



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Rodrigo de Oliveira Botelho Corrêa

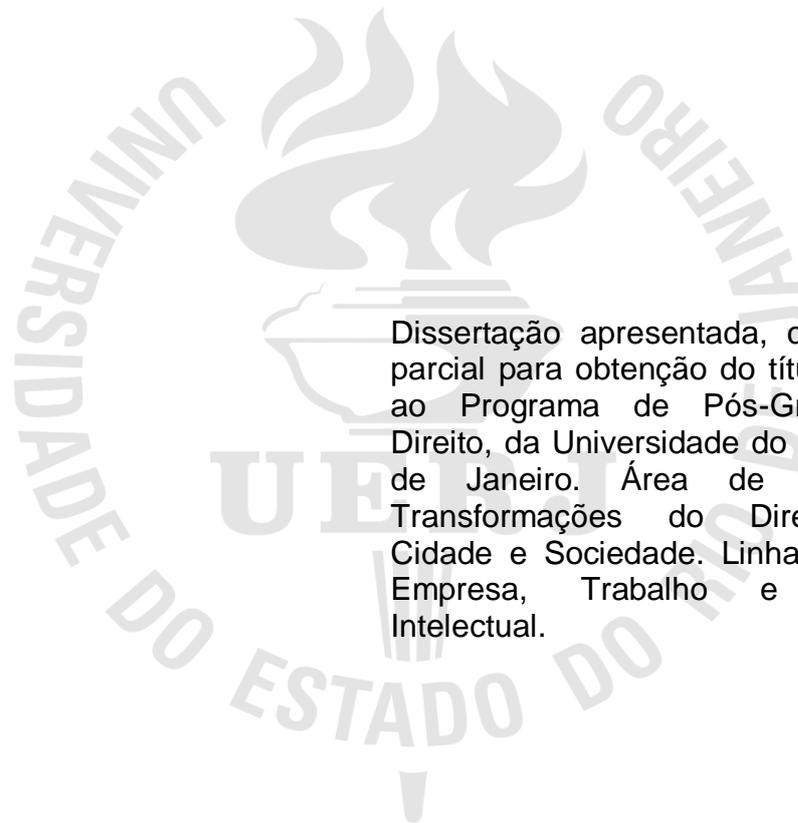
**O princípio da reparação integral do dano causado à atividade
negocial**

Rio de Janeiro

2014

Rodrigo de Oliveira Botelho Corrêa

O princípio da reparação integral do dano causado à atividade negocial



Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Transformações do Direito Privado, Cidade e Sociedade. Linha de pesquisa: Empresa, Trabalho e Propriedade Intelectual.

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves

Coorientadora: Prof^a. Dr^a. Uinie Caminha

Rio de Janeiro

2014

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

C824 Corrêa, Rodrigo de Oliveira Botelho.

O princípio da reparação integral do dano causado à atividade
negocial / Rodrigo de Oliveira Botelho Corrêa. – 2014.
192 f.

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves.
Coorientadora: Prof^a. Dr^a. Uinie Caminha.
Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de
Janeiro, Faculdade de Direito.

1.Reparação de danos - Teses. 2. Negociação – Teses. 3.
Responsabilidade (Direito)– Teses. 4. Danos (Direito) -Teses I. Alves,
Alexandre Ferreira de Assumpção. II. Universidade do Estado do Rio
de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 347.513

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta
dissertação, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Rodrigo de Oliveira Botelho Corrêa

O princípio da reparação integral do dano causado à atividade comercial

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Transformações do Direito Privado, Cidade e Sociedade. Linha de pesquisa: Empresa, Trabalho e Propriedade Intelectual.

Aprovada em 15 de setembro de 2014.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves (Orientador)
Faculdade de Direito – UERJ

Prof^a. Dr^a. Uinie Caminha (Coorientadora)
Universidade de Fortaleza

Prof. Marcelo Andrade Féres
Universidade Federal de Minas Gerais

Prof. Maurício Moreira Mendonça de Menezes
Faculdade de Direito – UERJ

Rio de Janeiro

2014

DEDICATÓRIA

À minha esposa, Fernanda, e à minha filha, Helena, meus amores sublimes.

AGRADECIMENTOS

A Alexandre Ferreira de Assumpção Ferreira pela orientação criteriosa e pelo estímulo à pesquisa e ao exercício da docência.

A Uinie Caminha pelas recomendações valorosas.

A Eduardo Tomasevicius Filho por seu inestimável auxílio e grande gentileza em ceder uma cópia de sua tese de doutoramento, que muito contribuiu para a minha pesquisa.

A Renato Ayres Martins de Oliveira, Elias Gazal Rocha e Davi Marques da Silva, meus colegas da Procuradoria do Estado, pela confiança e apoio.

Aos amigos guardados do lado esquerdo do peito.

Aos meus pais, Luiz Antonio Alves Corrêa e Maria Elizabeth de Oliveira Botelho Corrêa, por todo amor e apoio incondicionais que me dedicaram.

Aos meus irmãos, Rafael de Oliveira Botelho Corrêa, Felipe de Oliveira Botelho Corrêa e Luiza Chinaglia Quintão Corrêa, pela amizade e pelos momentos inesquecíveis que passamos juntos.

Aquele que recebe de mim uma ideia tem aumentada a sua instrução sem que eu tenha diminuído a minha. Como aquele que acende a sua vela na minha, recebe luz sem apagar a minha vela. Que as ideias passem livremente de uns aos outros no planeta, para a instrução moral e mútua dos homens e a melhoria de sua condição, parece ter sido algo peculiar e benevolentemente desenhado pela natureza ao criá-las, como o fogo, expansível no espaço, sem diminuir sua densidade em nenhum ponto.

Thomas Jefferson

RESUMO

CORRÊA, Rodrigo de Oliveira Botelho. *O princípio da reparação integral à atividade negocial*. 2014. 190f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

Neste trabalho estuda-se a aplicação do princípio da reparação integral do dano causado às atividades negociais. Como a teoria da responsabilidade civil está calcada na doutrina liberal clássica, a reparação do dano, muitas vezes, não recebe, por parte da doutrina e da jurisprudência, tratamento adequado às características e vicissitudes do mercado. O objetivo principal é tratar de uma das vertentes que o Direito exerce no seu papel de corretor das chamadas falhas de mercado. Analisam-se os preceitos jurídicos da responsabilidade civil em relação a essas falhas de mercado e a implicação que isto tem na solução de questões jurídicas envolvendo a atividade negocial.

Palavras-chave: Reparação integral. Indenização. Atividade negocial. Empresa. Falhas de mercado. Custos de transação. Custos sociais. Externalidades.

ABSTRACT

CORRÊA, Rodrigo de Oliveira Botelho. *The principle of integral reparation to the business activity*. 2014. 190f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

In this work, we study the application of the principle of full compensation for the damage caused to the negotiation activities. As a theory of liability is grounded in the classical liberal doctrine, compensation for damage often do not receive, by the doctrine and jurisprudence, appropriate treatment characteristics and market vicissitudes. The main objective is to address one of the aspects that the law plays in its role as broker of the so-called market failures. Analyzes the legal precepts of civil liability in respect of such market failures and the implication this has in solving legal issues involving the negotiation activity.

Key-words: Full compensation. Indemnization. Negotiating activity. Firm. Market failures. Transaction costs. Social costs. Externalities.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 OS PARADIGMA DO DIREITO NO ESTADO LIBERAL E NO ESTADO SOCIAL	17
1.1 A ruptura com os paradigmas medievais	20
1.2 Bases filosóficas para a ruptura com os paradigmas medievais	22
1.3 A crise do Estado Liberal e as falhas de mercado – do Estado Liberal ao Estado Social	25
1.4 O pós-positivismo e a formação da estrutura básica do mercado	32
1.5 A instituição do mercado	34
2 ATIVIDADE NEGOCIAL E MERCADO	37
2.1 O direito comercial antes do liberalismo clássico	38
2.2 Os atos de comércio	40
2.3 A unificação do direito das obrigações no Brasil	45
2.4 Teoria da empresa	47
2.4.1 <u>A teoria da empresa no Código Civil brasileiro</u>	51
2.4.2 <u>A influência da Economia sobre a teoria da empresa</u>	56
2.5 A ordem jurídica do mercado	57
2.5.1 <u>A teoria dos ordenamentos setoriais</u>	58
2.5.2 <u>O direito comercial como microsistema do ordenamento do mercado</u>	60
3 O DIREITO COMO CORRETOR DE FALHAS DO MERCADO	62
3.1 Direito e Economia: ciências afins	63
3.2 A aproximação entre Direito e Economia: o liberalismo econômico	65
3.3 A eficiência econômica	68
3.4 A relação entre Economia e Direito: o sistema dual	73
3.5 As falhas de mercado	76
3.5.1 <u>As falhas de mobilidade</u>	77
3.5.2 <u>A falta de transparência</u>	78
3.5.3 <u>A falha de estrutura</u>	80
3.5.4 <u>As falhas de sinalização e de incentivo</u>	81
3.5.5 <u>Os custos de transação</u>	84
3.5.6 <u>O custo da corrupção</u>	87

3.6	Análise econômica do direito	92
3.7	O seu contraponto: a doutrina contratualista	95
3.8	A posição adotada para os fins desta dissertação	95
4	A RESPONSABILIDADE CIVIL NO ÂMBITO DAS ATIVIDADES NEGOCIAIS	97
4.1	A responsabilidade civil extranegocial	98
4.1.1	<u>A “erosão dos filtros” da responsabilidade civil</u>	100
4.1.1.1	A ruína da culpa	100
4.1.1.2	A flexibilização do nexo de causalidade	103
4.1.1.3	A responsabilidade sem dano	107
4.1.2	<u>As dimensões da responsabilidade civil</u>	111
4.1.2.1	A função reparadora	111
4.1.2.2	A função preventiva	113
4.1.2.3	A função repressiva	115
4.1.3	<u>O abuso do direito</u>	118
4.2	A responsabilidade negocial	123
4.2.1	<u>O inadimplemento contratual</u>	125
4.3	A responsabilidade civil com instrumento de indução de condutas	127
5	O PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO INTEGRAL DO DANO À ATIVIDADE NEGOCIAL	129
5.1	A atividade negocial	131
5.2	A empresa como mecanismo para a redução dos custos de transação e instrumento para ganho de eficiência	134
5.3	O reconhecimento da importância da empresa pelo Direito	137
5.4	O dano à empresa e sua reparação	143
5.4.1	<u>O dano material</u>	144
5.4.1.1	Os danos emergentes	148
5.4.1.2	Os lucros cessantes	149
5.5	A limitação de responsabilidade	150
5.6	hipóteses emblemáticas e o seu tratamento pelos tribunais	151
5.6.1	<u>Concorrência desleal – contrafação de marca e patente</u>	151
5.6.2	<u>O ressarcimento de honorários advocatícios contratuais</u>	156
5.6.3	<u>A responsabilidade das transportadoras aéreas</u>	160
5.6.4	<u>O patrimônio de afetação nas incorporações imobiliárias</u>	166

5.6.5 <u>A desconsideração da personalidade jurídica como mecanismo para se obter a reparação integral do dano na Justiça do Trabalho</u>	174
CONCLUSÃO	178
REFERÊNCIAS	181

INTRODUÇÃO

O objetivo da dissertação é analisar o princípio da reparação integral do dano nas atividades negociais, à luz dos novos paradigmas do Direito. A força dos princípios, a relevância dos valores, a concepção de que o Direito é um sistema aberto, que está em contato com outros campos da ciência, alterou significativamente o alcance hermenêutico de alguns institutos. A responsabilidade civil e os institutos correlatos também foram influenciados por esses novos ares.

A ideia oitocentista de que o Direito seria um sistema hermeticamente fechado foi superada. Não se sustentam mais os valores como aqueles da chamada Escola da exegese – também conhecida como Escola filológica, surgida no início do século XIX, na França, a partir da codificação do direito privado - crente em um sistema de normas jurídicas indevassável e limitadores da atividade de hermenêutica, que considerava o juiz a boca que pronuncia as palavras da lei.

Ao se tratar de uma ciência edificada sob as ordens axiológicas e teleológicas, o sistema jurídico, naturalmente, não poderia ser fechado. Afinal, o conhecimento científico é provisório sempre quando for possível algum progresso. A abertura do sistema decorre, assim, da incompletude e da provisoriedade do conhecimento científico.

Nesse passo, se a Ciência do Direito cuida das normas que disciplinam o convívio em sociedade e se esta permanece em constante mutação, conclui-se que o sistema jurídico nunca se fechará.

Uma das consequências de o Direito ser uma ciência social é que ele está em permanente diálogo com outras ciências que também se ocupam de aspectos da sociedade, como a Ciências Política, a Sociologia, a Antropologia e a Economia. Esse é um ponto importante, pois não se pode negar que existe uma tendência do pensador do Direito de se isolar nos dogmas da ciência de que se ocupa, esquivando-se de buscar a solução para o problema concreto em outros sistemas científicos.

Porém, de fato, existem problemas reais que não podem prescindir de elementos provenientes de outros campos científicos. À falta desses elementos, surgem distorções que podem desequilibrar o sistema jurídico, e trazer consequências desastrosas. A pesquisa do jurista deve, então, ser orientada a

buscar a solução do problema, investigando, inclusive, os elementos de outros sistemas científicos, sempre que for necessário estabelecer esse diálogo entre as ciências.

A humanidade contempla o fenômeno, que vem se desenvolvendo de forma gradual, de encurtamento das fronteiras. Os isolamentos social, cultural e mesmo físico, se é que um dia existiram, não integram mais a realidade. Não se pode, obviamente, desprezar as características peculiares de determinado povo. É inegável que essas características próprias são amenizadas a partir do contato com os hábitos de outros povos, caso contrário, a convivência entre essas culturas diversas seria impossível.

A curiosidade pode ter sido um grande elemento para que esse fenômeno ocorresse. Afinal, o homem sente a necessidade de expandir seus conhecimentos em busca da verdade. Fica patente que a atividade econômica contribuiu de forma decisiva para esse movimento.

Na era atual, em que pesem as trocas intelectuais, muito caras para a humanidade, o mundo se aproxima por meio dos negócios jurídicos. Todos os dias uma quantidade incalculável de negócios é realizada.

Nesse cenário, surge a necessidade de o cientista do Direito entender os conceitos econômicos e perceber como eles afetam as relações sociais. A norma positivada exprime em texto aquilo que a sociedade anseia que deva ser. Cuida-se de um enunciado que procura identificar qual seria o comportamento, a consequência quista para dado fenômeno social. Portanto, ao se estabelecer o enunciado normativo, deve se ter em mente os valores e consequências buscados pela sociedade.

Já a norma aplicada ao caso concreto envolve o choque entre a realidade e aquilo que deveria ser. Logo, o cientista do Direito deve não só conhecer aqueles valores desejados pelo grupo social, como conhecer e entender a realidade, de modo que os casos concretos possam ser solucionados com segurança e justiça.

Se assim é, diante de uma realidade como a exposta, deve existir a preocupação de se entender os institutos econômicos, para a orientação da prática jurídica. Sobretudo, quando está envolvida a responsabilidade de alguém por dano causado a uma pessoa no âmbito da atividade empresarial.

A Economia se desenvolveu a partir do liberalismo e de sua visão sobre a natureza e o padrão de conduta do homem. Os economistas da Escola clássica

apresentaram a ideia de mercado, que foi acolhida e desenvolvida pela sua sucessora, a Escola neoclássica.

O triunfo do liberalismo no século XIX trouxe a noção de mercado para o epicentro da sociedade. Elas foram responsáveis pela edificação das políticas públicas – notadamente nos países ocidentais – e também por uma concepção filosófica – o utilitarismo – que influenciou marcadamente o direito, em especial daqueles que integram a *Common Law*.

A ideia de que o mercado é capaz de solucionar tudo, mostrou-se equivocada. Aquele arquétipo do mercado possui falhas. Esse foi o mote para o surgimento, na segunda metade do século XX, da Escola da nova economia institucional. Esta ressaltou as falhas que o modelo econômico neoclássico possui. Conquanto isso já pudesse ser intuído de acontecimentos históricos, como foi o caso de abuso de poder econômico pelos *trusts*, circunstância que motivou à edição, ainda em 1890, do *Sherman Act*, ou mesmo da fragilidade institucional do mercado de capitais, que não foi capaz de impedir o *crack* da Bolsa de Nova Iorque, em 1929, fato que levou à criação, em 1934, da *Securities Exchange Commission*, foi com a Escola da nova economia institucional que o tema passou a fazer parte da agenda das políticas econômicas de forma global.

Enquanto a Escola neoclássica relegava ao Direito uma função secundária, a nova visão sobre a Economia lhe deu o papel de protagonista. O Direito passou a ter a missão de encontrar as soluções para as falhas do sistema de mercado. Este, então, passa a ter o papel de influenciar as condutas para reduzir ou mitigar os efeitos dessas falhas de mercado. Trata-se da tutela de um interesse intersubjetivo. Proteger o mercado e corrigir suas falhas não é um interesse individual. Cuida-se de um interesse coletivo, pois somente com o funcionamento adequado do mercado, a economia e todo o seu sistema de trocas e gestão de bens escassos funcionará adequadamente, trazendo bem-estar.

Nesse cenário, institutos indispensáveis para a economia capitalista, como o contrato e a propriedade, passam a ser considerados não só pelo prisma da individualidade e liberdade dos respectivos titulares desses direitos, mas também no contexto da função social¹ que eles têm. O ordenamento jurídico – em determinados

¹ Sobre a funcionalização da autonomia privada, cf. MONCADA, Luís S. Cabral de, *op. cit.*, p. 32-33. Veja ainda LOPES, Ana Frazão de Azevedo, *op. cit.*, p. 87-201.

contextos – tem primazia sobre a vontade individual. Nas palavras de Clóvis Veríssimo do Couto e Silva, citando Wolfgang Siebert:

No Estado liberal, com nítida separação entre o Estado e a sociedade, assumiu extraordinário relevo a autonomia dos particulares, sendo-lhes deferida quase totalmente a formação da ordem privada.

Pela teoria do direito, a vontade passou, então, a ser considerada elemento natural para a explicação das figuras jurídicas, extensiva até àquelas que não se pressupunham.

Não há separação tão rigorosa, no Estado moderno, entre o Estado e sociedade, pois ambas as esferas, a pública e a privada, se conjugam, se coordenam, “se interpenetram e se complementam”. É evidente, em nossos dias, que por autonomia da vontade de uma ou mais partes, fora de toda habilitação legislativa.

Sobre a faculdade dispositiva das partes, existe o ordenamento jurídico, o qual, mediante a incidência da norma, confere efeitos aos atos dos particulares.²

Um dos instrumentos jurídicos capazes de suprir ou mitigar essas falhas é a reparação dos danos causados por condutas ilícitas, nas quais um agente, se valendo de uma dessas falhas, procura obter vantagem desmerecida e ilegítima.

Contudo, há dúvidas sobre qual seria a forma dessa reparação e se ela poderá ser limitada. O tema, portanto, tem importância porque o ordenamento jurídico brasileiro nem sempre prevê uma solução clara para a reparação do dano causado por agente que pratica ato ilícito se valendo de uma falha de mercado para auferir vantagem indevida.

A pesquisa parte, portanto, do problema relacionado ao princípio da reparação integral nas atividades negociais. Esse princípio tem sede constitucional e encontra suas cláusulas gerais no Código Civil. Em enxuta classificação, os danos podem ser materiais e morais. Os danos morais seriam aqueles extrapatrimoniais, que representariam à reparação aos danos causados a direitos da personalidade ou à honra objetiva de pessoas jurídicas. Os danos materiais corresponderiam às perdas e danos que, à luz do disposto no artigo 402 do Código Civil, abrangeriam além do que efetivamente se perdeu, o que razoavelmente se deixou de ganhar.

Há, entretanto, um embate sobre a fundamentação da responsabilidade civil. A doutrina clássica da *Civil Law* não consegue dar respostas a muitas indagações surgidas das relações sociais da pós-modernidade. A análise econômica do direito,

²SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo* – reimpressão – Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 25.

ao procurar essas respostas nos resultados práticos de casos singulares, atrai conceitos e noções importantes para o desate dessas novas questões.

Suas linhas de argumentação baseadas na eficiência e nos incentivos são de extrema importância para a elucidação de controvérsias no âmbito da responsabilidade civil, notadamente para os casos em que o dano surge no âmbito de relações econômicas.

Sob essa visão, o dano derivado no ilícito civil se constitui em uma externalidade negativa. Os efeitos negativos desse fato precisam ser anulados ou, pelo menos, atenuados. O direito terá essa função.

Como esse dano, causado por alguém que se aproveita de uma falha de mercado, pode ser ressarcido é o problema a ser enfrentado na pesquisa. A hipótese é, assim, a de demonstrar que os custos de transação e os custos sociais – externalidades – fazem parte da equação para a reparação integral nas atividades negociais, de modo a aclarar certos tabus, como o da comprovação do dano causado na concorrência desleal ou no ressarcimento de custos de transação, como é o caso dos honorários pagos contratualmente a advogados para demandar o cumprimento de obrigações.

No desenvolvimento do tema, procurou-se retratar a evolução do pensamento econômico e jurídico, em especial no ramo do direito comercial, que passou a dar ênfase à empresa. Esta, por seu turno, é um fenômeno econômico, que visa ao ganho de eficiência e à maximização do bem estar. No entanto, a empresa pode ser colocada em risco, caso não se dê a devida atenção às aventadas falhas de mercado. Após o diagnóstico do problema e expostas as dificuldades para a sua superação, foram propostas e analisadas algumas soluções possíveis.

O trabalho foi estruturado em pesquisa jurídico-teórica de cunho bibliográfico e documental, vinculada à linha de pesquisa empresa, trabalho e propriedade intelectual, tendo sido utilizado o método dedutivo.

O capítulo 1 foi dedicado ao estudo dos paradigmas do Direito no Estado liberal e no Estado social. Não se pretendeu uma ampla reconstituição histórica, nem tampouco uma análise minuciosa de todas as circunstâncias que levaram as mudanças aventadas. Cuidou-se tão somente, de exhibir, ilustrativamente, os rumos de pensamento que influenciaram o Direito até o seu estágio atual.

O capítulo 2 analisou a evolução do objeto do direito comercial; da passagem da sua concepção subjetivista, calcada na figura do mercador integrante de uma

corporação de ofício, para aquela que o concebia como ramo do Direito que tratava daqueles que praticavam atos de comércio de maneira habitual; a mudança do epicentro para o fenômeno da empresa e, finalmente, a preocupação com o mercado como um todo.

O capítulo 3 foi reservado para o exame das bases teóricas que os economistas neoclássicos se utilizaram para construir o modelo de mercado, assim como à constatação de suas falhas, as chamadas falhas de mercado. Ele trata, ainda, do papel que o Direito tem como corretor dessas falhas de mercado.

O capítulo 4 cuidou de aspectos da responsabilidade civil contratual e extracontratual, e da sua importância como instrumento para sanar ou mitigar os efeitos das citadas falhas de mercado. Conquanto a dissertação se ocupe primordialmente da reparação desses danos, foi necessário também enfrentar a questão do *punitivedamages* ou da condenação civil punitiva, que encontra amplo emprego na análise econômica do direito, mas esbarra em forte resistência nos ordenamentos da *Civil Law*, entre eles o brasileiro.

Por fim, dedicou-se o capítulo 5 ao estudo do princípio da reparação integral do dano nas atividades negociais. Tratou-se, principalmente, do problema da extensão da indenização em vista dos conceitos tradicionais da responsabilidade civil, como o nexo de causalidade, os danos emergentes e os lucros cessantes. Buscou-se, ainda, contextualizar o tema dessa dissertação com questões que os tribunais estão às voltas

1 OS PARADIGMAS DO DIREITO NO ESTADO LIBERAL E NO ESTADO SOCIAL

Algumas questões jurídicas surgem da incompreensão de fenômenos econômicos. Conquanto o Direito e Economia sejam ciências próximas, percebe-se que ainda há uma certa resistência à adoção de uma leitura do direito com base em conceitos de Economia. O direito comercial, que tem por mister estudar fenômenos eminentemente econômicos, como a organização dos fatores de produção, a concessão e circulação de crédito, a limitação de riscos, a conduta de agentes no mercado, entre outros, não pode prescindir de uma análise dessa natureza.

Logo, para se investigar o alcance do princípio da reparação integral nas atividades negociais, precisa-se analisar a evolução do arcabouço filosófico e jurídico que tornou próximas essas duas ciências, o Direito e a Economia. Neste capítulo, portanto, são discutidos paradigmas do Estado liberal e do Estado social, sobretudo a influência das teorias da modernidade - como as doutrinas contratualistas, utilitaristas e positivistas - e da pós-modernidade sobre o Direito. A análise partirá de três momentos históricos decisivos: a ascensão do liberalismo, o surgimento das teorias sociais e o pós-positivismo.

Cuida-se de uma discussão necessária para a dogmática jurídica, pois, como sistema normativo que visa a definir padrões de conduta e de comportamento que devem ser observados, o Direito não pode ficar afastado da realidade social. E essa realidade, sobretudo quando se trata de relações jurídicas que envolvam o exercício de empresa, materializa-se em questões econômicas.

A efetividade do sistema de normas jurídicas está intimamente atrelada à consciência que as pessoas têm, de que é importante para suas vidas, que esse sistema normativo seja observado.

A formação dessa consciência é fruto de um trabalho constante e perene de observação, análise e experimentação. O papel da jurisprudência não é o de simplesmente declarar o que deve ser a sociedade. É muito mais que isso. É o de construir, por meio da argumentação enriquecida pelos ensinamentos dos estudiosos, o Direito³.

³Como ensina Tullio Ascarelli, “[...] de fato o ordenamento jurídico resulta não apenas das simples normas de leis tomadas em si mesmas, mas das normas de leis integradas por todo um corpo de doutrinas e de interpretações, lentamente formado pelo penoso trabalho doutrinário e jurisprudencial

O Direito, portanto, não surge repentinamente. Ele é o produto de um processo racional, que considera as condições de desenvolvimento de uma determinada sociedade. Obviamente, as circunstâncias concretas e atuais influenciam mais diretamente a solução das questões no período presente⁴. Mas o Direito, como elemento da cultura, leva sempre em conta as lições do passado.

Sua construção vagarosa gera certa insegurança. E a segurança é um elemento importante, sobretudo se se pensar que a sociedade é constituída por indivíduos que estão em posições distintas. Como posições distintas, entenda-se as desigualdades materiais existentes entre os indivíduos que integram uma sociedade. Um eventual titubeio decorrente da evolução do Direito não pode ser de tal modo relevante, a ponto de tornar as relações jurídicas instáveis. A estabilidade é um elemento indissociável do ordenamento jurídico.

Não raro, as relações sociais são construídas por pessoas que estão em posições distintas. Não há entre elas igualdade, pelo menos não igualdade em sentido material⁵, não obstante ela ser desejada. Em situações como esta, os indivíduos, ainda que imbuídos de um hedonismo ético⁶, tendem a cometer abusos. E mesmo nas relações entre indivíduos que estejam em posições equivalentes, a falta de informação sobre as circunstâncias relacionadas àquela relação ou mesmo a distribuição de direitos *prima facie* ou abstratos⁷, também pode conduzir a abusos.

O Direito possui, então, o papel de estabelecer um sistema normativo, que conduza à formação de uma estrutura básica da sociedade, que atenda aos

e que constitui a quotidiana atualização, e, portanto, a indispensável integração das normas de lei, as quais, por meio dela, se adaptam às sempre novas exigências da vida, assim como esta tende a habituar-se àqueles determinados esquemas jurídicos". (ASCARELLI, Tulio *apud* BOBBIO, Norberto. *Da Estrutura à Função: novos estudos de teoria do direito*, trad. Daniela BeccariaVersiani; revisão técnica Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine – Barueri: Manole, 2007, p. 223.

⁴Segundo Luís Roberto Barroso, "[t]oda interpretação é produto de uma época, de um momento histórico, e envolve os fatos a serem enquadrados, o sistema jurídico, as circunstâncias do intérprete e o imaginário de cada um" (*Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, t. II, p. 4).

⁵Ronald Dworkin apresenta quatro concepções de igualdade: a libertária, a do bem-estar, a da igualdade material e a da igualdade de recursos (*O Império do Direito* – São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 357).

⁶O hedonismo, que consiste em práticas que têm como objetivo alcançar bem-estar, é a marca distintiva do modelo de caráter humano adotado pela teoria econômica clássica, o chamado *homo oeconomicus*. Como será visto, esse modelo exalta apenas um das várias faces da essência humana. E essa circunstância levou a inúmeras críticas formuladas por pensadores e mesmo à constatação de que esse modelo possui falhas.

⁷Sobre o conceito de direitos *prima facie* ou abstratos, cf. DWORKIN, Ronald, *op. cit.*, p. 353.

princípios de justiça⁸ e que leve à formação de uma sociedade bem-ordenada⁹, na qual seja possível a convivência entre pessoas livres e iguais, que professem doutrinas e pensamentos razoáveis e que busquem alcançar o bem por meio dos seus atos e projetos de vida.

Agora, como o Direito alcançará esse seu mister? Essa é uma questão a espera de uma resposta definitiva.

Já se pensou que o Direito reproduzisse comandos divinos ou leis da natureza, que seriam, diante da falibilidade humana, incontestáveis. A lei já foi considerada objeto de uma ciência – o Direito – que teria a função de revelar, por meio de códigos sistematizados, as condutas que deveriam ser praticadas pelos indivíduos organizados em sociedade. O Homem também já foi visto como um perseguidor do bem-estar, que procura aumentar a utilidade dos bens a que tem acesso, por meio de trocas. O Direito seria, assim, útil para que esse objetivo de aumentar o bem-estar, ainda que isto não pudesse ser gozado por todos. Nesse caso, o Direito deveria assegurar o aumento do bem-estar da maioria¹⁰. Também se percebe o Direito como elemento necessário para se alcançar um sistema equitativo de cooperação social¹¹.

Existe um ponto em comum entre todas essas acepções: que o Homem busca a felicidade. Para alguns, a felicidade será atingida pelo cumprimento dos anseios divinos. Já para outros, ela será alcançada por meio da maximização do bem-estar, o que seria proporcionado por trocas orientadas por critérios de eficiência econômica. Por fim, existem aqueles que defendem uma sociedade aberta para a justiça equitativa.

⁸Como afirma John Rawls, “[o] primeiro objeto dos princípios da justiça social é a estrutura básica da sociedade, a ordenação das principais instituições sociais em um esquema de cooperação” (*Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 57).

⁹Assim John Rawls define sociedade bem-ordenada: “Dizer que uma sociedade é bem-ordenada significa dizer três coisas: a primeira (e isso está implícito na ideia de uma concepção de justiça publicamente reconhecida) é que se trata de uma sociedade na qual cada um aceita, e sabe que todos os demais também aceitam, precisamente os mesmos princípios de justiça; a segunda (que está implícita na ideia de regulação efetiva) é que se reconhece publicamente, e nisso se acredita com boas razões, que a estrutura básica dessa sociedade – isto é, suas principais instituições políticas e sociais e a maneira como se articulam em um sistema único de cooperação – implementa aqueles princípios; e a terceira, que seus cidadãos têm um senso de justiça que normalmente é efetivo e, em virtude disso, em geral agem em conformidade com as instituições básicas da sociedade, que consideram justas” (*O Liberalismo Político: elementos fundamentais*. São Paulo: Martins Fontes, 2011, pp. 41-42).

¹⁰Trata-se da visão mais tradicional do utilitarismo.

