenciais para o bom uso das tecnologias. É necessário que haja maior integração entre diferentes áreas. Pesquisadores da área de humanas devem utilizar recursos tecnológicos da área de exatas, por exemplo, para avaliação de grandes volumes de dados. Da mesma forma, pesquisadores da área de exatas deveriam ter maior acesso a temas de humanas em seus currículos, de modo a melhor compreenderem o impacto de seus estudos na sociedade.

Estamos vivendo uma sociedade em que prevalece a opinião, porém, para transformar informação em conhecimento, precisaremos valorizar as metodologias e os processos acadêmicos, estimular fortemente a divulgação científica e fomentar a educação baseada no pensamento crítico.

Em uma sociedade altamente dependente da tecnologia, é essencial que os indivíduos tenham uma compreensão adequada do conhecimento científico a fim de que possamos lidar adequadamente com os desafios inerentes à evolução tecnológica.

Referências

- BARROS, Ricardo Paes de; HENRIQUES, Ricardo; MENDONÇA, Rosane. **Desigualdade e pobreza no Brasil: retrato de uma estabilidade inaceitável**. Revista brasileira de ciências sociais v. 15, p. 123-142, 2000.
- BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. *E-Book*. Disponível em: https://lotuspsicanalise.com.br/biblioteca/Modernidade_liquida.pdf. Acesso em 30/10/2022.
- BELO, Lucas Lima Andra-de; TELES, Katia Inês; SILVA, Hesley Machado. **Efeitos da alimentação na evolução humana: uma revisão**. Conexão Ciência, v. 12, n. 3, p. 93-105, 2017.
- BROCK, David C.; MOORE, Gordon. **Understanding Moore's law: four decades of innovation**. Chemical Heritage Foundation, 2006.
- COOK, John et al. **Quantifying the consensus on anthropogenic global warming in the scientific literature**. Environmental research letters, v. 8, n. 2, p. 024024, 2013.
- DATHEIN, Ricardo. **Inovação e Revoluções Industriais: uma apresentação das mudanças tecnológicas determinantes nos séculos XVIII e XIX**. Publicações DECON Textos Didáticos 02/2003. DECON/UFRGS, Porto Alegre, 2003.
- DIAMANDIS, Peter; KOTLER, Steven. **Abundância: o futuro é melhor do que você imagina**. Alta Books Editora, 2018. *E-book*. Disponível em <https://books.google.com.br/>. Acesso em 19 out. 2022.
- HARARI, Yuval Noah. **21 lições para o século 21**. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 2018.
- ORTIZ-OSPINA, Esteban; ROSER, Max. **Happiness and Life Satisfaction**. 2013. Disponível em: <https://ourworldindata.org/happiness-and-life-satisfaction>. Acesso em 19 out. 2022.
- PIKETTY, Thomas. **O capital no século XXI**. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.
- RITCHIE Hannah; ROSER, Max. **Technology Adoption**. 2017. Disponível em: <https://ourworldindata.org/technology-adoption>. Acesso em 10 out. 2022.
- RITCHIE, Hannah; ROSER, Max; ROSADO, Pablo. **CO₂ and Greenhouse Gas Emissions**. 2020. Disponível em: <https://ourworldindata.org/co2-and-other-greenhouse-gas-emissions>. Acesso em 19 out. 2022.
- ROSER Max. **Economic Growth**. 2013. Disponível em: <https://ourworldindata.org/economic-growth>. Acesso em 10 out. 2022.
- SAGAN, Carl. **Why we need to understand science**. Skeptical inquirer, v. 14, n. 3, p. 263-269, 1990.



PARTE 2

JURISPRUDÊNCIA

Superior Tribunal de Justiça

Recurso repetitivo. Crédito imobiliário. Contrato de compra e venda. Alienação fiduciária. Resolução. Inaplicabilidade do CDC.¹

EMENTA OFICIAL

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA -ARTIGO 1.036 E SEQUENTES DO CPC/2015 -TEMÁTICA ACERCA DA PREVALÊNCIA, OU NÃO, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NA HIPÓTESE DE RESOLUÇÃO DO CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE BEM IMÓVEL, COM CLÁUSULA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA.

1. Para fins dos arts. 1036 e seguintes do CPC/2015 fixa-se a seguinte tese:

1.1. Em contrato de compra e venda de imóvel com garantia de alienação fiduciária devidamente registrado em cartório, a resolução do pacto, na hipótese de inadimplemento do devedor, devidamente constituído em mora, deverá observar a forma prevista na Lei nº 9.514/97, por se tratar de legislação específica, afastando-se, por conseguinte, a aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

2. Caso concreto:

É incontroverso dos autos, inclusive por afirmação dos pró-

prios autores na exordial, o inadimplemento quanto ao pagamento da dívida, tendo ocorrido, ante a não purgação da mora, a consolidação da propriedade em favor da ré, devendo o procedimento seguir o trâmite da legislação especial a qual estabelece o direito dos devedores fiduciários de receber quantias em função do vínculo contratual se, após efetivado o leilão público do imóvel, houver saldo em seu favor.

3. Recurso Especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça prosseguindo o julgamento, após o voto-vista antecipado do Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino acompanhando o Relator, por unanimidade, fixar tese repetitiva e dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

¹ Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=REsp+1.891.498+&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>.

Para os fins repetitivos, foi aprovada a seguinte tese no TEMA 1095: “Em contrato de compra e venda de imóvel com garantia de alienação fiduciária devidamente registrado, a resolução do pacto, na hipótese de inadimplemento do devedor, devidamente constituído em mora, deverá observar a forma prevista na Lei nº 9.514/97, por se tratar de legislação específica, afastando-se, por conseguinte, a aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro, Nancy Andrighi, Raul Araújo, Paulo de Tarso Sanseverino, Maria Isabel Gallotti votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Villas Bôas Cueva. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira.

Brasília (DF), 26 de outubro de 2022 (Data do Julgamento)

MINISTRO MARCO BUZZI
Relator.

REsp 1.891.498 - DJe 19/12/2022.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO MARCO BUZZI (Relator):

Cuida-se de recurso especial interposto por LIVING BARBACENA EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA., com fundamento nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional, contra acórdão prolatado

pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo/SP.

Na origem, os mutuários ajuizaram demanda visando a restituição de valores pagos para a aquisição de uma unidade habitacional, cujo contrato de compra e venda foi celebrado com pacto adjeto de alienação fiduciária.

Afirmaram que “(...) o pagamento do apartamento seria realizado com uma entrada de R\$ 87.868,44, a 1ª parcela de R\$ 30.000,00 e 60 demais parcelas mensais no valor de R\$ 5.443,36, conforme cláusulas 5ª e 6ª da escritura pública”, tendo honrado com a entrada, a 1ª parcela e as duas primeiras prestações, no total de R\$ 128.573,16 (cento e vinte e oito mil, quinhentos e setenta e três reais e dezesseis centavos).

Aduziram que em razão de dificuldade financeira não conseguiram arcar com os demais pagamentos, tendo a credora fiduciária retomado o apartamento para si sem proceder à restituição das quantias pagas.

Citada, a ré apresentou contestação alegando, preliminarmente, a existência de conexão com ação de reintegração de posse cumulada com indenização por danos materiais proposta pela requerida em face dos autores na Comarca de São Bernardo do Campo — SP (autos do processo n.º 1006351-53.2018.8.26.0564) e, no mérito, que em razão da inadimplência

dos demandantes, foi consolidada a propriedade com o credor fiduciário, sendo o procedimento aplicável para a resolução do ajuste os ditames da Lei nº 9.514/97.

O magistrado *a quo*, pela sentença de fls. 202-206, após afastar a preliminar de conexão, julgou improcedente o pedido inicial e, por conseguinte, condenou os autores nos ônus da sucumbência.

Interposto recurso de apelação (fls. 216/226), o Tribunal de origem deu-lhe parcial provimento a fim de obrigar a ré a restituir, aos autores, 90% (nove por cento) dos valores pagos, devidamente corrigidos. Eis a ementa do referido julgado:

Apelação cível. Compra e venda de imóvel com cláusula de alienação fiduciária. Consolidação da propriedade em favor da ré. Pedido de devolução dos valores pagos. Alegação de dificuldades financeiras em permanecer no negócio jurídico. Sentença de improcedência. Alienação fiduciária. Existência de pacto acessório de alienação fiduciária em garantia não impede o desfazimento do negócio jurídico. Confusão entre credora fiduciária e alienante. Situação que evidencia o intuito de burlar o direito dos adquirentes de desfazer o negócio jurídico. Impossibilidade. Considerada a natureza jurídica de compromisso de compra e venda do imóvel. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor e das Súmulas 1, 2 e 3 desta Corte de Justiça. De-

volução das parcelas pagas. Aplicação dos princípios da equidade e da boa-fé que regem as relações de consumo, bem como o do equilíbrio contratual. Interpretação dos artigos 51 e 53 do Código de Defesa do Consumidor. Retenção de 10% dos valores pagos adequados para cobrir as despesas de administração, publicidade e outras inerentes à contratação. Alteração da r. sentença para determinar que a ré devolva aos autores 90% dos valores pagos. Sucumbência invertida. Resultado. Recurso provido parcialmente.

Opostos aclaratórios pela demandada, foram esses rejeitados pelo acórdão de fls. 267-270.

Daí a interposição do presente recurso especial (fls. 273-303), oportunidade na qual a ré apontou, além da negativa de prestação jurisdicional, violação dos artigos 22, *caput* e §1º; 27, §§4º e 5º, da Lei 9.514/97, bem como do art. 53, do CDC.

Sustentou, em síntese:

- i) a validade da alienação fiduciária em garantia;
- ii) a consolidação da propriedade do bem imóvel em razão do inadimplemento incontroverso da obrigação, em favor da recorrente;
- iii) a inaplicabilidade do art. 53 do Código de Defesa do Consumidor à hipótese dos autos.

Pontualmente, destacou, "(...) não há como se acolher a pretensão dos Recorridos de reso-

lução contratual e devolução de 90% parcelas pagas, já que o negócio jurídico havido entre as partes já se encontra resolvido, de acordo com o que dispõe o art. 27, §§4º e 5º, Lei 9.514/97 e esta mesma lei não faz qualquer restrição à pessoa do credor fiduciário”.

Citou, em favor de sua tese, julgados deste Superior Tribunal de Justiça. Pediu, assim, o provimento do apelo recursal a fim de julgar improcedente o pedido inicial, restabelecendo-se, pois, a sentença.

As contrarrazões foram juntadas às fls. 369-376.

Admitido o reclamo na origem (fls.463-466), ascenderam os autos a esta Corte Superior.

O apelo nobre, submetido à análise do Presidente da Comissão Gestora de Precedentes, Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Sua Excelência reputou salutar que a Segunda Seção do STJ deliberasse sobre a afetação da matéria veiculada neste inconformismo ao rito dos recursos repetitivos, tendo em vista o notório potencial de multiplicidade e a existência de decisões proferidas, pelos tribunais de origem, conflitantes com a jurisprudência desta Corte. (fls. 475-477)

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal exarou parecer favorável à admissibilidade do recurso como representativo de controvérsia, oportunidade na qual destacou, inclusive, que a

matéria nele debatida já foi decidida pelo STJ em diversos julgados. (fls. 481-482)

As partes concordaram com a afetação do tema. (fls. 483-492 e 494-498)

Às fls. 532-535, este signatário, ante a relevância da tese ora em exame, deferiu o efeito suspensivo ao recurso especial até o seu definitivo julgamento por esta Corte Superior, a fim de suspender o cumprimento provisório de sentença nº 0023133-67.2020.8.26.0100, em trâmite perante a 25ª Vara Cível do Foro Central Cível do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo/SP.

A eg. Segunda Seção, por unanimidade de votos, deliberou por submeter ao rito dos recursos especiais repetitivos a controvérsia subjacente aos presentes autos. (fls. 547-558)

A ementa da afetação foi assim redigida:

PROPOSTA DE AFETAÇÃO - TEMÁTICA ACERCA DA PREVALÊNCIA, OU NÃO, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NA HIPÓTESE DE RESOLUÇÃO DO CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE BEM IMÓVEL, COM CLÁUSULA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. 1. Delimitação da controvérsia: 1.1. Definição da tese alusiva à prevalência, ou não, do Código de Defesa do Consumidor na hipótese de resolução do contrato de compra e venda de bem imóvel, com cláusula de alienação fiduciária em garan-

tia.2. RECURSO ESPECIAL AFETADO AO RITO DO ART. 1.036 CPC/2015.

Ato contínuo, os pedidos de ingresso no feito como *amici curiae* formulados pela DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO - DPU (fls. 586-587); FEDERAÇÃO BRASILEIRA DE BANCOS - FEBRABAN - (fls. 947-1047); ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS ENTIDADES DE CRÉDITO IMOBILIÁRIO E POUPANÇA (fls. 875-941); ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE INCORPORADORAS IMOBILIÁRIAS - ABRAIN - (fls. 650-758); FIABCI-BRASIL, CAPÍTULO NACIONAL BRASILEIRO DA FEDERAÇÃO INTERNACIONAL DAS PROFISSÕES IMOBILIÁRIAS ("FIABCI") (fls. 1124-1178); SECOVI (Sindicato das Empresas de Compra, Venda, Locação e Administração de Imóveis Residenciais) (fls.1248-1250), e pelo IDEC (Instituto de Defesa do Consumidor) (fls. 1179-1238) foram devidamente acolhidos com a observação de que poderiam ofertar, por uma única vez, razões escritas nos autos; efetivar sustentação oral no momento processual adequado e interpor embargos de declaração após a publicação do aresto prolatado no julgamento de mérito da demanda.

Às fls. 1071-1076, este signatário indeferiu os pedidos de ingresso como amigo da Corte da Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano de São Paulo/SP e da ADEMI/RJ.

Em novo parecer, o órgão Ministerial opinou pela fixação de tese jurídica e, no caso concreto, pelo provimento parcial do apelo recursal. (fls. 572-584)

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO MARCO BUZZI (Relator):

O presente inconformismo, além do propósito recursal da parte insurgente, também se presta à definição da tese alusiva à prevalência, ou não, do Código de Defesa do Consumidor (artigo 53) na hipótese de resolução do contrato de compra e venda de bem imóvel, com cláusula de alienação fiduciária em garantia (artigos 26 e 27, da Lei nº 9.514/97).

O reclamo, no caso específico dos autos, merece acolhida, dada a incidência da legislação especial (Lei nº 9.514/97) na resolução do ajuste firmado, pois são incontroversos o inadimplemento dos devedores (autores), a ausência de purgação da mora e a averbação da consolidação da propriedade do bem em nome da credora fiduciária. Como constatado na sentença, os demandantes "somente terão o direito de receber qualquer quantia em função do fim do vínculo contratual caso, efetivado o leilão público de arrematação do imóvel, houver saldo em seu favor" e "não sendo possível

antever o valor que (eventualmente) será devolvido aos autores, a improcedência do pedido é medida de rigor”.

1. Preliminarmente, é relevante destacar a limitação ao rito repetitivo, nesse julgamento, apenas da temática alusiva à resolução do pacto de compra e venda, proposta por adquirente de imóvel, quando houver no ajuste cláusula de alienação fiduciária em garantia, afastando-se, desta análise, por imperativo lógico, o exame de questões atinentes, por exemplo, ao inadimplemento da incorporadora imobiliária/construtora, ao atraso na entrega de obra residencial, entre outras, cujas temáticas, poderão, em tempo oportuno, com a maturidade e consolidação necessária da jurisprudência, ser objeto de afetação ao rito dos repetitivos.

A controvérsia subjacente aos presentes autos é dotada de inegável relevância a atrair o mister constitucional do STJ para a definição acerca da correta interpretação do Código de Defesa do Consumidor e da sua aplicabilidade a contratos firmados entre adquirentes de unidades imobiliárias e pessoas físicas ou jurídicas (incorporadoras/construtoras/instituições financeiras), em cujos pactos estipule-se cláusula de garantia fiduciária, a atrair o regime jurídico da Lei nº 9.514/97.

2. A norma em foco (Lei nº 9.514/97), instituiu o **Sistema**

de Financiamento Imobiliário – SFI com o objetivo de promover o financiamento imobiliário em geral, segundo condições compatíveis com as da formação dos fundos respectivos.

Estabeleceu, ainda, que as operações de financiamento imobiliário, em geral, poderão ser garantidas por hipoteca, cessão fiduciária de direitos creditórios decorrentes de contratos de alienação de imóveis, caução de direitos creditórios ou aquisitivos decorrentes de contratos de venda ou promessa de venda de imóveis e, no que interessa ao presente julgamento, por alienação fiduciária de coisa imóvel.

Segundo o artigo 22 da referida lei, a alienação fiduciária “é o negócio jurídico pelo qual **o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel**”, tendo o parágrafo único expressamente estabelecido que tal garantia “poderá ser contratada por **pessoa física ou jurídica**, podendo ter como objeto **imóvel concluído ou em construção, não sendo privativa das entidades que operam no SFI**” elencadas no artigo 2º do normativo.

Ou seja, do instrumento de garantia consubstanciado na alienação fiduciária de bens imóveis regidos pela Lei nº 9.514/97, decorre a transferên-

cia, pelo devedor ao credor, do domínio resolúvel e da posse indireta da coisa alienada como garantia pelo pagamento da dívida contraída.