¹¹RAWLS, John. *O liberalismo ...*, p. 18

De toda sorte, por se tratar de uma superestrutura que deve tornar possível a convivência harmônica e pacífica e que viabilize a busca de projetos de vida legítimos das pessoas, o sistema jurídico precisa ser cogente. Suas normas têm de ser observadas, configurando-se a sanção como o instrumento para reprimir as condutas inadequadas e incentivar as condutas conformes¹². Se ele não o for, não haverá segurança suficiente para que as relações humanas se desenvolvam plenamente e colocará em xeque a própria estabilidade institucional do pacto social.

Não basta, contudo, que o cumprimento da norma seja útil¹³ para que a maior parcela de indivíduos integrantes da sociedade alcance seus projetos de vida. É necessário também que a norma promova a justiça, sem a qual a sociedade caminhará para uma espiral de decadência e colapso.

A História já demonstrou que situações de injustiça conduzem a conflitos violentos, gerando crises graves. Por isso não se pode abdicar de uma estrutura básica da sociedade que seja justa. Mas a concepção do que é justiça não é unívoca. Ela varia ao sabor das influências culturais.

Isso é uma questão fulcral no pensamento humano. Ela passa pela visão que se tem das normas jurídicas. Por isso mesmo é necessário discutir as influências recebidas pelo Direito.

1.1 A ruptura com os paradigmas medievais

O rompimento com os valores medievais pela via do Iluminismo e todos os demais acontecimentos que sucederam os movimentos liberais influenciaram sobremaneira o Direito.

A ascensão do humanismo e a adoção da razão como critério de decisão foram o mote para a grande insatisfação com o regime feudal. O Iluminismo – movimento que representa essa mudança de paradigmas – trouxe consigo críticas

¹²Sobre o papel da sanção, cf. BOBBIO, Norberto. *op. cit.*, pp. 1-21.

¹³Em síntese simplificadora, o utilitarismo é uma corrente jusfilosófica que prega a maximização do bem-estar. Entre seus defensores, citam-se Jeremy Bentham, David Hume e John Stuart Mills. Para uma exposição crítica sobre o utilitarismo, cf. KYMLICKA, Will. *Filosofia Política Contemporânea: uma introdução*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pp. 11-62. Sobre a ligação entre o utilitarismo econômico e o jurídico, cf. LOPES, Ana Frazão de Azevedo. *Empresa e Propriedade: função social e abuso de poder econômico*. São Paulo: QuartierLatin, 2006, pp. 61-69.

incisivas à desigualdade perante a lei, aos privilégios da nobreza e do clero, às arbitrariedades cometidas pela Coroa, ao papel da Igreja, aos excessos praticados nas punições criminais, às limitações de propriedade e do exercício de profissão e do comércio. De um modo geral, o Iluminismo representou uma forte reação aos paradigmas medievais.

Embora essa reação tenha se verificado em toda a Europa, ela se manifestou de forma diversa nos países continentais em relação ao reino britânico. Este iniciou o movimento de rompimento dos paradigmas medievais, que transcorreu de forma muito mais suave e gradual do que o ocorrido nos países da Europa Continental. Essas mudanças foram bastante sentidas quanto ao Direito.

Na Europa continental, a ruptura com o absolutismo ocasionou a criação de um novo direito. O direito do antigo regime, baseado, sobretudo, no direito romano, no direito canônico e no direito consuetudinário, foi completamente rejeitado e substituído por um sistema jurídico nacional codificado.

O Reino Unido, por seu turno, desenvolveu um direito nacional muito antes dos demais países. O Direito Comum (*Common Law*) para todo o reino foi criado pelos tribunais reais a partir do século XII¹⁴. Esse Direito Comum, nascido na Idade Média, permaneceu praticamente inalterado durante esse período de mudanças. Conquanto a Inglaterra tenha contribuído em muito para o Iluminismo, sobretudo por meio da Revolução Gloriosa, do *Bill of Rights* da Revolução Industrial, no campo do Direito não houve mudanças substanciais.

Considerando que a Inglaterra influenciou o Iluminismo e é o berço do liberalismo, o fato de o direito inglês não ter passado por mudanças durante esse período causa, em um primeiro momento, perplexidade. Afinal, parece contraditório que a Inglaterra, após todos os avanços a que deu causa, tenha mantido um direito medieval.

O fato é que a *Common Law* não impediu os avanços do liberalismo, sobretudo, nos campos econômico e jurídico. Pelo contrário, ela foi um terreno fértil para a disseminação e aplicação das ideias do pensamento liberal. De mais a mais, os códigos editados nos países da Europa continental foram obra de déspotas esclarecidos e gerais que tinham poderes ditatoriais. Isso não ocorreu com o

¹⁴VAN CAENEGEM, R. C. *Introdução histórica ao direito privado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 4.

Reino Unido. Este não só possuía estabilidade governamental, como estava em franca expansão de seu poderio econômico, militar e territorial¹⁵.

A *Common Law* não foi, portanto, um empecilho para a guinada de paradigmas, como foi o direito medieval continental para os demais países da Europa ocidental. E talvez por essa razão, os britânicos não tenham experimentado um rompimento tão brusco e incisivo, quanto os países da Europa continental, no tocante ao Direito.

1.2 Bases filosóficas para a ruptura com os paradigmas medievais

O renascimento comercial fez surgir uma classe de pessoas que se incomodavam com o estado em que as coisas estavam. Se outrora, pelo medo da barbárie, os desprovidos de terras celebravam contratos leoninos com senhores feudais em busca de proteção e se rendiam a reis impiedosos por aclamação divina, o jugo da razão prática e a força do mercado tornaram isso sem sentido. Não havia por que aquela classe de pessoas produtivas ter menos direitos e mais encargos do que as outras classes privilegiadas.

Aquelas pessoas não se conformavam mais com a realidade que elas vivenciavam. Os abusos dos castigos criminais, a limitação da propriedade e do exercício do livre comércio, os privilégios tudo isso não encontrava amparo no pensamento racional, nem no humanismo. Afinal, em termos racionais, o Homem devia buscar sua felicidade. Para tanto, ele precisaria gozar de autonomia para decidir seu próprio destino. Ele deseja liberdade para procurar a felicidade.

Ainda no século XVII surgiram correntes de pensamento que debatiam o conceito de liberdade. O que começou de forma tímida ganhou, com o passar do tempo, muita força, não só em virtude da contestação ao poder absolutista, mas, sobretudo, em decorrência da mudança de orientação filosófica. O humanismo, a adoção da razão como critério de decisão, o renascimento comercial, os ideais que lastrearam a Revolução Gloriosa na Inglaterra, o Iluminismo e o movimento enciclopedista na França foram responsáveis por impulsionar o liberalismo.

¹⁵FERGUSON, Niall. *Império*, trad. Marcelo Musa Cavallari. São Paulo: Editora Planeta, pp. 134-237.

Era necessário operacionalizar esse ideal de liberdade, sobretudo em razão do grande desequilíbrio de forças que havia. Assim, no campo político, o aristocrata Charles-Louis Secondat, barão de La Brède e de Montesquieu, mais conhecido como Montesquieu, apresentou o modelo de separação e especialização de poderes, e Jean Jacques Rousseau e John Locke a noção de contrato social e de democracia representativa.

A codificação do direito representou um rompimento com o passado medieval. A adoção da lógica formal afastou o direito baseado nos costumes e nos credos religiosos. A sistematização de um ordenamento jurídico erigido em códigos foi bastante exitosa nessa missão de romper com as amarras medievais. Contudo, o formalismo extremado desse sistema, calcado em fórmulas reducionistas e simplificadoras não deu uma resposta adequada aos anseios da sociedade.

A complexidade das relações humanas torna muito difícil a redução em textos da realidade a ser normatizada, notadamente em um sistema que pretende ser fechado e livre de contradições. Por tentar estabelecer limites rígidos entre o Direito e a Moral, por meio de uma concepção fechada do sistema jurídico, o positivismo encontrava sérias dificuldades quando se deparava com questionamentos relacionados à justeza das normas. Como destaca António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro na sua introdução à edição portuguesa da obra *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, de Claus-Wilhelm Canaris,

A ideia de “injustiça” dum norma regularmente produzida é de difícil – quiçá impossível – representação para as orientações que, do *jus positum*, tenham uma concepção auto-suficiente: falece uma bitola que viabilize o juízo de “injustiça”. De seguida, falta, ao positivismo, a capacidade para, perante injustiças ou inconveniências graves no Direito vigente, apontar soluções alternativas¹⁶.

Não raro surgiam problemas para os quais o direito positivo não previa uma solução, como nos casos de lacunas¹⁷. Também não eram incomuns situações nas quais normas de mesma hierarquia se encontravam em choque. O direito das obrigações é repleto em exemplos, que geraram arguta perplexidade, e com os

¹⁶CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. Introdução à edição portuguesa. In: CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, pág. XXII-XXIII.

¹⁷Como informa Norberto Bobbio (*op. cit.*, p. 221), o primeiro ensaio de grande fôlego de Tullio Ascarelli, publicado em 1925, teve por objeto o problema de interpretação, no qual ele enfrentou a questão da lacuna. Além desse trabalho, existem incontáveis textos jurídicos tratando desse assunto espinhoso.

quais os tribunais tiveram de se deparar, tendo estes sofrido para dar uma solução que fosse razoavelmente justa. Citam-se as figuras do abuso do direito e de violação da boa-fé objetiva. Era simplesmente impensável naquele momento histórico que alguém pudesse ser responsabilizado por exercer um direito, ainda que o fizesse com o nítido intuito de causar dano a outrem. O que dizer de uma pessoa que, embora cumprindo formalmente com as obrigações contraídas, agisse sorrateiramente, com vistas a obter uma vantagem indevida, prejudicando a contraparte do negócio jurídico? O desenvolvimento das relações econômicas também levou ao surgimento de novos arranjos contratuais cada vez mais complexos, notadamente pelas necessidades de obtenção de crédito e de limitação dos riscos, como são exemplos os contratos de opção ou a termo, usualmente celebrados no mercado de capitais.

Nesses casos, assim como em outros, como naqueles em que o juiz se deparava com conceitos indeterminados, era necessário se alcançar uma solução, caso contrário os conflitos não seriam apaziguados. Assim, o juiz deveria encontrar uma solução, ainda que esta não tivesse amparo no ordenamento jurídico. Nesses casos difíceis, o juiz muitas vezes tinha de se basear em critérios extrajurídicos, tais quais a sua experiência, sua sensibilidade ou mesmo em puro arbítrio. O fato de essa solução eventualmente advir de critérios outros, que não normas que integrassem o sistema jurídico, configura um importante paradoxo: se o positivismo e o formalismo preconizam a segurança do Direito, como entender esse fenômeno de ser possível soluções baseadas em critérios extrajurídicos e, portanto, não previsíveis pelo sistema?

O sistema jurídico, por estabelecer os contornos da estrutura básica da sociedade, não tem como ser hermeticamente fechado. Isto porque o Direito, antes de conformar à sociedade, é fruto da cultura e da evolução histórica da nação. Essa concepção do Direito é uma conquista da escola histórica contra o jusracionalismo, segundo a qual o Direito pertence a uma categoria de realidades dadas por paulatina evolução das sociedades¹⁸. Essa relação complexa entre a segurança que se espera do Direito e a sua necessária evolução para acompanhar as mudanças ocorridas na sociedade, torna indispensável a previsão de normas abstratas, de conceitos indeterminados, de princípios, de meios para preencher lacunas etc.

¹⁸MENEZES CORDEIRO, António, *op. cit.*, p. XVIII-XIX.

Não obstante, notadamente após a edição do Código Civil alemão, o positivismo – com as mudanças trazidas pela escola histórica e, sobretudo, pelo pensamento de Hans Kelsen, se consolida como o pilar central da Teoria do Direito.

1.3 A crise do Estado Liberal e as falhas de mercado – do Estado Liberal ao Estado Social

A superação do pensamento medieval e o trunfo do liberalismo foram responsáveis por profundas mudanças na estrutura da sociedade. Como destaca Fábio Nusdeo,

Operacionalizar a liberdade como fundamento para a organização do Estado implicou superar e eliminar uma série de crenças e de peias que tolhiam o homem e suas iniciativas. Implicou, sobretudo, um voto de confiança no discernimento dele, homem, visto como soberano, o Estado, a Igreja ou organizações diversas a que estivesse compulsoriamente atado viessem a lhe determinar o caminho a seguir. Daí o culto não apenas à liberdade, mas ao seu corolário lógico, o racionalismo, ou seja, a capacidade de realizar opções ditadas não pela religião, pela magia, ou pela tradição, mas por critérios decorrentes de uma visão científica do mundo ou pelo menos embasada numa observação metódica e objetiva dos fatos, quer da vida natural quer da vida social. Denso de simbolismo, nesse sentido, o ato dos revolucionários franceses de entronizar na catedral de Notre-Dame o culto à deusa Razão¹⁹.

A estrutura da sociedade medieval era muito desigual e desconhecia ideais como aqueles propalados pela Revolução Francesa, da liberdade, igualdade e fraternidade. Como visto, foi necessário assim integrar esses novos princípios à estrutura básica da sociedade.

Também nesse período, na Inglaterra, desenvolveu-se a doutrina utilitarista, com base nas contribuições de David Hume, James Hill e Jeremy Bentham entre outros. Como resume Fábio Nusdeo,

o utilitarismo – ligado ao hedonismo – sustenta que os atos humanos não devem ser julgados e justificados moralmente apenas pelas suas intenções, mas também por seus resultados e consequências práticas, desde que não nocivos em si. Em outras palavras, certas tendências da natureza humana,

¹⁹NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: Introdução do Direito Econômico*, 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 124

como a ambição, o desejo de desfrutar dos bens do mundo, a procura por ascensão social, devidamente canalizadas poderiam levar a resultados úteis a todos.²⁰

A independência dos Estados Unidos da América – ao lado da Revolução Francesa – foi essencial para a consolidação da doutrina liberal, afinal era o surgimento da primeira nação fundada estritamente em princípios liberais, tais como o constitucionalismo, o princípio federativo, a democracia representativa, a separação dos poderes.

No mesmo ano em que os Estados Unidos declaravam a sua independência, Adam Smith publicava a obra *Uma Investigação sobre a Natureza e Causas da Riqueza das Nações* (1776), conhecida também pela forma reduzida de seu título: *A Riqueza das Nações*. Esse livro lançou as bases do liberalismo econômico e a noção de livre mercado. Como indica o título, o referido professor de lógica e filosofia moral da Universidade de Glasgow, Escócia, estudou, nesse trabalho, a natureza e as causas da riqueza. Em resumo simplificador, ele sustentou, a partir da noção de que o homem age em interesse próprio e de que a divisão e a especialização do trabalho aumentam a produtividade, que as trocas realizadas no mercado tenderiam ao equilíbrio, o que produziria consequências benéficas para todos.

O liberalismo trouxe consigo um modelo econômico baseado nos institutos da propriedade privada e do contrato. Os indivíduos deveriam ser livres para tomar suas decisões quanto à administração dos bens escassos. Essas decisões seriam tomadas de maneira racional, de modo a permitir que as funcionalidades dos bens fossem mais bem aproveitadas.

Além de Adam Smith, a chamada escola clássica teve como fundadores David Ricardo e Thomas Malthus. O primeiro é considerado o principal pensador dessa escola. Ele é o autor de *Princípios de Economia Política e Tributação*, de 1817, em que se tratou da questão da distribuição do resultado da produção agrícola entre as três classes de agentes: o proprietário da terra, o dono do capital e o trabalhador. Suas lições foram a base de vários institutos econômicos, entre os quais o chamado custo de oportunidade.

Thomas Malthus completa essa lista de fundadores da escola clássica de economia. Ele ficou conhecido por suas teorias pessimistas sobre a relação entre o

²⁰ *Ibidem*, p. 125.

crescimento populacional e a capacidade de produção e de geração de riqueza, revelando e enfatizando os efeitos da lei da oferta e procura.

Essas ideais liberais foram sucedidas, a partir da segunda metade do século XIX, pela escola neoclássica. Ela representa a continuidade dessa visão, mas de forma mais elaborada, com a adoção de modelos e métodos matemáticos.

Ela pode ser dividida em duas grandes vertentes: a escola anglo-americana e a escola europeia, dentro da qual se destacam a escola austríaca e a escola nórdica²¹. Integram a primeira corrente nomes como William Stanley Jevons, Alfred Marshall e Paul Samuelson; relacionam-se à segunda, por sua vez, Carl Menger, Joseph Schumpeter, Friedrich August von Hayek, Leon Walras e Vilfredo Pareto. A principal contribuição dos seus primeiros integrantes é em relação ao conceito de utilidade marginal, que, em contraposição ao pensamento clássico, relaciona o valor de um bem à sua utilidade, que, por sua vez, estaria atrelada à quantidade. Trata-se de corrente que encontra adeptos até os dias atuais.

O modelo liberal, cunhado por essas escolas, dispunha, resumidamente, que os agentes econômicos adotam um comportamento hedonista, que reflete na procura da satisfação e do aumento da sensação de bem-estar²². Os bens de produção e os insumos seriam aplicados no processo industrial e no comércio de forma eficiente, assim como o consumo seria orientado por critérios eminentemente racionais. Esses pressupostos refletem as crenças típicas do século XIX sobre o ser humano²³, influenciadas por um momento de prosperidade econômica decorrente de desdobramentos da Revolução Industrial²⁴. Suas principais características foram bem sintetizadas por Eduardo Tomasevicius Filho:

- a) busca do auto-interesse
- b) racionalidade completa
- c) informação completa
- d) preços como sinalizador da economia
- e) elasticidade das curvas de oferta e procura
- f) ausência de externalidades;
- g) neutralidade institucional²⁵.

²¹TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. *Informação assimétrica, custos de transação, princípio da boa-fé*. 2007. 494f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007, f. 20.

²²YAZBEC, Otávio. *Regulação do mercado financeiro e de capitais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 10.

²³TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. *Idem*, p. 21.

²⁴YAZBEC, Otávio. *Op. cit.*, p. 9.

²⁵TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. *Idem*, p. 21.

Não há dúvida que o liberalismo político e econômico caracterizou um importante rompimento com um passado medieval. Ele propiciou o aumento da riqueza e de sua circulação, além do controle do poder. Todavia, o choque entre capital e trabalho²⁶⁻²⁷ deixou muito evidente que a lógica liberal clássica do mercado, calcada em uma liberdade meramente formal, não era suficiente para assegurar a tão entoada liberdade do indivíduo²⁸. Como destaca Ana Paula de Barcellos,

[...] a partir do fim do século XIX e início do XX, verificou-se de forma clara que o homem idealizado pelo liberalismo – cuja única necessidade era sua própria liberdade, suficiente para assegurar uma vida digna para si próprio e sua família – não existia mais. A garantia dos direitos individuais clássicos tornou-se insuficiente, na medida em que o Estado deixou de ser o único opressor. A lógica aleatória e impessoal do mercado capitalista livre era capaz de negar aos indivíduos bens absolutamente fundamentais, a despeito da liberdade garantida e do empenho destes em obtê-los. Sem essas condições materiais mínimas, e. g., de educação, saúde, alimentação, informação etc., os direitos individuais e políticos eram pouco mais que papel e tinta.²⁹

²⁶“A antinomia Estado-sociedade, proveniente da falsidade da ideologia burguesa, já não pode, assim, em suas vestes formais, dissimular o holocausto social da liberdade. Um holocausto que teve por vítima maior a classe obreira, o chamado quarto estado ou proletariado, segundo a linguagem da revolução das massas, linguagem hoje um tanto arcaizada, de inspiração no marxismo-leninismo”(BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 15.

²⁷“A revolução industrial levantou uma problemática social nova, fonte de conflitos e tensões, que se arrastaram durante o século XIX e conduziram, no seu termo, a novas estruturas: essa situação ficou conhecida como a questão social. A procura do lucro condicionada pela forte concorrência existente na indústria nascente, a abundância de mão de obra, a especialização crescente com o concomitante abandono da auto-suficiência individual, só possível em comunidades agrícolas, a não-sensibilidade dos poderes públicos para a nova problemática, as grandes concentrações humanas sem as necessárias infra-estruturas, a falta de cautelas com o ambiente, a ocorrência cíclica de crises econômicas e uma incapacidade cultural de entender, de imediato, o alcance, nas sociedades humanas, dos passos tecnológicos efetuados, conduziram a uma situação de grande degradação da posição dos trabalhadores por conta de outrem: baixos salários, alongamento do dia de trabalho, más condições de laboração e, em geral, de vida e cultura, e falta de proteção na infância, na maternidade, na doença, nos acidentes e na velhice (CORDEIRO, António Menezes. “Normas corporativas” e diplomas privados como fontes do Direito. In: FERREIRA, Eduardo Paz; TORRES, Heleno Taveira; PALMA, Clotilde Celorico (orgs.). *Estudos em Homenagem aos Professor Doutor Alberto Xavier*. Coimbra: Almedina, 2013, v. III, p. 68).

²⁸“No Estado Liberal [...] a ordem jurídica é propriamente vaga ou indiferente a fins determinados, cuja eleição compete por completo aos particulares. O direito limita-se a fixar as regras do jogo, sem conceder privilégios a qualquer dos jogadores, considerados, dessa forma, iguais perante a lei. O bem comum, objetivo declarado do Estado, reduz-se à adequada formulação e ao escrupuloso respeito das regras do jogo.

A grande transformação ocorreu quando se passou a considerar legítima a organização estatal e a ordem jurídica em função de fins ou objetivos determinados, cuja realização se impõe à coletividade. A fixação desses fins sociais costuma ser feita, primariamente, na Constituição e, secundariamente, em leis orgânicas, ou na lei do plano” (COMPARATO, Fábio Konder. *Direito empresarial: estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 6.)

²⁹BARCELLOS, Ana Paula. O Mínimo Existencial e Algumas Fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 101

Em reação ao exacerbado formalismo e individualismo do Estado liberal, surgiram várias correntes doutrinárias. O socialismo utópico de Robert Owen, Saint-Simon, Charles Fourier e Pierre-Joseph Proudhon, que pregava a reforma social por meio da reestruturação da sociedade e de suas instituições.³⁰ O socialismo científico de Karl Marx e Friedrich Engels, que cunhou a teoria do materialismo histórico – contrária ao idealismo de Friedrich Hegel – segundo o qual o homem é fruto da História e que esta é esculpida pela intervenção humana por meio do trabalho. Essa corrente filosófica defendeu rompimento com as estruturas do sistema produtivo capitalista, o que deveria se dar mediante a luta de classes e pela abolição da propriedade privada. Destacam-se ainda o positivismo sociológico de Auguste Comte e a sua teoria da solidariedade social, a obra de Émile Durkheim, notadamente o seu *A Divisão do Trabalho*, e o social-liberalismo de John Stuart Mill³¹.

A experiência socialista e, sobretudo, o Estado social transformaram aquele modelo liberal. Conquanto ele ainda esteja baseado nos aventados institutos do contrato e da propriedade privada, não se pode mais admitir esses direitos como absolutos e desvirtuados das suas respectivas funções sociais. Nas palavras de Paulo Bonavides,

O Estado liberal humanizou a idéia (sic) estatal, democratizando-a teoricamente, pela primeira vez, na Idade Moderna. Estado de uma classe – a burguesia – viu-se ele, porém, condenado à morte, desde que começou o declínio do capitalismo.

Ao redor do mesmo, acendeu-se a luta histórica a que assistimos.

Aqui, o advento da quarta classe, a ofensiva do Estado socialista contra o Estado burguês, feita com armas da dialética marxista.

Ali, a diligência da teoria democrática por evitar que a transição conduza necessariamente àquele resultado, ou seja, ao Estado da última classe – o proletariado – como já acontece em vasta área de países socialistas do Oriente, e sim ao Estado de todas as classes, como pretende ser o Estado democrático do Ocidente, ditado pelas mudanças inevitáveis do capitalismo e pelo imperativo de justiça social, que obriga ao abandono das antigas posições doutrinárias do liberalismo. O conflito essencial se trava, pois, a esta altura, entre o Estado socialista e o Estado social das democracias ocidentais.³²

³⁰ LOPES, Ana Frazão de Azevedo, *op. cit.*, p. 88.

³¹ Para uma análise mais profunda sobre as influências dessas correntes doutrinárias nas mudanças dos paradigmas do Estado Liberal, v. LOPES, Ana Frazão de Azevedo, *op. cit.*, p. 88-106.

³² BONAVIDES, Paulo. *op. cit.*, p. 23.

Como destaca Luís S. Cabral de Moncada, essas novas concepções, que levaram ao surgimento do Estado social, “defendiam a natureza não necessariamente classista do Estado numa sociedade capitalista cabendo desta maneira aos partidos políticos representativos das classes laboriosas conquistar o poder pela via eleitoral e utilizar o poder estatal ao serviço dos mais desfavorecidos³³”. Em linha de simetria, as decisões econômicas, embora ainda seja respeitada a individualidade dos agentes econômicos, apresentam reflexos de políticas públicas. Nessa linha, arremata o aventado professor português:

A realidade da intervenção dos poderes públicos na esfera da actividade económica através desses meios que são a norma jurídica e o acto administrativo desvaloriza a actividade económica privada como critério da legitimidade da decisão económica. Mas isso não significa que a intervenção estatal pretenda gerar uma ordem económica centralizada alternativa ao mercado como instrumento de regulação da decisão económica. Na realidade, a intervenção pública na economia pretende as mais das vezes chegar ao correcto funcionamento do mercado. Mercado e actividade privada não são sinónimos, sendo este asserto essencial para a compreensão clara dos objectivos da moderna intervenção estadual na economia. Intervir, ou seja, fomentar ou mesmo corrigir, controlar e conformar o funcionamento espontâneo da decisão económica privada, livre e descentralizada, nada mais pretende do que possibilitar o mercado. Este não é o resultado da espontaneidade da decisão económica privada.³⁴

A crise do liberalismo e o surgimento do Estado social, evidentemente, encontrou ressonância no Direito. A estrutura embrionária calcada no tripé Constituição, códigos de direito privado e poder de polícia, que outrora se mostrou muito eficiente, já não é mais adequada para disciplinar a vida pujante de uma sociedade industrial, tecnológica e eminentemente urbana. Uma sociedade plural precisa de um ordenamento jurídico capaz de disciplinar todas as relações que dela exsurgem. Não basta mais a racionalidade eminentemente formal da regra jurídica. A obtenção da norma jurídica deve necessariamente passar por uma análise dos valores envolvidos.

No campo dos contratos, percebeu-se que os seus paradigmas clássicos, como a autonomia da vontade, a consensualidade, a força obrigatória e o princípio da relatividade não são mais suficientes para dar todas as respostas necessárias. Outros valores e princípios devem surgir para nortear essas relações jurídicas. Percebe-se, por exemplo, a necessidade de se relativizar o princípio do *pacta sunt*

³³MONCADA, Luís S. Cabral de. *Direito Económico*, 6ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 42.

³⁴MONCADA, Luís S. Cabral de, *op. cit.* p. 36

servanda, admitindo-se, excepcionalmente e observadas certas condições, a revisão do contrato, acolhendo-se a cláusula *rebus sic standibus*.

Se a ordem jurídico-política do liberalismo é pluralista, pelo fato de o Direito reconhecer e proteger a autonomia das decisões particulares³⁵, fato que conduz à subsidiariedade da atuação estatal, já no Estado social, conquanto se reconheça a individualidade, busca-se o bem comum, com amparo na solidariedade. Isso não significava de jeito nenhum que a liberdade individual foi alijada da ordem jurídica. Pelo contrário: ela é reconhecida, mas agora vista de uma maneira mais efetiva, menos formal.

Não se pode, contudo, conceder força tamanha ao Direito, que o permita eliminar o mercado. Como destaca Nelson Rosenvald, citando Natalino Irti

Nenhum discurso jurídico pode excluir a pessoa do mercado, sentença NATALINO IRTI. O direito do mercado é construído em torno do princípio da liberdade – tanto a de iniciativa de empreendedor com a da escolha do consumidor -, portanto, os problemas de justiça social serão resolvidos externamente ao mercado: não alterando as regras de concorrência ou introduzindo humilhantes paternalismos, mas através de medidas fiscais, oferta de serviços públicos e políticas econômicas. A dignidade da pessoa humana é garantida pela expansão do mercado. A boa-fé – convertida em critério jurídico pela solidariedade – realiza importante função de interpretação e execução do contrato, mas não tangencia a liberdade do mercado, que se converte na liberdade de inúmeros sujeitos: empreendedores, trabalhadores e consumidores, permitindo o adimplemento dos deveres constitucionais [...]³⁶

Percebeu-se, contudo, que aquele modelo liberal de mercado continha falhas. Como anota Fábio Nusdeo,

[...]as falhas e imperfeições do mercado foram se positivando ao longo de cerca de 150 anos quando se tentou ou se imaginou poder operacionalizá-lo com base naquela estrutura institucional relativamente simples ou até simplória, assentada no tripé: constituição, códigos de Direito privado e poder de polícia³⁷.

Surge, na segunda metade do século XX, a escola da nova economia institucional³⁸, que admite ter o Direito a missão de encontrar as soluções para essas falhas de mercado. Daí ser relevante estudar não só as falhas de mercado, mas,

³⁵ *Ibidem*, p. 36

³⁶ ROSENVALD, Nelson. *As Funções da Responsabilidade Civil: a reparação e a pena civil*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 151.

³⁷ NUSDEO, Fábio, *op. cit.*, p. 138

³⁸ A Nova Economia Institucional será tratada mais profundamente nos capítulos 2 e 3.

sobretudo, as soluções, os remédios que o Direito dispõe para, se não saná-las, amenizar seus efeitos.

1.4 O pós-positivismo e a formação da estrutura básica do mercado

A busca pela superação dos dogmas medievais encontrou no direito natural um grande aliado. Esse direito natural, a partir do século XVI, não encontra fundamento na vontade divina, mas sim na razão³⁹. O iluminismo foi decisivo na mudança do paradigma jusnaturalismo. Como afirma Luís Roberto Barroso,

A modernidade, que se inicia no século XVI, com a reforma protestante, a formação dos Estados nacionais e a chegada dos europeus à América, desenvolve-se em um ambiente cultural não mais submisso à teologia cristã. Cresce o ideal de conhecimento, fundado na razão, e o de liberdade, no início do seu confronto com o absolutismo. O jusnaturalismo passa a ser a filosofia natural do Direito e associa-se ao iluminismo na crítica à tradição anterior, dando substrato jurídico-filosófico às duas grandes conquistas do mundo moderno: a tolerância religiosa e a limitação ao poder do Estado⁴⁰.

O Homem não é mais visto como um instrumento para a realização da vontade divina. Ele passa ser considerado um ser dotado de dignidade, que possui um fim em si mesmo. É bastante esclarecedora a sempre lembrada lição de Immanuel Kant, abaixo reproduzida:

Ora, digo eu: - O homem, e, duma maneira geral, todo ser racional, *existe* com fim em si mesmo, *não só como meio* para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado *simultaneamente como fim*⁴¹.

Para os jusnaturalistas, o Direito provinha da natureza. Cuidava-se de um direito inato do Homem. E por ser um elemento da natureza, ele deveria ser estudado assim como as demais ciências naturais. O cientista do Direito deveria guardar distância do objeto estudado, para que as suas conclusões não restassem

³⁹BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, p. 20.

⁴⁰*Ibidem*, p. 21

⁴¹KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. In: CHAUI, Marilena de Souza. *Textos selecionados: seleção de textos de Marilena de Souza Chauí*. São Paulo: Abril Cultural, 1984, p. 134-135.

maculadas. As normas jurídicas desvendadas por meio da atividade do cientista do Direito foram organizadas em códigos. Uma vez concluída essa organização, não haveria mais como se inovar. O Direito era, portanto, a norma positivada.

Assim, com a promulgação dos códigos, o jusnaturalismo exauriu sua função, visto que o positivismo jurídico não admitia outro sistema de direito positivo⁴². Ele aspirava ser um sistema de normas fechado e completo, de maneira que nenhum outro valor que não fosse por ele previsto pudesse penetrá-lo.