Detalhadamente, Melhim Namem Chalhub esclarece:

“(…) ao ser contratada a alienação fiduciária, o devedor-fiduciante transmite a propriedade ao credor-fiduciário e, por esse meio, demite-se do seu direito de propriedade; em decorrência dessa contratação, constitui-se em favor do credor-fiduciário uma propriedade resolúvel; por força dessa estruturação, o devedor-fiduciante é investido na qualidade de proprietário sob condição suspensiva, e pode tornar-se novamente titular da propriedade plena ao implementar a condição de pagamento da dívida que constitui objeto do contrato principal.” (ut. CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio Fiduciário*. 2ª ed. Rio de Janeiro -São Paulo: Renovar, 2020, p. 222)

Com outras palavras, Cezar Fiúza:

“(…) ”o contrato pelo qual uma pessoa, o devedor fiduciante, a fim de garantir o adimplemento de uma obrigação e mantendo-se na posse direta, obriga-se a transferir a propriedade de uma coisa a outra pessoa, o credor fiduciário, ocorrendo a retransmissão da propriedade ao devedor fiduciante, assim que

paga a dívida garantida.” (ut. *Direito Civil - Curso Completo*, 2ª ed. em e-book, Ed. RT, 2015, Cap. XV, item 2.18.2)

E ainda vale destacar os seguintes estudos: José Carlos Moreira Alves. (in. Marcelo M. Bertoldi e Marcia Carla Pereira Ribeiro, in *Curso Avançado de Direito Comercial*, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, Parte V, item 4, doutrinas complementares); Luciano de Camargo Penteado (in *Manual de Direito Civil - Coisas*, São Paulo: Ed. RT, 2014, 1ª ed. em e-book, Parte, II, Cap. III, item 2.2.1); Araken de Assis (in. *Resolução do Contrato por Inadimplemento*, São Paulo: Thomson Reuters, 2019, 2ª ed. em e-book, Cap. 1, subitem 1.1.1); Ruy Rosado de Aguiar (in *Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais - Coordenador Wanderley Fernandes*, São Paulo: Saraiva, 2012, 2ª ed., Cap. IX); Teresa Arruda Alvim. (in. *Aspectos relativos à execução de obrigação prevista em escritura pública de mútuo com alienação fiduciária de imóvel em garantia*. In: *Pareceres -Teresa Arruda Alvim | vol. 1 | p. 185 - 211 | Out / 2012*); Eduardo Pachi. (in. *ASPECTOS PRÁTICOS: UTILIZAR ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA OU HIPOTECA?* *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais | vol. 61/2013 | p. 117 -130 | Jul -Set / 2013*).

Evidentemente, a possibilidade de alienação fiduciária de

bens imóveis representa inegável evolução nos mecanismos de garantia em favor dos credores, de modo a viabilizar a pactuação e a execução de contratos com a agilidade exigida por um sistema negocial dinâmico e contemporâneo, em atenção aos ditames constituídos pelo atual estágio da modernidade.

Não se pode olvidar que, por intermédio deste sistema, ocorre a aquisição de bens significantes por parte de um expressivo contingente de pessoas que, nos moldes tradicionais, não teriam chance de amealhar patrimônio de maior expressão por não dispor de garantias próprias e nem se afeiçoar, a esse sistema, a prática de terceiros intervenientes passivamente solidários.

Nessa ordem de ideias, adverte Melhim Namem Chalhub, que as garantias existentes nos sistemas jurídicos de origem romana - a hipoteca, o penhor e a anticrese - não mais satisfazem uma sociedade industrializada, nem mesmo nas relações creditícias entre pessoas físicas, pois apresentam graves desvantagens pelo custo e morosidade em executá-las, motivo pelo qual o negócio fiduciário surge no mundo dos negócios como instrumento apto a expandir e diversificar as inovações ocorridas no campo econômico. (CHALHUB, Melhim Namem. Alienação

fiduciária: Negócio Fiduciário. 7ª ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2021)

Na mesma linha, registram-se: DANTZGER, Afrânio Carlos Camargo. Alienação fiduciária de bens imóveis. 3. ed. São Paulo: Método, 2020, p. 68; ROSENVALD, Nelson. Código Civil comentado. São Paulo: São Paulo, 2010, p. 483; ALVES, José Carlos Moreira. Alienação Fiduciária em garantia. 2ª Ed. Rio de Janeiro/RJ, 1999, pág. 32; ESPÍNOLA, Eduardo. Negócio fiduciário. Revista dos Tribunais, p. 532; MARTINS-COSTA, Judith. Os negócios fiduciários. Revista dos Tribunais. p. 37; LIMA, Frederico Henrique Viegas de. Da alienação fiduciária em garantia de coisa imóvel. Curitiba: Juruá, 2018, p. 110; MARTINS, Samir José Caetano. Execuções extrajudiciais de créditos imobiliários. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2017, p. 167; CARVALHO, Orlando de. Negócio jurídico indireto. Revista dos Tribunais, pág. 37; TEPEDINO, Gustavo. Multipropriedade imobiliária. São Paulo: Saraiva, 2013, pg. 351; LIMA, Otto de Sousa. Negócio Fiduciário. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1982. BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Da fidúcia à securitização: as garantias dos negócios empresariais. RT. São Paulo: 2000; ASSUMPÇÃO, Márcio Calil de. Ação de Busca e Apreensão decorrente de alienação fiduciária em garantia. São Paulo:

Juarez de Oliveira, 2011; OLIVEIRA. Carlos Elias. Costa-Neto João. Direito Civil. Volume único. Método. 2022, pág. 1079.

Certamente, o cenário macroeconômico em que se insere a discussão da questão jurídica submetida à apreciação desta Corte Superior permite afirmar que o delineamento da tese repetitiva terá efeitos imediatos relevantes, notadamente no tocante à segurança jurídica, ao acesso à moradia, bem como ao desenvolvimento econômico e social de importante segmento da economia do país.

Com efeito, o cerne da questão submetida ao rito dos repetitivos se traduz no exame acerca da prevalência, ou não, do Código de Defesa do Consumidor na hipótese de resolução do contrato de compra e venda de bem imóvel, com cláusula de alienação fiduciária, pactuado sob o norte da Lei nº 9.514/97.

Não se olvida que o Plenário do eg. Supremo Tribunal Federal, no RE nº 860.631/SP, Rel. Min. Luiz Fux, por maioria de votos, reconheceu a repercussão geral da matéria relativa à possibilidade de, no âmbito do Sistema de Financiamento Imobiliário (SFI), proceder-se à execução e à expropriação extrajudicial de imóvel concedido em alienação fiduciária, conforme previsto na Lei nº 9.514/97.

Contudo, no caso dos autos, não se questiona eventual ilegalidade do procedimento de execução extrajudicial do bem imóvel garantido por alienação fiduciária, mas, tão-somente, a possibilidade de resilição contratual e a forma de devolução dos valores financeiros pagos pelos adquirentes das unidades imobiliárias ao credor fiduciário durante a pactuação contratual.

Assim, o debate e enfrentamento por esta eg. Segunda Seção circunscreve-se à prevalência, ou não, da regra do art. 53 do Código de Defesa do Consumidor em detrimento das disposições legais contidas nos artigos 26 e 27 da Lei nº 9.514/97, bem ainda os requisitos necessários para a perfectibilização do procedimento de resolução contratual de contrato de aquisição de bem imóvel garantido por cláusula de alienação fiduciária.

Registra-se, por oportuno, a redação dos dispositivos normativos a serem objeto de análise.

De um lado, o Código de Defesa do Consumidor estabelece, em caso de inadimplemento do devedor:

Art. 53. Nos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis mediante pagamento em prestações, bem como nas alienações fiduciárias em garantia, consideram-se nulas de pleno direito as cláusulas que

estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado.

Como se vê, segundo tal normativo, ainda que se trate de contrato de compra e venda de imóvel vinculado à alienação fiduciária, não se afigura razoável a existência de cláusula que estabeleça a perda total das prestações pagas em benefício do credor fiduciário que pleitear a resolução do contrato com base no inadimplemento do devedor, pois tal ensejaria inegável enriquecimento indevido dada a retomada do produto alienado e a manutenção, sem qualquer decote ou restituição, dos valores pagos pelo adquirente, ainda que sobejem o montante da dívida.

O diploma consumerista não estabeleceu um procedimento específico para a retomada do bem pelo credor fiduciário, tampouco inviabilizou que o adquirente (devedor fiduciário) pudesse desistir do ajuste ou promover a resilição do contrato. Apenas delineou consistir em prática abusiva a ocorrência do *bis in idem* acima referido por ensejar enriquecimento indevido.

No outro limite, estão os artigos 26 e 27, da Lei nº 9.514/97, os quais proclamam que,

dimplemento, pelo devedor, das obrigações advindas do contrato de alienação fiduciária em garantia de bem imóvel -ou, nos termos da lei (artigo 26, *caput*) vencida e não paga, no todo ou em parte, a dívida e constituído em mora o fiduciante - consolidar-se-á a propriedade do imóvel em nome do fiduciário, devendo-se observar os seguintes regramentos/procedimentos:

Art. 26. Vencida e não paga, no todo ou em parte, a dívida e constituído em mora o fiduciante, consolidar-se-á, nos termos deste artigo, a propriedade do imóvel em nome do fiduciário.

§ 1º Para os fins do disposto neste artigo, o fiduciante, ou seu representante legal ou procurador regularmente constituído, será intimado, a requerimento do fiduciário, pelo oficial do competente Registro de Imóveis, a satisfazer, no prazo de quinze dias, a prestação vencida e as que se vencerem até a data do pagamento, os juros convencionais, as penalidades e os demais encargos contratuais, os encargos legais, inclusive tributos, as contribuições condominiais imputáveis ao imóvel, além das despesas de cobrança e de intimação.

§ 2º O contrato definirá o prazo de carência após o qual será expedida a intimação.

§ 3º A intimação far-se-á pessoalmente ao fiduciante, ou ao seu representante legal ou ao procurador regularmente

constituído, podendo ser promovida, por solicitação do oficial do Registro de Imóveis, por oficial de Registro de Títulos e Documentos da comarca da situação do imóvel ou do domicílio de quem deva recebê-la, ou pelo correio, com aviso de recebimento.

§ 3º-A. Quando, por duas vezes, o oficial de registro de imóveis ou de registro de títulos e documentos ou o serventuário por eles credenciado houver procurado o intimando em seu domicílio ou residência sem o encontrar, deverá, havendo suspeita motivada de ocultação, intimar qualquer pessoa da família ou, em sua falta, qualquer vizinho de que, no dia útil imediato, retornará ao imóvel, a fim de efetuar a intimação, na hora que designar, aplicando-se subsidiariamente o disposto nos arts. 252, 253 e 254 da Lei no 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017)

§ 3º-B. Nos condomínios edilícios ou outras espécies de conjuntos imobiliários com controle de acesso, a intimação de que trata o § 3º-A poderá ser feita ao funcionário da portaria responsável pelo recebimento de correspondência. (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017)

§ 4º Quando o fiduciante, ou seu cessionário, ou seu representante legal ou procurador encontrar-se em local ignorado, incerto ou inacessível, o fato será certificado pelo serventuário encarregado da

diligência e informado ao oficial de Registro de Imóveis, que, à vista da certidão, promoverá a intimação por edital publicado durante 3 (três) dias, pelo menos, em um dos jornais de maior circulação local ou noutra de comarca de fácil acesso, se no local não houver imprensa diária, contado o prazo para purgação da mora da data da última publicação do edital. (Redação dada pela Lei nº 13.043, de 2014)

§ 5º Purgada a mora no Registro de Imóveis, convalidará o contrato de alienação fiduciária.

§ 6º O oficial do Registro de Imóveis, nos três dias seguintes à purgação da mora, entregará ao fiduciário as importâncias recebidas, deduzidas as despesas de cobrança e de intimação.

§ 7º Decorrido o prazo de que trata o § 1º sem a purgação da mora, o oficial do competente Registro de Imóveis, certificando esse fato, promoverá a averbação, na matrícula do imóvel, da consolidação da propriedade em nome do fiduciário, à vista da prova do pagamento por este, do imposto de transmissão inter vivos e, se for o caso, do laudêmio.

(Redação dada pela Lei nº 10.931, de 2004)

§ 8º O fiduciante pode, com a anuência do fiduciário, dar seu direito eventual ao imóvel em pagamento da dívida, dispensados os procedimentos previstos no art. 27. (Incluído pela Lei nº 10.931, de 2004)

Art. 26-A. Os procedimentos de cobrança, purgação de

mora e consolidação da propriedade fiduciária relativos às operações de financiamento habitacional, inclusive as operações do Programa Minha Casa, Minha Vida, instituído pela Lei no 11.977, de 7 de julho de 2009, com recursos advindos da integralização de cotas no Fundo de Arrendamento Residencial (FAR), sujeitam-se às normas especiais estabelecidas neste artigo. (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017)

§ 1º A consolidação da propriedade em nome do credor fiduciário será averbada no registro de imóveis trinta dias após a expiração do prazo para purgação da mora de que trata o § 1º do art. 26 desta Lei. (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017)

§ 2º Até a data da averbação da consolidação da propriedade fiduciária, é assegurado ao devedor fiduciante pagar as parcelas da dívida vencidas e as despesas de que trata o inciso II do § 3º do art. 27, hipótese em que convalescerá o contrato de alienação fiduciária. (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017)

Art. 27. Uma vez consolidada a propriedade em seu nome, o fiduciário, no prazo de trinta dias, contados da data do registro de que trata o § 7º do artigo anterior, promoverá público leilão para a alienação do imóvel.

§ 1º Se no primeiro leilão público o maior lance oferecido for inferior ao valor do imóvel, estipulado na forma do inciso VI e do parágrafo único

do art. 24 desta Lei, será realizado o segundo leilão nos quinze dias seguintes. (Redação dada pela Lei nº 13.465, de 2017)

§ 2º No segundo leilão, será aceito o maior lance oferecido, desde que igual ou superior ao valor da dívida, das despesas, dos prêmios de seguro, dos encargos legais, inclusive tributos, e das contribuições condominiais.

§ 2º-A. Para os fins do disposto nos §§ 1º e 2º deste artigo, as datas, horários e locais dos leilões serão comunicados ao devedor mediante correspondência dirigida aos endereços constantes do contrato, inclusive ao endereço eletrônico. (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017)

§ 2º-B. Após a averbação da consolidação da propriedade fiduciária no patrimônio do credor fiduciário e até a data da realização do segundo leilão, é assegurado ao devedor fiduciante o direito de preferência para adquirir o imóvel por preço correspondente ao valor da dívida, somado aos encargos e despesas de que trata o § 2º deste artigo, aos valores correspondentes ao imposto sobre transmissão inter vivos e ao laudêmio, se for o caso, pagos para efeito de consolidação da propriedade fiduciária no patrimônio do credor fiduciário, e às despesas inerentes ao procedimento de cobrança e leilão, incluindo, também, ao devedor fiduciante o pagamento dos encargos tributários e despesas exigíveis para a nova aquisição.

sição do imóvel, de que trata este parágrafo, inclusive custas e emolumentos. (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017)

§ 3º Para os fins do disposto neste artigo, entende-se por: I -dívida: o saldo devedor da operação de alienação fiduciária, na data do leilão, nele incluídos os juros convencionais, as penalidades e os demais encargos contratuais; II - despesas: a soma das importâncias correspondentes aos encargos e custas de intimação e as necessárias à realização do público leilão, nestas compreendidas as relativas aos anúncios e à comissão do leiloeiro.

§ 4º Nos cinco dias que se seguirem à venda do imóvel no leilão, o credor entregará ao devedor a importância que sobejar, considerando-se nela compreendido o valor da indenização de benfeitorias, depois de deduzidos os valores da dívida e das despesas e encargos de que tratam os §§ 2º e 3º, fato esse que importará em recíproca quitação, não se aplicando o disposto na parte final do art. 516 do Código Civil.

§ 5º Se, no segundo leilão, o maior lance oferecido não for igual ou superior ao valor referido no § 2º, considerar-se-á extinta a dívida e exonerado o credor da obrigação de que trata o § 4º.

§ 6º Na hipótese de que trata o parágrafo anterior, o credor, no prazo de cinco dias a contar da data do segundo leilão, dará ao devedor quitação da dívida, mediante termo próprio.

§ 7º Se o imóvel estiver locado, a locação poderá ser denunciada com o prazo de trinta dias para desocupação, salvo se tiver havido aquiescência por escrito do fiduciário, devendo a denúncia ser realizada no prazo de noventa dias a contar da data da consolidação da propriedade no fiduciário, devendo essa condição constar expressamente em cláusula contratual específica, destacando-se das demais por sua apresentação gráfica. (Incluído pela Lei nº 10.931, de 2004)

§ 8º Responde o fiduciante pelo pagamento dos impostos, taxas, contribuições condominiais e quaisquer outros encargos que recaiam ou venham a recair sobre o imóvel, cuja posse tenha sido transferida para o fiduciário, nos termos deste artigo, até a data em que o fiduciário vier a ser imitado na posse. (Incluído pela Lei nº 10.931, de 2004)

§ 9º O disposto no § 2º-B deste artigo aplica-se à consolidação da propriedade fiduciária de imóveis do FAR, na forma prevista na Lei no 11.977, de 7 de julho de 2009. (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017)

A Lei nº 9.514/97 delineou todo o procedimento que deve ser realizado, principalmente pelo credor fiduciário, para a resolução do contrato garantido por alienação fiduciária - por inadimplemento do devedor -ressalvando ao adquirente o direito de ser devidamente constituído em mora, realizar a

purgação da mora, ser notificado dos leilões e, especificamente, após realizada a venda do bem, receber do credor, se existente, a importância que sobejar, considerando-se nela compreendido o valor da indenização de benfeitorias, depois de deduzido o quantum da dívida e as despesas e encargos.