Essa aspiração exprimia o intento de afastar qualquer tentativa de cercear a liberdade da burguesia, por meio do respeito a valores religiosos e outros dogmas medievais.

No Reino Unido, contudo, outra corrente jusfilosófica despontou. A *Common Law*, como visto, não acolheu os princípios científicos do positivismo jurídico. O utilitarismo surge como fonte de inspiração jurídica e moral. Segundo sua formulação mais simples, o utilitarismo “afirma que o ato ou procedimento moralmente correto é aquele que produz a maior felicidade para os membros da sociedade”⁴³.

Essa linha filosófica influenciou fortemente teorias econômicas e jurídicas, sobretudo na *Common Law*.

Assim como o positivismo, o utilitarismo entrou em decadência na Pós-modernidade. Enquanto o positivismo jurídico sentiu falta de uma maior abertura do sistema, notadamente de uma comunicação com outras ciências humanas, o utilitarismo deixou a desejar no tocante à distribuição da justiça e na promoção da igualdade.

No âmbito das relações privadas, o positivismo levou à ascensão da propriedade privada, da autonomia da vontade e da preservação da privacidade. O mercado se tornou uma verdadeira instituição, regida por regras e princípios próprios.

A estrutura básica do mercado, definida a partir dessas normas próprias, permitia uma grande liberdade. Mas ela não considerava a existência de posições sociais distintas e a possibilidade de que abusos fossem cometidos. A igualdade

⁴²BOBBIO; Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 11. ed., v. 1, 1998, p. 659.

⁴³KYMLICKA, Will, *op. cit.*, p. 11.

formal do positivismo e a maximização da utilidade para o maior grupo não atendiam ao anseio por justiça.

A Pós-modernidade, após as experiências da Pré-modernidade e da Modernidade, demonstra a necessidade de uma maior abertura do sistema jurídico, ao mesmo tempo que demanda o estabelecimento de um sistema de justiça procedimental.

O mercado, como uma instituição, deve possuir uma estrutura básica orientada por princípios de justiça, que importe, principalmente, no crescimento dos indivíduos menos favorecidos.

1.5A instituição do mercado

Os valores do liberalismo clássico, mesmo após a sua crise, não foram abandonados. Ainda se aspira uma sociedade erigida sobre os pilares da liberdade, da igualdade e da fraternidade. Mas as experiências passadas não foram de todo exitosas.

As dificuldades do positivismo, que foram descritas, em muito contribuíram para esse resultado. O seu exacerbado formalismo, em vez de conter os arroubos de dominação e de abuso de poder, os instigaram. O que se viu foram Estados representativos de uma só classe: ou bem um Estado em que predominava os interesses burgueses ou bem o Estado que propalava os interesses do proletariado.

O utilitarismo, com a ideia de maximização do bem-estar, também não conseguiu contribuir de forma decisiva para a formação de instituições genuinamente justas. Como demonstram autores como John Rawls⁴⁴ e Ronald Dworkin⁴⁵, não existe justificativa razoável para que as escolhas da maioria sempre prevaleçam sobre as da minoria. Muitas atrocidades e injustiças foram cometidas em nome da preferência das majorias ocasionais. Correntes utilitaristas mais recentes, como a chamada Análise Econômica do Direito, sofrem as mesmas críticas.

⁴⁴Destaca-se o capítulo III da obra *Uma Teoria da Justiça* (*op. cit.*), notadamente os itens 25 a 30, nos quais John Rawls apresenta suas considerações sobre o utilitarismo.

⁴⁵Ronald Dworkin tece bem ponderadas críticas ao utilitarismo no capítulo VIII da sua obra *O Império do Direito* (*op. cit.*).

O convívio social não se constitui em um jogo maniqueísta entre maioria versus minoria. A sociedade é pluralista. Convivem em seu seio interesses legítimos dos mais diversos matizes. São várias as doutrinas e pensamentos racionais e razoáveis. Esses interesses precisam ser reconhecidos. A partir desse reconhecimento válido e legítimo, surgem direitos abstratos ou *prima facie*, que, eventualmente, podem entrar em choque com outros direitos abstratos também válidos e legitimamente reconhecidos.

A grande questão é a de se saber como as instituições sociais se organizarão de modo a prever mecanismos que solucionem esses conflitos e, ao mesmo tempo, promovam os valores da liberdade, igualdade e da fraternidade.

De pronto, salta aos olhos a impossibilidade de se amparar apenas interesses de um grupo, pois essa prevalência tornaria o sistema instável. E como assevera Rawls, “[u]m sistema justo deve gerar sua própria sustentação.”⁴⁶ As escolhas devem ser fruto de um procedimento justo, que não privilegie um ou mais grupos em detrimento de outros. Essas escolhas, portanto, precisam ser plenamente justificadas à luz de princípios que sejam universalmente considerados como justos.

Essa estrutura social não pode prescindir de um sistema econômico e social. Este, afinal, será a base das relações sociais. Como destaca John Rawls, “um sistema econômico não é apenas um dispositivo institucional para satisfazer desejos e necessidades existentes, mas também um modo de criar e modelar as necessidades futuras”⁴⁷. O sistema econômico, portanto, influencia o comportamento das pessoas. Logo, sua estrutura deve ser moldada de forma que as escolhas sejam pautadas por critérios justos e razoáveis.

A teoria da justiça é muito preocupada com a distribuição dos bens e direitos. Afinal, a distribuição de bens não deixa de ser uma questão de justiça. Nesse sentido, John Rawls manifesta proposição segundo a qual

O sistema social deve ser estruturado de modo que a distribuição resultante seja justa, independentemente do que venha a acontecer. Para se atingir esse objetivo, é necessário situar o processo econômico e social dentro de um contexto de instituições políticas e jurídicas adequadas. Sem uma organização apropriada dessas instituições básicas, o resultado do processo distributivo não será justo.⁴⁸

⁴⁶RAWLS, John. *Uma Teoria ...*, op. cit., p. 288.

⁴⁷*Ibidem*, p. 286

⁴⁸*Idem*, p. 303

De um modo geral, o mercado é a instituição responsável pelas trocas e, conseqüentemente, pela distribuição dos bens e direitos. Nessa quadra, cita-se novamente John Rawls,

Todos os regimes irão normalmente usar o mercado para distribuir os bens de consumo realmente produzidos. Qualquer outro procedimento tem dificuldades administrativas, e os dispositivos de racionamento e seus correlatos serão utilizados apenas em casos especiais.⁴⁹

Contudo, o mercado somente será uma organização adequada para a distribuição dos bens e direitos, se as trocas ocorrerem de forma livre, orientadas pelas forças da oferta e da procura, num ambiente em que os agentes concorram pelas oportunidades de troca, sem que exista grande concentração de poder. Além disso, eventuais efeitos externos deverão ser anulados.

O Direito deverá, assim, perseguir esse ideal, corrigindo eventuais falhas de mercado, de modo a promover os valores liberais acima ventilados. O direito comercial tem fundamental papel nessa empreitada. O próximo capítulo tratará da evolução desse ramo do Direito, indicando seus atuais contornos.

⁴⁹RAWLS, John, *op. cit.*, p. 298.

2 ATIVIDADE NEGOCIAL E MERCADO

O capítulo anterior tratou dos embates entre as diferenças forças da sociedade. Os choques entre essas múltiplas valências ocasionaram mudanças dos paradigmas sociais e filosóficos. Foram correções do rumo do pensamento. E é natural que isso ocorra de tempos em tempos. Afinal, a sociedade não é edificada sobre padrões rígidos. Ela é constituída a partir de ordens axiológicas e teleológicas, e, sobretudo, do conhecimento científico. Como este é provisório - sempre quando for possível algum progresso - permite-se que o tecido social tenha movimento. Essa mobilidade do sistema social decorre, assim, da incompletude e da provisoriedade do conhecimento humano. Cuida-se de uma evidência colhida da História. As passagens do *Ancien Régime* para o Estado liberal e deste para o Estado social são provas disso.

Com o gancho dessas mudanças, analisa-se, neste capítulo, o desenvolvimento do direito comercial: a sua concepção medieval calcada na figura da pessoa do mercador; a adoção, pelo liberalismo clássico, da figura dos atos de comércio positivados; o surgimento da teoria da empresa e, finalmente, a empresa como elemento do ordenamento do mercado. Trata-se de assunto necessário para se compreender a questão debatida nesta dissertação, qual seja o alcance da reparação de danos surgidos no âmbito das atividades negociais.

A trajetória do direito comercial está atrelada à prática reiterada dos mercadores e aos usos e costumes por eles adotados. A partir da necessidade de se tornar mais seguras essas relações comerciais, ele se positiva: primeiramente, nos estatutos das corporações de ofício e associações de classe; depois, nos códigos liberais e, em seguida, nos inúmeros diplomas legais que disciplinam seus institutos.

Parte-se neste capítulo da formação das instituições mercantis na Idade Média⁵⁰. Isso porque, conquanto houvesse intensa atividade comercial nas

⁵⁰Para um panorama da atividade comercial na Antiguidade, v. FERREIRA, Waldemar, *Tratado de Direito Comercial*, v. 1. São Paulo: Saraiva, 1960, pp. 14-50.

civilizações da Antiguidade, não se conhece registros da existência da figura do comerciante de profissão.⁵¹

O surgimento do direito das corporações de ofício é a primeira etapa dessa jornada até alcançar o moderno ordenamento do mercado, no qual a empresa, na condição de atividade organizada com vistas ao lucro, configura um importante elemento, notadamente para a redução dos chamados custos de transação, que nada mais são do que uma falha de mercado⁵². Esse ordenamento do mercado é constituído por diversos outros ordenamentos volvidos a determinado setores, sendo o direito comercial apenas um deles.

2.1 O direito comercial antes do liberalismo clássico

Não é possível se afirmar, com segurança, que houve um direito comercial na mais remota antiguidade, não obstante, com o aparecimento da moeda, tenha surgido a figura do mercador, que tinha por profissão intermediar as trocas do comércio. Existiram, sim, algumas normas voltadas a disciplinar essa atividade, como o Código do Rei Hammurabi, da Babilônia, tido como uma das mais antigas normas escritas, que teria sido editada cerca do ano 1.700 a.C.,. São conhecidas, ainda, diversas regras jurídicas, regulando instituições de direito comercial marítimo, que os romanos acolheram dos fenícios, denominadas *Lex Rhodia de lactu* (alijamento) ou institutos como o *foenusnauticum*(câmbio marítimo). Mas nenhuma dessas normas chegou a formar um corpo sistematizado, voltado para a disciplina dessa área do Direito⁵³.

O Império Romano, por sinal, desconhecia o direito comercial. Os estrangeiros - que eram quem geralmente praticavam mercancia - eram regidos pelo *jus gentium*, ao passo que os cidadãos romanos – dedicados mais às atividades rurais e ao exercício dos atributos da propriedade - observavam o *jus civile*, que

⁵¹Registra Alfredo Lamy Filho, citando LevinGoldschmidt: “Em verdade – repetimos – o comércio ‘mão na mão, olhos nos olhos’ sempre se praticou, e há milênios, na China ou no Egito, ou em Pompéia, em Óstia ou na Grécia. E também nos mercados, área a que todos tinham igual acesso para efetivar as trocas. Mas não há referência ao comerciante de profissão, e é nos mercados que se desenvolvem as primeiras noções dessa relação que se constitui no ‘valor das coisas’ (*Temas de S.A.* – Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 4).

⁵²As falhas de mercado serão tratadas no capítulo 3.

⁵³REQUIÃO, Rubens. Curso de direito comercial. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, v. 1, p. 8

previa normas distintas do primeiro. Não havia, assim, um direito especial voltado para tratar das questões do comércio.

A Idade Média, contudo, o conheceu. Após a queda de Roma, com o restabelecimento da ordem política, administrativa, social e econômica do ocidente, o comércio voltou a florescer, sobretudo na Itália, em cidades como Veneza, Pisa, Gênova, Milão, Bolonha e Florença.

Como afirma João Eunápio Borges, o misto de direito romano e canônico que vigorava na Itália nessa época não satisfazia os interesses dos comerciantes, sobretudo em vista da hostilidade do direito canônico à usura⁵⁴. As corporações, que haviam sido formadas como reação às invasões e ao arbítrio dos senhores feudais⁵⁵, elaboraram um novo direito para os comerciantes. Destaca Waldemar Ferreira, que os “[n]egociantes, banqueiros, industriais, artejanos, quantos se sentiram atraídos por interesses (*sic*) comuns, se organizaram em corporações, sujeitas a rigorosa disciplina, em que residia o segredo (*sic*) de sua força”.⁵⁶

Cuida-se de um ordenamento fincado no sujeito para o qual ele era dirigido, isto é, o mercador. Ele alcançou grande importância, muito em decorrência da fragilidade da organização dos Estados. Não havia ainda uma consciência exata do papel do Estado. Nessa época “se confundem o público e o privado, o *imperium* e o *dominium*, a fazenda do príncipe e a fazenda pública”⁵⁷. Os usos comerciais e os estatutos corporativos tornaram-se o direito comum de todos os comerciantes da Europa, “o *jus mercati* ou *jus mercatorum* que dominava sem contraste, em todos os portos, feiras e mercados”⁵⁸.

Registra João Eunápio Borges que remontam a essa época diversos institutos do direito comercial, como a matrícula dos comerciantes, a necessidade e força probante dos seus livros, as sociedades comerciais, as letras de câmbio, as operações bancárias, o seguro e a falência⁵⁹.

Na França, com a ascensão do Absolutismo, o direito das corporações de ofício foi sucedido por corpos de leis baixados por Luís XIV, sob a influência do seu

⁵⁴ BORGES, João Eunápio. *Curso de Direito Comercial Terrestre*. 5ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 1976, pp. 24-25.

⁵⁵ FERREIRA, Waldemar. *Op. cit.*, p. 39.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 39-40.

⁵⁷ TORRES, Ricardo Lobo. *A idéia de Liberdade no Estado Patrimonial e no Estado Fiscal*. Rio de Janeiro. Renovar. 1991, p. 14.

⁵⁸ BORGES, João Eunápio. *Idem*, p. 27; HEINSHEIMER, Karl. *Derecho Mercantil*. Trad. Agustín Vicente Gella – Barcelona: Editorial Labor S. A., 1933, p. 3

⁵⁹ BORGES, João Eunápio. *Idem*, p. 26.

ministro de Estado e da economia, Jean-Baptiste Colbert. A primeira dessas Ordenanças, de março de 1673, se referia ao comércio terrestre, regulando as atividades dos “negociantes, mercadores, aprendizes, agentes de bancos e corretores, livros de comércio, sociedades, letra de câmbio, notas promissórias, prisão por dívidas, moratórias, caução de bens, falências, bancarrotas, jurisdição comercial”. Ela é comumente chamada de “Código Savary”, em vista da contribuição dada por um comerciante que tinha esse nome. A segunda, baixada em 1681, foi a Ordenança da Marinha, que regulava vários contratos do direito marítimo⁶⁰.

Com as revoluções liberais, as ordenanças francesas foram substituídas pelo direito dos códigos. Elas, entretanto, constituíram-se em importantes fontes de estudo para os legisladores liberais e serviram de inspiração para o *Code de Commerce* de 1807, que inaugurou uma nova fase do direito comercial.

2.2 Os atos de comércio

O chamado período estritamente subjetivista do direito comercial, que retrata a fase na qual ele traduzia um “direito *corporativo, profissional, especial, autônomo*, em relação ao direito territorial e civil, e *consuetudinário*”⁶¹ sofreu com certas fragilidades institucionais, notadamente pelo seu objeto, pois esse era o critério que definia a competência judiciária dos cônsules e magistrados, aos quais cabia a aplicação contenciosa do direito das corporações. Isso porque muitos aspectos da vida do comerciante não deviam ser submetidos a esse direito; eles, à ciência certa, praticavam atos da vida civil, que não se relacionavam com a atividade econômica e profissional que exerciam.

Era necessário, assim, delimitar a matéria que seria submetida e esse direito especial. Começa-se, então, a delinear-se o conceito objetivo calcado sobre o ato de comércio.

Esse conceito dá um passo importante com as ordenações francesas de 1673 e 1681. Todavia, foi com a Revolução Francesa, que constituiu-se na principal revolução liberal, tendo influenciado inúmeros outros movimentos dessa natureza,

⁶⁰MARTINS, Fran. *Curso de direito comercial*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 10

⁶¹REQUIÃO, Rubens, *op. cit.*, p. 11.

que ele se firmou. Seus ideais eram contrários a privilégios, como a existência de um direito corporativo especial e autônomo. Não à toa, em 14 de junho de 1791, foi editada a célebre Lei *Le Chapelier*, que proibiu, sob qualquer forma, a constituição e manutenção de todas as espécies de corporações de cidadãos do mesmo estado e profissão.

Há de se acrescentar a esse movimento a codificação do direito privado, que foi um dos principais frutos dessa revolução. Especificamente no que tange ao direito comercial, viu-se que o direito das corporações de ofício, calcado na figura do mercador que integrava a corporação, foi sucedido por ordenações. Estas, que tinham origem absolutista, foram substituídas por um código: o *Code de Commerce* de 1807.

Esse código, apesar de não haver inovado muito nessa matéria, tendo conservado quase tudo o que dispunham as ordenações que o antecederam, solidificou a repressão àquele direito das corporações de ofício. Inspirado pelos aventados ideais liberais da Revolução Francesa, o Código napoleônico de 1807 repeliu privilégios. Recusou a existência de um direito classista, que não se submetia ao poder do Estado. Até porque, como já havia sido notado pelos absolutistas, aquele direito medieval não era adequado para fazer frente às necessidades de conquista de novos mercados.

Principalmente, o Código Comercial francês adotou a concepção objetiva do direito comercial. Nas palavras de Paula Andréa Forgioni, “[c]om sua supressão e promulgação do Código Comercial francês, a competência especial firma-se na prática de determinados atos: os atos de comércio”⁶². Essa tendência orientou vários códigos editados posteriormente, como o Código Comercial espanhol de 1829; o Código Comercial português de 1833 e o Código Comercial italiano de 1865. Assim também se deu no Brasil, por meio do Regulamento n. 737 de 1850.

Conquanto o Código Comercial de 1850 tenha adotado, a princípio, uma posição subjetiva, ao dispor, no seu artigo 4º, que “[n]inguém é reputado comerciante [...], sem que se tenha matriculado em algum dos Tribunais do Comércio do Império, e faça da mercancia profissão habitual”, da mesma forma como fez o artigo 9º ao asseverar que “[o] exercício efetivo de comércio para todos os efeitos legais presume-se começar desde a data da publicação da matrícula”, o

⁶² *A Evolução do Direito Comercial Brasileiro: da mercancia ao mercado*. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 40.

citado Regulamento, que disciplinava a “ordem do Juízo (*sic*) no Processo Commercial”, estabelecia quais seriam os atos de comércio ou de mercancia (artigos 19 e 20)⁶³.

Logo, conquanto já fosse possível se notar algum espaço para uma concepção subjetiva de comerciante, sua ordem legal foi calcada em preceitos de ordem objetiva.

Paula Andréa Forgioni, em profundo e lapidar estudo, apresenta a doutrina brasileira desse período. Esse estudo demonstra a dificuldade que a doutrina tinha de estabelecer um sentido unívoco para o objeto do direito comercial. Cada autor procurou, a seu modo, apresentar uma noção de ato de comércio ou de mercancia. A seguir, apresenta-se um resumo dos autores e conceitos destacados pela referida jurista em sua obra:

- Visconde de Cairu: [comércio é] “o complexo das relações que os homens entre si estabelecem para tudo o que respeita á satisfação de suas necessidades. Em sentido mais restricto he o Commercio um dos ramos do trabalho humano, o que principalmente tem por objetivo o transporte e a distribuição dos produtos”. [A Sciencia do Commercio compreende o estudo da jurisprudência, que expõe] “a natureza, efeitos dos Contractos Mercantis”⁶⁴.
- Conselheiro Orlando (1863): “As funções econômicas do commercio se exercita, dando valor ás mercadorias e servindo de intermediário entre os produtores e o consumidores”⁶⁵.

⁶³ Dispunha o artigo 19 do citado Regulamento 737, de 25 de novembro de 1850: “Considera-se mercancia: § 1º A compra e venda ou troca de effeitos moveis ou semoventes para os vender por grosso ou a retalho, na mesma especie ou manufacturados, ou para alugar o seu uso. § 2º As operações de cambio, banco e corretagem. § 3º As emprezas de fabricas; de commissões; de depositos; de expedição, consignação e transporte de mercadorias; de espectaculospublicos. § 4.º Os seguros, fretamentos, risco, e quaesquer contratos relativos ao cornmerciomaritimo. § 5.º A armação e expedição de navios.” Já o artigo 20, determinava que: “Serão tambem julgados em conformidade das disposições do Codigo, e pela mesma fórmula de processo, ainda que não intervenha pessoa commerciante: § 1º As questões entre particulares sobre titulos de divida publica e outros quaesquer papeis de credito do Governo (art. 19 § 1º Tit. unicoCodigo). § 2.º As questões de companhias e sociedades, qualquer que seja à sua natureza e objecto (art. 19 § 2º Tit. unicoCodigo). § 3.º As questões que derivarem de contratos de locação comprehendidos na disposição do Tit. X Parte I do Codigo, com excepçõesómente das que forem relativas á locação de prediosrusticos e urbanos (art. 19 § 3º Tit. unicoCodigo). § 4º As questões relativas a letras de cambio, e de terra, seguros, risco, e fretamentos”.

⁶⁴ VISCONDE DE CAIRU *apud* FORGIONI, Paula A., *op. cit.*, p.46.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 46

- Didimo Agapito da Veiga (1898): “transações feitas para operar a troca de produtos da natureza ou da indústria humana por outros mais úteis aos permutantes, tendo um fim especulativo, o de obter lucros”⁶⁶.
- Silva Costa (1899): “Mediação entre a procura e a oferta, com o fim de especular”⁶⁷.
- Bento de Faria (1903): “complexo dos actos de intromissão entre produtores e consumidores que, exercidos habitualmente e com fim de lucro, realizam, promovem e facilitam a circulação dos productos da natureza e da indústria para tornar mais fácil e prompta a procura e a oferta”⁶⁸.
- Inglez de Souza (1904-1905), que conceitua empresa: “Uma repetição de actos, uma organização de serviços, em que se explora o trabalho alheio, material ou intellectual. A intromissão se dá aqui entre o produtor do trabalho e o consumidor do resultado desse trabalho, com o intuito de lucro”⁶⁹.
- Brásilio Machado (1906), segundo o qual o direito comercial “contem uma summa de preceitos e normas que disciplinam as relações jurídicas derivadas do exercício do commercio: é a norma e a disciplina do commercio”⁷⁰.
- José Xavier Carvalho de Mendonça (1910), para quem o direito comercial “vem a ser (...) a disciplina jurídica reguladora dos atos de comércio e, ao mesmo tempo, dos direitos e obrigações das pessoas que os exercem profissionalmente e dos seus auxiliares”⁷¹⁻⁷².

⁶⁶ *Idem*, p. 46

⁶⁷ *Idem*, p. 47

⁶⁸ *Idem*, p. 47

⁶⁹ *Apud* FORGIONI, Paula A., *op. cit.*, p. 48

⁷⁰ *Ibidem*, p. 49

⁷¹ *Idem*, p. 42

⁷² Segundo relata Paula Andréa Forgioni, José Xavier Carvalho de Mendonça também se preocupou em conceituar empresa (termo utilizado no § 3º, do artigo 19, do Regulamento 737) como “a organização técnico-econômica que se propõe a produzir, mediante a combinação dos diversos elementos, natureza, trabalho e capital, bens e serviços destinados à troca (venda), com esperança de realizar lucros, correndo os riscos por conta do empresário, isto é, daquele que reúne, coordena e dirige esses elementos sob a sua responsabilidade. Esse conceito econômico é o mesmo jurídico” (*Ibidem*, p. 50).

- Descartes de Magalhães (1919) para quem o direito comercial é “o complexo das normas reguladoras das relações jurídicas oriundas do exercício do comércio”⁷³.
- Spencer Vampré (1922) define o direito comercial como “o ramo da sciencia jurídica, que estuda as regras aplicáveis aos actos do commercio, e ás pessoas que dele fazem profissão”⁷⁴.
- Alfredo Russel (1923), para quem o direito comercial tem como objeto “[r]egular os direitos e deveres dos comerciantes e seus auxiliares, disciplinar os actos de commercio praticados por comerciantes ou não.”⁷⁵
- Octavio Mendes (1930): “Direito Commercial é o complexo de normas que regulam os actos jurídicos do tráfico mercantil”⁷⁶.
- Waldemar Ferreira (1925), que entende o direito comercial como “o regulador do acto de commercio e das relações jurídicas que dele se originam”, “o sistema de normas reguladoras das relações entre os homens, constituintes do comércio, ou dêle emergentes. Abrange, em seu âmbito, a ordenança daquela atividade profissional, medianeira na circulação dos bens entre produtores e consumidores”⁷⁷.

A partir desse perfeito histórico, a referida Professora Titular de Direito Comercial da Universidade de São Paulo conclui sua análise acerca da doutrina desse período, destacando os seguintes direcionamentos:

- (i) o direito comercial tem seu principal foco na atividade de intermediação, embora a indústria integre seu objeto (v. § 1º do art. 19 do Regulamento 737, 1850);
- (ii) a influência da doutrina estrangeira é sensível, destacando-se a de Thaller, Vidari, Endemann e, principalmente, Vivante;
- (iii) a concepção econômica propagada por Vivante, de empresa como ente organizador dos fatores de produção, é quase que unanimemente incorporada pela doutrina ao comentar o art. 19 do Regulamento 737;
- (iv) os autores, ao interpretar o art. 4º do Código Comercial e o Regulamento 737, consolidam o direito comercial como o direito dos comerciantes, que disciplina também os atos de comércio;

⁷³ *Idem*, p. 52

⁷⁴ *Idem*, pp. 52-53

⁷⁵ *Idem*, p. 53

⁷⁶ *Idem*, p. 53

⁷⁷ *Idem*, p. 54

- (v) quanto à nossa doutrina, podemos corroborar as conclusões de Ernesto Leme: “Porque em verdade (...) a história do Direito Comercial no Brasil se divide em três fases distintas: - a de José da Silva Lisboa, Visconde de Cairu (1756-1835); - a de José Xavier Carvalho de Mendonça (1861-1930); - a de Waldemar Ferreira (1885-1964)”⁷⁸.

Além das conclusões acima apresentadas, com as quais se está de acordo, há ainda mais uma característica importante desse período, que merece ser destacada. Ela diz respeito à distinção entre obrigações civis e comerciais.

O Código Comercial regulava os institutos específicos do direito comercial, inclusive as obrigações. O instituto que não fosse particularmente ligado ao comércio, era disciplinado pelo direito civil. Portanto, o direito comercial era considerado um direito especial, ao passo que o direito civil o direito comum. Daí vozes da importância de Waldemar Ferreira⁷⁹ sustentarem, com amparo em normas do Código Comercial, em especial o seu art. 121, a existência de um direito das obrigações comum ao direito civil e ao direito comercial.

A falta de um critério mais seguro para se operar a distinção desses regimes causava muitas dúvidas, notadamente em relação ao contrato de compra e venda. Com o advento do Código de Defesa do Consumidor e, sobretudo, com o Código Civil de 2002, esse problema foi resolvido.

Não se pode deixar de mencionar, que tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei n. 1.572/2011, que trata do novo Código Comercial. Uma das principais características desse projeto é a de estabelecer novamente a cisão do Direito das Obrigações, por meio da adoção de regimes diferenciados entre obrigações civis e obrigações empresariais.

2.3 A unificação do direito das obrigações no Brasil

⁷⁸FORGIONI, Paula A. *Op. cit.*, p. 54-55.

⁷⁹Segundo Waldemar Ferreira, haveria, de um lado, o Código Civil e, de outro, o Código Comercial e, de permeio, o direito das obrigações, comum a um e outro. “Este é o sistema do Direito Brasileiro, desde que o Código Comercial de 1850 determinou, no art. 121, que as disposições do Direito Civil para os contratos em geral se aplicariam aos contratos comerciais, com as restrições ou modificações nêle consignadas” (*op. cit.*, p. 202).

O caminho para a unificação do direito das obrigações no Brasil foi longo. Ele se inicia ainda em Portugal. Isso porque a codificação do direito privado no Brasil não teve como influência apenas os códigos franceses – Civil e Comercial. As ordenações lusitanas também a influenciaram.

Antes mesmo da ascensão do liberalismo, o reino português buscou organizar o seu ordenamento, de forma a torná-lo coerente e harmonioso. D. Afonso, em 1446, empreendeu a primeira compilação do direito português, à qual foi dado o nome de Ordenações Afonsinas.

Estas foram substituídas, em 1521, por outras, editadas por D. Manuel, e que ficaram conhecidas por Ordenações Manuelinas. Com a união dos reinos de Portugal e Espanha, após o falecimento prematuro do rei Sebastião I, foram editadas, por obra do rei espanhol D. Filipe I⁸⁰, as Ordenações Filipinas (1595).

Com a vinda da família imperial para o Brasil, foi necessária a edição de uma legislação mais moderna. Toma corpo a composição de normas mais de natureza e finalidade econômica e financeira, do que propriamente comercial ou empresarial, já que era preciso impor a organização da corte e da administração do governo, assim como da economia da colônia, que, em 1815, mudou para o *status* de reino unido ao Reino de Portugal. Foi assim que, em 1808, editou-se, sob o patrocínio de José da Silva Lisboa, Visconde de Cairu, a chamada Lei de Abertura dos Portos, que permitiu o comércio internacional com o Brasil. Sucederam-se outras leis e alvarás, como a que determina a criação da Real Junta de Comércio, Agricultura, Fábricas e Navegação para estimular as atividades produtivas na nação que se surgia⁸¹.

Mesmo após a proclamação da independência, em 1822, o Brasil não se desvencilhou da legislação portuguesa. A Assembleia Constituinte e Legislativa de 1823 promulgou a lei de 20 de outubro, que mandou aplicar, no Império do Brasil, as leis portuguesas vigentes até 25 de abril de 1821. Entre essas leis ressalta-se a “Lei da Boa Razão”, de 1769, que autorizava se invocar como subsídio nas questões mercantis as normas legais “das nações cristãs, iluminadas e polidas, que com elas estavam resplandecendo na boa, depurada e sã jurisprudência”. Essa lei tornou possível a invocação de direito estrangeiro como subsidiário do direito lusitano e, mesmo após a independência, brasileiro. Por isso, observa José Xavier Carvalho de

⁸⁰O rei D. Filipe I sancionou as Ordenações Filipinas em 1595, mas elas somente passaram a vigorar após a impressão, em 1603, quando então reinava D. Filipe II.

⁸¹REQUIÃO, Rubens, *op. cit.*, p. 16.

Mendonça, que “o Código Comercial francês, de 1807, com irradiação intensa pelo mundo inteiro, e, mais tarde, os Códigos Comerciais da Espanha de 1829 e de Portugal de 1833, aliás, sem a autoridade do primeiro, passaram a constituir a verdadeira legislação mercantil nacional”⁸².

Sem embargo, os ideais do liberalismo já alcançavam as terras brasileiras, notadamente aquelas relativas à importância do comércio, à disciplina da propriedade e da atividade rural e ao fim do trabalho escravo. Em 1850, foram baixadas três leis de muita importância e que refletiam aquele sentimento. Em 25 de junho, após longa tramitação, foi sancionado o Código Comercial brasileiro (Lei nº 556, de 25 de junho de 1850), diploma que teve como fontes próximas os Códigos Comerciais francês, de 1807, o espanhol, de 1829, e o português, de 1833. Já em 4 de setembro, saiu a famosa Lei Eusébio de Queiroz (Lei nº 581, de 4 de setembro de 1850), que proibiu o tráfico de escravos, e constituiu marcante passo rumo à abolição da escravatura. E, por fim, a Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850, a Lei de Terras, que tratou de questões de direito agrário.