Nessa extensão, há, portanto, diversamente do que aparenta, uma convergência entre o disposto no artigo 53 do CDC e os ditames da Lei nº 9.514/97, pois, evidentemente, em ambos os normativos, procurou o legislador evitar o enriquecimento indevido do credor fiduciário, seja ao considerar nula a cláusula contratual que estabeleça a retomada do bem e a perda da integralidade dos valores, seja por prever o procedimento a ser tomado, em caso de inadimplemento e as consequências jurídicas que a venda, em segundo leilão, por valor igual ou superior à dívida ou por lance inferior impõe, tanto ao credor como ao devedor fiduciário.

Esse procedimento especial não colide com os princípios trazidos no art. 53 do CDC, porquanto, além de se tratar de Lei posterior e específica na regulamentação da matéria, o § 4º, do art. 27, da Lei nº 9.514/97, expressamente prevê, repita-se, a transferência ao devedor dos valores que, advindos do leilão do bem imóvel, vierem a exceder (sobejar) o mon-

tante da dívida, não havendo se falar, portanto, em perda de todas as prestações adimplidas em favor do credor fiduciário.

Na mesma linha de interpretação, registra-se a compreensão de Cândido Rangel Dinamarco, em obra específica sobre o tema:

“(…) A interpretação das normas do Código de Defesa do Consumidor em face das leis especiais que regulamentam as diversas espécies de contrato contempla necessariamente um diálogo entre fontes, de modo a que as diversas fontes legislativas pertinentes sejam consideradas de maneira simultânea, sistemática e coordenada. No que tange ao acertamento de contas entre devedor e credor, por efeito da extinção dos contratos de venda a prazo e de alienação fiduciária, o dispositivo do Código de Defesa do Consumidor pertinente é o art. 53 do CDC, que considera nula a cláusula que preveja a perda total das quantias pagas pelo devedor. Esse dispositivo, em essência, reproduz o princípio de vedação do enriquecimento sem causa, ao qual se submete toda e qualquer situação, seja envolvendo contratos paritários ou relações de consumo. Sucede que as inúmeras espécies de contrato a que se aplica esse princípio, inclusive aquelas que corporificam relações de consumo, têm peculiaridades que as distinguem umas das outras e que, portanto, merecem tratamento jurídico e le-

gal coerente com sua peculiar estrutura e função. É o caso da Lei 9.514/1997, que é lei especial em relação à Lei 8.078/1990 (CDC) e não é incompatível com esta, razão pela qual, a despeito de se aplicarem aos contratos de alienação fiduciária os princípios fundamentais da teoria do contrato, que também estão contemplados no Código de Defesa do Consumidor, notadamente as cláusulas gerais da boa-fé objetiva, da função social e do equilíbrio da relação obrigacional, é de se aplicar o critério específico de acerto de regulamentado pela Lei 9.514/1997, por corresponder a um aspecto peculiar dessa modalidade especial de contrato, e não o critério genérico previsto pelo art. 53 do CDC. Em outras palavras: o art. 53 do CDC enuncia um princípio geral de nulidade da cláusula que preveja a perda total das quantias pagas pelo devedor inadimplente e o art. 27 da Lei 9.514/1997 estabelece critério específico, pelo qual manda o credor devolver ao devedor a quantia que sobrar do leilão, depois de satisfeito o crédito oriundo do financiamento." (ut. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Alienação fiduciária de bens imóveis: aspectos da formação, execução e extinção do contrato*. In: *Doutrinas Essenciais de Direito Registral* | vol. 5 | p. 787 -823 | Dez / 2011 | DTR\2001\286)

3. Pois bem, constatado esse panorama inicial, é imprescindível tecer comentários acerca das distinções existentes no

ordenamento jurídico brasileiro acerca da disciplina afeta ao negócio fiduciário, o qual é regido pelo Código Civil e por uma elastecida legislação extravagante, podendo-se afirmar, conforme aponta a doutrina, a coexistência de um duplo regime jurídico da propriedade fiduciária:

a) o regime jurídico geral do Código Civil, que trata a propriedade fiduciária sobre coisas móveis infungíveis, sendo o credor fiduciário qualquer pessoa natural ou jurídica;

b) o regime jurídico especial, formado por um conjunto de normas que podem ser assim sintetizadas: **b1)** Decreto-Lei 911/69, acrescido do art. 66-B da Lei 4.728/65 (Lei do Mercado de Capitais), atualizados pela redação da Lei 10.931/2004, tratando de propriedade fiduciária sobre coisas móveis fungíveis e infungíveis, além da cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis ou de títulos de crédito, restrito o credor fiduciário à pessoa jurídica instituição financeira; **b2)** Lei 9.514/97, também modificada pelas Leis nº 10.931/2004 e 13.465/2017, que trata da propriedade fiduciária imobiliária, seja o credor fiduciário pessoa física ou jurídica (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: direitos reais*, 14. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018, p. 557).

A disciplina jurídica da alienação fiduciária sobre

bens imóveis é bastante diversa da constituição da propriedade fiduciária sobre bens móveis (fungíveis ou infungíveis) ou cessão de créditos ou títulos de crédito. Essas últimas se dão a partir da própria contratação, afigurando-se, desde então, plenamente válida e eficaz entre as partes, sendo que a consecução do registro do contrato, no tocante à garantia ali inserta, somente se afigura relevante, quando muito, para produzir efeitos em relação a terceiros, dando-lhes a correlata publicidade. Nesse sentido, por todos, o entendimento sedimentado no REsp n. 1.829.641/SC, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 3/9/2019, DJe de 5/9/2019).

Relativamente à propriedade fiduciária de bem **imóvel**, regida pela Lei nº 9.514/97, o simples fato de existir cláusula de alienação fiduciária em contrato de compra e venda de bem imóvel não tem o condão de fixar a prevalência de tal garantia quando descumprida formalidade expressa na legislação especial (artigo 23 da Lei nº 9.514/97), a qual estabelece:

Art. 23. Constitui-se a propriedade fiduciária de coisa imóvel mediante registro, no competente Registro de Imóveis, do contrato que lhe serve de título.

Parágrafo único. Com a constituição da propriedade

fiduciária, dá-se o desdobramento da posse, tornando-se o fiduciante possuidor direto e o fiduciário possuidor indireto da coisa imóvel.

Como se vê, no regime especial da Lei nº 9.514/97, o registro do contrato tem natureza constitutiva, sem o qual a propriedade fiduciária e a garantia dela decorrente não se perfazem.

Por essa razão, **na ausência de registro do contrato que serve de título à propriedade fiduciária no competente registro de imóveis, como determina o art. 23 da Lei nº 9.514/97, não é exigível do adquirente que se submeta ao procedimento de venda extrajudicial do bem para só então receber eventuais diferenças do vendedor.**

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes específicos:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. RESCISÃO DE CONTRATO PARTICULAR DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL COM PEDIDO DE DEVOLUÇÃO DAS QUANTIAS PAGAS. CLÁUSULA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. AUSÊNCIA DE REGISTRO. GARANTIA NÃO CONSTITUÍDA. VENDA EXTRAJUDICIAL DO BEM. DESNECESSIDADE.

APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO CONSUMERISTA. ANÁLISE QUEENCONTRA ÓBICE NA SÚMULA 7/STJ.

1. Recurso especial interposto em 10/9/2021 e concluso ao gabinete em 16/12/2021.

2. O propósito recursal consiste em dizer se: a) é necessário o registro do contrato com cláusula de alienação fiduciária em garantia para que esta seja constituída; e b) é aplicável à hipótese de venda de imóvel com financiamento imobiliário e pacto adjeto de alienação fiduciária o Código de Defesa do Consumidor, tendo em vista a Lei 9.514/97, legislação especial.

3. No ordenamento jurídico brasileiro coexiste um duplo regime jurídico da propriedade fiduciária: a) o regime jurídico geral do Código Civil, que disciplina a propriedade fiduciária sobre coisas móveis infungíveis, sendo o credor fiduciário qualquer pessoa natural ou jurídica; b) o regime jurídico especial, formado por um conjunto de normas extravagantes, dentre as quais a Lei 9.514/97, que trata da propriedade fiduciária sobre bens imóveis.

4. No regime especial da Lei 9.514/97, o registro do contrato tem natureza constitutiva, sem o qual a propriedade fiduciária e a garantia dela decorrente não se perfazem.

5. Na ausência de registro do contrato que serve de título à propriedade fiduciária no competente registro de imóveis, como determina o art. 23 da Lei 9.514/97, não é exigível do adquirente que se submeta ao procedimento de venda extrajudicial do bem para só então receber eventuais diferenças do vendedor.

6. No tocante à aplicação do Código de Consumidor à hipótese de venda de imóvel com financiamento imobiliário e pacto adjeto de alienação fiduciária, é firme o entendimento dessa Corte de que, em havendo inadimplemento do devedor em contrato de alienação fiduciária em garantia de bens imóveis, a quitação da dívida deve se dar na forma dos arts. 26 e 27 da Lei 9.514/1997 -norma posterior e mais específica -, afastando-se, por consequência, a regra genérica e anterior prevista no art. 53, do Código de Defesa do Consumidor.

7. Na hipótese dos autos, diante da ausência de registro do pacto adjeto de alienação fiduciária junto ao cartório de registro de imóveis competente e da conseguinte ausência de constituição da garantia real, a relação existente entre as contratantes permanece sendo uma relação de direito pessoal.

8. Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, não provido. (REsp n. 1.976.082/DF, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 9/8/2022, DJe de 12/8/2022.)

CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RESCISÃO DE COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL C/C PEDIDO DE DEVOLUÇÃO DAS QUANTIAS PAGAS. CLÁUSULA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. AUSÊNCIA DE REGISTRO. GARANTIA NÃO CONSTITUÍDA. VENDA EXTRAJUDI-

CIAL DO BEM. DESNECESSIDADE.

1. Ação de rescisão de compromisso de compra e venda de imóvel ajuizada em 28/06/2019, da qual foi extraído o presente recurso especial interposto em 04/11/2020 e concluso ao gabinete em 09/02/2022.

2. O propósito recursal é definir se a rescisão de contrato de compra e venda de imóvel com pacto adjeto de alienação fiduciária enseja, quanto ao pleito de restituição de valores pagos, a necessidade de observância do procedimento previsto na Lei nº 9.514/97, ainda que ausente o registro do contrato.

3. No ordenamento jurídico brasileiro, coexiste um duplo regime jurídico da propriedade fiduciária: a) o regime jurídico geral do Código Civil, que disciplina a propriedade fiduciária sobre coisas móveis infungíveis, sendo o credor fiduciário qualquer pessoa natural ou jurídica; b) o regime jurídico especial, formado por um conjunto de normas extravagantes, dentre as quais a Lei 9.514/97, que trata da propriedade fiduciária sobre bens imóveis.

4. No regime especial da Lei 9.514/97, o registro do contrato tem natureza constitutiva, sem o qual a propriedade fiduciária e a garantia dela decorrente não se perfazem.

5. Na ausência de registro do contrato que serve de título à propriedade fiduciária no competente Registro de Imóveis, como determina o art. 23

da Lei 9.514/97, não é exigível do adquirente que se submeta ao procedimento de venda extrajudicial do bem para só então receber eventuais diferenças do vendedor.

6. Recurso especial conhecido e não provido, com majoração de honorários.

(REsp n. 1.982.631/SP, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 24/5/2022, DJe de 22/6/2022.)

Do mesmo modo, não há como prevalecer o ditame especial da Lei nº 9.514/97 quando inexistir inadimplemento do devedor ou embora existente, não tenha o adquirente sido constituído em mora nos exatos termos do procedimento especial estabelecido nos artigos 26 e 27 da Lei nº 9.514/97. Isso porque, o regramento especial estabelece, como requisitos mínimos para a sua deflagração, dívida “vencida e não paga, no todo ou em parte” e constituição em mora do fiduciante. Na falta de qualquer desses requisitos, não se afigura aplicável o procedimento especial de resolução do contrato de compra e venda de bem imóvel com cláusula de alienação fiduciária pelo ditame da Lei nº 9.514/97.

Não se nega a existência de precedentes no âmbito da Terceira Turma desta Corte Superior -tendo como *leading case* o REsp nº 1.867.209/SP, relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado

em 8/9/2020 -no qual se precursiona que o pedido de resolução do contrato de compra e venda com pacto de alienação fiduciária em garantia por desinteresse do adquirente, ainda que não tenha havido mora no pagamento das prestações, configuraria quebra antecipada do contrato (“anticipatory breach”), decorrendo daí a possibilidade de aplicação do disposto nos 26 e 27 da Lei nº 9.514/97 para a satisfação da dívida garantida fiduciariamente e devolução do que sobejar ao adquirente.

No que tange aos propósitos do presente julgamento, é importante mencionar que tal compreensão, amparada no instituto do *anticipatory breach*, a qual alarga, e muito, o entendimento do que seja inadimplemento para efeitos da lei especial **não deve ser considerada na fixação da tese repetitiva.**

Afinal, tal inteligência - defendida pela primeira vez em julgamento da Terceira Turma datado de 2020 -não se encontra suficientemente madura no que tange à discussão pelas Turmas, inexistindo, até o momento, debate qualificado no colegiado da Quarta Turma, tampouco quantidade significativa de julgados no âmbito da Terceira Turma.

Assim, afastada a temática afeta ao *anticipatory breach* e seus desdobramentos, afirma-

se, categoricamente, que o inadimplemento **a que se refere a legislação especial diz respeito à dívida, ou seja, ao valor não quitado referente às parcelas do financiamento ou parcelamento do montante do negócio.**

Não se nega que inúmeras são as obrigações estabelecidas pelas partes em contratos de compra e venda imobiliária, sendo ínsito ao ajuste o dever de bem cumprir as determinações e encargos lá estabelecidos, ou seja, não se olvida que os contratos celebrados devem ser cumpridos (“pacta sunt servanda”), sendo a força obrigatória dos pactos consectário lógico do princípio da autonomia privada, positivado pelo legislador no art. 421 do Código Civil. Decorre da liberdade de contratar o dever de cumprimento dos pactos livremente celebrados. No entanto, **o procedimento de resolução do contrato estabelecido na legislação especial só tem cabimento ante o inadimplemento, diga-se, não pagamento da dívida, no todo ou em parte pelo devedor fiduciário, por expressa disposição legal (artigo 26, caput).** Não há como realizar interpretação diversa da estabelecida na lei quando tal normativo é imperativo.

Assim, o inadimplemento, para fins de aplicação dos arts. 26 e 27 da Lei 9.514/1997, res-

tringe-se à ausência de pagamento, pelo devedor fiduciário, no tempo, modo e lugar convencionados (mora), não estando abrangido o comportamento contrário à continuidade da avença.

Nesse sentido, confira-se:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DISPOSITIVOS DE LEI FEDERAL ALEGADAMENTE VIOLADOS. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO CLARA E PRECISA. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE IMÓVEL. MORA DA CONSTRUTORA. APLICAÇÃO DA LEI 9.514/97 AFASTADA. AGRAVO NÃO PROVIDO.
(...)

2. Aplicam-se as disposições da Lei 9.514/97 quando o devedor-fiduciante não paga, no todo ou em parte, a dívida, e é constituído em mora, o que não é o caso dos autos.

3. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt no AREsp n. 1.432.046/SP, relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 17/9/2019, DJe de 24/9/2019.)

DIREITO CIVIL. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. INCIDÊNCIA DO CDC. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. RESCISÃO. RESTITUIÇÃO DOS VALORES PAGOS. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO CONFIGURADO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1 -Nos termos da jurisprudência pacífica desta Corte, aplica-se do CDC aos contratos de arrendamento mercantil.

2 -O art. 26 da lei 9514/97 sempre é aplicado quando o fiduciante não paga, no todo ou em parte, a dívida, e é constituído em mora, o que não é o caso dos autos.

3 -Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no Ag550.820/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 17/03/2011, DJe 23/03/2011)

A contrário sensu, a existência de cláusula de alienação fiduciária em contrato de compra e venda não permite a aplicação dos procedimentos dos arts. 26 e 27 da Lei nº 9.514/1997 quando se verificar eventual descumprimento contratual ou inadimplemento do vendedor/credor fiduciário.

Nessa toada:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. COMPRA E VENDA. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. REGISTRO. ESCRITURA PÚBLICA. INADIMPLÊNCIA. VENDEDOR. CREDOR FIDUCIÁRIO. DIREITO À RESOLUÇÃO. ESTADO ANTERIOR. RETORNO. PARCELAS PAGAS. DEVOLUÇÃO TOTAL. ARTS. 26 E 27 DA LEI Nº 9.514/1997. INAPLICABILIDADE. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. PREJUDICADO.
(...)

2. O registro em cartório de escritura pública de compra e venda com pacto adjeto de alienação fiduciária não obsta o

direito à resolução por inadimplemento fundado no artigo 475 do Código Civil.

3. A existência de cláusula de alienação fiduciária em contrato de compra e venda não permite a aplicação dos procedimentos dos arts. 26 e 27 da Lei nº 9.514/1997 para a hipótese de inadimplemento do vendedor/credor fiduciário. (...)

5. Recurso especial conhecido e não provido. (REsp n. 1.848.385/DF, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 11/5/2021, DJe de 20/5/2021.)

Não é outra a razão para que tenha o legislador ordinário especificamente estabelecido a possibilidade de purgação da mora - **da prestação vencida e as que se vencerem até a data do pagamento** - acrescida dos juros, penalidades e demais encargos contratuais, eventuais encargos legais, tributos, contribuições condominiais e despesas de cobrança e intimação, com a expressa menção de que purgada a mora, convalescerá o contrato.

Existindo o inadimplemento (não pagamento da dívida) e devidamente constituído em mora o devedor fiduciário, o procedimento especial de consolidação da propriedade fiduciária e eventual devolução de valo-

res ao adquirente se processará pela Lei nº 9.514/97, pois é norma específica e também posterior ao Código de Defesa do Consumidor.

Referida exegese tem sua origem no brocardo *lex specialis derogat legi generali* acolhido, em nosso sistema jurídico, no artigo 2º, §1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, o qual orienta o intérprete na resolução de conflitos entre normas jurídicas, sendo certo que, na hipótese ora em liça, se as regras em comento (art. 53 do CDC e 26 e 27, da Lei nº 9.514/97) gozam de igualdade hierárquica, porquanto previstas em Leis ordinárias, a Lei nº 9.514/97, além de mais recente, disciplina de forma exauriente o tema, não havendo se falar, portanto, em lacuna normativa a permitir a aplicação, no caso, da lei geral, ou seja, do Código de Defesa do Consumidor. (STRECK, Lênio Luiz. Ponderação de normas no novo CPC. Forense. Porto Alegre. 2015, p. 95).

Com efeito, diante da antinomia aparente, relativa exclusivamente ao desfazimento do contrato por inadimplemento do devedor fiduciário constituído em mora, é reconhecida a prevalência da Lei Especial (nº 9.514/97) sobre a norma geral do art. 53, do CDC, porquanto a primeira legislação regulamenta, de maneira minudente, o procedimento de extinção do contrato

de alienação fiduciária de bens imóveis - quando inadimplente o devedor e devidamente constituído em mora - de modo a determinar que a devolução/resstituição das quantias pagas pelo devedor fiduciante observará as disposições previstas nos artigos 26 e 27 da Lei de regência da matéria.

Com essa mesma compreensão, registram-se os seguintes julgados da Terceira Turma:

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. COMPRA E VENDA DE IMÓVEL COM PACTO ADJETO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. RECONHECIMENTO DA REPERCUSSÃO GERAL DA MATÉRIA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SOBRESTAMENTO. DESNECESSIDADE. AÇÃO POSSESSÓRIA DECORRENTE DE RELAÇÃO DE DIREITO PESSOAL. COMPETÊNCIA TERRITORIAL RELATIVA. PRECEDENTES. LEILÃO EXTRAJUDICIAL. NOTIFICAÇÃO PESSOAL DO DEVEDOR. OCORRÊNCIA. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. QUITAÇÃO DA DÍVIDA. INCIDÊNCIA DOS ARTS. 26 E 27 DA LEI N. 9.514/1997. INAPLICABILIDADE DO ART. 53 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. AGRAVO DESPROVIDO. (...) 4. **Nos contratos de alienação fiduciária em garantia de bens imóveis, a quitação da dívida deve ocorrer nos termos dos arts. 26 e 27 da Lei n. 9.514/1997, afastando-se a regra genérica e anterior**

prevista no art. 53 do Código de Defesa do Consumidor. 5. Agravo interno desprovido. Agint no REsp 1.750.435/DF, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 27/11/2018. (grifos nossos)

CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO NCP. COMPRA E VENDA DE IMÓVEL (TERRENO) COM PACTO ADJETO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL POR DESINTERESSE EXCLUSIVO DO ADQUIRENTE. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 26 E 27 DA LEI N.º 9.514/97. NORMA ESPECIAL QUE PREVALECE SOBRE O CDC. PRECEDENTES. INTEMPESTIVIDADE DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. MATÉRIA NÃO ALEGADA NO MOMENTO OPORTUNO. PRECLUSÃO. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO. (...) 2. **“A Lei nº 9.514/1997, que instituiu a alienação fiduciária de bens imóveis, é norma especial e também posterior ao Código de Defesa do Consumidor – CDC. Em tais circunstâncias, o inadimplemento do devedor fiduciante enseja a aplicação da regra prevista nos arts. 26 e 27 da lei especial”.** (AgInt no REsp 1.822.750/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, j. 18/11/2019, DJe 20/11/2019). (...) 5. Agravo interno não provido. Agint no REsp 1.848.426/SP, Rel. Min. Moura Ribeiro, DJe de 25/03/2020. (grifos nossos)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RESTITUIÇÃO DE VALORES C/C INDENIZAÇÃO POR BENFEITORIAS. REEXAME DE FATOS E PROVAS E INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. INADMISSIBILIDADE. SÚMULAS 5 E 7/STJ. CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, ART. 53. NÃO INCIDÊNCIA. 1. O reexame de fatos e provas e a interpretação de cláusulas contratuais em recurso especial são inadmissíveis. **2. A Lei nº 9.514/1997, que instituiu a alienação fiduciária de bens imóveis, é norma especial e também posterior ao Código de Defesa do Consumidor -CDC. Em tais circunstâncias, o inadimplemento do devedor fiduciante enseja a aplicação da regra prevista nos arts. 26 e 27 da lei especial.** 3. Agravo interno não provido. Agint no REsp 1.822.750/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe de 19/11/2019. (grifos nossos)

E seguindo idêntica linha de compreensão, colhem-se da eg. Quarta Turma:

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C PEDIDO CONDENATÓRIO -DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECLAMO. INSURGÊNCIA RECURSAL DA DEMANDANTE. **1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já firmou enten-**

dimento no sentido de que, ocorrendo o inadimplemento de devedor em contrato de alienação fiduciária em garantia de bens imóveis, a quitação da dívida deverá observar a forma prevista nos arts. 26 e 27 da Lei nº 9.514/97, por se tratar de legislação específica, o que afasta, por consequência, a aplicação do art. 53 do CDC. Incidência da Súmula 83/STJ. (...)4. Agravo interno desprovido. Agint no REsp 1.791.893/SP, Rel. Min. Marco Buzzi, DJe de 01/07/2019. (grifos nossos)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. RECURSOS SIMULTÂNEOS. NÃO CONHECIMENTO DO POSTERIOR. PRINCÍPIO DA UNIRRECORRIBILIDADE. INOVAÇÃO RECURSAL. INADMISSIBILIDADE. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. INADIMPLÊNCIA. ARTS. 26 E 27 DA LEI N. 9.514/1997. DECISÃO MANTIDA. (...) **3. A Lei n. 9.514/1997, que instituiu a alienação fiduciária de bens imóveis, é norma especial e também posterior ao Código de Defesa do Consumidor -CDC. Em tais circunstâncias, o inadimplemento do devedor fiduciante enseja a aplicação da regra prevista nos arts. 26 e 27 da lei especial.** 4. Agravo regimental improvido e embargos de declaração não conhecidos. AgRg no AgRg no REsp n. 1.172.146/SP, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, DJe 26/6/2015. (grifos nossos)

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL COM DEVOLOUÇÃO DE VALORES. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INAPLICABILIDADE. ARTS. 26 E 27 DA LEI 9.514/97. NORMA ESPECIAL QUE PREVALECE SOBRE O CDC. AGRAVO NÃO PROVIDO. **1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento de que, ocorrendo o inadimplemento de devedor em contrato de alienação fiduciária em garantia de bens imóveis, a quitação da dívida deverá observar a forma prevista nos arts. 26 e 27 da Lei 9.514/97, por se tratar de legislação específica, o que afasta, por consequência, a aplicação do art. 53 do CDC. Precedentes.** 2. Agravo interno desprovido. Agint no REsp 1.848.934/SP, Rel. Min. Raul Araújo, DJe de 25/05/2020. (grifos nossos)

4. Em conclusão.

Por todo o exposto, entende-se que a tese repetitiva deve ser bem delimitada para que discussões, ainda não suficientemente maduras em termos de julgamentos nas Turmas, não irradiem efeitos vinculantes.

Nesse sentido, no que se refere ao afastamento das normas do Código de Defesa do Consumidor na hipótese de resolução do contrato de compra e venda de bem imóvel com cláusula de alienação fiduciária, há que se averiguar a presença de

requisitos próprios da lei especial (Lei nº 9.514/97), a saber, **o registro do contrato no cartório de registro de imóveis, o inadimplemento do devedor e a constituição em mora.**

Aos demais casos, em que não verificadas tais circunstâncias, inaplicável a tese vinculante ora proposta, nada impedindo que, amadurecido o debate em torno da interpretação extensiva do conceito de inadimplemento, possa haver revisão dos limites do presente julgado.

Portanto, a tese não abarca situações em que ausentes os três requisitos: registro do contrato com cláusula de alienação fiduciária, inadimplemento do devedor fiduciário e adequada constituição em mora.

No outro extremo, se inexistente o inadimplemento (falta de pagamento) ou, acaso existente, não houver o credor constituído em mora o devedor fiduciário, a solução do contrato não seguirá pelo ditame especial da Lei nº 9.514/97, podendo se dar pelo ditame da legislação civilista (artigos 472, 473, 474, 475 e seguintes) ou pela legislação consumerista (artigo 53), se aplicável, dependendo das características das partes por ocasião da contratação.

Alude-se à aplicação da legislação civilista, pois é inegável que nem todos os contra-

tos de compra e venda imobiliária formados com pacto adjecto de alienação fiduciária são regidos pelo Código de Defesa do Consumidor, notadamente quando a própria legislação especial, que instituiu a alienação fiduciária imobiliária, expressamente permite no artigo 22 da Lei nº 9.514/97 que a alienação fiduciária “poderá ser contratada por **pessoa física ou jurídica**, podendo ter como objeto **imóvel concluído ou em construção, não sendo privativa das entidades que operam no SFI**” elencadas no artigo 2º do normativo.

É admitida, assim, a contratação entre particulares, pacto que não será de adesão, pois estarão ambas as partes em igualdade de condições, com a prevalência dos princípios da bilateralidade e comutatividade.

Com todo o norte jurídico até aqui delineado e com amparo nos julgados mencionados que corroboram a compreensão acerca da maturidade da temática ora em liça, na extensão acima delimitada, resta demonstrado que a matéria já foi suficientemente discutida e consta examinada por todos os Ministros que compõem esta eg. Segunda Seção, pelo que o julgamento dessa controvérsia vem ao encontro da noção de efetividade da Justiça, em decorrência lógica dos efeitos

advindos do julgamento sob a sistemática dos recursos repetitivos.

Por derradeiro, as balizas eventualmente posta ao equacionamento da questão envolvendo os negócios com garantia fiduciária não impõem qualquer risco econômico ao sistema, pois é inegável que a garantia fiduciária constitui elemento de fundamental importância para a expansão do crédito imobiliário, em favor, também, dos consumidores, na medida em que estes podem ter acesso a melhores taxas de juros, pondo em relevo o interesse coletivo do tema em debate e a necessidade de uniformização, por meio do presente recurso especial repetitivo, da orientação jurisprudencial no sentido da observância do procedimento estabelecido pelos artigos 26 e 27, da Lei nº 9.514/97, desde que cumpridos os requisitos citados, de modo a oferecer a todos os envolvidos, segurança jurídica.

Nessa medida, para a formação do precedente em recurso repetitivo, propõe-se ao eg. colegiado da Segunda Seção, a fixação da seguinte tese: **“Em contrato de compra e venda de imóvel com garantia de alienação fiduciária devidamente registrado em cartório, a resolução do pacto, na hipótese de inadimplemento do devedor, devidamente constituído em mora, deverá observar a forma previs-**

ta na Lei nº 9.514/97, por se tratar de legislação específica, afastando-se, por conseguinte, a aplicação do Código de Defesa do Consumidor.”

5. Caso concreto:

Analisa-se, de plano, a temática de mérito veiculada no reclamo por ser mais benéfica ao recorrente, ficando prejudicada a preliminar de negativa de prestação jurisdicional arguida.

Na hipótese, consta da sentença o seguinte:

No caso, conforme se observa dos documentos apresentados pela requerida, em 16 de dezembro de 2016, as partes celebraram contrato, por meio de ‘escritura pública de venda e compra com pacto adjeto de alienação fiduciária em garantia’ (fls. 142/159), em substituição ao ‘contrato de promessa de venda e compra’ celebrado no dia 05 de novembro de 2013 (vide cláusulas 4 e 9). Além disso, a contratação foi averbada na matrícula do imóvel (matrícula n.º 152.273) em 26 de maio de 2017 e, diante da notícia do inadimplemento do contrato pelos autores (os quais foram devidamente notificados -fls. 168/171), foi averbada a consolidação da propriedade do bem em nome da requerida no dia 05 de dezembro de 2017 (fls. 153-156) após a ausência de purgação da mora.

Nos contratos de compra e venda de imóvel com pacto adjeto de alienação fiduciária em garantia devidamente registrado no cartório, havendo inadimplência do comprador e devidamente constituído em mora, pode o credor executar a garantia, nos exatos termos dos artigos 26 e 27 da Lei nº 9.514/97.

É incontroverso dos autos, inclusive por afirmação dos próprios autores na exordial, o inadimplemento quanto ao pagamento da dívida, tendo ocorrido ante a não purgação da mora a consolidação da propriedade em favor da ré, devendo o procedimento seguir o trâmite da legislação especial o qual estabelece o direito dos devedores fiduciários de receber quantias em função do vínculo contratual se, após efetivado o leilão público do imóvel, houver saldo em seu favor.

Tal como afirmou o magistrado *a quo*, não sendo possível antever o valor que (eventualmente) será devolvido aos autores, a improcedência do pedido veiculado na demanda é medida que se impõe.

5.1. Do exposto, conheço em parte do recurso especial e, por conseguinte, dou-lhe provimento a fim de reformar o v. acórdão recorrido para restabelecer a sentença de fls. 202-206 em todos os seus termos, inclusive no tocante aos ônus sucumbenciais.

É o voto.

VOTO-VOGAL

A EXMA. SRA. MINISTRA
NANCY ANDRIGHI:

Cuida-se de recurso especial interposto por LIVING BARBACENA EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA, com fundamento nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, contra acórdão do TJ/SP.

Ação: de restituição de quantia paga ajuizada por SIMAURO RIBEIRO LEITE e MARIA MARCIANE MELO RIBEIRO em desfavor da recorrente.

Segundo narra a petição inicial, os recorridos adquiriram da recorrente um apartamento localizado na rua Comendador Carlo Mário Gardano, nº 203, apto 197, em São Bernardo do Campo/SP. No entanto, ante a impossibilidade superveniente de arcar com as parcelas convencionadas, os recorridos buscam a rescisão do contrato e a consequente condenação da recorrente à restituição dos valores pagos. Os recorrentes admitem, inclusive, não terem pago algumas das prestações que já venceram.

Sentença: julgou improcedentes os pedidos, consoante o fundamento de que incide à hipótese a Lei nº 9.514/97, a qual estabelece que os recorridos somente têm direito ao recebimento de eventuais valores que sobejarem após a alienação do bem em leilão extra-judicial.

Acórdão: deu parcial provimento à apelação interposta pelos recorridos, nos termos da seguinte ementa:

Apelação cível. Compra e venda de imóvel com cláusula de alienação fiduciária.

Consolidação da propriedade em favor da ré. Pedido de devolução dos valores pagos. Alegação de dificuldades financeiras em permanecer no negócio jurídico.

Sentença de improcedência.

Alienação fiduciária. Existência de pacto acessório de alienação fiduciária em garantia não impede o desfazimento do negócio jurídico. Confusão entre credora fiduciária e alienante. Situação que evidencia o intuito de burlar o direito dos adquirentes de desfazer o negócio jurídico. Impossibilidade. Considerada natureza jurídica de compromisso de compra e venda do imóvel. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor e das Súmulas 1, 2 e 3 desta Corte de Justiça. Devolução das parcelas pagas. Aplicação dos princípios da equidade e da boa-fé que regem as relações de consumo, bem como o do equilíbrio contratual. Interpretação dos artigos 51 e 53 do Código de Defesa do Consumidor. Retenção de 10% dos valores pagos adequados para cobrir as despesas de administração, publicidade e outras inerentes à contratação. Alteração da r. sentença para determinar que a ré devolva aos autores 90% dos valores pagos Sucum-

bência invertida. Resultado.
Recurso provido parcialmente.

Embargos de declaração: opostos pela recorrente, foram rejeitados pela Corte local.