Como visto, muitos sustentam que o Código Comercial de 1850, em razão do disposto no artigo 121, já estabelecera uniformidade quanto ao Direito das Obrigações. Sucede que este era relegado a um cipoal de normas, que tornava a disciplina dessa matéria muito insegura⁸³. Somente com a edição, em 1916, do Código Civil, que essa situação tornou-se estável. Com o Código Civil de 2002, houve a consagração da uniformização do regime das obrigações civis e comerciais ou empresariais, circunstância que poderá vir a ser alterada, caso seja aprovado, como está, o Projeto de Código Comercial, na linha do que sustentou Cesare Vivante, quando se retratou na quinta edição de seu clássico *Tratatto*, oportunidade em afirmou que a unificação do direito privado acarreta um grave prejuízo para o direito comercial, que possui método distinto do direito civil⁸⁴.

2.4 Teoria da empresa

⁸²CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Tratado de Direito Comercial*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 7. ed., 1963, v. I, p. 78.

⁸³LEÃES, Luiz Gastão de Paes de Barros. A disciplina do direito de empresa no novo Código Civil brasileiro. *Revista de Direito Mercantil*, n. 128, São Paulo: Malheiros Editores, 2002, pp. 7-14

⁸⁴REQUIÃO, Rubens, *op. cit.*, p. 20.

Em meio à Segunda Guerra Mundial, a Itália edita, em 1942, seu Código Civil. Esse Código unificou e uniformizou as obrigações civis e comerciais. Isto representou, em certa medida, uma inovação, em vista do que ocorrera com os códigos civis francês e alemão⁸⁵, que não tratavam de matéria relativa ao direito comercial. Contudo, é importante destacar que essa não foi a primeira experiência de uniformização do direito privado. O Código de Obrigações suíço de 1911 já havia estabelecido um tratamento único para as obrigações civis e comerciais. O próprio Código Comercial brasileiro determinava a aplicação do direito civil aos contratos comerciais, desde que não houvesse conflito com as suas disposições. Nessa linha, destacam-se os artigos 121 e 428 do Código Comercial, que assim dispunham:

Art. 121 - As regras e disposições do direito civil para os contratos em geral são aplicáveis aos contratos comerciais, com as modificações e restrições estabelecidas neste Código.

Art. 428 - As obrigações comerciais dissolvem-se por todos os meios que o direito civil admite para a extinção e dissolução das obrigações em geral, com as modificações deste Código.

Além de uniformizar o tratamento dos institutos de direito privado, o Código Civil italiano transferiu o eixo do direito comercial dos atos de comércio para a empresa.

Naquele momento, a noção de empresa guardava forte orientação fascista, pois ligava o exercício dessa atividade ao atendimento do interesse da nação⁸⁶. Ele surgiu como um conceito dissociado dos valores liberais que orientaram o *Code de*

⁸⁵O Código Comercial alemão previa a aplicação do Código Civil em matéria comercial, quando esta não estivesse em conflito com a norma especial. Nesse sentido, afirma Karl Heinsheimer que “[e]l Derecho mercantil regula sus instituciones solamente en aquellos puntos particulares en que se separa de las normas generales del Derecho civil, o en que es preciso completar los preceptos de aquél. En consecuencia, las precripciones del Código civil tienen también aplicación en materia comercial (art. 2 de la Ley promulgando el Código de Comercio alemán de 10 de mayo de 1897), y ello, tanto en cuanto a los principios fundamentales, que son en primer término comunes a los principios fundamentales, que son en su calidad de fuente subsidiaria para complementar el Código de Comercio en las materias reguladas por éste” (*Derecho Mercantil*. Trad. Agustín Vicente Gella – Barcelona: Editorial Labor S. A., 1933, p. 2).

⁸⁶A *Carta del Lavoro* continha os princípios gerais do corporativismo. A partir dela, é possível se extrair a importância da empresa e a sua vinculação aos interesses da nação. Destaca-se, nessa linha, o seu artigo VII: “Lo Stato corporativo considera l’iniziativa nel campo della produzione come lo strumento più efficace e più utile nell’interesse della Nazione. Nell’organizzazione privata della produzione, essendo una funzione di interesse nazionale, l’organizzatore dell’impresa è responsabile dell’indirizzo della produzione di fronte allo Stato. Dalla collaborazione delle forze produttive deriva fra esse reciprocità di diritti e di doveri. Il prestatore d’opera, tecnico, impiegato o operaio, è un collaboratore attivo dell’impresa economica, la direzione della quale spetta al datore di lavoro che ne ha la responsabilità”.

*Commerce*⁸⁷, notadamente pelo ambiente de forte dirigismo econômico adotado pelo governo fascista.⁸⁸ O espírito corporativista orientou diversas de suas normas.⁸⁹

Com a queda do fascismo, a *Carta del Lavoro* e alguns artigos do *Codice Civile* foram revogados. Contudo, o Código Civil de 1942 continuou a ser o epicentro do direito privado e a noção de empresa se tornou neutra aos princípios corporativistas e fascistas.

Já a Europa, com o fim da Segunda Guerra, iniciou um movimento de recuperação econômica. Orientados pelos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, os países europeus, por meio de tratados internacionais, foram construindo um novo cenário político, com vistas à superação das barreiras comerciais, o que culminou com a formação da União Europeia.

Nesses tratados internacionais, como notícia Paula Andréa Forgioni, o conceito de empresa esteve presente.⁹⁰ Podem ser citados, nessa linha, o Tratado da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, de 1951; o Tratado da Comunidade Econômica Europeia, de 1957; o Tratado da Comunidade Europeia, de 1992. O Tratado de Funcionamento da União Europeia, que alterou e consolidou o Tratado da Comunidade Europeia, dispõe sobre a empresa em vários de seus artigos⁹¹.

⁸⁷O Código Comercial francês seguia a linha objetiva calcado sobre os atos de comércio, o que se estrai logo do seu artigo 1º: “Sont commerces ceux qui exercent des actes de commerce, et en font leur profession habituelle”.

⁸⁸FORGIONI, Paula A. *Op. cit.*, p. 67.

⁸⁹Paula A. Forgioni destaca como exemplos de normas corporativistas os artigos: 2.088 [“L'imprenditore deve uniformarsi nell'esercizio dell'impresa ai principi dell'ordinamento corporativo e agli obblighi che ne derivano e risponde verso lo Stato dell'indirizzo della produzione e degli scambi, in conformità della legge e delle norme corporative”], 2.089 [“Se l'imprenditore non osserva gli obblighi imposti dall'ordinamento corporativo nell'interesse della produzione, in modo da determinare grave danno all'economia nazionale, gli organi corporativi, dopo aver compiuto le opportune indagini e richiesto all'imprenditore i chiarimenti necessari, possono disporre la trasmissione degli atti al pubblico ministero o presso la corte d'appello di cui fa parte la magistratura del lavoro competente per territorio, perché promuova eventualmente i provvedimenti indicati nell'articolo 2091”] e 2.091 [“La magistratura del lavoro, se accertata che l'inosservanza perdura, fissa un termine entro il quale l'imprenditore deve uniformarsi agli obblighi suddetti. Qualora l'imprenditore non vi ottemperare nel termine fissato, la magistratura del lavoro può ordinare la sospensione dell'esercizio dell'impresa o, se la sospensione è tale da recare pregiudizio all'economia nazionale, può nominare un amministratore che assuma la gestione dell'impresa, scegliendolo fra le persone designate dall'imprenditore, se riconosciute idonee, e determinandone i poteri e la durata.

Se si tratta di società, la magistratura del lavoro, anziché nominare un amministratore, può assegnare un termine entro il quale la società deve provvedere a sostituire gli amministratori in carica con altre persone riconosciute idonee”] (*idem*, p. 70)

⁹⁰FORGIONI, Paula Andréa, *idem*, pp. 82-87.

⁹¹Artigo 32. (ex-artigo 27 TCE) No exercício das funções que lhe são confiadas no presente capítulo, a Comissão orientar-se-á: [...] b) Pela evolução das condições de concorrência na União, desde que essa evolução tenha por efeito aumentar a competitividade das empresas.

Artigo 49. (ex-artigo 43 TCE) No âmbito das disposições seguintes, são proibidas as restrições à liberdade de estabelecimento dos nacionais de um Estado-Membro no território de outro Estado-Membro. Esta proibição abrangerá igualmente as restrições à constituição de agências, sucursais ou filiais pelos nacionais de um Estado-Membro estabelecidos no território de outro Estado-Membro.

A liberdade de estabelecimento compreende tanto o acesso às atividades não assalariadas e o seu exercício, como a constituição e a gestão de empresas e designadamente de sociedades, na acepção do segundo parágrafo do artigo 54, nas condições definidas na legislação do país de estabelecimento para os seus próprios nacionais, sem prejuízo do disposto no capítulo relativo aos capitais.

Artigo 96. (ex-artigo 76 TCE) 1. Fica proibido a qualquer Estado-Membro, salvo autorização da Comissão, impor aos transportes efetuados na União preços e condições que impliquem qualquer elemento de apoio ou proteção em benefício de uma ou mais empresas ou indústrias determinadas.

Artigo 101. (ex-artigo 81 TCE) 1. São incompatíveis com o mercado interno e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam susceptíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno, designadamente as que consistam em: a) Fixar, de forma direta ou indireta, os preços de compra ou de venda, ou quaisquer outras condições de transação; b) Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos; c) Repartir os mercados ou as fontes de abastecimento; d) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência; e) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos.

2. São nulos os acordos ou decisões proibidos pelo presente artigo.

3. As disposições no n.º 1 podem, todavia, ser declaradas inaplicáveis:

— a qualquer acordo, ou categoria de acordos, entre empresas,

— a qualquer decisão, ou categoria de decisões, de associações de empresas, e a qualquer prática concertada, ou categoria de práticas concertadas,

que contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou económico, contanto que aos utilizadores se reserve uma parte equitativa do lucro daí resultante, e que: a) Não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objetivos; b) Nem deem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa.

Artigo 102. (ex-artigo 82 TCE) É incompatível com o mercado interno e proibido, na medida em que tal seja susceptível de afetar o comércio entre os Estados-Membros, o facto de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado interno ou numa parte substancial deste.

Estas práticas abusivas podem, nomeadamente, consistir em: a) Impor, de forma direta ou indireta, preços de compra ou de venda ou outras condições de transação não equitativas; b) Limitar a produção, a distribuição ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores; c) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência; d) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos.

Artigo 173. (ex-artigo 157 TCE) 1. A União e os Estados-Membros zelarão por que sejam asseguradas as condições necessárias ao desenvolvimento da capacidade concorrencial da indústria da União.

Para o efeito, e no âmbito de um sistema de mercados abertos e concorrenciais, a sua ação tem por objetivo:

— acelerar a adaptação da indústria às alterações estruturais,

— incentivar um ambiente favorável à iniciativa e ao desenvolvimento das empresas do conjunto da União, e nomeadamente das pequenas e médias empresas,

— incentivar um ambiente favorável à cooperação entre empresas,

— fomentar uma melhor exploração do potencial industrial das políticas de inovação, de investigação e de desenvolvimento tecnológico.

Atualmente, a União Europeia está engajada em estratégias de crescimento econômico, que tem no incentivo ao empresário e ao empreendedorismo seus principais pilares. Fala-se em uma “nova revolução industrial”, por meio da qual as empresas, alavancadas pelas novas tecnologias, expandiriam suas atividades, sobretudo para alcançar novos mercados⁹².

2.4.1 A teoria da empresa no Código Civil brasileiro

Após uma resistência inicial à teoria da empresa, a teoria dos atos de comércio foi paulatinamente abandonada pela doutrina.⁹³ Decerto que, com o passar

2. Os Estados-Membros consultar-se-ão mutuamente em articulação com a Comissão e, na medida do necessário, coordenarão as suas ações. A Comissão pode tomar quaisquer iniciativas necessárias para promover essa coordenação, nomeadamente iniciativas para definir orientações e indicadores, organizar o intercâmbio das melhores práticas e preparar os elementos necessários à vigilância e à avaliação periódicas. O Parlamento Europeu é plenamente informado.

3. A União contribuirá para a realização dos objectivos enunciados no n.º 1 através das políticas e acções por si desenvolvidas em aplicação de outras disposições dos Tratados. O Parlamento Europeu e o Conselho, deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário e após consulta ao Comité Económico e Social, podem decidir adoptar medidas específicas destinadas a apoiar as acções empreendidas nos Estados-Membros para alcançar os objectivos enunciados no n.º 1, com exclusão de qualquer harmonização das disposições legislativas e regulamentares dos Estados-Membros.

A União não pode invocar o presente título para introduzir quaisquer medidas que possam conduzir a distorções de concorrência ou que comportem disposições fiscais ou relativas aos direitos e interesses dos trabalhadores assalariados.

Artigo 179. (ex-artigo 163.º do TCE) 1. A União tem por objectivo reforçar as suas bases científicas e tecnológicas, através da realização de um espaço europeu de investigação no qual os investigadores, os conhecimentos científicos e as tecnologias circulem livremente, fomentar o desenvolvimento da sua competitividade, incluindo a da sua indústria, bem como promover as acções de investigação consideradas necessárias ao abrigo de outros capítulos dos Tratados.

2. Para o efeito, a União incentivará, em todo o seu território, as empresas, incluindo as pequenas e médias empresas, os centros de investigação e as universidades nos seus esforços de investigação e de desenvolvimento tecnológico de elevada qualidade; apoiará os seus esforços de cooperação, tendo especialmente por objectivo dar aos investigadores a possibilidade de cooperarem livremente além-fronteiras e às empresas a possibilidade de explorarem plenamente as potencialidades do mercado interno, através, nomeadamente, da abertura dos concursos públicos nacionais, da definição de normas comuns e da eliminação dos obstáculos jurídicos e fiscais a essa cooperação.

⁹²Segundo a o documento intitulado “Compreender as políticas da União Europeia”, “[e]m 2012, a Comissão Europeia reconduziu a iniciativa emblemática sobre política industrial «Reforçar a indústria europeia em prol do crescimento e da recuperação económica», para se concentrar na melhor forma de tirar partido desta nova revolução industrial. O objetivo é reforçar a inovação industrial e a economia real. A iniciativa implica o alargamento das atividades empresariais para fora da União Europeia em interações mutuamente vantajosas. Trata-se de uma importante parte da política da União para ajudar as empresas europeias a encontrar novos mercados e melhorar a sua competitividade, ou seja, a sua capacidade para competirem eficazmente nos mercados mundiais” (http://europa.eu/pol/pdf/flipbook/pt/enterprise_pt.pdf, acessado em 26/11/2013).

⁹³FORGIONI, Paula A., *op. cit.*, p. 58.

dos tempos, o objeto do direito comercial mudou. A doutrina e a jurisprudência passaram a analisar o direito comercial não com base em atos isolados e até estanques (atos de comércio por força de lei). Passou-se a dar mais importância ao dinamismo das relações comerciais, notadamente a atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens e serviços.

De certa forma, essa tendência já era observada no início do processo de codificação. O Código Comercial francês de 1807 previa que “todas as empresas de manufaturas, de comissão, de transporte por terra e água” e “todas as empresas de fornecimento, de agência, escritórios de negócios, estabelecimentos de vendas em leilão, de espetáculos públicos” eram considerados atos de comércio⁹⁴. Por influência do referido Código, o Regulamento 737/1850, como visto, também utilizou o termo empresa na enumeração dos atos de comércio.

Nessa época, no entanto, prevalecia a tese de que empresa era apenas uma repetição profissional de atos de comércio. Famosa era a definição de Inglez de Souza, segundo qual

por empresa devemos entender uma repetição de atos, uma organização de serviços, em que se explore o trabalho alheio, material ou intelectual. A intromissão assim se dá, aqui, entre o produtor do trabalho e o consumidor do resultado do trabalho, com o intuito de lucro⁹⁵.

Esse, contudo, não foi o conceito que vingou. A doutrina passou a adotar, entre os vários perfis desse fenômeno poliédrico, consoante a clássica definição de Alberto Asquini⁹⁶, o subjetivo, calcado, por sua vez, na teoria econômica da empresa, que a considera a atividade organizada e explorada por um empresário.

Como referências da doutrina de vanguarda que contribuiu para essa evolução da teoria dos atos de comércio para a teoria da empresa, citam-se as seguintes obras: *Limitação da responsabilidade do comerciante individual*, de 1956, tese de cátedra de Sylvio Marcondes Machado; *A preservação da sociedade comercial pela exclusão do sócio*, de 1959, tese de cátedra de Rubens Requião na Universidade Federal do Paraná; *Teoria do estabelecimento comercial*, de 1969,

⁹⁴REQUIÃO, Rubens, *Curso de Direito Comercial*, v. 1. 23ª ed. – São Paulo: Saraiva, 1998, p. 51.

⁹⁵REQUIÃO, Rubens, *idem*, p. 56.

⁹⁶ASQUINI, Alberto. *Perfis da empresa*. RDM 104, pp. 109-126, trad. Fábio Konder Comparato, do original *Profilidell'impresa*, in *Rivista del Diritto Commerciale*, 1943, v. 41, I.

tese de cátedra na Universidade de São Paulo de Oscar Barreto Filho; *A teoria jurídica da empresa*, de 1985, de WaldírioBulgarelli.⁹⁷

A jurisprudência também avançou sobre o tema, contribuindo para a consolidação da teoria da empresa no Brasil. Como anota Paula Andréa Forgioni, em pelo menos três grandes questões, as discussões jurisdicionais evoluíram com base na visão de empresa: a) na construção do instituto da dissolução parcial; b) no delineamento das hipóteses de exclusão de sócios; e c) na preservação do ente produtivo que se encontra em dificuldades econômicas.⁹⁸

Com efeito, não obstante o art. 15 do Decreto n.º 3.708/19 prever o direito de o sócio se retirar da sociedade em caso de divergência na alteração do contrato social, sem prejuízo da continuidade da sociedade, não era raro o sócio dissidente optar por requerer a dissolução da sociedade, com amparo no art. 335, 5 do Código Comercial, que previa tal possibilidade. Isso porque, no caso da retirada, o sócio era reembolsado com base no valor patrimonial contábil de suas cotas, apurados no último balanço aprovado. Já no caso da dissolução, era possível a apuração de haveres com base na avaliação de mercado.

Os tribunais, em um primeiro momento, aceitavam por termo à sociedade, pela quebra da *affectiosocietatis*, quando apenas um sócio manifestasse essa vontade. Essa possibilidade passou a não ser mais admitida, quando a denúncia do contrato social fosse considerada abusiva ou aviltasse a boa-fé do tráfico

⁹⁷ Em um caminho intermediário entre a teoria dos atos de comércio e a teoria da empresa, cita-se a teoria das profissões mercantis, defendida com maestria por João Eunápio Borges. Segundo o professor catedrático de direito comercial da Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais, “o art. 19 do regul. 737, completando o art. 4º do Código, enumera as profissões que considera *mercancia*. Vale dizer, o art. 19 do regul. 737 não tem o mesmo alcance do art. 632 do Código francês, que enumera *atos de comércio*. Mas como o Código alemão de 1897, nossa lei fez, em 1850, a enumeração das profissões mercantis”. E prossegue o mencionado professor, “do mesmo modo que constituindo *mercancia* a prática profissional de ato de compra e venda para a revenda, não é, porém, *ato de comércio* a mesma operação isoladamente considerada, a qual falta o requisito do art. 191 do Código, também não será ato de comércio uma *operação bancária*, um ato de *comissão* ou qualquer dos enumerados nos demais parágrafos daquele art. 19, sem que o mesmo se integre, através da repetição profissional dos mesmos, numa *mercancia*. E esta é caracterizada pela “organização da empresa criada especialmente para aqueles negócios”, como ensina o próprio Carvalho de Mendonça, em relação às operações bancárias, numa lição que, [...], é aproveitável para todos os atos compreendidos no art. 19 do regul. n. 737, e da qual aquele eminente comercialista não tirou todas as consequências que dele decorrem necessariamente” (*op. cit.* p 110).

⁹⁸ FORGIONI, Paula A. *Op. cit.*, p. 91.

mercantil⁹⁹. Posteriormente, os tribunais passaram a admitir a dissolução parcial da sociedade, com base no argumento da preservação do ente produtivo¹⁰⁰.

Outra questão cujo entendimento jurisprudencial foi evoluindo ao longo do tempo em direção do conceito de empresa foi a exclusão de sócio que compromettesse a continuidade dos negócios. Em casos como esse, os tribunais procuravam decidir de forma a preservar a continuidade da empresa, como destacou Rubens Requião, em sua obra *O direito de exclusão de sócios nas sociedades comerciais*.

Também nos casos de falência e concordata, os tribunais, dentro do possível, buscavam decidir de modo a permitir a preservação da empresa, ideia que, posteriormente, motivou a criação do instituto da recuperação empresarial.

Após esse longo caminho, em 2002, a teoria dos atos de comércio cede derradeiramente lugar à teoria da empresa. Com a sanção do Código Civil de 2002, passa-se a vigorar oficialmente a teoria da empresa.

O Código Civil não chega a conceituar diretamente empresa. Ele o faz quando trata do empresário. Segundo o seu artigo 966, “[c]onsidera-se empresário quem “exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção de bens ou de serviços”. Partindo-se dessa definição, e considerando que empresário exerce empresa, conclui-se que empresa é a “atividade econômica organizada para a produção de bens ou de serviços”.

Como esclarece Sylvio Marcondes Machado, o Código Civil, tomando a empresa em seu perfil subjetivo, conceitua o empresário por traços definidos em três condições:

- a) *exercício de atividade econômica e, por isso, destinada à criação de riqueza, pela produção de bens ou de serviços para a circulação, ou pela circulação dos bens ou dos serviços produzidos;*
- b) *atividade organizada, através da coordenação dos fatores de produção – trabalho, natureza e capital – em medida e proporção variáveis, conforma a natureza e o objeto da empresa;*

⁹⁹FORGIONI, Paula Andréa, *op. cit.*, p. 92. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 9.929. Brasília, DF, 4 de janeiro de 1946. *Revista dos Tribunais*, Rio de Janeiro, v.166, pp. 843-847.

¹⁰⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. **92.773/PR**, Relator: **Min. Cordeiro Guerra**, *Diário Oficial da Justiça*, Brasília, DF, 25 de agosto de 1981. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 15 de jun 2014. Ementa: “É inadmissível a dissolução das sociedades por quotas de responsabilidade limitada, por iniciativa do sócio minoritário inconformado, quer por força do art 335, v do código comercial, quer com fundamento no art. 336, iii, do mesmo código. 1. ré conhecido e parcialmente provido para deferir a dissolução parcial da sociedade limitada, como se apurar em execução. 2. RE não conhecido.”

c) *exercício praticado de modo habitual e sistemático, ou seja, profissionalmente, o que implica dizer, em nome próprio e com ânimo de lucro. Dessa ampla conceituação exclui, entretanto, quem exerce profissão intelectual, mesmo com o concurso de auxiliares ou colaboradores, por entender que, não obstante produzir serviços, como o fazem os chamados profissionais liberais, ou bens, como o fazem os artistas, o esforço criador se implanta na própria mente do autor, de onde resultam, exclusiva e diretamente, o bem ou o serviço, sem interferência exterior de fatores de produção, cuja eventual ocorrência é, dada a natureza do objeto alcançado, meramente acidental*¹⁰¹

A mudança de objeto do direito comercial alterou de forma substancial sua teoria geral. Quem outrora era considerado comerciante, pelo simples fato de praticar, profissionalmente, ato de comércio por força de lei, pode hoje não ser considerado empresário. Para tanto, a pessoa, seja física ou jurídica, deve explorar atividade economicamente organizada, não bastando a simples prática isolada de ato de comércio.

Aliás, a definição de empresa não é pacífica na doutrina nacional. A distinção entre sociedade simples e empresária ainda é motivo de divergências. Noves fora as hipóteses que o Código Civil estabelece o regime societário, independentemente do objeto social, como é o caso das sociedades por ações, que sempre serão empresárias, e das cooperativas, que sempre serão sociedades simples, existem dúvidas conspícuas sobre quais seriam os critérios para se definir uma sociedade como simples ou empresária. As dúvidas aumentam ainda mais, quando se discute o que seria o chamado elemento de empresa, a que se refere o parágrafo único do art. 966 do Código Civil¹⁰².

¹⁰¹MARCONDES, Sylvio. *Problemas de direito mercantil*. São Paulo: Max Limonad, 1970, p.140-141

¹⁰²O parágrafo único do art. 966 do Código Civil dispõe que “[n]ão se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, **salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa**” (grifei). O que seria afinal esse “elemento de empresa”. A doutrina se divide em pelo menos duas correntes. Há quem defenda que basta que a atividade intelectual seja organizada, para ela ser considerada empresária. Outros sustentam que a organização por si só não seria suficiente. Para que fosse considerada empresa, a atividade intelectual teria de produzir bens ou serviços que fossem comercializados indistintamente, sem caráter pessoal. Sobre o tema, remeta-se a VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Direito comercial: teoria geral*, 4ª ed. ver., atual. e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 135-141.

O Conselho de Justiça Federal aprovou, na III Jornada de Direito Civil, três enunciados sobre o tema: “193 – Art. 966: O exercício das atividades de natureza exclusivamente intelectual está excluído do conceito de empresa”; “194 – Art. 966: Os profissionais liberais não são considerados empresários, salvo se a organização dos fatores da produção for mais importante que a atividade pessoal desenvolvida”; “195 – Art. 966: A expressão “elemento de empresa” demanda interpretação econômica, devendo ser analisada sob a égide da absorção da atividade intelectual, de natureza científica, literária ou artística, como um dos fatores da organização empresarial”. Destaca-se que o Superior Tribunal de Justiça já afirmou a natureza empresarial de sociedade limitada de médicos (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 555.624. Relator:

2.4.2 A influência da Economia sobre a teoria da empresa

Um dos objetivos desta dissertação é examinar a relação entre a Economia e o Direito, notadamente no campo do direito comercial. Logo, é necessário se examinar se a Economia exerce influência sobre o fenômeno da empresa.

Antes mesmo da adoção dessa teoria pelo Código Civil italiano, importantes estudos sobre o papel da empresa foram desenvolvidos, principalmente nos Estados Unidos. Em 1932, Adolf Berle e Gardiner Means, por meio da obra *The modern corporation and private property*, demonstraram que, na sociedade anônima, separam-se propriedade e poder de controle e que este, em companhias com o capital muito pulverizado, acaba sendo exercido pelos administradores, o chamado controle gerencial. E que essa separação pode proporcionar um grande aumento da riqueza, na medida em que possibilita a aplicação de capitais em empreendimentos bem estruturados e organizados, que visam ao lucro.

Em 1937, Ronald Coase publicou o artigo *The nature of the firm*. Nele o afortunado economista analisa o papel da empresa. Em resumo simplificador, ele afirma que a razão de ser das empresas é a de aumentar a eficiência econômica, por meio da redução daquilo que ele denominou de custos de transação¹⁰³.

Para estudar as consequências dessa revelação acerca dos custos de transação e do papel da empresa como forma de aumentar a eficiência das trocas no mercado, surgiu a chamada Nova Economia Institucional, liderada pelo economista Oliver Williamson. Essa escola econômica desenvolveu estudos relacionados ao funcionamento do mercado, a partir de institutos como o contrato, da empresa e sua forma de organização, dos já referidos custos de transação, dos direitos de propriedade etc.

Pari passu, outra escola doutrinária de cunho liberal neoclássico, a chamada Escola de Chicago, desenvolveu estudos que se notabilizaram pelas críticas à intervenção do Estado na economia. Suas ideias influenciaram o surgimento de

Ministro Franciulli Neto, Brasília, DF, 19 de fevereiro de 2004. *Revista do Superior Tribunal de Justiça*. Brasília, DF, v. 184, p. 196).

¹⁰³Os custos de transação serão analisados no capítulo 3.

escola, encabeçada por Richard Posner, que propunha a análise do Direito à luz da Economia. Daí ter recebido o nome de escola da Análise Econômica do Direito. Esta escola da Análise Econômica do Direito sofre críticas incisivas pelo fato de prestigiar a eficiência econômica à justiça.¹⁰⁴

Essas doutrinas econômicas deram um novo colorido à teoria da empresa. A partir desses estudos, o seu centro foi deslocado da atividade economicamente organizada para a sua função no mercado. Em outras palavras, a partir dessas construções, a visão interna da empresa, ou seja, de sua organização, perdeu prestígio. Ela deixou de ser considerada o fator mais relevante a seu respeito, pois, segundo essa visão, o que de fato importa é o papel que a empresa desempenha no mercado.

O direito comercial evidentemente se ocupa das relações internas da empresa, tanto que as disciplina normativamente. Mas a sua preocupação principal é a relação que a empresa, como objeto de direito, mantém com o mercado. Essa preocupação é tamanha, que ele edificou um sistema próprio para ela. Prevendo, inclusive, como no caso da empresa individual de responsabilidade limitada, a personificação dessa atividade, passando a tratar a empresa como sujeito de direito, que está em permanente interação com o mercado (Código Civil, art. 44, VI).

2.5 Ordem jurídica do mercado

O mercado tem o papel de promover a distribuição da riqueza produzida. Mesmo em economias socialistas, admite-se o uso do mercado como solução para o problema da distribuição dos bens que são produzidos¹⁰⁵. Juridicamente, é muito difícil classificar o mercado. A sua natureza difusa torna essa tarefa praticamente impossível. O conceito mais próximo seria o de instituição, justamente por ser um vocábulo polissêmico¹⁰⁶.

¹⁰⁴Cita-se, à guisa de ilustração, a lúcida crítica apresentada por Ronald Dworkin à Análise Econômica do Direito. Cf. *O Império do Direito* – São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 333-376.

¹⁰⁵*Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 298

¹⁰⁶Sobre os diversos conceitos de instituição, v. RAO, Vicente. *O Direito e a vida dos direitos*, 6ª ed. anotada e atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, 225-226.

Para Santi Romano, que elaborou a importante teoria do ordenamento jurídico, toda instituição possui um ordenamento jurídico, razão pela qual ele conclui existir uma pluralidade de ordenamentos jurídicos inter-relacionados.¹⁰⁷

De fato, o mercado, como uma instituição que tem um objeto – o de permitir a circulação de riqueza e a distribuição dos bens e serviços produzidos – precisa necessariamente de um ordenamento jurídico próprio. Isso é intuitivo. Basta recordar os primórdios do direito comercial. Ele surgiu do costume e das normas criadas pelos integrantes de associações de classe e corporações de ofício. Na falta de um sistema normativo estatal, essas eram as normas, produzidas privadamente, que disciplinavam as relações havidas no mercado.

Como foi visto, houve uma paulatina evolução do ordenamento jurídico de mercado. No estágio atual, verifica-se que a constituições liberais consagram princípios como o da livre iniciativa e o da livre concorrência (CRFB, artigo 170) e estabeleceram um verdadeiro ordenamento jurídico do mercado.

2.5.1 A teoria dos ordenamentos setoriais

A teoria apresentada na Itália pelo jurista Massimo Severo Giannini, com influência direta da teoria do ordenamento jurídico de Santi Romano, acerca da existência ordenamentos setoriais mostrou-se correta.

Com efeito, a ideia que apenas uma concepção política deveria prevalecer, que orientou o pensamento de diversas doutrinas, desmoronou frente à História. Não há como um grupo impor seus valores e pensamentos a todos os seus semelhantes. O desacordo é inerente à humanidade, até porque o homem – numa concepção individualista bastante acertada do liberalismo – busca realizar o bem, por meio de um plano de vida racionalmente elaborado com esse objetivo. Como a noção de bem é subjetiva, a elaboração desse plano de vida é providência tomada individualmente, sendo orientada pelos valores recebidos e acolhidos pelo indivíduo.