Recurso especial: alega violação do art. 1.022, I, do CPC/015, dos arts. 22, *caput* e § 1º e 27, §§ 4º e 5º, da Lei nº 9.514/97 e do art. 53 do CDC, além de dissídio jurisprudencial. Sustenta que o Tribunal de origem não explicitou os motivos pelos quais aplicou o disposto no art. 53 do CDC em detrimento da lei especial. Alega que a constituição de garantia fiduciária afasta a aplicação do disposto no art. 53 CDC, uma vez que atrai a incidência da lei especial (Lei nº 9.514/97). Refere que a inadimplência do adquirente conduz à consolidação da propriedade fiduciária nas mãos do credor fiduciante, circunstância que impõe a observância do procedimento especial de alienação do bem. Assevera que já tendo sido realizado o leilão, não há que se falar em desfazimento do contrato com restituição, aos recorridos, dos valores pagos.

Decisão de admissibilidade: o Tribunal *a quo* admitiu o recurso especial, determinando a remessa dos autos a esta Corte.

Proposta de afetação: o e. Ministro Marco Buzzi propôs a afetação do presente recurso especial para ser julgado sob o rito dos recursos repetitivos, a qual foi acolhida pela Segunda Seção.

Parecer do Ministério Público Federal: de lavra do i. Subprocurador-Geral da República, Dr. Mauricio Vieira Braks, opinou pela fixação de tese jurídica e, na hipótese concreta, pelo conhecimento e parcial provimento do recurso especial.

É o relatório.

O propósito recursal consiste em definir se, na hipótese de resolução do contrato de compra e venda de imóvel com cláusula de alienação fiduciária em garantia, por inadimplemento do devedor, a Lei nº 9.514/97 prevalece em relação ao Código de Defesa do Consumidor.

1. Da negativa de prestação jurisdicional.

1. Diferentemente do alegado pela recorrente, a Corte de origem consignou expressamente no acordão recorrido os motivos pelos quais deveria ser aplicado o disposto no art. 53 do CDC em detrimento da lei especial (e-STJ, fl. 247).

2. Sendo assim, não há que se falar em violação ao art. 1.022, II, do CPC/2015.

2. Do duplo regime jurídico da propriedade fiduciária.

3. O negócio fiduciário é aquele mediante o qual um sujeito (fiduciante), a fim de garantir uma obrigação, transmite a propriedade de uma coisa ou a titularidade de um direito a outro (fiduciário), que, se cumprido o encargo, devolve o bem ou o direito ao

transmitente. Considera-se fiduciária, assim, a propriedade resolúvel de coisa ou direito que o devedor fiduciante, com escopo de garantia, transfere ao credor fiduciário.

4. No ordenamento jurídico brasileiro, a matéria é disciplinada pelo Código Civil e por uma profusa legislação extravagante. Por isso, aponta a doutrina a coexistência de um duplo regime jurídico da propriedade fiduciária: a) o regime jurídico geral do Código Civil, que disciplina a propriedade fiduciária sobre coisas móveis infungíveis, sendo o credor fiduciário qualquer pessoa natural ou jurídica; b) o regime jurídico especial, formado por um conjunto de normas extravagantes, basicamente divididas em: (b1) Decreto-Lei 911/69, acrescido do art. 66-B da Lei 4.728/65 (Lei do Mercado de Capitais), atualizados pela redação da Lei 10.931/2004, tratando de propriedade fiduciária sobre coisas móveis fungíveis e infungíveis, além da cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis ou de títulos de crédito, restrito o credor fiduciário à pessoa jurídica instituição financeira; (b2) Lei 9.514/97, também modificada pela Lei 10.931/2004, que trata da propriedade fiduciária imobiliária, seja o credor instituição financeira ou não (Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenthal. *Curso de Direito Civil: direitos reais*, 14ª ed.

Salvador: Ed. JusPodivm, 2018, p. 557).

5. Inclusive, a coexistência de ambos os regimes jurídicos e a solução de eventual conflito de leis foi enfrentada pela Lei nº 10.931/2004, que acrescentou o art. 1.368-A ao Código Civil para esclarecer que *"as demais espécies de propriedade fiduciária ou de titularidade fiduciária"* (vale dizer, aquelas que não tratam de negócio fiduciário envolvendo bem móvel infungível e firmado entre quaisquer pessoas, naturais ou jurídicas) *"submetem-se à disciplina específica das respectivas leis especiais, somente se aplicando as disposições deste Código naquilo que não for incompatível com a legislação especial"*.

3. Da prevalência da lei especial sobre o Código de Defesa do Consumidor.

6. A questão jurídica a ser decidida por esta Corte, como já delineado no voto do e. Relator, diz respeito à aplicabilidade do disposto no art. 53 do CDC aos contratos de compra e venda de bem imóvel com pacto adjecto de alienação fiduciária, nas hipóteses de inadimplemento do contrato pelo adquirente.

7. A alienação fiduciária de bem imóvel é conceituada pela lei como *"o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da pro-*

priedade resolúvel de coisa imóvel” (art. 22 da Lei nº 9.514/97). Essa modalidade de garantia não é privativa das entidades que atuam no Sistema Financeiro Imobiliário, podendo ser contratada por qualquer pessoa física ou jurídica (art. 22, parágrafo único, da Lei nº 9.514/97).

8. Embora a alienação fiduciária de bem imóvel seja regulamentada na Lei nº 9.514/97, a incidência dessa norma não afasta a aplicação de outras normas existentes no ordenamento jurídico, que sejam compatíveis com a relação pactuada entre o vendedor e o adquirente, em diálogo das fontes. É que ocorre, por exemplo, com o Código de Defesa do Consumidor.

9. Não há dúvidas de que o alienante, ao disponibilizar, no mercado do consumo, bem imóvel, enquadra-se no conceito de fornecedor estabelecido no art. 3º, *caput*, do CDC. Do outro lado da relação jurídica, encontra-se o consumidor, que adquire o produto, isto é, o bem imóvel, do vendedor (art. 2º, *caput*, do CDC). Logo, as normas e princípios gerais aplicáveis às relações de consumo incidem, em regra, aos contratos de compra e venda de imóvel com pacto adjecto de alienação fiduciária, desde que não haja descaracterização do tipo contratual.

10. O Código de Defesa do Consumidor instituiu importan-

tes mecanismos para coibir a prática de abusos contra o consumidor e para compensar eventuais desequilíbrios em situações de desvantagem do consumidor frente ao fornecedor. Um desses instrumentos está previsto no art. 53, *caput*, do diploma consumerista, o qual, fazendo menção expressa à alienação fiduciária em garantia, considera nula a cláusula ajustada em contrato de compra e venda de imóvel que estabeleça a perda total das prestações pagas em benefício do credor, quando configurado o inadimplemento do devedor. Trata-se de verdadeira consagração da vedação do enriquecimento sem causa (art. 884 do CC/02).

11. Conjugando o disposto no referido art. 53 do CDC com a norma do art. 413 do CC/02, esta Segunda Seção firmou orientação no sentido de que, nas hipóteses de resolução de contrato de compra e venda de imóvel por iniciativa do adquirente, em razão de impossibilidade econômica superveniente, ou de inadimplemento do contrato pelo comprador, é razoável a retenção dos pagamentos realizados até a rescisão operada entre 10% e 25%, conforme as circunstâncias concretas (EAg n. 1.138.183/PE, Segunda Seção, DJe de 4/10/2012; REsp n. 1.723.519/SP, Segunda Seção, DJe de 2/10/2019).

12. No entanto, algumas leis disciplinam as consequências

do inadimplemento do devedor de forma diversa daquela preconizada no microsistema consumerista. É justamente o que se verifica no âmbito da alienação fiduciária de bem imóvel.

13. Constatada a inadimplência do devedor fiduciante, este deverá ser intimado para satisfazer, no prazo de 15 (quinze) dias, a prestação vencida e as que se vencerem até a data do pagamento (art. 26, § 1º, da Lei nº 9.514/97). Decorrido esse prazo sem a purgação da mora, haverá a consolidação da propriedade em nome do credor fiduciário (art. 26, § 7º, da Lei nº 9.514/97). Passados 30 (trinta) dias da consolidação da propriedade, o credor deverá dar início ao procedimento extrajudicial de execução da alienação fiduciária (art. 27, *caput*, da Lei nº 9.514/97). Nos cinco dias que se seguirem à venda do imóvel em leilão, depois de descontado o valor da dívida, das despesas correspondentes aos encargos e custas de intimação e as necessárias à realização do leilão, o credor fiduciário entregará ao devedor a importância que sobejar (art. 27, § 4º, da Lei nº 9.514/97).

14. Realizado o confronto entre os comandos contidos no art. 53 do CDC e no art. 27, § 4º, da Lei nº 9.514/97, poder-se-ia imaginar, num primeiro momento, que se trata de disposições legais incompatíveis

entre si. Vale dizer, que se está diante de uma antinomia normativa.

15. Todavia, o art. 53 do CDC enuncia um princípio geral de nulidade da cláusula contratual que preveja a perda da integralidade dos valores pagos pelo devedor inadimplente. Já o art. 27 da Lei nº 9.514/97 estabelece um critério específico, impondo ao devedor a obrigação de restituir ao credor a quantia excedente do leilão, após satisfeitos o crédito do financiamento e as despesas com a alienação extrajudicial do imóvel. Por meio desta determinação, criou-se, portanto, um mecanismo próprio que impossibilita a perda da totalidade das prestações pagas pelo devedor fiduciante.

16. Nesse sentido, confirmam-se as seguintes ponderações doutrinárias:

No caso do acerto decorrente da extinção do contrato de alienação fiduciária, a Lei 9.514/97 regulamento por completo a matéria e é, a um só tempo, coerente com a função dessa espécie de contrato, ao mandar o credor promover o leilão do imóvel, e com o princípio de vedação do enriquecimento sem causa, enunciado no art. 884 do CC e repercutido no art. 53, do CDC, pois o § 4º do art. 27 impede que o credor se aproprie de quantia superior ao seu crédito, ao determinar ao credor que entregue

ao devedor o saldo apurado no leilão. (CHALHUB, Melhim Namem. Alienação fiduciária de bens imóveis: aspectos da formação, execução e extinção do contrato. *In: Revista de direito imobiliário*. São Paulo, vol. 30, n. 63, jul./dez. 2007, p. 104) [g.n.]

17. Desse modo, o procedimento instituído pela Lei nº 9.514/1997 não colide com a previsão do art. 53 do CDC.

18. Ainda que se admitisse a existência de antinomia entre os referidos dispositivos legais, essa antinomia é meramente aparente, sendo passível de solução mediante a aplicação dos critérios cronológico e da especialidade.

19. A Lei nº 9.514/1997 é posterior ao CDC, já que este entrou em vigor em 11 de março de 1991 e aquela teve sua vigência iniciada no dia 20 de novembro de 1997. Outrossim, a Lei nº 9.514/1997 é lei especial em relação ao CDC. Enquanto este disciplina, de forma geral, as relações contra-tuais de consumo, a Lei nº 9.514/1997 regulamenta, de forma específica e exauriente, o contrato de alienação fiduciária em garantia de bem imóvel, sobretudo no que concerne às consequências do inadimplemento do devedor.

20. Nesse sentido, citam-se os seguintes precedentes:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. RESCISÃO DE CONTRATO PARTICULAR DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL COM PE-

DIDO DE DEVOLUÇÃO DAS QUANTIAS PAGAS. CLÁUSULA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. AUSÊNCIA DE REGISTRO. GARANTIA NÃO CONSTITUÍDA. VENDA EXTRAJUDICIAL DO BEM. DESNECESSIDADE. APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO CONSUMERISTA. ANÁLISE QUE ENCONTRA ÔBICE NA SÚMULA 7/STJ.

1. Recurso especial interposto em 10/9/2021 e concluso ao gabinete em 16/12/2021.

2. O propósito recursal consiste em dizer se: a) é necessário o registro do contrato com cláusula de alienação fiduciária em garantia para que esta seja constituída; e b) é aplicável à hipótese de venda de imóvel com financiamento imobiliário e pacto adjecto de alienação fiduciária o Código de Defesa do Consumidor, tendo em vista a Lei 9.514/97, legislação especial.

3. No ordenamento jurídico brasileiro coexiste um duplo regime jurídico da propriedade fiduciária: a) o regime jurídico geral do Código Civil, que disciplina a propriedade fiduciária sobre coisas móveis infungíveis, sendo o credor fiduciário qualquer pessoa natural ou jurídica; b) o regime jurídico especial, formado por um conjunto de normas extravagantes, dentre as quais a Lei 9.514/97, que trata da propriedade fiduciária sobre bens imóveis.

4. No regime especial da Lei 9.514/97, o registro do contrato tem natureza constitutiva, sem o qual a propriedade

fiduciária e a garantia dela decorrente não se perfazem.

5. Na ausência de registro do contrato que serve de título à propriedade fiduciária no competente registro de imóveis, como determina o art. 23 da Lei 9.514/97, não é exigível do adquirente que se submeta ao procedimento de venda extrajudicial do bem para só então receber eventuais diferenças do vendedor.

6. No tocante à aplicação do Código de Consumidor à hipótese de venda de imóvel com financiamento imobiliário e pacto adjeto de alienação fiduciária, é firme o entendimento dessa Corte de que, em havendo inadimplemento do devedor em contrato de alienação fiduciária em garantia de bens imóveis, a quitação da dívida deve se dar na forma dos arts. 26 e 27 da Lei 9.514/1997 -norma posterior e mais específica -, afastando-se, por consequência, a regra genérica e anterior prevista no art. 53, do Código de Defesa do Consumidor.

7. Na hipótese dos autos, diante da ausência de registro do pacto adjeto de alienação fiduciária junto ao cartório de registro de imóveis competente e da conseguinte ausência de constituição da garantia real, a relação existente entre as contratantes permanece sendo uma relação de direito pessoal.

8. Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, não provido.

(REsp n. 1.976.082/DF, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 9/8/2022, DJe de 12/8/2022.) [g.n.]

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESCISÃO CONTRATUAL. INADIMPLÊNCIA. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL. MATÉRIA QUE DEMANDA REEXAME DE FATOS E PROVAS. SUMULA 7 DO STJ. ACÓRDÃO EM SINTONIA COM O ENTENDIMENTO FIRMADO NO STJ. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. “A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento de que, ocorrendo o inadimplemento de devedor em contrato de alienação fiduciária em garantia de bens imóveis, a quitação da dívida deverá observar a forma prevista nos arts. 26 e 27 da Lei 9.514/97, por se tratar de legislação específica, o que afasta, por consequência, a aplicação do art. 53 do CDC.”.(AgInt no REsp 1848934/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 11/05/2020, DJe 25/05/2020).

2. As conclusões da Corte local em relação ao descumprimento contratual, e inexistência de caso fortuito ou força maior a fim de justificar o atraso na entrega da obra; não podem ser revistas por esta Corte Superior, pois demandaria, necessariamente, reexame do acervo fático-probatório dos autos, o que é vedado em sede de recurso especial, em razão do óbice da Súmula n.º 7/STJ.

3. Agravo interno não provido. (AgInt no AREsp n. 1.724.267/DF, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julga-

do em 23/11/2020, DJe de 1/12/2020.) [g.n.]

AGRAVO INTERNO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. RESCISÃO DO CONTRATO. AUSÊNCIA DE INADIMPLÊNCIA. APLICAÇÃO DA LEI Nº 9.514/1997. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. NÃO INCIDÊNCIA. REGISTRO DO CONTRATO EM CARTÓRIO DE TÍTULOS E DOCUMENTOS. PRESCINDIBILIDADE.

1. O Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que, diante da incidência do art. 27, § 4º, da Lei 9.514/1997, que disciplina de forma específica a aquisição de imóvel mediante garantia de alienação fiduciária, não se cogita da aplicação do art. 53 do Código de Defesa do Consumidor, em caso de rescisão do contrato por iniciativa do comprador, ainda que ausente o inadimplemento.

2. A jurisprudência desta Corte Superior entende que não é necessário o registro do contrato garantido por alienação fiduciária no Cartório de Títulos e Documentos para que o pacto tenha validade e eficácia, visto que tal providência tem apenas o intuito de dar ciência a terceiros. Precedentes.

3. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no AREsp n. 1.689.082/SP, relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 16/11/2020, DJe de 20/11/2020.) [g.n.]

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. COMPRA E VENDA DE IMÓVEL COM PACTO ADJETO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. RECONHECIMENTO DA REPERCUSSÃO GERAL DA MATÉRIA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SOBRESTAMENTO. DESNECESSIDADE. AÇÃO POSSESSÓRIA DECORRENTE DE RELAÇÃO DE DIREITO PESSOAL. COMPETÊNCIA TERRITORIAL RELATIVA. PRECEDENTES. LEILÃO EXTRAJUDICIAL. NOTIFICAÇÃO PESSOAL DO DEVEDOR. OCORRÊNCIA. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. QUITAÇÃO DA DÍVIDA. INCIDÊNCIA DOS ARTS. 26 E 27 DA LEI N. 9.514/1997. INAPLICABILIDADE DO ART. 53 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. AGRAVO DESPROVIDO.

1. O reconhecimento de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal não impõe, em regra, o sobrestamento dos processos em curso no Superior Tribunal de Justiça.

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se consolidou no sentido de que “deve ser afastada a competência absoluta de foro (...) quando a ação possessória seja decorrente de relação de direito pessoal surgida em consequência de contrato existente entre as partes” (AgRg nos EDcl no Ag 1.192.342/MG, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 2/9/2014, DJe 16/9/2014).

3. A desconstituição do acórdão distrital, para concluir que a notificação pessoal do

devedor não teria sido comprovada, exigiria o reexame do conjunto fático-probatório, o que não se admite na via especial, em razão do que dispõe o Verbete sumular n. 7 do STJ.

4. Nos contratos de alienação fiduciária em garantia de bens imóveis, a quitação da dívida deve ocorrer nos termos dos arts. 26 e 27 da Lei n. 9.514/1997, afastando-se a regra genérica e anterior prevista no art. 53 do Código de Defesa do Consumidor.

5. Agravo interno desprovido. (AgInt no REsp n. 1.750.435/DF, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 19/11/2018, DJe de 22/11/2018.) [g.n.]

21. Essa orientação é corroborada pela lição de Cláudia Lima Marques, para quem:

A lei especial nova geralmente traz normas a par das já existentes, normas diferentes, novas, mais específicas do que as anteriores, mas compatíveis e conciliáveis com estas. Como o CDC não regula contratos específicos, mas sim elabora normas de conduta gerais e estabelece princípios, raros serão os casos de incompatibilidade. Se, porém, os casos de incompatibilidades são poucos, nestes há clara prevalência da lei especial nova pelos critérios da especialidade e cronologia. (...). Assim, o CDC como lei geral de proteção dos consumidores poderia ser afastado para a aplicação de uma lei

nova especial para aquele contrato ou relação contratual, como no caso da lei sobre seguro saúde, se houver incompatibilidade de preceitos. (Contratos no Código de Defesa do Consumidor. In: *Revista do Direito do Consumidor*, p. 241) [g.n.]

22. O critério da especialidade foi aplicado no julgamento do REsp 80.036/SP, no qual se decidiu pela prevalência da Lei nº 4.591/1964 em detrimento do art. 53 do CDC, por ser aquela lei especial relativamente a este. Naquela oportunidade, o e. Relator, Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior, sublinhou que, apesar da incidência dos princípios gerais trazidos pelo CDC, “o contrato de incorporação, no que tem de específico, é regido pela lei que lhe é própria (Lei 4.591/1964)” (Quarta Turma, DJ de 12/02/1996).

23. Aliás, com o propósito de assegurar a aplicação da lei especial, a Lei nº 13.786/2018 acrescentou o art. 67-A à Lei nº 4.591/1964, cujo § 14 preceitua que, nas hipóteses de leilão do imóvel objeto de compra e venda com pacto adjeto de alienação fiduciária em garantia, uma vez realizado o leilão, a restituição deverá observar os critérios estabelecidos na respetiva lei especial, caso existente.

24. Logo, o art. 27, § 4º, da Lei nº 9.514/1997, por se tratar de norma especial, prevalece sobre o art. 53 do CDC.

25. A tais considerações, acrescenta-se que, segundo se extrai da exposição de motivos da Lei nº 9.514/1997, a intenção do legislador ao editá-la foi a de impulsionar o setor imobiliário mediante a disponibilização de novos mecanismos para o seu financiamento, dentre os quais se insere a alienação fiduciária em garantia. Essa espécie de contrato “*concilia a segurança e celeridade necessárias, superando as formas obsoletas de garantia, que tornam os negócios imobiliários demasiadamente lentos e onerosos*” (Exposição de Motivos Interministerial nº 032/MPO-MF, de 09/06/1997).

26. Destarte, o regime específico da alienação fiduciária de bens imóveis permite a recomposição do capital investido de forma célere e eficaz, atribuindo maior segurança ao crédito concedido e minimizando o problema da habitação no país.

27. Nessa linha, caso se admitisse a aplicação do art. 53 do CDC à tal modalidade de contrato, as operações de financiamento imobiliários poderiam ficar inviabilizadas, tendo em vista que, na hipótese de inadimplemento do devedor fiduciante, o credor teria um prejuízo não previsto na lei de regência. Haveria, então, insegurança jurídica, a qual, muito provavelmente, seria compensada pelo aumento dos

preços e dos juros convencionados nos contratos de compra e venda e de financiamento garantidos por alienação fiduciária.

4. Das hipóteses de aplicação do procedimento especial da Lei nº 9.514/1997.

28. São duas as questões levantadas no voto do e. Relator nesse aspecto, quais sejam: (i) a aplicabilidade do procedimento especial de execução da garantia fiduciária, previsto nos arts. 26 e 27 da Lei nº 9.514/1997, à hipótese em que, apesar do inadimplemento das prestações pelo devedor, não há registro do contrato de alienação fiduciária junto ao cartório de registro de imóveis e (ii) a amplitude da expressão “vencida e não paga” prevista no art. 26, *caput*, da Lei nº 9.514/1997. Isto é, se somente o não pagamento, pelo adquirente, dos valores contratados é capaz de justificar a aplicação do referido procedimento ou se ele também deve ser observado na situação em que o adquirente postula a revisão do contrato por impossibilidade superveniente, por configurar quebra antecipada do contrato (“*antecipatory breach*”).

29. Quanto ao primeiro ponto, o art. 23 da Lei nº 9.514/17 prevê que “*constitui-se a propriedade fiduciária de coisa imóvel mediante registro, no competente Registro de Imóveis, do contrato que lhe serve*

de título". Ou seja, a propriedade fiduciária de bem imóvel somente se constitui com o registro do contrato no registro de imóveis.

30. E não poderia ser diferente, haja vista que, no sistema adotado no País, seguindo a tradição romana, a propriedade de bem imóvel, seja resolúvel ou não, apenas é adquirida, a título derivado e *inter vivos*, com o registro do contrato no Cartório de Imóveis. O registro, de fato, tem natureza constitutiva da propriedade fiduciária, assim como ocorre em relação aos demais direitos reais sobre imóveis.

31. Dito de outro modo, a alienação fiduciária somente se aperfeiçoa com o registro do contrato no órgão competente. Ausente esse registro "o credor poderá ter um título executivo, dependendo das condições do contrato, mas não terá uma garantia real" (Amaral, Fernanda Costa Neves do. Alienação fiduciária em garantia. In: *Revista brasileira de direito comercial*. Vol. 8, n. 46, p. 139-165, abr./maio 2022, p. 149).

32. Conforme sublinha a doutrina, "(...) a propriedade fiduciária é direito próprio do credor, um direito real em coisa própria, com função de garantia. Assim, com o registro do contrato da alienação fiduciária, o credor torna-se titular do domínio até que o devedor pague a dívida. O bem, assim, é excluído do patrimônio do

devedor, só retornando a ele após o cumprimento da obrigação garantida" (Alienação fiduciária: negócio fiduciário, 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 239).

33. A propósito, citam-se os seguintes precedentes: REsp n. 1.987.389/SP, Terceira Turma, DJe de 1/9/2022; REsp n. 1.835.598/SP, Terceira Turma, DJe de 17/2/2021.

34. Dessa maneira, sem o registro do contrato no competente Registro de Imóveis, há simples crédito, situado no âmbito obrigacional, sem qualquer garantia real nem propriedade resolúvel transferida ao credor. Ante a ausência de constituição da garantia, independentemente da parte que tenha dado causa à ausência do registro, é incabível a submissão do adquirente ao procedimento de previsto nos arts. 26 e 27 da Lei nº 9.514/97.

35. Acerca do segundo ponto, a Lei nº 9.514/1997 prevê, no art. 26, que, vencida e não paga, no todo ou em parte, a dívida e constituído em mora o fiduciante, consolidar-se-á a propriedade do imóvel em nome do fiduciário.

36. Conquanto o legislador tenha feito menção expressa à dívida vencida e não paga, "o inadimplemento, referido pelas disposições dos arts. 26 e 27 da Lei 9.514/197, não pode ser interpretado restritivamente à mera não realização do pagamento no tempo, modo e lugar

convencionados (mora), devendo ser entendido, também, como o comportamento contrário à manutenção do contrato ou ao direito do credor fiduciário" (REsp 1.867.209/SP, Terceira Turma, DJe de 30/9/2020). No mesmo sentido: REsp n. 1.930.085/AM, Terceira Turma, DJe de 18/8/2022 e REsp n. 1.792.003/SP, Terceira Turma, DJe de 21/6/2021.

37. Não há, no ordenamento jurídico brasileiro, regra geral prevendo o mecanismo do vencimento antecipado do contrato. No entanto, a aplicação do instituto é admitida pela jurisprudência (REsp n. 309.626/RJ, Quarta Turma, DJ de 20/8/2001; REsp n. 1.792.003/SP, Terceira Turma, DJe de 21/6/2021) e pela doutrina, "em analogia com a modelagem da *exceptio non adimpleti contractus e, de modo especial, da exceção de inseguridade (art. 477), uma ou outra devendo ser, conforme o caso, conectada com o princípio da boa-fé objetiva (art. 422)" (MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil: do inadimplemento das obrigações*. Vol. V. Tomo II. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 244).*

38. O incumprimento antecipado do contrato ocorrerá sempre queo devedor praticar atos contrários ao cumprimento do negócio jurídico. Pode resultar, assim, de conduta comissiva, omissiva ou de declaração expressa do devedor no

sentido de que não irá cumprir a obrigação (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Comentários ao Novo Código Civil*. Vol. VI. Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2011, pp. 580-581).

39. Nessa linha de ideias, o pedido de resolução do contrato de compra e venda com pacto de alienação fiduciária em garantia, por desinteresse do adquirente na sua manutenção, qualifica-se como quebra antecipada do contrato ("anticipatory breach"), tendo em vista que revela a intenção do adquirente (devedor) de não pagar as prestações ajustadas.

40. Destarte, o inadimplemento contratual, para fins de aplicação dos arts. 26 e 27 da Lei nº 9.514/1997 não se restringe à ausência de pagamento no tempo lugar e modo contratados, mas abrange também o comportamento contrário do devedor ao cumprimento da avença (quebra antecipada do contrato), manifestado por meio do pedido de resolução do contrato por impossibilidade superveniente de arcar com os valores contratados.

41. Apesar de, quanto ao ponto, haver divergência com relação ao voto do e. Relator, como bem destacado por Sua Excelência, a tese a ser firmada no presente julgado não deve abranger as hipóteses de quebra antecipada do contrato pelo devedor, haja vista que que o tema ainda não foi apreciado pela Quarta Turma do STJ, tratando-se, portanto, de matéria

não suficientemente madura para a formação de uma tese vinculante.

42. Por esses motivos, estou de acordo com a redação da tese proposta pelo i. Relator.

5. Da hipótese dos autos.

43. Na espécie, é incontroverso o inadimplemento, por parte dos recorridos, das parcelas ajustadas no contrato de compra e venda com pacto adjeto de alienação fiduciária, fato que ensejou a consolidação da propriedade do imóvel em nome da recorrente. É certo, ademais, que o contrato está devidamente registrado no Registro de Imóveis.

44. Desse modo, nos termos do acima exposto, deve ser observado o procedimento especial de execução da garantia previsto no art. 27 da Lei nº 9.514/1997.

6. Dispositivo.

45. Forte nessas razões, acompanho o e. Relator, para CONHECER do recurso especial e dar-lhe PROVIMENTO, a fim de restabelecer a sentença, inclusive no que concerne aos encargos sucumbenciais.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA SEÇÃO

SUSTENTAÇÃO ORAL

Consignados pedidos de preferência pela Recorrente LIVING BARBACENA EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS LTDA, representada pelo Dr. FERNANDO TORREÃO, pelo Amicus Curiae ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE

INCORPORADORAS IMOBILIÁRIAS -ABRAINC, representada pelo Dr. OSMAR MENDES PAIXÃO CÔRTEZ, pelo Amicus Curiae ABECIP ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS ENTIDADES DE CRÉDITO IMOBILIÁRIOS E POU-PANÇA, representado pelo Dr. LUIZ RODRIGUES WAMBIER, e pelo Amicus Curiae INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, representado pelo Dr. Walter José Faiad de Moura.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

Certifico que a egrégia SEGUNDA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo o julgamento, após o voto-vista antecipado do Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino acompanhando o Relator, a Segunda Seção, por unanimidade, fixou tese repetitiva e deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Para os fins repetitivos, foi aprovada a seguinte tese no TEMA 1095: "Em contrato de compra e venda de imóvel com garantia de alienação fiduciária devidamente registrado, a resolução do pacto, na hipótese de inadimplemento do devedor, devidamente constituído em mora, deverá observar a forma prevista na Lei nº 9.514/97, por se tratar de legislação específica, afastando-se, por consequin-

te, a aplicação do Código de Defesa do Consumidor.”

Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro, Nancy Andrichi, Raul Araújo,

Paulo de Tarso Sanseverino, Maria Isabel Gallotti votaram com o Sr. Ministro Relator. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Villas Bôas Cueva. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA SEÇÃO

SUSTENTAÇÃO ORAL

Sustentaram oralmente: 1 - pela Recorrente LIVING BARBACENA EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS LTDA, o Dr. FERNANDO TORREÃO; 2 -pelo Amicus Curiae FEBRABAN, o Dr. MELHIM NAMEM CHALHUB; 3 -pelo Amicus Curiae ABECIP ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS ENTIDADES DE CRÉDITOS IMOBILIÁRIOS E POUPANÇA, o Dr. LUIZ RODRIGUES WAMBIER; 4 -pelo Amicus Curiae FIABCI/BRASILCAPÍTULO NACIONAL BRASILEIRO DA FEDERAÇÃO INTERNACIONAL DAS PROFISSÕES IMOBILIÁRIAS, o Dr. OLIVAR LORENA VITALE JUNIOR; 5 -pelo Amicus Curiae ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE INCORPORADORAS IMOBILIÁRIAS -ABRAINÇ, o Dr. OSMAR MENDES PAIXÃO CÔRTEZ; 6 -pelo Amicus Curiae SINDICATO DAS EMPRESAS DE COMPRA, VENDA, LOCAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO DE IMÓVEIS RESIDEN-

CIAIS E COMERCIAIS DO ESTADO DE SÃO PAULO/SP - SECOVII/SP, o Dr. MARCELO TERRA; 7 -pelos Recorridos MARIA MARCIANE MELO RIBEIRO e SIMAURO RIBEIRO LEITE, o Dr. EDUARDO LUIZ SAMPAIO DA SILVA; 8 -pelo Amicus Curiae INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, o Dr. WALTER JOSE FAIAD DE MOURA.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

Certifico que a egrégia SEGUNDA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Após o voto do Sr. Ministro Relator propondo a fixação de tese repetitiva e dando provimento ao recurso especial, pediu vista antecipada o Sr. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO.

Aguardam os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro, Nancy Andrichi, Raul Araújo e Maria Isabel Gallotti. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira.

Tribunal Superior do Trabalho

Banco. Correspondente bancário. Vínculo empregatício. Inexistência. ADPF 324.¹

ACÓRDÃO (5ª Turma) GMBM/ATTA/GRL/ld

AGRAVO. RECURSO DE RE-VISTA. ACÓRDÃO PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.467/2017. TERCEIRIZAÇÃO. ATIVIDADE-MEIO E ATIVIDADE-FIM. LICITUDE. DECISÃO PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADPF Nº 324 E NO RE Nº 958.252, COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA (TEMA 725). TRANSCENDÊNCIA POLÍTICA RECONHECIDA NA DECISÃO AGRAVADA. APLICAÇÃO DE MULTA. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no dia 30/8/2018, ao julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 324 e o Recurso Extraordinário (RE) n.º 958.252, com repercussão geral reconhecida, decidiu que é lícita a terceirização em todas as etapas do processo produtivo, ou seja, na atividade-meio e na atividade-fim das empresas. A tese de repercussão geral aprovada no RE n.º 958.252 (Rel. Min. Luiz Fux), com efeito vinculante para todo o Poder Judiciário, assim restou redigida: “É lícita a terceirização ou qualquer ou-

tra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante” destacamos. Do mesmo modo, no julgamento da ADPF n.º 324, o eminente Relator, Min. Roberto Barroso, ao proceder a leitura da ementa de seu voto, assim se manifestou: “*1. É lícita a terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim, não se configurando relação de emprego entre a contratante e o empregado da contratada. 2. Na terceirização, compete à tomadora do serviço: I) zelar pelo cumprimento de todas as normas trabalhistas, de seguridade social e de proteção à saúde e segurança do trabalho incidentes na relação entre a empresa terceirizada e o trabalhador terceirizado; II) assumir a responsabilidade subsidiária pelo descumprimento de obrigações trabalhistas e pela indenização por acidente de trabalho, bem como a responsabilidade previdenciária, nos termos do art. 31 da Lei 8.212/1993*” grifamos. Assim ficou assentado na certidão de julgamento: “*Decisão: O Tribunal, no mérito, por maioria e nos*

¹ Disponível em: <<https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/665f97f5baf87f9b51706945eb0a2ffe>>

termos do voto do Relator, julgou procedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental, vencidos os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio” (g.n). Prevaleceu, em breve síntese, como fundamento o entendimento no sentido de que os postulados da livre concorrência (art. 170, IV) e da livre-iniciativa (art. 170), expressamente assentados na Constituição Federal de 1.988, asseguram às empresas liberdade em busca de melhores resultados e maior competitividade. Quanto à possível modulação dos efeitos da decisão exarada, resultou firmado, conforme decisão de julgamento da ADPF n.º 324 (Rel. Min. Roberto Barroso), que: “(...) o Relator prestou esclarecimentos no sentido de que a decisão deste julgamento não afeta os processos em relação aos quais tenha havido coisa julgada. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 30.8.2018”. Nesse contexto, a partir de 30/8/2018, é de observância obrigatória aos processos judiciais em curso ou pendente de julgamento a tese jurídica firmada pelo e. STF no RE n.º 958.252 e na ADPF n.º 324. Assim, não há mais espaço para o reconhecimento do vínculo empregatício com o tomador de serviços sob o fundamento de que houve terceirização ilícita (ou seja, terceirização de atividade essencial, fim ou finalística), ou, ainda, para a aplicação dos direitos previstos em legislação específica ou em normas coletivas da

categoria profissional dos empregados da empresa contratante, porque o e. STF, consoante exposto, firmou entendimento de que toda terceirização é sempre lícita, inclusive, repita-se, registrando a impossibilidade de reconhecimento de vínculo empregatício do empregado da prestadora de serviços com o tomador. Considerando a improcedência do recurso, aplica-se à parte agravante a multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC. **Agravo não provido, com aplicação de multa.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo em Recurso de Revista com Agravo n.º **TST-Ag-RRAg-1001178-73.2020.5.02.0037**, em que é Agravante **JANAINA APARECIDA SAMPAIO** e são Agravados **BANCO ORIGINAL S.A. E OUTRA**.