A História demonstrou que essas diversas concepções políticas, desde que sejam razoáveis, devem coexistir e conviver. Deve-se buscar aquilo que John Rawls

¹⁰⁷ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 189.

denominou de consenso sobreposto ou de sobreposição¹⁰⁸. Ou seja, há de se admitir uma sociedade plural, na qual uma classe de doutrinas e orientações políticas e filosóficas razoáveis dialoguem em harmonia.

O reconhecimento de que a sociedade é plural, e que nesta deve se buscar, dentro do possível, um consenso sobreposto acerca dessa gama de doutrinas razoáveis, reforça a constatação, de que a divisão substancial entre direito público e direito privado é um equívoco. Na verdade, em vista dos interesses legítimos das mais variadas cores, o Direito não pode ficar preso a essa frágil divisão dicotômica. O ordenamento jurídico, já dizia Santi Romano, há de ser plural.¹⁰⁹

Por isso mesmo, a rigidez formal e semântica dos códigos oitocentistas¹¹⁰ não resistiu à realidade social e logo foi necessária a edição de instrumentos normativos específicos, para dispor de determinadas matérias.

Atualmente, diante da pluralidade de interesses da sociedade, o legislador tem cada vez mais se socorrido de diplomas especializados em determinadas matérias, que tentam esgotar o tema, regulando o máximo de aspectos possíveis. Essa tendência foi muito bem percebida por Gustavo Tepedino, que assim a retratou:

A evolução do cenário econômico e social passou a exigir do legislador uma intervenção que não se limita à tipificação de novas figuras do direito privado (antes consideradas como de direito especial), abrangendo, ao revés, em legislação própria, toda uma vasta gama de relações jurídicas que atingem diversos ramos do direito. Cuida-se de leis que regulamentam exaustivamente extensas matérias, e passam a ser designadas como estatutos, veiculando não apenas normas de direito material, mas também processuais, de direito administrativo, regras interpretativas e mesmo de direito penal. Anuncia-se na doutrina, a era dos estatutos.¹¹¹

¹⁰⁸RAWLS. John. *O Liberalismo Político: elementos fundamentais*. São Paulo: Martins Fontes, 2011, *passim*.

¹⁰⁹Como esclarece Alexandre Santos de Aragão, “Santi Romano engendrou a teoria, ainda hoje de grande, crescente e de certa forma retomada influência no Direito Público, segundo a qual os corpos sociais, desde que sejam permanentes e distintos dos seus elementos constitutivos, são instituições. Como considera que toda instituição é, em si, um ordenamento jurídico, há, para o autor, uma pluralidade de ordenamentos jurídicos” (*Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 186).

¹¹⁰Karl Heinsheimer (*op. cit.*, p. 4) informa que, embora países de grande prosperidade comercial, como a Inglaterra, os Estados Unidos e os escandinavos não tenham elaborado códigos comerciais, havia a orientação de a legislação mercantil ser condensada paulatinamente.

¹¹¹TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: _____. (coord.). *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Renovar: Rio de Janeiro, 2000, p. 4. Na mesma linha, cf. LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros, *op. cit.*, p. 9-11.

Veja o exemplo do contrato. A depender da relação jurídica havida entre as partes contratantes, a sua disciplina jurídica variará de forma substancial. Um contrato administrativo possui regramento jurídico muito distinto de um contrato de trabalho; um contrato entre empresários não pode ser apreciado da mesma forma que um contrato que envolva relação de consumo. A própria Lei de Locações Urbanas (Lei n. 8.245/91) distingue as locações residenciais - de natureza evidentemente civil – das locações não residenciais – que envolve pessoas físicas e jurídicas que exercem atividade econômica, entre elas a empresa.

Portanto, a fragmentação dos interesses conduz à formação de várias instituições e estas, por seu turno, possuem ordenamentos próprios e especializados. Eles, entretanto, mantêm-se em diálogo e convivem em harmonia, de maneira que os pretensos conflitos devem ser solucionados, por meio da aplicação de técnicas de hermenêutica. E, principalmente, toda ordem legal há de ser curvar à Constituição, que, mesmo indiretamente, moldará a interpretação das normas de inferiores¹¹².

2.5.2 O direito comercial como microssistema do ordenamento do mercado

O direito comercial sempre foi tratado como um direito especial. Desde o seu surgimento na Idade Média até os dias atuais, não é possível se dizer que o direito comercial foi fundido ao direito civil ou a qualquer outro ramo do Direito. A definição do seu objeto, como visto, oscilou durante essa jornada: no início, ele era calcado na figura do mercador; depois, seu objeto passou a ser os atos de comércio; e, mais recentemente, seu objeto passou a ser a empresa e suas relações.

Concorda-se, contudo, com Paula A. Forgioni, quando ela afirma que se está diante de uma nova etapa do direito comercial, tendo sido superada a visão estática

¹¹²Sobre a aplicação direta da Constituição ao direito privado, cf. CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil? A eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do direito pós-moderno. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs.). *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 108-115; MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos Fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas. Análise da jurisprudência alemã. *Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política*, n. 27. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, pp. 23-24; SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, passim.

de empresa, que passou a ser encarada, sobretudo, em sua visão dinâmica, como agente de mercado.

Isso deve conduzir a aplicação de uma metodologia um tanto diferente. A percepção liberal, calcada no individualismo, deve ceder, em alguma medida. As relações no mercado não podem prescindir do coletivo. Vícios e defeitos de determinados negócios jurídicos entabulados entre poucos agentes podem repercutir em todo o mercado, causando danos a terceiros.

Não se pode, assim, destacar o direito comercial do ordenamento, estudando-o como um sistema autônomo. Conquanto ele tenha peculiaridades que o distinguem de outros ramos do Direito, sua interpretação deve ser pautada por princípios e valores constitucionais.

Não tem mais cabimento analisar a propriedade sem descurar de sua função social, ou da autonomia da vontade, sem pensar nos princípios da boa-fé e da probidade. Ocorre o mesmo no campo das relações econômicas. A pessoa pode exercer a empresa, mas ela deve observar a sua função social. Isto significa, por exemplo, que ela deve exercer suas atividades, concorrendo, em um mesmo mercado relevante, com outros atores, mas que ela o deve fazer, assim como os demais, de forma leal; ou que respeite as normas de direito do trabalho, ao se valer desse tipo de mão de obra; ou atentar para a preservação do meio ambiente e para o futuro das gerações vindouras; ou pagar os seus tributos.

Por isso a visão do direito empresarial ou comercial como integrante do ordenamento do mercado é necessária e imprescindível, para que se alcance a sua real extensão e sentido na Pós-modernidade.

No próximo capítulo, será estudada a relação do Direito e a Economia, notadamente o papel do direito como corretor de falhas do mercado. Trata-se de estudo necessário para se avaliar se é correta a percepção da empresa como instrumento para redução de custos institucionais e ganho de eficiência e, conseqüentemente, em que medida o direito deve tutelá-la.

3 O DIREITO COMO CORRETOR DE FALHAS DO MERCADO

Nos capítulos anteriores, tratou-se das mudanças de paradigma do pensamento político, econômico e também jurídico e, principalmente, da repercussão que essa mudança teve no campo do direito comercial.

Finalizando a primeira parte desta dissertação, discute-se, neste capítulo, a relação entre Direito e mercado. Trata-se de querela das mais controvertidas, pois materializa o ferrenho embate acerca da própria natureza do Homem.

Como alerta inicial, é necessário destacar que o objetivo deste capítulo não é retratar todas as correntes de pensamento da Economia. Também não há a pretensão de indicar qual, entre todas elas, deve prevalecer. Muito menos, por óbvio, busca-se apresentar todos os conceitos dessa ciência social, tão ou mais complexa que o próprio Direito.

Essas tarefas não cabem no âmbito deste texto. São elas afeitas – aí sim – ao campo exclusivo das ciências econômicas. O intuito dessa pesquisa é apenas demonstrar que o Direito e a Economia devem caminhar próximos; que um influencia o outro, numa imbricada relação de simbiose; que a gênese desse relacionamento é tão difícil de ser apontada, que mesmo poderia remeter àquele indesvendável mistério: afinal de contas, quem nasceu primeiro: o Direito ou a Economia?

Com essa necessária advertência, começa-se apresentando a afinidade entre o Direito e a Economia. Ambas são ciências sociais, que, conquanto possuam inúmeras diferenças, guardam algumas importantes semelhanças, que permitem um diálogo profícuo e, por que não, indispensável para a higidez de seus sistemas científicos. Indica-se, assim, os pontos de interseção entre elas, e a importância dessa comunicação para o aperfeiçoamento de seus sistemas.

Em seguida, traça-se o caminho que levou à aproximação teórica entre essas duas ciências. O liberalismo político foi o grande responsável por isso, pois foi ele que inspirou o liberalismo econômico, que, por sua vez, consagrou doutrinas jurídicas relevantes, como o utilitarismo e, em certa medida, o próprio contratualismo.

Prossegue-se com a análise do conceito econômico de eficiência. Este, cuja formulação e sentido são muito controvertidos, mas que é de grande relevância para

a solução de problemas jurídicos. Trata-se ainda do sistema econômico misto e também das falhas de mercado, dois assuntos nos quais o Direito é um dos personagens principais.

Conclui-se esta parte do trabalho com a apresentação da corrente doutrinária denominada análise econômica do direito e do seu contraponto, assumido pela teoria contratualista.

3.1 Direito e Economia: ciências afins

Direito e Economia bebem da mesma fonte: a sociedade. Enquanto esta interpreta o seu comportamento, aquele se preocupa com aquilo que ela deve ser.

Ubi societas, ibi ius. O Direito está onde há sociedade. Ele parte dos fatos, da realidade, da essência das relações humanas, para ditar como deve ser o comportamento em sociedade. Nas palavras de Karl Larenz, “[o] Direito apresenta [...] uma relação estreita com a existência social do homem; é, de acordo com a opinião geral, um conjunto de regras, em conformidade às quais os homens ordenam entre si a conduta, a qual pode ser avaliada de acordo com essas regras¹¹³”. A Economia, por seu turno, observa esse comportamento, o interpreta e o descreve. Nota-se, portanto, que a ligação entre essas duas ciências é muito próxima.

O Direito deve considerar os aspectos, as circunstâncias, os fatos da realidade humana - que são descritos pela Economia -, para que suas normas não se tornem comandos vazios, despidos de normatividade¹¹⁴, de efetividade¹¹⁵. Daí Pontes de Miranda, com perspicácia, afirmar que “os sistemas jurídicos são sistemas lógicos, compostos de proposições que se referem a situações da vida, criadas

¹¹³LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3ª ed. – Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 261.

¹¹⁴Sobre a utilização do critério ontológico para classificação de normas [constitucionais], confira-se LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria da Constituição*. 2ª ed., Trad. Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona: Ediciones Ariel, 1970, passim.

¹¹⁵Segundo Luís Roberto Barroso “[a] efetividade significa [...] a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-sem-normativo* e o *ser* da realidade social (*O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, 5ª ed. – Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 85).

pelos interesses mais diversos”¹¹⁶. A Economia, por sua vez, considera a organização das instituições e o comportamento das pessoas, que são normatizadas pelo Direito¹¹⁷.

Naturalmente, existem inúmeros pontos de interseção entre elas. Direito e Economia recebem influências da Sociologia, da Antropologia, da História, da Psicologia etc. Mas há também grandes diferenças.

A produção da norma jurídica não prescinde de uma deliberação política, que reflita um juízo acerca dos interesses e valores que merecem receber tratamento e proteção jurídicos. Adverte Luís Roberto Barroso, “a Constituição e as leis, como criações humanas, são elaboradas por pessoas que não são indiferentes ou neutras, mas ao revés, diretamente interessadas nas consequências das regras que editam”¹¹⁸. Aliás, o processo de produção da norma jurídica não termina com a edição, sanção ou promulgação do enunciado normativo.

Como afirma Karl Larenz, a norma jurídica é fruto de um processo dialético que envolve a sua interpretação e aplicação¹¹⁹. Em princípio, toda norma precisa ser interpretada. Não só aqueles considerados obscuros, pouco claros ou contraditórios, mas também os textos mais simples e diretos precisam passar por esse processo¹²⁰. E não se trata de uma tarefa simples, pois esse processo dialético recebe a influência de vários fatores: não só aqueles ligados à tradição jurídica, “mas também a contextos sociais, às situações de interesses e às estruturas das relações da vida a que se referem as normas jurídicas”¹²¹. Logo, a norma jurídica não é exata – nem teria condição de ser –; ela não indica o único caminho que pode ser seguido. Ela representa uma opção política, uma escolha drástica entre várias possibilidades, todas legitimamente válidas.

A Economia também não tem condição de refletir, com precisão cirúrgica, todos os matizes da vida em sociedade. Por isso ela busca uma descrição

¹¹⁶PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, tomo I, 1954, p. IX.

¹¹⁷Destaca Fábio Nusdeo, que “[...] a etimologia: *oikos*+ *nomospõe* em realce um dado essencial da realidade econômica, nem sempre devidamente lembrado ou trabalhado. É o da íntima relação entre Direito e Economia. Mais do que íntima relação, trata-se, na verdade, de uma profunda imbricação, pois os fatos econômicos são o que são e se apresentam de uma dada maneira em função direta de como se dá a organização ou normatização – *nomos*– a presidir a atividade desenvolvida na *oikos* o num dado espaço físico ao qual ela possa se assimilar. E o *nomos*nada mais vem a ser do que normas ou regras, estas objeto da ciência do Direito” (*Curso de economia: introdução ao direito econômico*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 29).

¹¹⁸BARROSO, Luís Roberto, *op. cit.*, p. 3

¹¹⁹LARENZ, Karl, *op. cit.*, p. 293-297

¹²⁰*Ibidem*, p. 284.

¹²¹*Ibidem*, p. 290.

aproximada daquilo que seria o seu comportamento. Ela valoriza certos atributos da pessoa e promove um recorte de sua personalidade, buscando identificar certas tendências de comportamento. Para essa tarefa, a Economia recebe o valioso auxílio de outras ciências, como a Filosofia, a Psicologia, a Antropologia, o Direito. Feita a seleção dos atributos, o que não ocorre sem arguta atividade de observação, ela procura traduzir, com a brava assistência da Matemática e da Lógica, esse comportamento, por meio de modelos.

Conquanto tratem de ciências bastante distintas, não se revela adequado que elas sejam estudadas totalmente apartadas uma da outra. Uma precisa da outra. Sem a Economia, o Direito pode produzir normas sem efetividade, inócuas. A Economia, sem considerar o Direito, não terá como descrever corretamente o comportamento em sociedades, justamente porque desconsiderará as normas que disciplinam o convívio social.

Essa aproximação era, portanto, inexorável. E a História não diz o contrário.

3.2 A aproximação entre Direito e Economia: o liberalismo econômico

Como já debatido no capítulo 1, o final do século XVIII trouxe mudanças conspícuas, as quais repercutem até hoje. O humanismo e a adoção da razão prática desaguaram no liberalismo político, o qual pregava uma unidade central que exercesse poder de forma limitada, permitindo, assim, que as pessoas fossem, o tanto quanto possível, livres para tomarem as decisões que guiassem suas vidas.

A ideia de um regime político calcado na liberdade, no qual “o plano decisório político ficaria adstrito àquelas funções elementares do Estado¹²²”, inspiraram movimentos, como a Revolução Gloriosa (1688-1689), a independência dos Estados Unidos da América (1776) e a Revolução Francesa (1789). Estes finalmente romperam com o *Ancien Régime* e promoveram a implantação do sistema de mercado ou de autonomia.

Adam Smith, conquanto fosse professor de filosofia, é considerado o pai da Economia e construiu a ponte entre o liberalismo político e a Economia. Aquilo que

¹²²NUSDEO. Fábio. *Fundamentos para a codificação do direito econômico* – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p.

estava apenas no plano ideal, encontrou uma solução para ser aplicada no comum dos dias, no cotidiano das pessoas. Aliás, segundo o referido filósofo, justamente as decisões tomadas diariamente pelos indivíduos deveriam ser as mais relevantes, aquelas que efetivamente moveriam a sociedade.

Na ótica desse filósofo, aos indivíduos deveria ser assegurada a tomada de decisões quanto à aplicação dos recursos escassos. Isso porque, afinal, são eles que vivenciam, no dia a dia de suas existências, a tarefa de administrar esses recursos finitos, que estão à disposição. Assim, a organização da economia deveria ficar a cargo dos indivíduos. Estes, conduzidos por um certo sentimento mesquinho, decidiriam a forma como os recursos escassos seriam aplicados.

Para construir sua teoria, o professor escocês assumiu certos postulados. O primeiro, de que o homem é um ser individualista, tomado por um sentimento hedonista. Ele estaria sempre em busca de bem-estar. Esse sentimento o levaria a tomar decisões que refletissem no aumento do seu bem-estar. E boa parte disso seria alcançada por meio da fruição de bens e serviços, pelo consumo.

O segundo é que os bens que trariam bem estar são escassos. Eles até poderiam ser extraídos diretamente da natureza. Mas as limitações humanas e o reconhecimento do direito de propriedade dificultariam essa tarefa e reduziriam essa possibilidade. Poucos, por sinal, são os bens que estão totalmente disponíveis na natureza. A alternativa, então, é obtê-los por meio de trocas com outras pessoas.

As pessoas, conseqüentemente, procurariam certos ambientes, onde fosse propícia a realização de negócios envolvendo essas trocas. O ambiente onde essas trocas ocorreriam seria o mercado.

Sucedem que todas elas seriam movidas, indistintamente, pelo mesmo sentimento hedonista. Todas estariam em busca de bem-estar, não obstante a definição do que causasse essa sensação traduzisse os gostos e preferências de cada um. Em outras palavras, a sentimento de busca de bem-estar seria o mesmo, mas o sentido de valor e utilidade variaria de acordo com o indivíduo.

Como os recursos são escassos e as necessidades humanas incalculáveis, não haveria como se atender a todos esses interesses. Logo, no mercado, as pessoas negociariam de forma a obter o máximo de utilidade possível dos bens. Elas cederiam em parte seus anseios por angariar o máximo de satisfação e isso levaria, por meio do sistema de preços, à harmonia entre as pessoas.

A “mão invisível” do mercado seria, então, a grande responsável pelo aumento da riqueza e pela paz social. Ela comandaria as relações econômicas e, por conseguinte, o sistema de cooperação consubstanciados nas trocas voluntárias ocorridas entre os vários atores econômicos.

A teoria do referido filósofo inspirou ainda juristas. Jeremy Bentham, um de seus mais brilhantes discípulos, desenvolveu amplos estudos acerca da aplicação dos conceitos da economia política ao Direito. Ele sustentava, na mesma linha de Adam Smith, que ninguém melhor do que a própria pessoa para decidir seus próprios caminhos. A liberdade teria então essa dimensão¹²³.

Essa doutrina foi sucedida por economistas, que desenvolveram modelos matemáticos, assim como conceitos, como o de utilidade e de utilidade marginal. Trata-se da Escola Neoclássica que influenciou grande parte do pensamento econômico. A grande contribuição dessa escola foi sobre a noção de valor, que considerou a utilidade marginal na análise da oferta e da demanda.

Ela, contudo, foi edificado sob bases irreais. Seus modelos, conquanto sejam muito didáticos, alcançam as barras da ingenuidade. Eduardo Tomasevicius Filho assim define os seus contornos:

A busca do auto-interesse significa que os seres humanos sempre buscam atender suas necessidades individuais; o altruísmo, embora se reconheça sua existência, é desprezado na análise econômica. A racionalidade completa consiste na premissa de que os seres humanos são capazes de tomar as melhores decisões, de processar todas as informações que obtêm. A informação completa também é uma premissa: todas as pessoas têm acesso às informações necessárias para a tomada de decisões, sabem onde estão os menores preços a qualquer momento, onde se encontram os vendedores, e os compradores.

Nesta visão, os preços [são] como sinalizador[es] da economia. Controlam o desempenho da economia, e a existência de outros custos em que incorrem as pessoas é desprezível na análise. Também se consideram elásticas as curvas de oferta e procura, pois os preços podem aumentar ou baixar imediatamente, conforme a variação da oferta e da procura.

Por fim, considerando-se a inexistência de externalidades, isso significa que os direitos são plenamente definidos, e o seu exercício não interfere no exercício do direito das demais pessoas. Em consequência, reconhece-se uma neutralidade institucional. Estas últimas, sobretudo o direito, não influem de modo algum na economia, ou seus efeitos são desprezíveis¹²⁴.

¹²³“Patente a sincronia dessa visão econômica com a concepção e com as conclusões dos grandes pensadores políticos que formularam, do século XVII para o XVIII, a grande construção intelectual do Estado liberal: aquele cujo fim básico seria a garantia da liberdade, pois não estava comprometido com qualquer outro. A salvação da alma dos cidadãos, a sua virtude, o seu bem-estar econômico, a sua própria felicidade seriam a ele estranhos, já que cada um desses objetivos individuais era para ser procurado e, possivelmente, alcançado a nível pessoal, desde que a todos e cada um fosse assegurada a liberdade para o fazer” (NUSDEO, Fábio. *Fundamentos...*, p. 9)

¹²⁴TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. *Informação assimétrica*, op. cit., p. 21.

Coube à Escola da Economia Institucional o contraponto a esta corrente. Autores como Thorstein Bunde Veblen, John Rogers Common, Wesley Clair Mitchell, Clarence Edwin Ayres e John Kennedy Galbraith foram os principais críticos das posições adotadas pelos economistas neoclássicos. Essa escola, todavia, não conseguiu se sobrepôr a dos neoclássicos, tendo perdido espaço a partir da década de 1930¹²⁵.

A chamada nova economia institucional não chega a ser um total contraponto aos economistas neoclássicos, como foi a economia institucional. Ela pretende refutá-la, mas apenas oferecer críticas aos postulados econômicos neoclássicos, com vistas ao seu aprimoramento. Como destaca Eduardo Tomasevicius Filho,

[o] objetivo das críticas à economia neoclássica é o reconhecimento de que os modelos desta não são plenamente condizentes com a realidade, por adotarem como pressupostos a perfeição do funcionamento do mercado, abundância de informações, absoluta racionalidade das pessoas em seus atos e aprendizado da realidade, e que as instituições sociais não exercem qualquer influência no comportamento humano¹²⁶.

A economia institucional afirma existirem falhas no modelo liberal de mercado. Elas as apresenta e busca soluções para aumentar a eficiência, o que se daria basicamente por meio de instituições. Essa ponderação atrai o protagonismo do direito, que seria o elemento para maximização da eficiência.

3.3 A eficiência econômica

Na esteira no pensamento liberal, o indivíduo deve ser livre para buscar a sua felicidade. Feliz é aquele que possui bem-estar; mas como alcançá-la?

As necessidades humanas são muitas e variadas. E elas mudam de acordo com inúmeros fatores, como clima, ambiente, evolução tecnológica e cultural etc. Por outro lado, os recursos disponíveis para satisfazer essas necessidades são escassos. Mesmo recursos abundantes podem se esgotar, como é o caso do ar puro que, uma vez contaminado, pode causar inúmeras doenças respiratórias, ou da

¹²⁵ TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. *Informação assimétrica...*, op. cit., p. 26.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 27.

água, cuja disponibilidade também pode sofrer com a poluição e com alterações de clima.

A satisfação de suas necessidades produz bem estar para o indivíduo. A pessoa que tem sede e recebe água sacia sua necessidade. Ela fica satisfeita e isso lhe gera bem estar.

Há uma gama de bens que são potencialmente úteis para as necessidades humanas. Esses são chamados bens econômicos¹²⁷. Eles são destinados a atender essas necessidades. Ocorre que, como já dito, elas variam de pessoa para pessoa, assim como o próprio grau de utilidade. O que uma pessoa reputa ser imprescindível, outra pode considerar pouco útil ou mesmo supérfluo. Isso vai de cada um e nem a Economia, nem o Direito tem como antever, com exata precisão, qual será a escolha que determinada pessoa fará.

Além disso, a mesma necessidade pode ser satisfeita por mais de um bem, de forma alternativa, circunstância que leva o indivíduo a ter de fazer uma escolha¹²⁸. Assim, a pessoa com sede pode optar por saciá-la com água ou com outra bebida qualquer que possa substituí-la.

A pessoa evidentemente é livre para definir seus gostos, seus desejos. Conseqüentemente, ela deve ser livre para fazer suas escolhas. Sendo assim, cabe a elas tomar a decisão sobre o que comprar, o que vender, o que produzir e o que consumir. Essa tomada de decisão sobre os bens que serão produzidos e os que serão consumidos não deve ser centralizada. Trata-se de aspecto relacionado à vida das pessoas, logo, ninguém melhor do que elas mesmas para, individualmente, escolher o que fazer.

O liberalismo econômico adota, assim, o modelo chamado de autonomia ou descentralizado¹²⁹.

Nesse modelo de autonomia, as pessoas procurariam maximizar a utilidade dos bens que estão à sua disposição, para auferir o máximo de satisfação possível. Elas vão ao mercado para realizar trocas, também com o intuito de majorar seu grau de satisfação e bem estar. Por isso afirma-se que a Economia é a ciência das

¹²⁷NUSDEO, Fábio. *Curso de economia*, 5ª ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 31

¹²⁸Para Milton Friedman a Economia é a ciência de como uma determinada sociedade resolve seus problemas econômicos. E, para o ganhador do prêmio Nobel, um problema econômico existe quando um meio escasso é utilizado para satisfazer uma finalidade alternativa (FRIEDMAN, Milton. *Price theory*. New Brunswick(USA) and London (UK): Aldine Transaction, 2008, p. 1).

¹²⁹NUSDEO, Fábio. *Fundamentos...*, *op. cit.*, p. 8.

escolhas racionais em um mundo, no qual os recursos são limitados em relação às necessidades humanas¹³⁰. Ela pressupõe uma determinada racionalidade, qual seja, de que as pessoas procuram aumentar seu grau de satisfação, e que esse pensamento orientará todas as suas decisões. O homem seria um “maximizador racional” de seu bem-estar, de suas satisfações¹³¹.

Essas trocas seriam possíveis, porque as pessoas possuem interesses e necessidades distintas. Conquanto estas existam – o que possibilita o surgimento de um ambiente propício para a realização de trocas, como o mercado - todos seriam guiados por esse mesmo sentimento individualista da procura pelo bem estar, pela satisfação. O choque entre os interesses contrapostos produziria o efeito da mediania, ou seja, a virtude, na visão aristotélica, do meio termo, do caminho do meio.

Esse sistema econômico não sofreria influências morais¹³². As decisões seriam pautadas exclusivamente na aventada racionalidade, que, por seu turno, relaciona-se à maximização da utilidade. Logo, as trocas, em um sistema de economia descentralizado, seriam, assim eficientes. Elas, ao mesmo tempo que aumentariam a utilidade dos bens trocados, assegurariam a harmonização das pretensões e dos interesses, acalmando os espíritos mais agressivos e garantindo a tão perseguida paz.

Sobretudo, esse sistema econômico descentralizado tem como principal efeito aumentar a riqueza, ou pelo menos o valor dos bens. Para compreender esse efeito, é necessário conhecer o conceito de custo.

Via de regra, para se adquirir ou produzir um bem ou serviço, a pessoa incorre em custos. Partindo da premissa de que ela pretende aumentar seu bem estar, há de se presumir que, quando esta for ao mercado para trocar o bem, ela o oferecerá por um preço superior ao custo incorrido. Do outro lado, a pessoa interessada em adquirir esse bem ou serviço estará disposta a pagar por esse bem um determinado preço, que tenderá a ser inferior ao de sua avaliação sobre o ganho esperado de utilidade. Conseqüentemente, o vendedor tenderá a aumentar sua riqueza, pois venderá o bem ou serviço por valor superior ao custo que incorreu. Por outro lado, o comprador também aumentará sua riqueza, pois tenderá a pagar um

¹³⁰ POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*, 7th ed. – Chicago: Aspen Publishers, 2007, p. 3

¹³¹ Idem, p. 3

¹³² GALDINO, Flavio. *Introdução a teoria dos custos dos direitos* – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 242.

preço que seja inferior à satisfação que o bem lhe proporcionará. Para tanto, há de se considerar que essa transferência se deu de forma voluntária¹³³, pois fatalmente esse efeito não seria verificado se a transferência tivesse sido, de alguma maneira, imposta.

A hipótese retratada acima reflete o modelo de eficiência de Vilfredo Pareto. Esse pensador italiano notabilizou um conceito de eficiência baseado na chamada maximização das utilidades individuais, o qual ficou conhecido como o “ótimo de Pareto”. Por ele, a distribuição de recurso será considerada eficiente, se não for possível aumentar a utilidade de uma pessoa sem reduzir a utilidade de alguma outra¹³⁴, ou seja, o fato de alguém ser beneficiado com a satisfação de sua necessidade, não pode prejudicar outrem, ou melhor, em outras palavras, ninguém sai perdendo.

Não cabe dissertar mais longamente sobre o tema, afeto, na verdade, à teoria econômica. Entretanto, convém destacar que o “ótimo de Pareto” não é aceito como uma unanimidade. Há quem, como Richard Posner, critique-o, preferindo aquele sustentado pelos economistas Nicholas Kaldor e John Hicks¹³⁵. Segundo esse modelo, os preços de referência para o mercado são formados no passado, de modo que eles não refletiriam o valor, a utilidade no presente. O mercado consideraria o preço praticado em operações que já foram concluídas. Aquele preço corresponderia a avaliação que as pessoas tiveram naquele momento passado.

Não haveria, portanto, garantia de que a avaliação seria a mesma no presente. Logo, para se estabelecer uma indenização, por exemplo, o critério de mercado não seria o mais adequado, pois ele refletiria um valor do passado e não o preço a que a pessoa estaria disposta a pagar no presente.

O teorema de Kaldor-Hicks é conhecido como modelo de compensação. Ele admite a existência de prejuízo. Este, contudo, deve ser compensado. O problema é que nem sempre ele o é de forma voluntária. Daí a necessidade de o Direito assumir essa função, arbitrando o valor de compensação e impondo ao causador do dano a obrigação de pagar uma indenização.

¹³³ POSNER, Richard, *op. cit.*, p. 93.

¹³⁴ GALDINO, Flavio, *op. cit.*, p. 242-243; SEM, Amartya. *Sobre ética e economia*, trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 47.

¹³⁵ POSNER, Richard, *ibidem*, p. 13.

Conquanto o modelo de Haldor-Hicks fale em compensação, admite-se que os danos possam não vir a serem compensados. Isso provocaria iniquidade. Essa característica é a principal motivação de suas críticas¹³⁶.

Já John Rawls, em sua célebre obra *Uma teoria da justiça*, também critica a doutrina de Vilfredo Pareto. Para esse filósofo do Direito, os princípios de justiça podem servir como parte da doutrina da economia política¹³⁷, notadamente o princípio da diferença, segundo o qual

[a]s desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer duas exigências: em primeiro lugar, devem estar vinculadas a posições e cargos abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades; em segundo lugar, devem estabelecer para o maior benefício possível dos membros menos privilegiados da sociedade¹³⁸.

A visão desse filósofo é bastante coerente com os valores da justiça. De fato, o princípio da diferença deve ser considerado na tomada de decisões políticas e mesmo como critério para decisões judiciais. Todavia, o teorema de Vilfredo Pareto parece bastante apropriado para ser utilizado em relações envolvendo pessoas que estejam em situações equivalentes, como ocorre, por exemplo, nos negócios entre empresários. Ele pode ser observado nos contratos comutativos, que exigem obrigações equivalentes, como é o de compra e venda, ou mesmo na aplicação da cláusula *rebus sic standibus*, que autoriza a revisão de contrato para equilibrar a equação econômico-financeira, quando as condições foram alteradas supervenientemente, por força de circunstâncias não previstas.

Assim, para os fins deste trabalho, o ótimo de Pareto será considerado como um dos importantes parâmetros a serem considerados nas decisões envolvendo a reparação do dano às atividades negociais.

¹³⁶STRINGHAM, Edward. *Kaldor-Hicks efficiency and the problem of central planning*. The Quarterly Journal of Austrian Economics, vol. 4, no. 2 (summer 2001), p. 41–50.

¹³⁷RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 2ª ed., trad. Almiro Pisetta; Lenita Maria Rímoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 285.

¹³⁸RAWLS, John. *O liberalismo político*, trad. Álvaro de Vitta. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 6.

3.4 A relação entre Economia e Direito: o sistema dual

Não há dúvida que o liberalismo - político e econômico - foi o principal artífice do rompimento com o passado medieval. Ele propiciou o aumento da riqueza e de sua circulação, além do controle do poder. Porém, ele tinha defeitos graves, que foram revelados desde o seu início, notadamente em vista das lides envolvendo o capital e o trabalho. Elas evidenciaram que a lógica do mercado, calcada em uma liberdade meramente formal, não era suficiente para assegurar a tão entoada liberdade do indivíduo.

Já foi mencionada a forte reação ao exacerbado formalismo e individualismo do Estado liberal, que se deu por meio do surgimento de várias correntes doutrinárias. Essa reação desaguou em alguns movimentos importantes, que mudaram o cenário mundial. Destaca-se novamente a experiência socialista e, sobretudo, o Estado social, que, inegavelmente, colocaram em xeque aquele modelo liberal.

Também é verdade que essas novas experiências não redundaram num êxito glorioso. Pelo contrário: elas falharam em muitos aspectos. E assim o liberalismo sobreviveu e sobrevive até hoje, mas, obviamente, com mudanças.

Muito provavelmente a teoria do liberalismo clássico nunca foi implementada na sua forma pura. Fato é que, ainda que no seu apogeu, o modelo de mercado capitalista, calcado na liberdade e no individualismo, jamais foi seguido à risca¹³⁹.

Mesmo em momentos de importância singular para o liberalismo, a presença do Estado na economia foi uma constante¹⁴⁰. Durante todo o período revolucionário na França houve fortes embates acerca da regulamentação de atividades econômicas e do uso da propriedade. Não de outra forma, o Reino Unido fomentou inúmeras expedições, guerras e até empreendimentos comerciais, em um processo

¹³⁹“Sem dúvida, mesmo no apogeu do capitalismo, o ideal de liberdade e de individualismo não foi jamais inteiramente realizado, nem no âmbito externo onde o *laisserpasser* foi atenuado mais ou menos fortemente pelo protecionismo, nem internamente, onde a política monetária, fiscal e social do Estado entrou desde cedo a disposição absolutamente livre dos produtos de troca e dos instrumentos de produção. O individualismo foi, aliás, desde logo temperado pelas concepções coletivas do sindicalismo e dos grupamentos econômicos no setor privado, pelo protecionismo comercial, pela empresa do Estado e pela percepção de certos impostos no setor público. Donde resulta que o capitalismo é inconcebível sem um mínimo de intervenção” (LAUFENBURGER, Henry *apud* SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo da Economia*, 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 9-10)

¹⁴⁰NUSDEO, Fábio. *Fundamentos...*, *op. cit.*, p. 14-15.

expansionista poucas vezes visto, o que o levou a formar o maior império da História¹⁴¹. No século XX, cita-se a política do *WelfareState*, iniciada na década de 30, que redundou em forte intervenção econômica pelo Estado. Na década seguinte, instituiu-se uma economia de guerra, amplamente intervencionista; com o fim da Segunda Guerra Mundial, a economia continuou a ser marcada por amplo intervencionismo, com vistas à reconstrução dos países. A doutrina keynesiana influenciou ainda outras medidas e planos econômicos.

É realmente uma utopia pensar uma economia, na qual o Estado – que representa a força – não manifeste nenhum interesse, que não exerça qualquer tipo de influência. O Estado, pelo simples fato de possuir atribuições, competências, age, no plano da economia, como mais um de seus agentes. Sua força e poder são tamanhos, que ele não pode ser equiparado a um indivíduo ou a uma família, por mais ricos e poderosos que o sejam.

O Estado nem tem como adotar uma postura desinteressada da economia. Ele precisa que ela floresça e frutifique, para arregimentar recursos, por meio da instituição de tributos e da cobrança de preços e, com isso, obter o necessário suporte para a estabilidade interna e se resguardar de ameaças externas. Já se disse, com muito acerto, que “o tributo é o preço da liberdade”¹⁴². Realmente, o Estado precisa arrecadar para poder exercer seu mister constitucional, assegurando a liberdade dos indivíduos. O sucesso dessa arrecadação está estritamente ligado à força da economia. Conseqüentemente, não há como o Estado se desinteressar totalmente dela, delegando suas rédeas a outros atores.

De toda sorte, essa era a doutrina, por mais que fosse superficial e ingênua, que era difundida na Modernidade. Foi com a crise do liberalismo e o surgimento do Estado social, que o cenário se modificou. E isso, evidentemente, encontrou ressonância no Direito.

A estrutura original do tripé Constituição, códigos de direito privado e poder de polícia, que se mostrou, inicialmente, eficiente, já não era mais adequada. A sociedade urbana e industrial demanda um ordenamento jurídico capaz de disciplinar todas as relações que dela exsurgem. Não há como se contentar com a

¹⁴¹FERGUSON, Niall. *Império*, trad. Marcelo Musa Cavallari. São Paulo: Editora Planeta do Brasil, 2010, *passim*.

¹⁴²TORRES, Ricardo Lobo. Liberdade, Segurança e Justiça no Direito Tributário, *Justiça Tributária - I Congresso Internacional de Direito Tributário* Vitória - 12-15 de agosto de 1998. São Paulo. Max Limonad. 1998. p. 684-685.

racionalidade eminentemente formal da regra jurídica. A norma jurídica deve espelhar uma valoração dos bens e interesses em jogo.

Como visto, o modelo liberal de mercado foi construído a partir de uma doutrina reducionista. Conquanto ela tenha inúmeros acertos, tanto que é difundida até hoje, há nela falhas. Como anota Fábio Nusdeo,

A constatação dessas limitações levou não à eliminação do mercado, mas ao acoplamento a ele de um outro centro decisório destinado precisamente a suprir suas inoperacionalidades e a garantir o adimplemento de certos objetivos, mediante a aplicação da política econômica. Ora, esse outro centro decisório não poderia ser senão o Estado¹⁴³.

Passa-se, então, do sistema descentralizado ou de autonomia para o de economia dual¹⁴⁴. Esse sistema também conhecido por misto, é caracterizado por distinguir dois setores teoricamente separados quanto à iniciativa econômica: o setor privado, ou de mercado, e o setor público.

Quanto ao primeiro setor, reporta-se ao que já foi dito acima. Ele possui aqueles atributos da individualidade e maximização da utilidade. O setor público teria, a princípio, objetivos diferentes. Ele atuaria em duas frentes: em uma delas, ele supriria as disfunções que atrapalhassem o adequado funcionamento do mercado; no outro, ele estabeleceria políticas públicas que visassem a dirigir a economia, de maneira a possibilitar que todas as pessoas ingressem no mercado em razoáveis condições de nele permanecer. Trata-se de uma atuação orientada pelo princípio da dignidade da pessoa humana, que pressupõe a autodeterminação do indivíduo, a sua liberdade, assim como a sua capacidade de interação como o sistema de cooperação social, que é o mercado.

Para o presente trabalho importa apenas a primeira frente de atuação do Estado, qual seja a de promover políticas que visem a suprir as disfunções que influenciem o correito andamento do mercado. Conquanto a segunda seja sentida de perto pela população de qualquer país, para o objetivo desta dissertação, que é a supressão de certa disfunção do modelo liberal de mercado, o estudo da primeira é o único que se mostra relevante.

¹⁴³NUSDEO, Fábio. *Fundamentos...*, *op. cit.*, p. 17

¹⁴⁴*Ibidem*, p. 20-39.

3.5 As falhas de mercado

A estrutura prevista ou imaginada para o funcionamento do mercado pode não corresponder àquela concretamente verificada na maioria dos mercados. Os tão propalados automatismo e adaptabilidade às condições mutantes dos agentes de mercado, que os levariam a tomar decisões muito céleres, quase automáticas, sempre influenciam essa tomada de decisão, que nem sempre observa a racionalidade esperada.

De mais a mais, existem outras circunstâncias que afetam o regular funcionamento do mercado, pelo menos da forma como se imaginou que ele deveria funcionar.

O economista Arthur Cecil Pigou, na obra *EconomicsofWelfare*(1919), analisou o modelo neoclássico e concluiu que ele apresentaria falhas. Essas falhas retirariam a tão propalada eficiência dos mercados, na visão parentiana. O sistema de preços, em virtude dessas das disfunções relatadas, poderia não refletir adequadamente a utilidade marginal.

A existência dessas falhas de mercado seria, então, a principal justificativa para a intervenção estatal, destinada à sua correção ou à criação de sucedâneos para aquele mercado com falhas. Essa intervenção poderia se dar por meio das instituições de tributos com função extrafiscal, pela outorga de subsídios, pela edição de normas de cunho regulatório e pela criação de infraestrutura¹⁴⁵.

A doutrina¹⁴⁶ costuma identificar 6 (seis) espécies de “falhas de mercado”. Essas “falhas” nada mais são do que certos aspectos da realidade econômica, que simplesmente foram desconsiderados pelos precursores do aventado modelo liberal de mercado. Sucede que esses fatores são reais e, obviamente, produzem efeitos, que são sentidos pela sociedade. Sem embargo, esses efeitos não foram previstos no citado modelo de mercado, circunstância que, no mais das vezes, trouxe efeitos ruins.

¹⁴⁵YAZBEC, Otávio. *Regulação do mercado financeiro e de capitais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 38.

¹⁴⁶Para os fins deste estudo, será utilizada a classificação dada por Fábio Nusdeo nas suas obras *Fundamentos para uma codificação do direito econômico* e *Curso de Economia – introdução do direito econômico*, ambas já citadas.

Seriam estas falhas: (i) de mobilidade; (ii) de transparência; (iii) de estrutura; (iv) de sinal; (v) de incentivo; (vi) e os chamados “custos de transação”. Quanto a este último, calha a advertência de que, conquanto comumente seja tratado em conjunto com as demais falhas de mercado, trata-se de categoria distinta.

Esse conceito foi apresentado por Ronald Harry Coase no trabalho intitulado *The nature of the firm*. Nesse trabalho, o aventado economista trata das empresas como instrumentos para a redução dos custos da atividade econômica, ou seja, dos custos que decorrem da necessidade de permanentemente pesquisa preços, obter informações, negociar e concluir contratos. Para ele, a empresa é um sistema de relações, orientadas pelo empresário, que visam a eliminar ou reduzir os custos de transação pela sua internalização¹⁴⁷.

As falhas de mercado serão tratadas a seguir, conquanto, é necessário antecipar, apenas as falhas de transparência, de estrutura, de sinalização e os custos de transação interessem mais de perto a este estudo.

3.5.1 As falhas de mobilidade

O modelo clássico de mercado previa certa agilidade na tomada de decisões. Os agentes de mercado agiriam sempre de forma racional, buscando maximizar seu bem-estar. Eles, ao identificarem uma oportunidade de aumentar seus ganhos, não titubeariam: avançariam naquela direção com a máxima urgência. Esse apetite voraz por satisfação conformaria a conduta humana.

Pressupunha-se, ainda, que os fatores de produção eram dotados de razoável mobilidade. Conseqüentemente, o mercado, alertado pelo sistema de preços, poderia reagir, em curto espaço de tempo, aos movimentos de oferta e de procura, revertendo certas situações indesejáveis. A essa capacidade se chamou de automatismo; nomenclatura que guarda relação com a visão clássica de que os produtores eram como autômatos que, conduzidos por aquele sentimento hedonista, responderiam quase que imediatamente aos sinais fornecidos pelo sistema de preços, adequando-se às vontades do público consumidor.

¹⁴⁷ YAZBEC, Otávio, *op. cit.*, p. 38.

O mercado, na prática, não tem essa agilidade toda. Há, pelo contrário, certas circunstâncias que reduzem essa capacidade de reação dos fatores de produção e dos agentes de mercado. Esses obstáculos podem ser vários, de físicos a culturais.

Uma pessoa, impressionada com o retorno lucrativo do mercado de celulose, adquire uma fazenda, e inicia a plantação de eucaliptos. Ela deverá aguardar alguns anos até a produção alcançar sua maturidade. Durante esse período, as condições de mercado podem se alterar de tal sorte, que a produção de celulose pode não ser mais tão interessante. A produção de uvas viníferas pode, por exemplo, ter se tornado um negócio melhor. No entanto, aquele produtor de celulose dificilmente terá condição de responder a esse novo estímulo com a rapidez esperada e, conseqüentemente, não logrará auferir o máximo de satisfação possível.

A mobilidade pode ser afetada por outros aspectos, como o cultural. Imagine a seguinte situação: a safra de feijão foi afetada por questões climáticas, fazendo o preço subir. A de lentilha, por seu turno, aumentou e o seu preço caiu. Nem por isso, os consumidores de feijão trocarão esta leguminosa pela lentilha. Pode até ser que alguns o façam, mas seguramente não todos

Portanto, a falha de mobilidade se refere à falta de agilidade e rapidez nas tomadas de decisão acerca de fatores relacionados à oferta de produtos e à demanda. Conquanto se esperasse que essa decisão fosse tomada com a maior rapidez possível, afinal isso levaria à maximização dos resultados – o chamado automatismo -, não é isso que acontece na prática.

Esse desacerto de mercado tem grande influência em certos aspectos da microeconomia, assim como da macroeconomia. Contudo, ele não tem grande relevância para os fins a que se destina este estudo.

3.5.2 A falta de transparência

A falta de transparência é também uma falha de mercado e uma das mais preocupantes. A crença liberal de que o preço dos bens expressa a exata relação entre oferta e procura pode ser afetada pela assimetria da informação disponível no mercado, de forma a favorecer demasiadamente aquele que recebe a informação privilegiada em detrimento de todos os demais que não a tem.

A rigor, todos os agentes de mercado deveriam ter o mesmo acesso à informação. Somente assim eles poderão tomar suas decisões de forma racional.

No mercado de capitais, por exemplo, a falta de informação sobre as finanças ou sobre as atividades de uma companhia podem levar um investidor a cometer um equívoco, aplicando em um ativo que não terá retorno, assumindo um risco superior ao que julgava estar incorrendo. Não por outro motivo, a Lei das Sociedades por Ações determina a publicação das demonstrações financeiras da companhia (LSA, art. 176, § 1º), bem como, no caso de oferta pública de valores mobiliários, a elaboração de certos documentos que contenham informações relevantes para a tomada de decisão pelo investidor, como é o caso, para ações, do prospecto (LSA, art. 84) e a escritura de debêntures (LSA, art. 61).

A não divulgação ou divulgação equivocada de informação relevante pode levar a transferência involuntária de riqueza. Isso porque o investidor fatalmente tomaria decisão diferente se a conhecesse. Ele não interpretou erradamente as informações disponíveis; ele simplesmente não teve acesso a elas, o que o impediu de tomar uma decisão de forma esclarecida.

Por seu turno, o uso de informação privilegiada, aquela a que poucos tem acesso e que é considerada relevante para a tomada de decisão sobre a negociação de valores mobiliários, deve ser coibido. Isso porque a utilização desse tipo de informação trará uma grande vantagem para que a utiliza, em detrimento de todo público investidor. Da mesma forma, há a transferência de riqueza involuntária, pois o chamado *insiderse* apropriará de valor a que não deveria receber. Não há uma causa legítima a justificar esse enriquecimento. Pelo contrário. Não à toa a utilização indevida desse tipo de informação é tanto considerada infração ao Mercado de Capitais (Lei 6.385/76, art. 11 c/c Instrução CVM 356/2002), como crime (Lei 6.385/76, art. 27-D).

A divulgação de informações também é necessária no âmbito das relações de consumo. O Código de Defesa do Consumidor prevê que os consumidores têm direito “a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem” (CDC, art. 6º, III), assim como devem ser protegidos de “propaganda enganosa e abusiva” (CDC, art. 6º, IV). Determina-se, ainda, que “[a] oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua

portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores” (CDC, art. 31), entre outros direitos afins.

Aliás, nas relações negociais em geral – e não só naquelas envolvendo consumo – o acesso às informações relevantes para a tomada de decisão é essencial. Isso porque a falta dela poderá provocar a transmissão de custos e riscos, sem que uma das partes tivesse ciência prévia. Isto também causa a transferência involuntária de riqueza, o que contraria toda a lógica de mercado, baseada nos institutos da propriedade privada e do negócio jurídico¹⁴⁸.

Em boa hora, portanto, o Código Civil positivou o princípio da boa-fé objetiva (CC, art. 422). Foram trazidos, assim, para as relações negociais certos aspectos éticos, que deram um novo contorno àquele contorno estritamente formal do positivismo jurídico. Os contratantes devem assumir certas obrigações, que permitam que o tráfico de riquezas ocorra sem disfunções e desvios. Para tanto, eles precisam, entre outras coisas, prestar todas as informações relevantes e necessárias para a tomada da decisão. O não fornecimento dessas informações, mesmo que a prestação principal tenha sido adimplida, é considerado uma violação ao negócio jurídico, a chamada violação positiva do contrato.

Nota-se, portanto, que essa falha de mercado tem grande relevância na atividade empresarial, notadamente no tocante à responsabilidade civil.

3.5.3 A falha de estrutura

A teoria econômica clássica, como visto, foi edificada sobre um modelo bastante simples e reducionista da realidade. Isso é justificável pelo próprio momento histórico de rompimento com a pré-Modernidade.

Naquela época, o mercado era constituído por muitos produtores e consumidores. A tecnologia não era tão avançada a ponto de permitir uma produção em alta escala. Dificilmente, uma pessoa ou um grupo detinha poder de influenciar

¹⁴⁸ POSNER, Richard, *op. cit.*, p. 93

nas condições de determinado mercado. Era o chamado modelo de concorrência perfeita.

Não demorou muito para que as circunstâncias mudassem. A alta rentabilidade da indústria levou a processo de concentração, no qual poucos detinham grande poder econômico a ponto de influenciar o preço e as condições de mercado.

O poder econômico excessivo de poucos agentes de mercado leva a distorções, como a manipulação de preços e das quantidades oferecidas, o aumento das barreiras para ingresso e saída do mercado, além de ser um instrumento ilegítimo de poder político. Isso porque ela reduz a concorrência entre os seus agentes.

Se o liberalismo prega a liberdade individual, o repúdio à opressão, se ele já deu tantas guinadas para se adaptar as lides sociais, sobrevivendo a uma disputa acirrada entre capitalismo e socialismo, seria evidentemente contraditório que se admitisse o abuso de poder tão devastador, quanto o econômico, capaz de colocar em dúvida a própria legitimidade das ideais liberais.

Era inevitável, assim, que o Direito interferisse por meio de normas que buscassem disciplinar a conduta dos agentes econômicos, evitando e reprimindo os abusos do poder econômico. Assim, foram editadas normas que visam ao combate do abuso de poder econômico. A mais comentada - até porque, não só foi uma das primeiras a ser editada, como surgiu no país que levava o respeito às crenças ao liberalismo mais a sério: os Estados Unidos – é o *ShermanAct*(1890).

De lá para cá muitas outras leis foram editadas com o intuito de coibir o aventado abuso de poder econômico, inclusive no Brasil, como foram a o Decreto-lei 7.666/45, a Lei 4.137/1962, a Lei 8.884/1994 e, atualmente, a Lei 12.529/2011.

3.5.4 As falhas de sinalização e de incentivo

O modelo liberal de mercado, como descrito alhures, pressupunha um sistema de cooperação, por meio do qual trocas eram realizadas. O indivíduo procurava fazer essas trocas, para aumentar seu estado de bem-estar. Do outro

lado, havia uma outra pessoa que tinha o mesmo objetivo: aumentar seu estado de bem estar.

Como os bens que garantem satisfação às pessoas são escassos, eles acabam sendo disputados. Quanto mais ele for desejado e menor for a sua disponibilidade, maior será a disposição dos indivíduos em sacrificar sua renda para obtê-lo. Até porque, em vista de sua escassez, o bem útil precisa ser utilizado com certo comedimento, ele deve ser preservado.

O preço, então, corresponde a medida da utilidade, que, por seu turno, representa o aumento do estado de bem-estar. O produtor buscará oferecer o produto que produziu por um preço que seja superior ao seu custo e que lhe propicie um certo lucro. Esse lucro lhe assegurará um aumento de bem-estar. Já o consumidor procurará adquirir produtos, cujo preço seja inferior à utilidade que eles lhe proporcionarão. Trata-se, assim, de um sistema que tende a aumentar a riqueza.

Existem bens que, conquanto promovam a satisfação de pessoas, aumentando seu estado de bem-estar, se situam fora do mercado. Isso é uma disfunção do sistema de mercado, que pode ter tanto efeitos positivos, quanto nefastos.

Esse efeito externo, que representa a transferência de custos ou benefícios não compensados pecuniariamente, não decorre de uma ação delituosa ou de um ato ilícito praticado por alguém. Ele provém de circunstâncias externas ao mercado, notadamente quando o “arcabouço legal se mostra incapacitado a identificar e a atribuir tais custos adequadamente”¹⁴⁹. São também chamados de custo externo ou custo social.

Chama-se, assim, de externalidade, quando uma utilidade ou um custo é transferido sem passar pelo sistema de preços. O agricultor que, ao pulverizar pesticida em sua plantação, infecta um rio com o veneno, atinge o pescador, que vê a quantidade de peixes decrescer; o pecuarista, cujo rebanho adocece; a população de cidades próximas, que deixam de contar com uma importante fonte de água potável.

No exemplo citado, o custo incorrido pelas pessoas atingidas pela água envenenada não será computado pelo agricultor. Logo, o preço dos vegetais comercializados por ele não refletirá esse custo. Conseqüentemente, esse preço

¹⁴⁹NUSDEO, Fábio, *Curso...*, *op. cit.*, p. 154

não expressará a efetiva medida de utilidade, como, segundo o modelo liberal, deveria expressar. Por isso se fala em falha de sinalização, pois o preço, nesses casos, não cumpria essa sua função.

Os efeitos da externalidade podem ser tanto positivo, quanto negativo. Ela poderá tanto beneficiar terceiros, que fruíram de uma utilidade, sem que precisassem pagar por isso, como prejudicá-los, em vista da imposição de um custo que, a rigor, não lhes caberia.

A poluição é um dos exemplos mais comentados de externalidade negativa. Ela, em princípio, não é uma decorrência de um ato ilícito. Pelo contrário, de uma maneira geral, a atividade que a produz é lícita e gera outros tantos benefícios usufruídos de forma graciosa por terceiros. Veja, por exemplo, o caso de uma fábrica instalada em um pequeno povoado. Ela, ao mesmo tempo que lança detritos no meio ambiente, poluindo-o, atrai a vinda de novos moradores e investimentos, melhorando a qualidade de vida daquela população.

No entanto, ela precisa ser combatida, pois atinge não só a população atual, como gerações futuras. Não à toa, dispõe o artigo 225 da Constituição da República que “[t]odos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”. A solução desse problema vem justamente com a atuação do direito. Caberá a ele prever mecanismos que tenham não só o objetivo inserir esse custo social no sistema de preço, como o de evitar ou reduzir os danos por ele provocados.

E ele assim o faz. Há alguns exemplos, tanto no âmbito do direito público, como no direito privado. O direito tributário exerce um importante papel nessa empreitada, ao permitir que alguns tributos sejam instituídos não só para auferir recursos para suprir as necessidades da Fazenda Pública, mas também para conformar condutas. É a chamada *extrafiscalidade*¹⁵⁰. O direito administrativo, ao disciplinar o poder de polícia, também se releva um importante mecanismo de combate aos efeitos nocivos das externalidades. No campo do direito privado, a responsabilidade civil desponta como a principal ferramenta de enfrentamento

¹⁵⁰ Nesse diapasão, pode-se citar o imposto sobre produtos industrializados (CRFB, art. 153, IV) e o imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários (CRFB, art. 153, V).

desses efeitos indesejados, agindo de maneira a restabelecer o equilíbrio do mercado.

Isso também vale para as chamadas externalidades positivas. Os bens públicos, aqueles que não são apropriados por ninguém em específico, produzem vários efeitos positivos. Eles aumentam o estado de bem-estar das pessoas, sem que, necessariamente estas paguem o preço por essa utilidade. Uma estrada traz benefícios indistintos: eles são evidentes para aqueles que nela trafegam, mas há outros indiretos, como a redução do custo de produtos consumidos por pessoas que nela não transitam. Uma praça também aumenta o estado de bem-estar, sem que os beneficiados paguem o preço pela fruição desse bem escasso.

O uso desmedido desses bens públicos pode trazer efeitos maléficos, como o engarrafamento de vias públicas causado pelo grande fluxo de veículos; a poluição de praias e rios provocada por banhistas; o entupimento da tubulação de esgoto por conta de lixo deixado em local impróprio. Por conta desses efeitos, fala-se que os bens coletivos constituem uma falha de incentivo, já que eles não inibem a utilização abusiva e desmedida desses bens escassos.

O direito também tem soluções para isso, como é o caso da contribuição de melhoria, tributo cuja finalidade é arrecadar recursos daqueles que foram beneficiados por uma obra pública, a instituição de multas, com amparo no poder de polícia, para coibir abusos por parte dos cidadãos. No direito privado, cita-se o instituto da servidão, que, por prever uma compensação financeira, também produz o efeito de trazer para o sistema de preços uma utilidade que era desfrutada gratuitamente.

3.5.5 Os custos de transação

O primeiro alerta – que deve ser apresentado desde logo – é que o termo “transação” não será utilizado neste tópico, na sua acepção técnica. Transação, pelo Código Civil brasileiro, é um contrato em espécie (Código Civil, artigos 840 a 850), por meio do qual as partes contratantes resolvem, por meio de concessões recíprocas, evitar ou dar fim a um litígio. Aqui esse termo é utilizado com outro

sentido. Ele reflete a tradução desavisada e incorreta, mas comumente utilizada na literatura científica, da palavra inglesa *transaction*. Esta, na verdade, significa, em termos jurídicos, realização de um negócio jurídico, contratação.

Feito esse esclarecimento, passa-se a analisar esse instituto.

Os chamados economistas neoclássicos defendiam, como visto, que as relações realizadas no âmbito de mercado promoviam o incremento de valor, por meio de trocas. Essas trocas eram realizadas pelas pessoas, que buscavam aumentar o estado de bem-estar. Mas, considerando que as partes envolvidas seriam orientadas por esse mesmo sentimento de hedonismo, o resultado da negociação tenderia a ficar no meio termo, de maneira que ninguém sairia perdendo.

Esse sistema de cooperação social seria também influenciado por um outro importante fator. Como os bens são escassos e as necessidades às quais eles se destinam a satisfazer são quase que ilimitadas, o preço daqueles bens refletiria também a relação de oferta e procura.

Essa teoria econômica foi desenvolvida a partir de um arcabouço um simples e reduzido. Considerava-se apenas que o indivíduo tinha direito à propriedade privada e que ele era livre para contratar. Não é à toa que esses direitos, além de fundamentais – o que de fato são -, já terem sido considerados absolutos.

A consequência do reducionismo desse modelo, foi que ele deixou de considerar inúmeros custos, que efetivamente afetam as relações econômicas.

Com efeito, o sistema de circulação de riqueza se tornou bastante complexo. Até se alcançar o consumidor final, pode haver uma longa e retalhada cadeia de atos. As operações de mercado não são realizadas de forma isolada e instantâneas como pensavam os economistas que formularam o aventado modelo. Para se manter uma fábrica, por exemplo, além dos fatores diretamente ligados à produção, é indispensável a celebração de outros contratos, geralmente de certa duração. Exige-se, por exemplo, a contratação de serviços de consultoria legal, financeira, contábil, de recursos humanos, de assistência técnica; o pagamento de emolumentos, tarifas, preços, taxas e tributos em geral para a legalização da atividade.

Os custos de transação decorrem essencialmente do funcionamento das instituições. Estão relacionados à segurança jurídica das relações havidas pelos atores de mercado. Por isso guardam relação direta com o direito.

Esses custos, ao contrário do que se pensava, não são desprezíveis. Tanto que, já de algum tempo, os governos se preocupam em reduzir a burocracia para a legalização de atividades econômicas, assim como em combater a corrupção, como são exemplos a informatização do processo judicial (Lei n. 11.419/2006); o tratamento simplificado e diferenciado dado à microempresa e à empresa de pequeno porte (CRFB, art. 179 c/c Lei Complementar n. 123/2006); as indicações a protestos de duplicatas mercantis e de prestação de serviços, por meio magnético ou de gravação eletrônica de dados (Lei 9.492/97, parágrafo único). Isto porque esses são fatores que aumentam os custos de transação e reduzem a eficiência. Logo, a existência de altos custos de transação em um determinado mercado relevante acaba afastando os interessados em nele atuar. E como isso impacta diretamente a economia, os governos bem intencionados têm motivos de sobra para se preocuparem com esses custos.

O direito tem notável importância na tarefa de reduzir os custos de transação. Como visto acima, sua atuação junto à economia tem basicamente dois objetivos: permitir que as pessoas ingressem no mercado, e garantir que o mercado funcione adequadamente.

No primeiro caso – quando ele atua para permitir que as pessoas ingressem no mercado -, o Estado poderá estabelecer políticas públicas que visem a reduzir os custos de transação. Isso porque esses custos constituem-se em verdadeiras barreiras para o ingresso no mercado. Quanto mais caro e difícil for legalizar uma atividade econômica, menor será o número de pessoas que nele ingressarão. Daí surge uma outra consequência: como foi salientado acima, quanto menor for a quantidade de agentes em um determinado mercado relevante, maior será a chance de concentração e abuso de poder econômico. Portanto, existem motivos de sobra para que o Direito preveja soluções para reduzi-los.

Quanto à segunda hipótese – permitir que o mercado funcione adequadamente – admite-se que o direito deve buscar caminhos para reduzir esses custos de transação, pois eles afetam a eficiência das trocas no mercado.

Entre as várias possibilidades que o direito possui para combater essa disfunção do mercado, aquela que mais interessa a este trabalho é a que se dá por meio da disciplina da responsabilidade civil. Esse assunto será tratado na segunda parte desta dissertação. De toda forma, seja permitido adiantar que a responsabilidade civil pode se tornar uma importante arma contra essa disfunção, se

esse tipo de custo também for considerado, quando da análise da extensão do dano indenizável. Em outras palavras, o princípio da reparação integral fará o bem, se ele for interpretado de tal forma, que a indenização contemple também os custos de transação incorridos pelo lesado para cumprir o seu papel, seja no âmbito de uma relação contratual ou não, como nos casos de responsabilidade aquiliana.

3.5.6 O custo da corrupção

Como visto, a humanidade precisa de um sistema de cooperação, pois ninguém é autossuficiente. Essa cooperação se dá, em grande parte, em ambientes denominados mercados. As trocas entre os inúmeros agentes de mercado só são viabilizadas, porque existem regras claras que tornam as relações jurídicas havidas seguras. O mercado, como uma instituição, possui um ordenamento próprio, que prevê direitos e impõe deveres a todos que dele participam.