Trata-se de agravo interposto pela reclamante contra decisão monocrática que deu provimento ao agravo de instrumento e ao recurso de revista da parte ora agravada.

Na minuta de agravo, a parte agravante argumenta com a incorreção da decisão atacada.

É o relatório.

Ag-RRAg - 1001178-73.2020.5.02.0037 - DJe 16/12/2022.

VOTO

1 - CONHECIMENTO

Preenchidos os pressupostos de admissibilidade, **conheço** do agravo.

2 – MÉRITO
TERCEIRIZAÇÃO. ATIVIDADE-MEIO E ATIVIDADE-FIM. LICITUDE. DECISÃO PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADPF N.º 324 E NO RE N.º 958.252, COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA (TEMA 725). TRANSCENDÊNCIA POLÍTICA RECONHECIDA NA DECISÃO AGRAVADA.

A decisão agravada deu provimento ao agravo de instrumento e ao recurso de revista da parte ora agravada, com fulcro no art. 118, X, do RITST, sob o fundamento de que:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO DO RECLAMADO BANCO ORIGINAL S.A. TERCEIRIZAÇÃO NA ATIVIDADE-MEIO E NA ATIVIDADE-FIM DAS EMPRESAS. LICITUDE. DECISÃO PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADPF N.º 324 E NO RE N.º 958.252, COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA (TEMA 725). EFEITO VINCULANTE.

Nas razões de revista, nas quais cuidou de indicar o trecho da decisão recorrida que substancia o prequestionamento da controvérsia objeto da insurgência, atendendo ao disposto no art. 896, § 1º-A, I, da CLT, a parte recorrente indica ofensa aos arts. 5º, II, LIV e LV, e 170 da Constituição, 2º, 3º e 818 da CLT, 17 e 18 da Lei 4.595/64, bem como contrariedade à Súmula Vinculante 10 do STF. Transcreve arestos.

Sustenta, em síntese, que “em observância ao princípio da livre iniciativa contido no art. 170 da Constituição, é autorizada a terceirização da atividade fim, não gerando isonomia entre funcionários de empresas distintas”.

Examina-se a transcendência da matéria.

O e. TRT consignou, quanto ao tema:

(...)

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no dia 30/8/2018, ao julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 324 e o Recurso Extraordinário (RE) n.º 958.252, com repercussão geral reconhecida, decidiu que é lícita a terceirização em todas as etapas do processo produtivo, ou seja, na atividade-meio e na atividade-fim das empresas. As teses fixadas, ambas dotadas de efeito vinculante, foram assim redigidas (destaques acrescidos):

“É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante” (RE n.º 958.252, Rel. Min. Luiz Fux);

“1. É lícita a terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim, não se configurando relação de emprego entre a contratante e o empregado da contratada. 2. Na terceirização, compete à tomadora do serviço: i) zelar pelo cumprimento de todas as

normas trabalhistas, de seguridade social e de proteção à saúde e segurança do trabalho incidentes na relação entre a empresa terceirizada e o trabalhador terceirizado; bem como II) assumir a responsabilidade subsidiária pelo descumprimento de obrigações trabalhistas e pela indenização por acidente de trabalho, bem como a responsabilidade previdenciária, nos termos do art. 31 da Lei 8.212/1993." (ADPF n.º 324, Rel. Min. Roberto Barroso)

Quanto à possível modulação da decisão exarada, resultou firmado, conforme decisão de julgamento da ADPF n.º 324 (Rel. Min. Roberto Barroso), que: "(...) o Relator prestou esclarecimentos no sentido de que a decisão deste julgamento não afeta os processos em relação aos quais tenha havido coisa julgada. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 30.8.2018" - grifei.

Nesse contexto, a partir de 30/8/2018, são de observância obrigatória aos processos judiciais em curso ou pendentes de julgamento as teses jurídicas firmadas pelo e. STF no RE n.º 958.252 e na ADPF n.º 324, de maneira que, estando a decisão regional em desconformidade com esse entendimento, uma vez que reconheceu, no caso concreto, a pretensão de reconhecimento de ilicitude da terceirização havida, resta caracterizada a transcendência política apta ao exame da matéria de fundo do recurso de revista.

Pois bem.

No caso concreto, conforme se depreende do acórdão regional, a parte reclamante foi contratada pela primeira reclamada para prestar serviços para a ora recorrente, mediante terceirização, para o desempenho de atividades que, segundo concluiu o e. TRT, enquadram-se nas atividades finalísticas da tomadora.

Sucedo, porém, que a diferenciação entre o conceito do que seria atividade-fim ou atividade-meio e seus respectivos efeitos no caso prático, após a citada decisão do e. STF no julgamento do RE n.º 958.252 e na ADPF n.º 324, deixou de ter relevância. Isso porque, em se tratando de terceirização, seja ela de atividade-meio ou fim, a sua licitude deve ser sempre reconhecida.

Assim, não há mais espaço para o reconhecimento do vínculo empregatício com o tomador de serviços sob o fundamento de que houve terceirização ilícita (ou seja, terceirização de atividade essencial, fim ou finalística), ou, ainda, para a aplicação dos direitos previstos em legislação específica ou em normas coletivas da categoria profissional dos empregados da empresa contratante, porque o e. STF, consoante exposto, firmou entendimento de que toda terceirização é sempre lícita, inclusive, repita-se, registrando a impossibilidade de reconhecimento de vínculo empregatício do empregado da prestadora de serviços com o tomador.

Saliento que, tendo em vista que, na hipótese dos autos, o e. TRT reconheceu a existência de subordinação estrutural como decorrência da constatação de que "a autora estava subordinada à supervisora da empresa contratada, pessoa jurídica distinta e autorizada por meio da Resolução nº 3.954/11 do Banco Central do Brasil, desempenhando atribuições inerentes a correspondente bancário", não há falar em distinguishing, pois o fundamento adotado pelo regional retoma a tese afastada pela Suprema Corte.

Desse modo, dou provimento ao agravo de instrumento, para convertê-lo em recurso de revista, do qual conheço, por ofensa ao art. 5º, II, da Constituição Federal, e, no mérito, dou-lhe provimento para julgar totalmente improcedentes os pedidos deferidos na presente ação, uma vez que calçados exclusivamente na declaração de ilicitude da terceirização. Custas, em reversão, pela parte demandante, das quais fica isenta, por ser beneficiária da justiça gratuita. Prejudicada a análise do agravo de instrumento da reclamante."

Na minuta de agravo, a parte agravante afirma que o agravo de instrumento e o recurso de revista do ora agravado não ostentavam condições de provimento, sustentando que *"a reclamante reafirma sua admissão em set/2019, mediante contratação fraudulenta*

como 'prestadora de serviços', ao passo que sempre trabalhou em prol da reclamada com exclusividade, habitualidade, pessoalidade, mediante remuneração e subordinação jurídica" e que *"a relação contratual entre as partes, desde a admissão da reclamante até a extinção do contrato de trabalho (13/08/2020), sempre se revestiu de todos os requisitos contidos no artigo 3º da CLT, como já dito"*.

Não merece reforma a decisão agravada.

O e. TRT consignou, quanto ao tema:

VÍNCULO DE EMPREGO. PEDIDOS CORRELATOS Insurgem-se as reclamadas contra a r. decisão de Origem, que reconheceu o vínculo empregatício com a autora, deferindo-lhe os pedidos de verbas rescisórias, enquadramento na categoria dos bancários, auxílio refeição, auxílio cesta alimentação e 13ª cesta alimentação. Alegam, em síntese: (i) constitucionalidade da Resolução nº 3.954/11 do Banco Central do Brasil; (ii) não haver proibição de terceirização de atividade-fim; (iii) inexistência da condição de bancária da autora.

Pleiteia a autora o pagamento de Participação nos Lucros e Resultados.

Ao exame.

São cinco os elementos componentes da relação de emprego: prestação de trabalho por pessoa física a um tomador, com

personalidade, onerosidade, não eventualidade e sob subordinação (arts. 2º e 3º do texto consolidado).

Diante da tese defensiva, de que a autora não lhe prestou serviços nos moldes descritos na peça exordial, fato meramente modificativo de seu direito, atraiu a parte ré em sua direção o ônus probatório.

Inicialmente, no tocante à alegação de que a autora sempre esteve ciente da forma de contratação (pessoa jurídica), há que se ter em conta que a indisponibilidade de direitos trabalhistas por parte do empregado constitui-se em regra no Direito Individual do Trabalho (CLT, arts. 9º, 444 e 468). Isso significa dizer que o trabalhador, quer por meio de renúncia (ato individual), quer por meio de transação (ato bilateral), não pode dispor de seus direitos laborais, sendo nulo tal ato de despojamento. Dessa forma, torna-se irrelevante ao exame do vínculo de emprego a análise da capacidade técnica específica da autora, pois esta não lhe retira no plano concreto da relação de emprego a aplicabilidade dos princípios da indisponibilidade de direitos trabalhistas e imperatividade da legislação do trabalho. Acrescente-se, outrossim, que a renúncia ou transação de direitos indisponíveis não importa em “venire contra factum proprium” (proibição do comportamento contraditório), mas sim de artifício utilizado por muitas empresas para se eximir das obrigações trabalhistas em

detrimento à proteção aos direitos sociais, atraindo, consequentemente, a aplicação do art. 9º da CLT, pelo qual “serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação”.

Em audiência, declarou a preposta das recorrentes, que: “...a reclamante identificava-se para os clientes como agente Original; ...que no aplicativo do cliente aparece o nome do agente Original e o telefone que no caso aparecia o nome e o telefone da reclamante; que a reclamante também recebia listagens de clientes enviadas pela reclamada; que a reclamante deveria abordar esses clientes para oferecer produtos e serviços; ...que Priscila era coordenadora da reclamante; ...que Priscila era funcionária da Corretora Original; ...que a lista enviada à reclamante era de clientes e para a tentativa de vendas de produtos; que a reclamante tinha acesso às informações da conta para saber que produto o cliente possuía ou que produtos ele podia se interessar; que tinha acesso aos extratos e a consulta aos investimentos do cliente; ...que a reclamante trabalhava com o sistema da reclamada” (ID. b1e6da8, págs. 02/03).

A testemunha da reclamante informou “...que fazia as mesmas atividades que a reclamante; que tinha as mesmas metas que a reclamante; ...não podia mandar outra pessoa fa-

zer o seu trabalho; que era exigido trabalhar todos os dias, de segunda a sexta, e entende que era controlado via sistema; que o coordenador poderia ligar a qualquer horário; ...que tinha que se reportar a sua coordenadora todos os dias; que isso acontecia pela manhã e ao final do dia; que no final do mês, a partir do dia 15, tinha que fazer contato com a coordenadora também antes do almoço; ...que as metas eram estabelecidas todo mês e repassadas pelo coordenador no início do mês; que as metas ficavam disponíveis no sistema da reclamada" (ID. b1e6da8, págs. 03/04). Relatou a testemunha convidada pelas rés "...que é agente Original; ...que possui um orçamento a cumprir no qual consta quantos seguros, quantos investimentos precisam ser feitos no mês; que o depoente tem acesso a esses números no sistema da reclamada; ...que possui uma carteira com a média de 1100 clientes; que tem acesso aos dados desses clientes, inclusive no tocante a investimentos e créditos a serem ofertados" (ID. b1e6da8, págs. 04/05).

Foram coligidas aos autos as mensagens da preposta da segunda reclamada, havendo a cobrança de metas da equipe integrada pela autora, citando-se como exemplos ID. 14da9ee, págs. 06, 08, 09, 10 e 11.

Exsurge do conjunto probatório que a autora, pessoa física, laborou na função de Agente Original, de segunda a sexta-feira, em horário comercial, me-

diante contraprestação pecuniária, sendo subordinada à segunda reclamada, ORIGINAL CORPORATE CORRETORA DE SEGUROS LTDA, empresa contratada pela primeira reclamada, pertencente ao grupo econômico, denominada pelo Banco Central do Brasil como correspondente bancário, com base na Lei nº 4.595/64 e na Resolução nº 3.954/11. Não obstante haver constado no contrato de prestação de serviços a possibilidade de a autora contratar empregados (ID. f5a3e4f, pág. 05), as rés não comprovaram que a autora poderia, no plano concreto, delegar a prestação de serviços a outra pessoa. As testemunhas ouvidas, assim como a autora, não se fizeram substituir.

Nos termos do art. 2º da Resolução nº 3.954/11, "o correspondente atua por conta e sob as diretrizes da instituição contratante, que assume inteira responsabilidade pelo atendimento prestado aos clientes e usuários por meio do contratado, à qual cabe garantir a integridade, a confiabilidade, a segurança e o sigilo das transações realizadas por meio do contratado, bem como o cumprimento da legislação e da regulamentação relativa a essas transações."

A partir de 30/08/2018, passou a ser de observância obrigatória aos processos judiciais em curso ou pendentes de julgamento a tese jurídica firmada pelo E. STF

no RE 958.252 e na ADPF 324, pelo que eventual subordinação indireta não pode mais ser considerada para o reconhecimento do vínculo empregatício.

Cite-se decisão do C. TST:

“(…) RECURSO DE REVISTA DA 1ª RECLAMADA - TERCEIRIZAÇÃO EM SERVIÇOS DE CORRESPONDENTE BANCÁRIO - LICITUDE - ADPF 324 E RE 958.252 - APLICAÇÃO DA SÚMULA 331 DO TST À LUZ DOS PRECEDENTES DO STF - TRANSCENDÊNCIA POLÍTICA - PROVIMENTO. 1. A Súmula 331 do TST constituiu, por mais de 2 décadas, o marco regulatório por excelência do fenômeno da terceirização na seara trabalhista, editada que foi em atenção a pedido formulado pelo MPT, em 1993, de revisão da Súmula 256, que era superlativamente restritiva da terceirização, limitando-a às hipóteses de vigilância (Lei 7.102/83) e trabalho temporário (Lei 6.019/74). 2. Revisada por duas vezes (2000 e 2011), em função da questão acessória da responsabilidade subsidiária da administração pública nos casos de inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte das empresas terceirizadas (incisos IV e V), o STF, ao pacificar tal questão periférica, deu também sinalização clara quanto à fragilidade e imprecisão conceitual da distinção entre atividade-fim e atividade-meio para efeito de fixação da licitude da terceirização de serviços (cfr. RE 760.931-DF, Red. Min. Luiz Fux, julgado em 30/03/17). 3. O que condenou finalmente a Súmula 331 do TST, em seu núcleo

conceitual central do inciso III, sobre a licitude da terceirização apenas de atividades-meio das empresas tomadoras de serviços, foram os excessos no enquadramento das atividades das empresas, generalizando a ideia de atividade-fim, especialmente quanto aos serviços de call center prestados para bancos (cfr. TST-RR1785-39.2012.5.06.0016) e concessionárias de serviços de telecomunicações (cfr. TST-E-ED-RR- 2707-41.2010.5.12.0030) e energia elétrica (cfr. TST-RR574-78.2011.5.04.0332), ao arpejo das Leis 8.987/95 (art. 25, § 1º) e 9.472/97 (art. 94, II), além dos casos de cabistas (cfr. TST-E-ED-RR-234600-14.2009.5.09.0021), leituristas (cfr. TST-E-ED-RR-1521-87.2010.5.05.0511) e vendedores no ramo de transporte rodoviário (cfr. TST-E-RR-1419-44.2011.5.10.0009), apenas para citar os mais comuns. 4. No intuito de combater o fenômeno econômico da terceirização, caracterizado pela cadeia produtiva horizontal, para forçar o retorno ao modelo de empresa vertical, em que a quase totalidade das atividades é exercida pelos seus empregados contratados diretamente e não por empresas terceirizadas e seus empregados, a jurisprudência majoritária do TST levou o STF a reconhecer a repercussão geral dos Temas 725 e 739, sobre terceirização, cujo deslinde em 30/08/18, com o julgamento do RE 958.252 e da ADPF 324 resultou na fixação da seguinte tese jurídica de caráter vinculante: “é lícita a terceirização ou qual-

quer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante". 5. Assim, a partir de 30/08/18, passou a ser de aplicação aos processos judiciais em que se discute a terceirização a tese jurídica fixada pelo STF no precedente dos processos RE 958.252 e ADPF 324, mormente em face da rejeição da questão de ordem relativa à eventual perda de objeto dos processos, diante da edição da Lei 13.429/17, uma vez que se reconheceu que esta passou a regular a matéria para o futuro, enquanto o julgamento do STF dispôs sobre os casos do passado. 6. Por outro lado, a par de não mais subsistirem, para efeito do reconhecimento da licitude da terceirização os conceitos de atividade-fim, atividade-meio e subordinação estrutural entre empresas, não há de se aguardar a revisão da Súmula 331 para apreciação dos casos pendentes, quer por depender da discussão prévia sobre a constitucionalidade do art. 702, I, "f", e § 3º, da CLT, quer por ser possível decidir de pronto a matéria, sem tísar a Súmula 331, quando se reconhecer o caráter de atividade-meio desenvolvida pela prestadora de serviços em relação à tomadora de serviços, como são os casos típicos de call center, em que a atividade é desenvolvida por empresa que presta o mesmo serviço para inúmeros setores produtivos, como meio

de venda de seus produtos ou recebimento de reclamações quanto aos serviços prestados (cfr. TST-E-ED- RR-876-84.2011.5.01.0011, Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, SBDI-1, DEJT de 03/08/18). 7. In casu, como se trata de terceirização de serviços bancários em que a Autora, admitida pela 1ª Reclamada, passou a prestar serviços em favor do Banco Reclamado, tem-se que o recurso de revista merece conhecimento, por contrariedade à Súmula 331, III, do TST, à luz dos precedentes da RE 958.252 e da ADPF 324, referentes aos Temas 725 e 739 da Tabela de Repercussão Geral do STF, e provimento, para, reformando o acórdão regional, no aspecto, afastar a ilicitude da terceirização e, por conseguinte, o reconhecimento dos direitos e benefícios inerentes à categoria dos bancários. Recurso de revista da 1ª Reclamada provido" (ARR-786-08.2017.5.06.0341, 4ª Turma, Relator Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho, DEJT 08/10/2021). **Reconhece-se como lícita, portanto, a terceirização da prestação de serviços de correspondente bancário.**