Há um custo para que o indivíduo participe do mercado. Ele é justamente o de cumprir com os deveres previstos no ordenamento do mercado. Trata-se de custo que não foi considerado pela teoria econômica neoclássica. Esta se baseava em um modelo segundo o qual os custos de produção de um determinado bem e os benefícios decorrentes de sua negociação caberiam ao produtor ou vendedor, enquanto que os custos para a aquisição do bem seriam de quem o adquirisse. Esses seriam os limites da relação de mercado. No entanto, além dos já referidos, existem, como visto, outros custos que o indivíduo tem de incorrer para participar do mercado. Ademais, determinadas situações geram custos ou benefícios que transcendem os aventados limites, afetando terceiros, sem que para esses novos custos se tenha estabelecido preços, de modo que a sua circulação seria, assim, externa ao mercado¹⁵¹.

¹⁵¹ YAZBEC, Otávio, *op. cit.*, p. 47.

A rigor, os agentes – que pagam os custos acima mencionados para participarem do mercado - concorrem livremente pelas oportunidades de negócio. O sucesso da participação do agente econômico, a depender das condições e circunstâncias do mercado, estará diretamente ligado a sua habilidade, experiência, conhecimento e a outros predicados pessoais, notadamente o de organizar os fatores de produção de tal ordem, que lhe permita obter um produto atraente ou, no dito popular, “bom, bonito e barato”.

A corrupção desvirtua tudo isso. As oportunidades de negócio, por meio dela, não são alcançadas com base no mérito empresarial, mas sim pela promessa ou pelo pagamento de vantagem indevida, que não integra o custo direto ou o preço do produto. Não há concorrência livre e leal; o produto do negócio não reflete as condições de mercado.

A corrupção, portanto, viola direitos e interesses tutelados pelo ordenamento jurídico. O mercado, a livre-concorrência, a lealdade, a boa-fé são gravemente afetados por esse tipo de conduta; tanto que o direito a reprime.

O direito penal, por exemplo, tipifica como crime de corrupção passiva a conduta de “solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora de função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem” (CP, art. 317). Ele também considera delito a figura da corrupção ativa, que seria praticada por quem “[o]ferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício” (CPP, art. 333).

Esses são crimes que atentam contra a Administração Pública. A corrupção, entretanto, não ocorre apenas nessa seara. Ela também pode ser configurada na esfera privada. Assim, a Lei de Propriedade Industrial afirma que comete crime de concorrência desleal quem “recebe dinheiro ou outra utilidade, ou aceita promessa de paga ou recompensa, para, faltando ao dever de empregado, proporcionar vantagem a concorrente do empregador” (Lei n.º 9.279/96, art. 195, X).

O direito do trabalho autoriza a resolução do contrato de trabalho, por justa causa, quando o empregado pratica “ato de improbidade” (CLT, art. 482, “a”) ou realiza “negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador, e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço” (CLT, art. 482, “c”).

No plano do direito administrativo, considera-se ato de improbidade administrativa que importa em enriquecimento ilícito, auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade pública, notadamente: (i) “receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público”; (ii) “perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem móvel ou imóvel, ou a contratação de serviços” pelas entidades da administração direta, indireta e fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de pessoa jurídica incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, “por preço superior ao valor de mercado”; (iii) “perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a alienação, permuta ou locação de bem público ou o fornecimento de serviço por ente estatal por preço inferior ao valor de mercado”; (iv) utilizar, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição das entidades já mencionadas, bem como o trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados por elas; (v) “receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para tolerar a exploração ou a prática de jogos de azar, de lenocínio, de narcotráfico, de contrabando, de usura ou de qualquer outra atividade ilícita, ou aceitar promessa de tal vantagem; (vi) “receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para fazer declaração falsa sobre medição ou avaliação em obras públicas ou qualquer outro serviço, ou sobre quantidade, peso, medida, qualidade ou característica de mercadorias ou bens fornecidos” a qualquer daquelas entidades acima referidas; (vii) “adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público”; (viii) “aceitar emprego, comissão ou exercer atividade de consultoria ou assessoramento para pessoa física ou jurídica que tenha interesse suscetível de ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público, durante a atividade”; (ix) “perceber vantagem econômica para intermediar a

liberação ou aplicação de verba pública de qualquer natureza”; (x) “receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indiretamente, para omitir ato de ofício, providência ou declaração a que esteja obrigado” (Lei n.º 8.429/92, art. 9º).

A Lei n.º 8.429/92 prevê ainda, como atos de improbidade administrativa que causam prejuízos ao Erário, “permitir ou facilitar a alienação, permuta ou locação de bem integrante do patrimônio de qualquer das aventadas entidades, ou ainda a prestação de serviço por parte delas, por preço inferior ao de mercado; “permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado”; “permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente”, entre outras condutas (art. 10). Ela também afirma constituir ato de improbidade administrativa conduta que atente contra os princípios da administração pública (art. 11).

A Lei de Improbidade Administrativa disciplina, ainda, as sanções administrativas e a reparação civil do dano, que deve ser integral (art. 12).

Recentemente, foi editada a Lei Anticorrupção (Lei n.º 12.846/2013)¹⁵², que disciplina a responsabilidade administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira. O art. 5º dessa lei apresenta rol de condutas, que constituiriam “atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira”. São elas: (i) “prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada”; (ii) “comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos” previstos naquela Lei; (iii) “comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados; (iv) “no tocante a licitações e contratos: a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público; b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público; c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo; d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente; e) criar, de modo fraudulento

¹⁵²Cf. FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby; DINIS DO NASCIMENTO, Melillo. *Lei Anticorrupção Empresarial*. Rio de Janeiro: Forum, 2014, *passim*. BITTENCOURT, Sidney. *Comentários à Lei Anticorrupção*. Rio de Janeiro: Forum, 2014, *passim*. PETRELLUZZI, Marco Vinício; RISEK JÚNIOR, Rubens Naman. *Lei Anticorrupção: origens e análise da legislação correlata*. São Paulo: Saraiva, 2014, *passim*.

ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo; f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública”; (v) “dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional”.

A responsabilidade por essas condutas é objetiva (Lei n.º 12.846/2013, art. 1º e 2º). As sanções administrativas aplicadas a esses casos são multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação (art. 6º, I) e publicação extraordinária da decisão condenatória (art. 6º, II). Elas podem ser aplicadas cumulativamente, devendo respeitar o princípio da proporcionalidade em vista da gravidade do caso (art. 6º, § 1º). A decisão que as aplicar deve ser suficientemente fundamentada. A punição administrativa do ofensor não lhe retira a obrigação de reparar integralmente o dano (art. 6º, § 3º).

Além das punições administrativas, os entes de federação e o Ministério Público poderão demandar judicialmente aplicação das seguintes penas aos ofensores: (i) “perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé”; (ii) “suspensão ou interdição parcial de suas atividades”; (iii) “dissolução compulsória da pessoa jurídica”; (iv) “proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos” (art. 19).

A prática de corrupção pode ainda configurar infração à ordem econômica¹⁵³, desde que o ato tenha por objeto ou possa produzir os seguintes efeitos, ainda que

¹⁵³Sobre as infrações à ordem econômica, cf. FORGIONI, Paula Andrea. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, 5. ed., *passim*; OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e economia da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, *passim*; PROENÇA, João Marcelo Martins. *Concentração empresarial e o direito da concorrência*. São Paulo: Saraiva, 2001, *passim*; LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Lei de Proteção da Concorrência*. Rio de Janeiro:

não sejam alcançados: (i) “limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa”; (ii) “dominar mercado relevante de bens ou serviços”; (iii) “aumentar arbitrariamente os lucros”; e (iv) “exercer de forma abusiva posição dominante” (Lei n.º 12.529/2011, art. 36). Se configurada, a infração à ordem econômica pode dar azo à aplicação das sanções administrativas previstas nos artigos 37 a 44 da Lei Antitruste, assim como à responsabilização civil do ofensor pelos danos suportados pelos demais agentes de mercado (Lei n.º 12.529/2011, art. 47).

Cita-se, por fim, no campo do direito de empresa, a Lei das Sociedades por Ações (Lei n.º 6.404/76), que veda ao administrador “a) praticar ato de liberalidade à custa da companhia”; “b) sem prévia autorização da assembleia-geral ou do conselho de administração, tomar por empréstimo recursos ou bens da companhia, ou usar, em proveito próprio, de sociedade em que tenha interesse, ou de terceiros, os seus bens, serviços ou crédito”; “c) receber de terceiros, sem autorização estatutária ou da assembleia-geral, qualquer modalidade de vantagem pessoal, direta ou indireta, em razão do exercício de seu cargo (art. 154, § 2º). Como forma de sancionar o administrador faltoso, a Lei das Sociedades por Ações determinar que as eventuais importâncias percebidas com infração a essa norma pertencerão à companhia (art. 154, §3º).

Nota-se, portanto, que o Direito reconhece que a prática de corrupção afeta a sociedade de várias formas. Essa conduta pode ser devastadora, gerando prejuízos das mais variadas ordens e afetando interesses legítimos de diversos matizes.

Não existe, todavia, uma norma específica que trate dos danos causados pela corrupção às atividades negociais. Além disso, a teoria da responsabilidade civil, que preceitua tanto o inadimplemento de uma obrigação, quanto o descumprimento de um dever legal, foi edificada sobre os fundamentos da teoria neoclássica. Ela também não considerou, especificamente no tocante à reparação dos danos, a questão dos custos de transação e dos custos sociais, que são alguns dos custos incorridos pelos empresários para estarem no mercado.

A omissão quanto a esses pontos reverbera nas relações negociais. A concepção neoclássica entra em choque com a visão pós-moderna da sociedade,

com a tutela da livre iniciativa, da livre concorrência e da empresa. Torna-se necessário o lançamento de outras luzes sobre essa questão.

A responsabilidade civil guarda respostas e soluções para esse problema. Isso será examinado nos capítulos seguintes.

3.6 Análise econômica do direito

Com marcada inspiração utilitarista, a análise econômica do direito é uma corrente doutrinária, que surgiu como contraponto às teorias contratualistas e sociais do Direito. Capitaneada por Richard Posner, um magistrado norte-americano, que escreveu importantes textos a esse respeito, sendo o mais notável a obra *Economic Analysis of Law*. Cuida-se de doutrina edificada sobre conceitos e premissas econômicos.

Em síntese simplificadora, os adeptos dessa corrente sustentam que o homem é um ser racional e que busca a felicidade por meio da maximização do seu bem estar. A racionalidade pressuposta por essa linha de pensamento não é uma racionalidade perfeita, no sentido de que não haveria espaço para erros ou para decisões tomadas com base em critérios puramente emocionais. Essa racionalidade admitiria apenas que o homem toma decisões que o favoreçam em alguma medida.

A Economia, então, deveria servir de amparo e fundamentação dos direitos. A melhor interpretação possível para a lei seria a oferecida pelo princípio econômico, segundo o qual o bem-estar da sociedade aumenta, quando a sua riqueza aumenta. Com efeito, o utilitarismo se preocupa com a adoção de uma conduta essencialmente individualista. Ele reconhece que a “mão invisível” pode não funcionar tão bem, se as pessoas buscarem satisfazer apenas os seus interesses particulares. Por isso se sustenta que a pessoa deve agir de maneira a não prestigiar apenas o seu interesse individual; ela deve considerar o seu interesse na mesma medida que o dos demais.

Se ela agisse assim e considerasse, ao tomar suas decisões, não apenas os seus interesses mesquinhos, mas também procurasse atender os anseios da sociedade, a consequência seria de que toda a sociedade ficaria mais rica, o que

elevaria o grau médio de bem-estar. Logo, o Direito deveria estabelecer normas que produzissem o máximo de riqueza para a sociedade. E como isso se daria?

Não fosse a existência de custos de transação, o Direito teria um papel muito reduzido. Basicamente teria de garantir os direitos de propriedade e de liberdade de contratar. Isso porque, segundo essa linha de pensamento, os conflitos seriam resolvidos por meio de negociações orientadas por critérios de mercado.

Para ilustrar essa afirmação, reproduz-se um dos exemplos mais utilizados pelos autores dessa teoria. Ele se refere a dano involuntário causado por uma atividade lícita, fato que se enquadraria no conceito de externalidade descrito acima. Um trem de alta velocidade, que passa por uma fazenda, produz faíscas. Essas faíscas, sobretudo em períodos de estiagem, provocam incêndios, que destroem a plantação da fazenda. Note que ambas são atividades lícitas – transporte ferroviário e plantação de gêneros alimentícios – mas que, ainda assim, foi produzido um dano.

Para responder a essas perguntas, pense-se em duas hipóteses. Na primeira, o proprietário do trem teria uma perda de R\$ 1.000,00 (mil reais) se tivesse de reduzir a velocidade, quando a locomotiva passasse pela fazenda. Por sua vez, o fazendeiro amargaria um prejuízo de R\$ 1.100,00 (mil e cem reais) com a destruição de sua plantação. Neste caso, a comunidade seria mais rica, se o trem reduzisse a velocidade quando passasse pela fazenda. Conseqüentemente, a lei atribuiria ao trem a responsabilidade pelo incêndio. Agora imagine que fosse o contrário: o proprietário do trem, se tivesse de diminuir a velocidade, teria um prejuízo superior ao do fazendeiro. Neste exemplo, a comunidade seria mais rica se o trem seguisse na sua velocidade máxima e a plantação fosse queimada. Logo, o direito excluiria a responsabilidade do proprietário do trem, deixando o risco da perda da plantação com o fazendeiro.

A tendência, assinalam os defensores desse ponto de vista, seria que as partes envolvidas buscassem uma solução negociada, considerando os custos envolvidos, de sorte que ninguém saísse perdendo.

No primeiro caso, a tendência seria que o fazendeiro buscasse indenizar o proprietário do trem, por um valor superior a R\$ 1.000,00 (mil reais) e inferior a R\$ 1.100,00 (mil e cem reais), de modo que este reduzisse a velocidade de seu maquinário, para que aquele preservasse sua plantação. No segundo caso, ocorreria justamente o contrário, o proprietário do trem indenizaria o fazendeiro, para que ele não plantasse próximo aos trilhos da ferrovia.

Os exemplos citados não consideram a existência de custos de transação. Sucede que eles existem e podem mesmo inviabilizar uma solução negociada. Basta que eles sejam superiores à vantagem auferida. No exemplo dado, se para que as partes concluíssem o acordo houvesse um custo de transação superior a R\$ 100,00 (cem reais), a vantagem seria anulada e, conseqüentemente, as partes não lograriam alcançar a solução negociada.

Em casos como tais, o direito deveria prever uma solução para o imbróglio. Essa solução deveria ser obtida por meio de uma simulação das condições de mercado. Em outras palavras, ela teria de aumentar a riqueza, gerando bem-estar, sem que ninguém saísse perdendo.

Com base no modelo teórico acima retratado, defende-se que os direitos e obrigações devem ser distribuídos ou considerados com base nos seus custos, de maneira que a alocação da riqueza se desse com eficiência. Assim, seria preciso agir sempre de um modo que seja financeiramente menos dispendioso para o conjunto da comunidade¹⁵⁴ e que, paralelamente, produzisse mais riqueza.

Para marcar com um exemplo afeito ao tema desta dissertação, no campo da responsabilidade civil, por exemplo, esse pensamento levaria, conseqüentemente, a que responsabilidade por determinado dano fosse imputada àquele que tivesse o menor custo para evitá-lo.

3.7 O seu contraponto: a doutrina contratualista

O dissenso entre essas duas correntes filosóficas é antigo e conspícuo. Para uma síntese bastante reducionista, arrisca-se a citar, como uma das mais incisivas críticas que os utilitaristas recebem dos contratualistas, a de que aqueles, ao pregarem o aumento da utilidade média, admitiriam que o Direito pudesse tutelar soluções que, ao mesmo tempo que elevassem, na média, a sensação de bem-estar da comunidade, permitisse que minorias fossem gravemente prejudicadas.

¹⁵⁴DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*, trad. Jefferson Luiz Camargo, São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 334.

Conquanto a solução pela lógica do mercado para problemas sociais seja aceita por ambas¹⁵⁵, os contratualistas a limitam a casos em que haja igualdade de recursos. E ainda assim, a solução encontrada deverá respeitar certos direitos fundamentais do cidadão. Pense-se, por exemplo, na hipótese de pessoas desejam não ter contato com determinado indivíduo por algum tipo qualquer de preconceito repugnante. Pelo critério de mercado, se o bem-estar que o sumiço dessa pessoa produzisse fosse tamanho, elas aceitariam pagar uma quantia muito superior ao próprio patrimônio daquela pessoa indesejável, então esta deveria ser excluída daquele convívio. Obviamente, essa seria uma solução inaceitável.

Portanto, para os contratualistas, a solução pelo sistema de mercado é possível, mas desde que seja respeitado também o princípio da igualdade.

3.8 A posição adotada para os fins desta dissertação

De fato, a análise econômica do direito, ao não prever claramente um filtro para as soluções de mercado, pode conduzir a verdadeiras iniquidades. Entretanto, no campo do direito de empresa, que envolve, em grande parte, direitos de crédito disponíveis, assim com atores com determinado grau de acesso a recursos – o que não envolve apenas dinheiro, mas, especialmente, informação -, a adoção do princípio econômico confere ao aplicador do direito um insubstituível instrumental para a resolução das lides comerciais.

Assim, conquanto receba inúmeras críticas, notadamente porque ela desconsideraria certos aspectos de justiça, a análise econômica do direito pode ser utilizada em casos envolvendo o direito das obrigações e o direito empresarial. Advirta-se novamente que não se defende a sua utilização dissociada de outros valores, como da justiça.

¹⁵⁵DWORKIN, Ronald, *op. cit.*, p. 363; RAWLS, John, *Uma teoria...*, *op. cit.*, capítulo V; CALABRESI, Guido. *Transaction Costs, Resource Allocation and Liability Rules: A Coment.* Yale Law School Legal Scholarship Repository, disponível em http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers, consultado em 26/5/2014; POSNER, Richard A., *op. cit.*, *passim*; SHAVELL, Steven. *Foundations of Economic Analysis of Law.* Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2004, *passim*.

4 A RESPONSABILIDADE CIVIL NO ÂMBITO DAS ATIVIDADES NEGOCIAIS

A segunda parte desta dissertação se inicia com o estudo da dimensão da responsabilidade civil no âmbito das atividades negociais e o seu papel na redução de custos de transação e na supressão de externalidades. Esse instituto tem importância decisiva para a atividade econômica e para o incremento das relações de mercado. Trata-se, aliás, de ponto central desta pesquisa, que tem no princípio da reparação integral do dano seu foco.

As dimensões da responsabilidade civil prestam-se à busca de valores de justiça e, a seu reboque, de eficiência econômica, na medida em que atacam disfunções ou externalidades, como a assimetria informacional, o comportamento oportunista entre outras condutas antijurídicas, reduzindo os custos de transação.

A vida em sociedade é complexa. Mesmo antes do indivíduo nascer, já são percebidos efeitos do seu surgimento. Veja, por exemplo, que o art. 2º do Código Civil resguarda os direitos do nascituro desde a concepção. Como destaca Vicente Ráo, “o direito se apodera do homem desde antes de seu nascimento e o mantém sob sua proteção até depois de sua morte”¹⁵⁶.

Durante a sua vida, a pessoa pratica diversos atos. Esses atos podem produzir efeitos em relação a outras pessoas, justamente porque elas vivem em sociedade. E eles são dos mais variados matizes e podem alcançar apenas uma pessoa, ou um grupo ou a todos, como no caso dos direitos reais. Para a responsabilidade civil importa aquele ato que causa dano.

Ainda que as pessoas envolvidas não tenham um vínculo preexistente, o fato de elas conviverem em sociedade já é suficiente para que o ato de uma delas possa atingir a outra, causando-lhe danos. Isso porque o direito – que se origina do latim *directum*, e que tem como significado “o que está conforme à regra”¹⁵⁷ – estabelece regras gerais de comportamento, assim como tutela direitos. A violação de um dever geral de conduta que provoque dano, terá como consequência a responsabilização daquele que praticou o ato danoso.

¹⁵⁶RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 6ª ed. anotada e atualizada com o novo Código Civil por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 52.

¹⁵⁷*Ibidem*, p. 51.

Isso também acontece em relações jurídicas preexistentes, nas quais pessoas contraem obrigações. Com a celebração de negócio jurídico, assumem-se obrigações, as quais deverão ser cumpridas, sob pena de responsabilização daquele que não a adimpliu.

Portanto, a responsabilidade civil tem a importante função social de ser um vetor de indução de comportamento das pessoas, com vistas ao cumprimento das normas. Conquanto a reparação do dano ainda seja o seu foco, o fato de ela impor uma consequência gravosa àquele que pratica o ato contrário ao direito e causa dano – o pagamento de uma indenização, cujo valor, no mais das vezes, supera a vantagem econômica auferida com o ato causador do dano – influencia o comportamento em sociedade, sobretudo no tocante à prevenção e precaução contra danos.

O que se pretende neste capítulo é examinar essa função da responsabilidade civil à luz de suas dimensões e do seu papel na redução dos custos de transação e supressão de externalidades.

Não se tem como missão analisar a formulação teórica da responsabilidade civil. Essa tarefa se afastaria do objetivo desta dissertação, que é a análise do princípio da reparação integral no âmbito das relações negociais, especialmente no direito de empresa. Para alcançar esse desiderato, todavia, é preciso estudar os principais aspectos e problemas da responsabilidade civil, tanto a contratual ou negocial, quanto a responsabilidade civil extracontratual ou extranegocial.

4.1 A responsabilidade civil extranegocial

O triunfo do liberalismo trouxe grandes mudanças no campo da aplicação das sanções. A codificação teve o papel de tornar clara a distinção entre a responsabilidade civil e a penal, que antes não o era, além de aplacar as sanções de cunho religioso, afastando-as do ordenamento estatal. Recordar-se a existência do instituto da vingança privada, que disciplinava, notadamente no direito germânico medieval, a reparação de danos. A *vendetta* paulatinamente deu lugar ao aprisionamento, à multa e à indenização, passando por variados estágios, entre os

quais o acordo para se renunciar ao direito à vingança¹⁵⁸ e a incipiente divisão entre sanção pública e privada.

O valor da liberdade esculpiu o conceito de ilícito civil, de modo que este seria, em breve síntese, o abuso do exercício da liberdade. Por seu turno, houve um afrouxamento da pena criminal, que não era mais centralizada no suplício ou em castigos corporais – conquanto estes não tenham sido totalmente abolidos – havendo a previsão de penas menos severas, pelo menos no tocante ao corpo, como a prisão (restrição de liberdade) e a multa (restrição patrimonial)¹⁵⁹.

No âmbito da responsabilidade civil, punia-se aquele que praticava um ato ilícito, ou seja, um ato que era, ao mesmo tempo, contrário ao direito – antijurídico – e proveniente de uma conduta culpável – a culpabilidade. Como ressalta Anderson Schreiber, citando Jean-Jacques Wunenburger, “a pedra de toque da responsabilidade civil consiste no ‘uso culpável da liberdade, que moralmente demanda uma sanção’”¹⁶⁰

A responsabilidade civil é construída a partir do tripé dano, nexos causal e culpa¹⁶¹. Nesse sentido, Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda destaca que nas doutrinas gerais dos fatos ilícitos há três princípios: o princípio da contrariedade ao direito, o princípio da culpa, o princípio do nexos causal. O referido autor reconhece a importância do dano para a responsabilidade civil, destacando, contudo, que “[o] ter ocorrido dano é elemento necessário para qualquer indenização, mas de jeito nenhum se pode considerar elemento suficiente¹⁶²”, o que confirma que a presença do aventado tripé é, sob a ótica da doutrina de alhures, indispensável para se configurar a responsabilidade civil de uma pessoa.

¹⁵⁸PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, atualizado por Rui Stoco – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, t. LIII, p. 62.

¹⁵⁹FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*, trad. Raquel Ramalheite, 20ª ed., Petrópolis: Vozes, 1999, p. 19. “Sem dúvida, a pena não mais se centralizava no suplício como técnica de sofrimento; tomou como objeto a perda de um bem ou de um direito. Porém castigos como trabalhos forçados ou prisão — privação pura e simples da liberdade — nunca funcionaram sem certos complementos punitivos referentes ao corpo: redução alimentar, privação sexual, expiação física, masmorra”.

¹⁶⁰SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 13.

¹⁶¹PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, *op. cit.*, p. 91

¹⁶²*Ibidem*, p. 97

4.1.1 A “erosão dos filtros” da responsabilidade civil

Em trabalho intitulado *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*, Anderson Schreiber descreve os atuais rumos da responsabilidade civil. Ele identifica fenômenos como a “erosão dos filtros da reparação” e o surgimento de novos danos. De fato, nota-se que o aquele tripé no qual a responsabilidade civil se amparava – culpa, nexos de causalidade e dano – vem sofrendo grandes transformações. Não só a culpa, mas também a demonstração do nexos de causalidade e do próprio dano parecem não ser mais considerados imprescindíveis, pelo menos por parcela da doutrina e da jurisprudência¹⁶³.

4.1.1.1 A ruína da culpa

Nesse trabalho, o professor de Direito Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro demonstra que, em vista da massificação das relações decorrentes do processo de industrialização e de urbanização, a culpa vem perdendo importância na composição dos elementos necessários à caracterização da responsabilidade civil.

O principal motivo para que os tribunais tenham passado a dispensar a culpa para a caracterização da responsabilidade civil talvez tenha sido a dificuldade de se comprová-la. Ordinariamente, caberia àquele que alega ter sofrido o dano, a prova da culpa. Ou seja, a pessoa que suportou o dano deveria produzir provas, que demonstrassem que a pessoa a quem acusa teria agido de forma negligente, imprudente ou sem perícia.

O primeiro obstáculo era estabelecer o que seria uma conduta culpável. Quando seria possível afirmar que alguém deixou de agir com diligência? Com efeito, o conceito de culpa foi sendo elaborado a partir de elementos morais. Como destaca Anderson Schreiber,

¹⁶³SCHREIBER, Anderson, *op. cit.*, *passim*.

a influência de noções gregas e orientais, essencialmente individualistas, em oposição à ideologia estatalizante de Roma, deu-lhe conotação mais subjetiva, que, com a posterior difusão da ideologia cristã, ganhou fortes contornos éticos e morais, ligados à ideia do livre-arbítrio e de sua má utilização pelos fiéis.¹⁶⁴

A culpa foi associada à previsibilidade do dano e à falta de diligência, ou seja, à falta de energia ou disposição para fazer o que é devido, com vistas a evitar o dano. Trata-se de conduta associada ao pecado capital da preguiça, que seria a resistência ao esforço e ao sacrifício. O indivíduo que age com preguiça deixa de buscar o aprimoramento de sua existência. O contrário da preguiça seria justamente a virtude da diligência.

Como dito, produzir a prova desse estado anímico era tarefa das mais árduas e complexas. Assim, a doutrina e a jurisprudência passaram a defender que a conduta deveria ser apreciada *in abstracto*, isto é, sem se atentar ao estado psicológico do agente¹⁶⁵. A conduta haveria de ser comparada com determinado modelo de comportamento, ao qual se chamou de padrão do “homem médio” ou do “bom pai de família”. Esse padrão de comportamento espelharia a diligência mediana, aquela que as pessoas de um modo geral esperariam que fosse adotada no comum dos dias.

A adoção desse padrão de comportamento como referência para se apreciar a culpa mereceu severas críticas da doutrina¹⁶⁶. Isso porque o grau e a forma de diligência variam de acordo com as relações estabelecidas. Não se pode esperar que uma pessoa experimentada, que ocupa função complexa, aja com a mesma diligência de um jovem estudante.

Além disso, a aferição abstrata da culpa, ao fim e ao cabo, encerra, na verdade, o padrão de conduta do próprio julgador, que, mesmo intuitivamente,

¹⁶⁴ SCHREIBER, Anderson, *op. cit.*, p. 13-14.

¹⁶⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, *op. cit.*, p. 94

¹⁶⁶ Cf. por todos, PONTES DE MIRANDA (*Ibidem*, p. 95): “Sabemos que subjetivamente, e não só objetivamente, o dano é relativo [...]. Também o é no caso de *diligência*: quando se diz que há de ser diligência média (têrmo (sic) bem vago), têm-se em mira os casos ordinários, em que as circunstâncias não exigem do agente outros cuidados. O motorista do caminhão deve ser mais prudente que o cocheiro do carro. A culpa *in abstracto* seria impossível, praticamente (sic). Quem já viu o homem *médio*? Quem conhece o “bom pai de família”? } Que tem a diligência do “bom pai de família” com a do motorista, êsse (sic) mesmo motorista em que se encarna, no dizer do conde de KEYSERLING, a nova era: homem primitivo adubado pela técnica, criador de um estado de alma social, que faz, numa parte do mundo, a extrema direita e, noutra, a extrema esquerda?”.

consideraria como referência a sua própria vivência, sendo que esta, não raro, é muito distante e bastante diferente daquela de quem está sendo julgado¹⁶⁷.

Uma solução para esse problema é a fragmentação dos modelos de conduta. Os tribunais procuram aferir a culpa, por meio da averiguação das circunstâncias concretas e as especificidades de cada caso. Tem sido cada vez mais comum os juízes ouvirem especialistas, para decidirem determinado caso. No cenário processual, isso pode ocorrer não só na realização de perícia, como também no recurso às audiências públicas e à figura do *amicuscuriae*. Estes são mecanismos cada vez mais utilizados pelos juízes.

Esse tipo de recurso, todavia, pode gerar consequências deletérias, tal qual a padronização de comportamentos. Conquanto o direito tenha a missão de estabelecer aquilo que “deve ser”, é fato que a vida em sociedade espelha a orientação cultural. A produção humana constitui a cultura, e esta molda, juntamente com os elementos da natureza, o comportamento em sociedade. O direito é um produto da cultura, da ação cognitiva do homem. Logo, o direito não deve limitar essa atividade do pensamento, da produção de cultura. Aliás, ele, o direito, nem tem como fazer isso. A capacidade de criação e de procura por descobertas será sempre superior ao movimento retrógrado da imobilidade cultural, do estabelecimento de estereótipos bem definidos e definitivos. Isso pode no máximo levar à fixação do estado da técnica como referência, o que não significa que esse estágio de conhecimento não possa ser contestado, que não possa evoluir. Afinal o conhecimento é incomensurável, inesgotável.

Percebe-se, assim, que a definição de um modelo de padrão de comportamento, conquanto tenha a virtude de estabelecer um regramento menos fluido do que o vinculado à moral, não solucionou o problema. Além disso, o crescente processo de urbanização e industrialização aumentou substancialmente os conflitos nas mais variadas relações jurídicas: empregador *versus* empregado; fornecedor *versus* consumidor; empresário *versus* empresário; poluidor *versus* sociedade etc.

¹⁶⁷Com muita propriedade, anotou Anderson Schreiber: “Longe de cingirem-se a uma mera discussão linguística em torno da propriedade das expressões empregadas, os ataques dirigidos ao *bonus pater familias* e ao *reasonableman* demonstram que a pretensa neutralidade do modelo abstrato de comportamento, seja na tradição romano-germânica, seja na anglo-saxônica, oculta, a rigor, um modelo específico antropológicamente definido: o do próprio julgador. É mesmo intuitivo que, na aplicação de um *standard* de elevado grau de generalização, o juiz venha a exigir, deliberada ou inconscientemente, do réu o mesmo cuidado que ele ou seus pares adotariam em seu lugar” (*op. cit.*, p. 39).

A culpa foi perdendo espaço e importância. Ela, em muitas relações jurídicas, passou a ser presumida ou mesmo desconsiderada. É o que ocorre na responsabilidade objetiva, que surge independentemente da prática de um ato ilícito; basta que a conduta que ocasionou o dano seja contrária ao direito, sendo irrelevante se a pessoa agiu com culpa.