Em depoimento pessoal, declarou a autora que "fazia vendas de produtos e serviços, atendimento a clientes, captação de novos clientes para o banco, conforme lista fornecida pelo banco, abertura de contas PF e PJ; as atividades foram as mesmas durante todo o contrato de trabalho; ...que a reclamante fazia o preenchimento dos dados para abertura da conta, mas a mesa de crédito era

quem fazia a análise e decidia se a conta seria aberta ou não" (ID. b1e 6da8, pág. 02).

Da análise do conjunto probatório, verifica-se que a autora estava subordinada à supervisora da empresa contratada, pessoa jurídica distinta e autorizada por meio da Resolução nº 3.954/11 do Banco Central do Brasil, desempenhando atribuições inerentes a correspondente bancário, nos termos do art. 8º da referida Resolução, in verbis:

"O contrato de correspondente pode ter por objeto as seguintes atividades de atendimento, visando ao fornecimento de produtos e serviços de responsabilidade da instituição contratante a seus clientes e usuários:

I - recepção e encaminhamento de propostas de abertura de contas de depósitos à vista, a prazo e de poupança mantidas pela instituição contratante;

II - realização de recebimentos, pagamentos e transferências eletrônicas visando à movimentação de contas de depósitos de titularidade de clientes mantidas pela instituição contratante;

III - recebimentos e pagamentos de qualquer natureza, e outras atividades decorrentes da execução de contratos e convênios de prestação de serviços mantidos pela instituição contratante com terceiros;

IV - execução ativa e passiva de ordens de pagamento cursadas por intermédio da instituição contratante por solicitação de clientes e usuários;

V - recepção e encaminhamento de propostas referentes a operações de crédito e de arrendamento mercantil de concessão da instituição contratante;

VI - recebimentos e pagamentos relacionados a letras de câmbio de aceite da instituição contratante;

VII (Revogado pela Resolução nº 3.959, de 31/3/2011)

VIII - recepção e encaminhamento de propostas de fornecimento de cartões de crédito de responsabilidade da instituição contratante; e

IX - realização de operações de câmbio de responsabilidade da instituição contratante, observado o disposto no art. 9º.

Parágrafo único. Pode ser incluída no contrato a prestação de serviços complementares de coleta de informações cadastrais e de documentação, bem como controle e processamento de dados."

Dessa forma, a prova dos autos indica para o vínculo de emprego com a segunda reclamada (CLT, arts. 2º e 3º), sendo nulo o contrato de prestação de serviços entabulado entre reclamante e segunda reclamada, fazendo jus a obreira às verbas rescisórias e reflexos da remuneração variável, como deferido na Origem.

Registre-se que o enquadramento sindical está vinculado diretamente à atividade preponderante desenvolvida pelo empregador; nesse sentido é o art. 581 da Consolidação das Leis do Trabalho, principalmente o

parágrafo 2º, que assim dispõe: “Entende-se por atividade preponderante a que caracterizar a unidade de produto, operação ou objetivo final, para cuja obtenção todas as demais atividades convirjam, exclusivamente, em regime de conexão funcional”, não se estendendo à autora, assim, os benefícios da categoria dos bancários, o que inclui a PLR pleiteada no recurso da reclamante.

Do exposto, nego provimento ao recurso da autora e dou parcial provimento ao recurso das rés para declarar inaplicável à obreira as normas coletivas da categoria dos bancários, expungindo da condenação o auxílio refeição, auxílio cesta alimentação e 13ª cesta alimentação.

Conforme mencionado na decisão agravada, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no dia 30/8/2018, ao julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 324 e o Recurso Extraordinário (RE) n.º 958.252, com repercussão geral reconhecida, decidiu que é lícita a terceirização em todas as etapas do processo produtivo, ou seja, na atividade-meio e na atividade-fim das empresas.

A tese de repercussão geral aprovada no RE n.º 958.252 (Rel. Min. Luiz Fux), com efeito vinculante para todo o Poder Judiciário, assim restou

redigida: “É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante” destacamos.

Do mesmo modo, no julgamento da ADFP n.º 324, o eminente Relator, Min. Roberto Barroso, ao proceder a leitura da ementa de seu voto, assim se manifestou: “1. É lícita a terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim, não se configurando relação de emprego entre a contratante e o empregado da contratada. 2. Na terceirização, compete à tomadora do serviço: i) zelar pelo cumprimento de todas as normas trabalhistas, de seguridade social e de proteção à saúde e segurança do trabalho incidentes na relação entre a empresa terceirizada e o trabalhador terceirizado; bem como ii) assumir a responsabilidade subsidiária pelo descumprimento de obrigações trabalhistas e pela indenização por acidente de trabalho, bem como a responsabilidade previdenciária, nos termos do art. 31 da Lei 8.212/1993” grifamos. Assim ficou asentado na certidão de julgamento: “Decisão: O Tribunal, no mérito, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a arguição de

descumprimento de preceito fundamental, vencidos os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio” (g.n).

Prevaleceu, em breve síntese, como fundamento o entendimento no sentido de que os postulados da livre concorrência (art. 170, IV) e da livre-iniciativa (art. 170), expressamente assentados na Constituição Federal de 1.988, asseguram às empresas liberdade em busca de melhores resultados e maior competitividade.

Quanto à possível modulação da decisão exarada, resultou firmado, conforme decisão de julgamento da ADPF n.º 324 (Rel. Min. Roberto Barroso), que: “(...) o Relator prestou esclarecimentos no sentido de que a decisão deste julgamento não afeta os processos em relação aos quais tenha havido coisa julgada. *Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 30.8.2018*” grifo nosso.

Nesse contexto, a partir de 30/08/2018, é de observância obrigatória aos processos judiciais em curso ou pendente de julgamento a tese jurídica firmada pelo e. STF no RE n.º 958.252 e na ADPF n.º 324.

Assim, a diferenciação entre o conceito do que seria atividade-fim ou atividade-meio e seus respectivos efeitos no caso prático, após a citada decisão do e. STF no julgamento do RE n.º 958.252 e na ADPF n.º 324, deixou de ter relevância. Isso por-

que, em se tratando de terceirização, seja ela de atividade-meio ou fim, a sua licitude deve ser sempre reconhecida.

Logo, não há mais espaço para o reconhecimento do vínculo empregatício com o tomador de serviços sob o fundamento de que houve terceirização ilícita (ou seja, terceirização de atividade essencial, fim ou finalística), ou, ainda, para a aplicação dos direitos previstos em legislação específica ou em normas coletivas da categoria profissional dos empregados da empresa contratante, porque o e. STF, consoante exposto, firmou entendimento de que toda terceirização é sempre lícita, inclusive, repita-se, registrando a impossibilidade de reconhecimento de vínculo empregatício do empregado da prestadora de serviços com o tomador.

Saliento que, tendo em vista que, na hipótese dos autos, o e. TRT reconheceu a existência de subordinação estrutural como decorrência da constatação de que “*a autora estava subordinada à supervisora da empresa contratada, pessoa jurídica distinta e autorizada por meio da Resolução n.º 3.954/11 do Banco Central do Brasil, desempenhando atribuições inerentes a correspondente bancário*”, não há falar em distinguishing, pois o fundamento adotado pelo regional retoma a tese afastada pela Suprema Corte.

Do exposto, não tendo sido apresentados argumentos sufici-

entes à reforma da r. decisão impugnada, deve ser desprovido o agravo.

Considerando a improcedência do recurso, aplica-se à parte agravante a multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC, no importe de R\$ 4.321,07- quatro mil trezentos e vinte e um reais e sete centavos, equivalente a 1% do valor da causa (R\$ 432.107,26), em favor da parte agravada.

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo, com aplicação de multa.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Quinta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, **conhecer** do agravo e, no mérito, **negar-lhe provimento**, e, considerando a improcedência do recurso, aplicar à parte agravante a multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC, no importe de R\$ 4.321,07- quatro mil trezentos e vinte e um reais e sete centavos, equivalente a 1% do valor da causa (R\$ 432.107,26), em favor da parte agravada.

Brasília, 14 de dezembro de 2022.

Firmado por assinatura digital (MP 2.200-2/2001)

BRENO MEDEIROS
Ministro Relator



PARTE 3

**NORMAS EDITORIAIS
DE PUBLICAÇÃO**

Normas Editoriais de Publicação

I - INFORMAÇÕES GERAIS

A Revista de Direito da ADVOCEF é uma publicação científica periódica da Associação Nacional dos Advogados da Caixa Econômica Federal. Publica artigos originais referentes à atuação profissional do advogado, à pesquisa, ao ensino ou à reflexão crítica sobre a produção de conhecimento na área do Direito.

Sua missão principal é contribuir para a formação profissional e acadêmica do advogado da Caixa e demais Operadores do Direito, bem como socializar o conhecimento técnico e científico produzido por aqueles que pesquisam e/ou atuam em todos os campos do conhecimento jurídico.

II – LINHA EDITORIAL

Os textos remetidos para publicação devem ser preferencialmente inéditos e abranger assuntos pertinentes ao Direito. Os trabalhos serão avaliados por um Conselho Editorial, sem a identificação dos autores e instituições (*blind review system*), o qual decidirá pela publicação do material enviado com base em critérios científicos, interesse institucional ou técnico e, ainda, atualidade de seu conteúdo.

Eventual adequação do conteúdo ao formato eletrônico poderá ser proposta, sem prejuízo da informação. Pequenas modificações no texto poderão ser feitas pelo Conselho Editorial, mas as modificações substanciais serão solicitadas aos autores. Será permitida a reprodução parcial dos artigos, desde que citada a fonte.

Ao remeter o texto para publicação, o Autor cede à ADVOCEF o direito de fazer uso do material enviado na Revista de Direito, no encarte “Juris Tantum” do Boletim Informativo Mensal e/ou em seu *site* na internet, a critério da associação.

A publicação em qualquer veículo de comunicação da ADVOCEF não é remunerada e o conteúdo é de responsabilidade do autor. Os originais, publicados ou não, não serão devolvidos.

III – TIPOS DE TEXTO

1. Artigos doutrinários – análise de temas e questões fundamentadas teoricamente, levando ao questionamento de modos de pensar e atuar existentes e a novas elaborações na área jurídica;

[]-2. Relatos de experiência profissional e estudos de caso –

relatos de experiência profissional ou estudos de caso de interesse para as diferentes áreas de atuação do advogado;

3. Comunicações – relatos breves de pesquisas ou trabalhos apresentados em reuniões científicas/eventos culturais;

IV - APRESENTAÇÃO DOS TRABALHOS

O texto, de até 30 laudas, deve ser enviado por e-mail à ADVOCEF, no formato Word, redigido em fonte Times New Roman, tamanho 12, com espaçamento entre linhas de 1,5 cm e margens de 2 cm (eventualmente, o conselho editorial poderá aprovar textos acima de 30 laudas, caso entenda ser de interesse da Revista a publicação na íntegra do material enviado).

O autor deve ainda enviar à ADVOCEF, por correio ou malote, devidamente preenchido e assinado, um termo de cessão de direitos autorais, elaborado a partir de formulário padrão disponibilizado em <http://www.advocef.org.br/_arquivos/40_1047_termocessao.doc>.

O arquivo do trabalho deve conter:

1. Folha de rosto com o nome do(s) autor(es) e: a) título em português; b) nome de cada autor, seguido da afiliação institucional e titulação acadêmica; c) endereço eletrônico para envio de correspondência.

2. Resumo em português – com no máximo 150 palavras e acompanhado de quatro palavras-chave. Palavras-chave são vocábulos representativos do conteúdo do documento que devem ser separados entre si por ponto e finalizados também por ponto.

2.1 Sumário indicando as principais partes ou seções do artigo.

2.2 Resumo bilíngue – Título, resumo e palavras-chave devem ser traduzidos para outro idioma, acompanhando os originais em português.

3. Notas de rodapé – As notas não bibliográficas devem ser reduzidas a um mínimo, ordenadas por algarismos arábicos e colocadas no rodapé da página, não podendo ser muito extensas.

4. As citações de autores devem ser feitas da seguinte forma:
a) Por meio do último sobrenome do autor, com apenas a primeira letra maiúscula, seguido, entre parênteses, do ano de publicação do trabalho e, para citações diretas, do número da página.

Quando o sobrenome do autor vier entre parênteses, deve ser escrito todo em letra maiúscula.

b) As obras e fontes citadas devem constar, obrigatoriamente, nas referências.

c) As citações diretas com mais de três linhas são consideradas citações longas e são transcritas em parágrafo distinto, começando a 4 cm da margem esquerda, sem deslocamento da primeira linha. O texto é apresentado sem aspas e transcrito com espaçamento entre linhas simples e fonte tamanho 10, devendo ser deixada uma linha em branco entre a citação e os parágrafos anterior e posterior.

5. Referências – Deve-se utilizar a norma ABNT 6023. Exemplos:

a) Livros: DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

b) Capítulo de livro: Autor(es) (ponto). Título do capítulo (ponto). *In*: referência completa do livro seguida pela paginação inicial e final do capítulo (p. XX-XX) ou pelo número dele (cap. X).

Exemplo: VELOSO, Zeno. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade. *In*: NOVELINO, Marcelo (Org.). **Leituras complementares de Direito Constitucional**: controle de constitucionalidade. Bahia: JusPodivm, 2007. cap. 7.

c) Artigo em periódico científico: Autor (ponto). Título do artigo (ponto). Nome da revista ou periódico em negrito (vírgula), local de publicação (vírgula), volume e/ou ano (vírgula), fascículo ou número (vírgula), paginação inicial e final (vírgula), data ou intervalo de publicação (ponto).

Exemplo: DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho. Os povos indígenas brasileiros e os direitos de propriedade intelectual. **Hiléia**: Revista de Direito Ambiental da Amazônia, Manaus, v. 1, n.º 1, p. 85-120, ago./dez. 2003

d) Documentos consultados na internet: além dos elementos indicados em a, b e c, deve-se informar o endereço eletrônico completo inserido dentro de < > (que remeta diretamente à fonte consultada, e não apenas à página inicial do *site*) e precedido de "Disponível em:". Informa-se também a data de acesso, precedida da expressão "Acesso em:" (o horário de acesso é opcional).

Exemplo: STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. **A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso**: mutação constitucional e limites da legitimidade da Jurisdição Constitucional. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n.º 1498, ago. 2007. Não paginado. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10253>>. Acesso em: 6 nov. 2007.

V - ANÁLISE DOS TRABALHOS

A análise dos trabalhos recebidos para publicação respeitará o seguinte fluxo:

1. Análise pelos membros do Conselho Editorial;
2. Resposta ao autor, informando se o texto foi aceito (com ou sem ressalvas) ou não;
3. Remessa para a composição e diagramação;
4. Publicação.

VI - ENDEREÇO PARA REMESSA DOS TRABALHOS

Associação Nacional dos Advogados da Caixa Econômica Federal – ADVOCEF

Brasília/DF:

SBS, Quadra 2, Bloco Q, Lote 3, Sala 510 e 511

Ed. João Carlos Saad - Fone (61) 3224-3020

E-mail: revista@advocef.org.br

**O envio eletrônico do documento pelo e-mail pessoal do autor substitui a assinatura física da carta de encaminhamento.