4.1.1.2 A flexibilização do nexo de causalidade

Efeito análogo se observa quanto ao nexo de causalidade. Este vem experimentando uma flexibilização¹⁶⁸. Conquanto de definição simples – relação de causa e efeito entre a conduta de alguém e o dano suportado por outrem -, o nexo de causalidade é de difícil aplicação. Isso explica a existência de quatro correntes principais que o analisam, mas que, não raro, são invocadas de forma eclética e equivocada.

As teorias mais difundidas são (i) a teoria da equivalência das condições, (ii) a teoria da causalidade adequada, (iii) a teoria da causalidade eficiente e (iv) a teoria da causa direta e imediata.

A primeira dessas teorias, por considerar todas as concausas, por mais remotas que sejam, provocaria, no âmbito da responsabilidade civil, notórios exageros e injustiças. Isso porque a responsabilidade civil não possui o filtro da tipicidade, que vigora no direito penal, de modo que qualquer conduta, ainda que tivesse contribuído apenas indiretamente para o dano, poderia ser considerada para fins de imputação de responsabilidade.

A teoria da causalidade adequada, “para quem a causa de um evento consistia na causa mais apta, em abstrato, à produção daquele resultado”¹⁶⁹, é adotada por parcela expressiva da doutrina e da jurisprudência. Ela parte de uma noção de previsibilidade em condições normais. Assim, caberia ao julgador analisar abstratamente em que condições a situação se daria dentro da normalidade, para assim verificar quem teria dado causa ao resultado danoso. Contudo, ela recebe fortes críticas, por se valer de uma ficção e de um juízo de valor subjetivo do julgador – assim como na culpa -, pois, afinal, não existe um critério seguro e objetivo para se aferir quais seriam as condições consideradas normais de

¹⁶⁸ SCHREIBER, Anderson, *op. cit.*, pp. 55-79

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 58.

determinada relação jurídica. Falar-se-ia, quando muito, na probabilidade de que determinadas circunstâncias, se praticadas, evitariam o dano.

Em virtude dessa incerteza quanto à aplicação da teoria da causalidade adequada, procurou-se formular uma teoria que partisse da análise em concreto da verdadeira causa do evento. Sustenta-se por meio da teoria da causalidade eficiente, que “as condições que concorrem para um certo resultado não são equivalentes, existindo sempre um antecedente que, em virtude de um intrínseco poder qualitativo ou quantitativo, elege-se como verdadeira causa do evento”¹⁷⁰. O ponto negativo e controvertido dessa teoria é a falta de consenso sobre quais seriam os critérios que permitiriam identificar aquela que poderia ser considerada a causa eficiente do dano entre todas as concausas.

A teoria da causa direta e imediata foi adotada expressamente pelo ordenamento brasileiro. O Código Civil de 1916 já a acolhera no seu art. 1.060¹⁷¹. O mesmo se deu em relação ao Código Civil de 2002, conforme o disposto no seu art. 403¹⁷². Conquanto o referido art. 403 trate da responsabilidade civil contratual, admite-se sua aplicação à responsabilidade civil extracontratual¹⁷³.

Para não restringi-la em demasia e permitir, assim, que os danos indiretos e reflexos também possam ser reparados, surgiu a teoria complementar da necessidade causal, pela qual a obrigação de reparar somente nasce quando o dano for efeito necessário de determinada causa.

Nada obstante a adoção expressa da teoria da causa direta e imediata pelo ordenamento brasileiro, a jurisprudência é vacilante. Como demonstra Anderson Schreiber, os tribunais adotam uma posição eclética. As teorias seriam aplicadas de forma combinada, sem que houvesse uma unidade dogmática. Isso, a toda evidência, conduz a total imprevisibilidade do resultado dos julgamentos.

¹⁷⁰SCHREIBER, Anderson, *ibidem*, p. 59.

¹⁷¹Art. 1.060. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato.

¹⁷²Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

¹⁷³Brasil. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 130.764-1/PR. Recorrentes: Ministério Público e o Estado do Paraná. Recorrido: H. Kaminski e Cia. LTDA e outros. Relator: Ministro Moreira Alves. *Diário Oficial de Justiça*, Brasília, DF, 7 de ago 1992, p. 11782. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 28 de jun 2014.

Esse fenômeno não é sentido apenas no Brasil. Tanto países de tradição romano-germânica, quanto os da *Common Law* têm enfrentado esse problema, a ponto de ter sido cunhada a expressão *damageslottery*¹⁷⁴ (“loteria dos danos”).

Esse fenômeno tem consequências. Uma delas é a relativização das excludentes de causalidade. Opera-se a distinção entre a força maior e o caso fortuito, que outrora era desprezada. Isso porque o Código Civil vigente, assim como o revogado, equiparou esses dois institutos, considerando-os em conjunto. Mas a grande complexidade das relações jurídicas e dos conflitos que delas exsurtem tornou necessário o socorro a essa sintonia fina. Não é mais possível considera-los institutos equivalentes, pois a aplicação desses institutos pode levar à consequências diametralmente opostas.

O caso fortuito é “um impedimento relacionado com a pessoa do devedor ou com a sua empresa, enquanto que a força maior é um acontecimento externo”¹⁷⁵. Como destaca Agostinho Alvim, essa distinção permite estabelecer uma diversidade de tratamentos para o devedor da obrigação, consoante o fundamento da sua responsabilidade. Assim, se sua responsabilidade fundar-se na culpa, a ocorrência de caso fortuito o isentaria da obrigação de reparar. Ao contrário, se a responsabilidade fosse amparada no risco, então o simples caso fortuito não o exoneraria.

O caso fortuito e a força maior são, portanto, institutos distintos. Essa distinção deve ser considerada pelo julgador, pois ela poderá conduzir a resultados totalmente diferentes.

Essa definição acerca dos contornos da responsabilidade civil pelo Direito é muito importante, pois é a partir dela que serão conhecidos o padrão de conduta e de comportamento que devem ser adotados.

Em se tratando de atividade empresarial, saber o que pode constituir uma excludente de responsabilidade é essencial. Isto porque essa atividade relaciona-se à organização de fatores de produção com o objetivo de auferir lucros. Ela, portanto, envolve riscos, notadamente acerca da segurança e qualidade dos produtos e serviços oferecidos ao mercado.

¹⁷⁴ ATIYAH, Patrick S.. *Damages Lottery*. Oxford: Hart Publishing, 1997, *passim*.

¹⁷⁵ ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 4ª ed. Saraiva: São Paulo, 1972, p. 330.

Em condições normais de mercado, o empresário deve se esforçar para organizar e combinar os fatores de produção, de modo a auferir o máximo de lucro possível. Isso não é uma tarefa fácil. Ele, para conquistar clientela, precisa oferecer um produto ou serviço que seja útil, seguro e atraente. Além disso, o preço desse produto ou serviço não pode ser exorbitante. Logo, o empresário precisa dimensionar bem os seus custos, para poder oferecer um produto ou serviço que atraia clientes.

Entre os custos que ele precisa conhecer estão aqueles relacionados às obrigações de prevenir os danos advindos de vícios e defeitos dos produtos e serviços que são produzidos e colocados em circulação. Por esses danos o empresário responde objetivamente¹⁷⁶. Observa-se, portanto, que os custos para prevenir danos relacionados à qualidade e segurança dos produtos e serviços oferecidos são necessários para que o empresário possa atuar no mercado, uma vez que a ordem jurídica exige que ele se responsabilize por esse tipo de dano. É o preço que se paga por se atuar no regime de livre concorrência e livre iniciativa. Em outras palavras, são custos de transação.

À guisa de ilustração, cita-se a questão da responsabilidade do empresário por danos sofridos em estacionamento por ele administrado. O Superior Tribunal de Justiça editou o enunciado n. 130 de sua Súmula, segundo o qual “[a] empresa responde, perante o cliente, pela reparação de dano ou furto de veículo ocorridos em seu estacionamento”¹⁷⁷. O entendimento pode mudar quando o dano ocorre pelo emprego de violência irresistível, como no caso de roubo¹⁷⁸. O Superior Tribunal de Justiça possui precedentes afastando a responsabilidade de empresário, por motivo de força maior, em casos como tais. Nesse sentido, afirmou-se que

A força maior deve ser entendida, atualmente, como espécie do gênero fortuito externo, do qual faz parte também a culpa exclusiva de terceiros, os

¹⁷⁶O empresário responde objetivamente quando fornece produtos e serviços a consumidores (CDC, artigos 12 a 25); o mesmo ocorre quando ele os fornece para outros empresários, ainda quando estes os adquiram para emprego em processo de produção. Neste caso, incide a regra prevista no art. 931 do Código Civil.

¹⁷⁷BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Sessão. *Diário Oficial de Justiça*, Brasília, DF, 29 de março 95. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 4 de jul. 2014.

¹⁷⁸Afirma-se que o entendimento pode mudar, pois a jurisprudência é vacilante sobre esse assunto. Há precedentes imputando a responsabilidade a empresário, mesmo em caso de emprego de violência. Cf. a propósito: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.269.691/PB. Recorrente: Manaira Administradora de Bens Ltda. Recorrido: Valéria Maria Simões da Silva. Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti. Relator para o Acórdão: Ministro Luís Felipe Salomão. Quarta Turma. Brasília, DF, 21 de nov. 2013. Diários de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 5 de mar. 2014. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 4 de jul 2014.

quais se contrapõem ao chamado fortuito interno. O roubo, mediante uso de arma de fogo, em regra é fato de terceiro equiparável a força maior, que deve excluir o dever de indenizar, mesmo no sistema de responsabilidade civil objetiva¹⁷⁹.

O empresário, sabedor de que será responsável por danos e furtos ocorridos a pessoas que se utilizam de seu estacionamento, tomará providências para evitá-lo. Como exemplo, ele poderá contratar serviços de segurança, como o monitoramento por câmeras, o controle de acesso por guaritas, rondas com vigilantes¹⁸⁰. A toda evidência, essas providências oneram a atividade produtiva; são custos de transação.

Outra circunstância que corrobora o sentimento de que o nexo de causalidade vem perdendo sua importância é a questão da culpa da vítima e do fato de terceiro. Essas excludentes de responsabilidade vêm sendo aplicadas de forma restrita. Em determinados casos, como nas relações de consumo, essas hipóteses somente podem ser consideradas uma excludente, se a culpa for exclusiva da vítima ou do terceiro.

Anderson Schreiber também vê na aplicação das teorias da responsabilidade pelo resultado mais grave (*thinskullrule*) e da causalidade alternativa, demonstrações de que o nexo de causalidade está sendo relativizado pela jurisprudência.

Pela teoria da responsabilidade pelo resultado mais grave, mesmo circunstâncias não conhecidas pelo autor do fato, devem ser consideradas concausas a justificar a sua responsabilidade. Assim, se numa briga, um dos envolvidos vem a falecer em decorrência de uma cardiopatia, o outro poderá ser responsabilizado civilmente pela sua morte.

Se não for possível identificar quem dentro de um grupo foi o causador do dano, todos responderão solidariamente. Essa é a conclusão da teoria da causalidade alternativa. Assim, se um objeto cai de um edifício atingindo um pedestre, o condomínio responderá, cabendo direito de regresso ao verdadeiro autor do fato, se este for descoberto.

¹⁷⁹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 976.564/SP. Recorrente: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. Recorrido: Consórcio Europa Severiano Ribeiro. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Quarta Turma. Brasília, DF, 20 de set. 2012. *Diário de Justiça Eletrônico*. Brasília, DF, 23 de out. 2012. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 4 de jul. 2014.

¹⁸⁰O empresário, contudo, não precisará formar milícias para evitar condutas criminosas que se valham de violência irresistível, com emprego de armas de fogo, pois isso deturparia a ordem constituída, que permite, via de regra, o uso da força apenas pelo Estado.

Nota-se, portanto, que os “filtros da responsabilidade civil” já não têm o mesmo alcance de outrora.

4.1.1.3 A responsabilidade sem dano

A pós-modernidade trouxe consigo a noção de que a humanidade não é finita. Assim como os arroubos juvenis, apropriados de um ingênuo espírito de coragem, que desconsidera potenciais riscos de grande gravidade, a humanidade experimentou uma sensação de que o mundo não teria fim. Não havia uma sensível preocupação com as gerações futuras, mas sim com o aproveitamento das utilidades que a natureza propicia e que seriam inesgotáveis. Aquela “mão invisível”, conduzida pelo comportamento hedonista de cada um dos indivíduos, era o leme que indicava os caminhos da sociedade.

Com o avanço do tempo, a humanidade vem alcançando a maturidade. E, com ela, percebeu-se que sua espécie é finita; que o mundo pode ter fim; que os recursos naturais se esgotam, e que, portanto, é necessário cuidar desse habitat, para que outras gerações possam existir.

Além disso, o próprio homem precisa de um meio ambiente adequado para se viver e se desenvolver.

Portanto, para que a humanidade seja preservada e para o que indivíduo possa se desenvolver adequadamente é necessário que o meio ambiente esteja sadio.

A partir dessa percepção, desenvolveram-se os princípios da prevenção e da precaução. É certo que esses princípios não tem aplicação apenas em questões ambientais. Eles “têm como objetivo guiar a conduta do cidadão e do Poder Público no intuito de evitar a ocorrência de um dano resultante”¹⁸¹, podendo ser aplicado, em princípio, a qualquer tipo de situação. Todavia, por expressarem cautela, eles devem ser aplicados com moderação, para que não cerceiem direitos legítimos sem um justo motivo.

¹⁸¹LEVY, Daniel de Andrade. *Responsabilidade civil: de um direito dos danos a um direito das condutas lesivas*. São Paulo: Atlas, 2002,p. 129

A prevenção guarda relação com o risco conhecido, aquele que já foi constatado. Ela se refere à probabilidade de dano decorrente de uma atividade comprovadamente perigosa. O princípio da precaução, por seu turno, está relacionado ao risco latente ou potencial. Como bem define Teresa Ancona Lopez,

[...] é aquele que trata das diretrizes e valores do sistema de antecipação de riscos hipotéticos, coletivos ou individuais, que estão a ameaçar a sociedade ou seus membros com danos graves e irreversíveis e sobre os quais não há certeza científica; esse princípio exige a tomada de medidas drásticas e eficazes com o fito de antecipar o risco suposto e possível, mesmo diante da incerteza¹⁸².

Como o princípio da precaução trata de danos apenas potenciais – mas que, se se tornassem reais, seriam muito graves, até mesmo devastadores, quiçá irreversíveis – surge a dúvida se ele poderia servir de substrato para a responsabilidade civil. Em outras palavras, é de se indagar se alguém pode ser responsabilizado civilmente por violar o princípio da precaução.

Trata-se da hipótese em que o risco seria um dano em si mesmo. A doutrina já se referiu a isso como responsabilidade por dano futuro¹⁸³

Esse princípio, à ciência certa, é fonte de obrigações, que deverão ser respeitadas. Nenhuma atividade poderá ser exercida livremente, sobretudo se ela puder causar danos graves. Logo, é perfeitamente possível que o agente que pratica uma conduta potencialmente nociva seja compelido a deixar de fazê-la. Nesse caso, se a atividade já tiver se iniciado, ele poderá ser condenado a restituir as coisas ao seu estado anterior, o que, naturalmente, poderá ser convertido em uma indenização. Isso, todavia, não caracteriza a reparação de um dano potencial, mas apenas a restituição do *status quo*.

Sem embargo das respeitadas opiniões em sentido contrário¹⁸⁴, não se afigura possível a responsabilidade civil sem dano. Um dano meramente hipotético, eventual, futuro não pode servir de substrato para condenação ao pagamento de uma indenização, para o surgimento da obrigação de reparar, pois não se conhece ao certo o que deve ser reparado. Isso deturparia todo o sistema.

¹⁸²LOPES, Teresa Ancona *apud* LEVY, Daniel de Andrade, *op. cit.*, p. 133

¹⁸³RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *A reparação judicial dos danos na responsabilidade civil: um olhar sobre a jurisprudência*. 3. ed.. Coimbra: Almedina, 2006, p. 27-28.

¹⁸⁴LOPEZ, Teresa Ancona *apud* LEVY, Daniel de Andrade, *op. cit.*, p. 148.

O que pode acontecer, como de fato acontece, é a criação, como já dito, de obrigações que encontram justificativa nos aludidos princípios da previsão e da precaução. Aquele que descumpre essas obrigações poderá ser responsabilizado, mas apenas pelos danos que decorrerem diretamente dessa infração. Ele, contudo, não poderá responder por danos incertos e apenas potenciais.

Entre essas obrigações, a que mais se destaca é a da prevenção de danos. O indivíduo deve se precaver e prevenir os danos que poderão decorrer de sua atividade. Ele deve evitar a criação de custos sociais.

A falta ou a insuficiência de prevenção ou de precaução, entretanto, não dão de *per se* origem à obrigação de reparar. Contudo, isso deve ser considerado, quando da análise da responsabilidade. A pessoa precavida, que tomou todas as medidas que estavam ao seu alcance para prevenir danos, não deve sofrer a mesma consequência daquele que nada fez.

A lei pode impor responsabilidade a uma pessoa, ainda que esta não tenha dado causa direta ao dano. Trata-se de consequência do fato de a obrigação possuir duas faces distintas – o débito (*Schuld*) e a responsabilidade (*Haftung*). Nesse caso, a avaliação acerca da conduta do agente pouco influenciará na consequência. Sua responsabilidade surgirá ainda que tomados os cuidados para prevenir danos.

Se a lei fizer essa distinção, ou seja, se ela estabelecer tratamentos distintos para a pessoa que foi diligente e para aquele que não foi, valendo-se dos princípios da prevenção e precaução, surgirá um importante efeito indutor, que premiará a pessoa precavida e que busca não causar danos a outrem. Esse prêmio poderá ser desde a total isenção de responsabilidade à redução do valor da indenização.

Assim, a pessoa que tomou todas as medidas que estavam ao seu alcance e que eram conhecidas na época do fato, pode não ser considerada responsável pelo dano. Veja, por exemplo, que o Código de Defesa do Consumidor, para considerar um produto defeituoso, leva em conta “o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam” (CDC, art. 12, §1º, I) e “a época em que foi colocado em circulação” (CDC, art. 12, §1º, II). Quanto ao serviço, semelhantemente ao que ocorre com o produto, o Código, para o ter como defeituoso, considera se ele foi fornecido com “a segurança que o consumidor dele pode esperar”, em vista do “resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam” (CDC, art. 14, §1º, II) e “a época em que foi fornecido” (CDC, art. 14, §1º, III). Portanto, a lei não exige que os produtos e serviços sejam perfeitos e infalíveis, mas apenas que eles sejam seguros de acordo

com o estado da técnica. Assim, o fornecedor não será responsabilizado se comprovar que buscou prevenir danos, colocando produto ou serviço considerados seguros à luz dos conhecimentos existentes na época.

A regra prevista no parágrafo único do artigo 944 do Código Civil produz efeito assemelhado. Ao prever a possibilidade de o juiz reduzir, equitativamente, a indenização, quando houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, a lei considerou a distinção entre a responsabilidade da pessoa precavida e a daquela que não tomou os cuidados conhecidos e necessários. Esta pessoa terá de reparar o dano integralmente. Já aquela poderá ter reduzida a indenização.

Conclui-se, assim, que a exposição a risco por si só não pode servir como fundamento de uma indenização. Deverá existir algum dano, ainda que meramente moral, para que alguém seja condenado a indenizar outrem. Os princípios da prevenção e da precaução, todavia, poderão ser importantes balizas para averiguar o nexo de causalidade e a própria extensão da indenização.

4.1.2 As dimensões da responsabilidade civil

Outro aspecto importante da teoria da responsabilidade civil diz respeito às suas dimensões. Trata-se de aspecto fundamental para este estudo, pois trata diz respeito à função que esse instituto tem no Direito.

A doutrina clássica concentrava sua análise em apenas uma dessas dimensões, que era a função reparadora. Entretanto, essa concepção, calcada na mais rasteira obviedade, deve ser superada. A responsabilidade civil possui outras funções, tão relevantes quanto a mais estuda delas.

São essas as dimensões preventiva e repressiva. Cada uma delas serão objeto de análise abaixo.

4.1.2.1 A função reparadora

A função mais evidente e aclamada da responsabilidade civil é a de reparar o dano. Ela está claramente prevista na regra geral de responsabilidade civil delitual, prevista no artigo 927 do Código Civil¹⁸⁵.

O Código Civil de 2002, na mesma linha do seu antecessor, adotou o modelo francês de responsabilidade civil extracontratual, tendo previsto uma cláusula geral bastante aberta. Esta, ao contrário do que ocorre com o modelo alemão, não prevê expressamente os bens e direitos tutelados, que, uma vez violados, geram o dever de indenizar. Ela adota o princípio do *neminem laedere*, segundo o qual qualquer dano causado com culpa deve ser indenizado¹⁸⁶.

Assim, uma vez presentes os elementos que configuram a responsabilidade civil, o dano será considerado juridicamente relevante, devendo ser reparado. Essa reparação deve ser integral, de modo que a pessoa lesada retorne ao estado anterior ao dano. Se isso não for possível, a indenização deverá corresponder a um bem ou valor equivalente ao dano efetivamente suportado.

Em princípio, não há responsabilidade civil sem dano. Uma pessoa, ainda que pratique um ato ilícito, não poderá ser condenada a indenizar outrem, se este não sofreu dano. Logo, deverá existir um dano, para que surja a obrigação de indenizar.

O dano também deverá ser certo. Não se deve indenizar um dano que está apenas no campo da hipótese. O dano deverá ser real, não simples suposição. Nessa linha, o dano também deverá ser atual, ou seja, não se pode demandar a reparação de um dano a que se apenas vislumbra, um dano futuro, que ainda não tenha atingido o pretense ofendido. Segundo Carlos Roberto Gonçalves:

[...] nenhuma indenização será devida se o dano não for “atual” e “certo”. Isto porque nem todo dano é ressarcível, mas somente o que preencher os requisitos de certeza e atualidade.

Segundo Lalou (Traité pratique de la responsabilité civile, n. 137-40), atual é o dano que já existe “no momento da ação de responsabilidade; certo, isto é, fundado sobre um fato preciso e não sobre hipótese”. Em princípio, acrescenta, “um dano futuro não justifica uma ação de indenização”. Admite, no entanto, que essa regra não é absoluta, ao ressaltar que uma ação de perdas e danos por um prejuízo futuro é possível quando este prejuízo é a consequência de um “dano presente e que os tribunais tenham elementos de apreciação para avaliar o prejuízo futuro”.

¹⁸⁵Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

¹⁸⁶Sobre a distinção entre os modelos francês e alemão v. PEREIRA, Régis Velasco Fichtner. A *Responsabilidade Civil Pré-Contratual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 9 e segs.

O requisito da “certeza” do dano afasta a possibilidade de reparação do dano meramente hipotético ou eventual, que poderá não se concretizar. Tanto assim que, na apuração dos lucros cessantes, não basta a simples possibilidade de realização do lucro, embora não seja indispensável a absoluta certeza de que este se teria verificado sem a interferência do evento danoso. O que deve existir é uma probabilidade objetiva que resulte do curso normal das coisas, como se infere do advérbio “razoavelmente”, colocado no art. 402 do Código Civil (“o que razoavelmente deixou de lucrar”). Tal advérbio não significa que se pagará se se puder, razoavelmente, admitir que houve lucro cessante (idéia que se prende à existência mesma do prejuízo)¹⁸⁷.

O principal problema do dano é a sua comprovação. Nem sempre o dano é de fácil demonstração. As vezes ele é demonstrado, mas não é possível quantificá-lo economicamente com precisão. Pense-se no exemplo da venda por ambulantes de produtos falsificados de uma marca de luxo. O público consumidor desses produtos não é o mesmo da marca da luxo. Dificilmente a pessoa que compra um produtos desses, o compraria no comércio ambulante. É inegável que a detentora da marca tem um dano – notadamente de sua imagem -, mas esse dano é de difícil quantificação, uma vez que envolva a análise de custos relacionados à criação e desenvolvimento da marca e sua divulgação no mercado.

Esse é um problema que pode ser solucionado, se se considerar, para a fixação da indenização, a necessária recomposição das condições ideais de mercado, com a supressão das falhas identificadas no caso concreto. Esse tema será tratado no capítulo 5.

4.1.2.2 A função preventiva

A cláusula geral de responsabilidade é um importante mecanismo de prevenção de danos. Isso porque ela influencia a conduta das pessoas. Elas tendem a ser mais precavidas e previdentes, pois sabem que sofrerão consequências se causarem danos a terceiros.

Equivoca-se quem enxerga a função preventiva apenas nas normas que preveem punições. O sistema normativo influencia a conduta dos indivíduos, quando prevê consequências para determinados atos. Essas consequências podem

¹⁸⁷GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 530.

estabelecer um agravamento da situação da pessoa, mas também podem melhorá-la.

A coação não constitui atributo do Direito. Ela é um elemento acidental, pois surge apenas quando a norma é violada. Se ela não for contrariada, não será praticado nenhum ato coercitivo. Como esclarece Álvaro Melo Filho, “a coerção é potência, é a possibilidade jurídica da coação, configurando-se assim como coação virtual ou latente”, de forma que “a coação só ocorre quando a norma jurídica for atingida”. “Logo”, conclui o jurista, “a norma jurídica existe anterior e independentemente à coação, que, como tal, não lhe é essencial”¹⁸⁸.

No Estado liberal, Direito e coação pareciam indissociáveis. O Direito deveria ser dotado de força, para que o cumprimento das normas fosse impositivo. Ele, contudo, não deveria se imiscuir no campo da liberdade individual. Aquilo que não fosse proibido, deveria ser considerado permitido e, portanto, fora da alçada do Direito e do Estado.

Com o advento do Estado social, o Direito conheceu uma nova função: a de promover políticas públicas. Em vista dessa nova função, a simples repressão se tornou insuficiente. Além de reprimir, o Direito deveria também incentivar determinadas condutas, sem as quais não seria possível se alcançar determinados objetivos traçados em políticas públicas.

Esses incentivos seriam dados por meio de recompensas, prêmios estabelecidos pela norma. Portanto, a sanção, que é a consequência jurídica da aplicação da norma, não se limitaria a prever punições; ela também indicaria recompensas.

Essa recompensa pode ser qualquer tipo de benefício que a lei preveja. Pode ser um crédito, uma anistia ou mesmo uma isenção.

No caso de responsabilidade civil, é evidente que a previsão de uma consequência gravosa para aquele que pratica um ato antijurídico constitui um mecanismo de prevenção. Essa sanção negativa ou punitiva produz um efeito psicológico, que auxilia na prevenção de danos. Mas a lei também pode, como forma de estimular a adoção de medidas de prevenção e precaução, prever certos estímulos à adoção de práticas de prevenção e precaução. Isso pode se dar até

¹⁸⁸MELO FILHO, Álvaro *apud* BENEVIDES FILHO, Maurício. O que é sanção? *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará*. Ceará, 2013, v. 34, n. 1, jan./jun. 2013, p. 358-359.

mesmo como forma de se aferir a extensão da responsabilidade, como, por exemplo, o faz o parágrafo único do art. 944 do Código Civil.

A função preventiva da responsabilidade civil, todavia, não pode chegar ao ponto de estabelecer uma responsabilidade civil sem dano. A simples exposição a risco, em princípio, não gera a obrigação de indenizar. Deverá haver algum dano, ainda que simplesmente moral.

4.1.2.3 A função repressiva

Uma das questões mais polêmicas da responsabilidade civil é a de saber se ela também teria uma função repressiva.

A separação entre Direito Privado e Direito Público, decorrente do processo de racionalização do Direito, levou ao rompimento da sistemática medieval da vingança privada. O Estado chamou para si a tarefa de disciplinar os conflitos sociais; ele o fez distinguindo a reparação do dano da pena.

A reparação do dano seria regulada pelo Direito Privado. Ela se limitaria a restabelecer o patrimônio da vítima; não estaria ao seu alcance a imposição de uma pena ao causador do dano. A pena seria disciplinada pelo Direito Público, notadamente pelo direito penal e pelo direito administrativo. Ela teria o objetivo de punir o ofensor.

Sucedem que essa divisão não é absoluta. O direito penal ou direito administrativo podem prever mecanismos que visam à reparação dos danos suportados pela vítima¹⁸⁹. Assim como o direito civil prevê penas, como a revogação da doação pela ingratidão do donatário (CC, art. 557); a perda do direito sobre os bens sonegados pelo herdeiro (CC, art. 1.992)¹⁹⁰; a exigência antecipada de dívida pelo credor (CC, 939); o pagamento em dobro no caso de cobrança de dívida já

¹⁸⁹ Cita-se o exemplo do art. 74 da Lei n.º 9.099/95, que prevê a possibilidade de composição civil no procedimento do Juizado Especial Criminal: “Art. 74. A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo Juiz mediante sentença irrecurável, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente. Parágrafo único. Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação”.

¹⁹⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, Tratado..., *op. cit.*, t. LIII, p. 77

paga (CC, 940); as sanções pela litigância de má-fé (CPC, arts. 16, 17, 18)¹⁹¹; as *astreintes* (CPC, art. 461, § 4º); a multa pela prática de ato atentatório à dignidade da justiça (CPC, art. 601); o pagamento em dobro da quantia cobrada indevidamente (CDC, art. 42); a restituição em dobro das arras ou a sua perda no caso de arrependimento (CC, art. 418); a cláusula penal (CC, art. 408)¹⁹² entre outras.

A alegação da existência dessa divisão, portanto, não é suficiente para se afirmar a impossibilidade do estabelecimento de uma indenização ou condenação punitiva.

Além disso, gera uma certa inquietação o fato de a culpa ser considerada para a definição do *andebeatur* (“existência da dívida”), mas não para o *quantum debeatur* (“valor da dívida”). Pouco importaria, assim, se o ofensor agisse com dolo ou culpa grave; a consequência do seu ato seria a mesma, pelo menos no âmbito civil.

A ideia de uma indenização punitiva não soa estranho. Ela seria concebida como forma de punir a malícia ou uma conduta arbitrária¹⁹³. Teria assim, uma forte função repressora e mesmo preventiva, pois se consubstanciaria em instrumento de indução negativa da prática de atos ilícitos.

À ciência certa, ela não se enquadra nos limites do princípio da reparação integral. Isso porque a condenação punitiva não refletiria a perda da vítima - seja ela patrimonial ou não – mas sim uma verdadeira punição imposta ao ofensor.

O ordenamento brasileiro não a prevê expressamente. Isso, por si só, já consubstancia um enorme entrave para a sua adoção, pelo menos de forma autônoma, porque, em sendo uma pena, há de ser prevista em lei, como impõe o art. 5º, XXXIX, da CRFB. Logo, se a lei não estabelece essa pena, ela não poderá ser aplicada isoladamente.

Além disso, existe o obstáculo da destinação dessa indenização. Se o ofensor já reparou todo o dano por meio de indenização paga ao ofendido, este, se

¹⁹¹DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11ª ed. (rev. Atual. Ampl. Por Rui Berford Dias). Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 998-999)

¹⁹²LEVY, Daniel de Andrade, *op. cit.*, p. 71. É importante advertir que a doutrina não é unânime em caracterizar as arras penitenciais e a cláusula penal como pena civil. Para parte da doutrina, não se trata de hipótese de indenização sem dano, mas sim de dispensa de alegação de prejuízo. Nada obstante, admite-se, em vista da dispensa da prova do dano, que a indenização possa vir a ser devida mesmo quando não houver nenhuma perda. Cf. ALVIM, Agostinho, *op. cit.*, p. 180.

¹⁹³ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 143.

recebesse uma indenização extra, enriquecer-se-ia sem que houvesse justificativa para tanto.

Por fim, em vista da adoção da teoria do risco pelo Código Civil e também por outros diplomas legais, como o Código de Defesa do Consumidor, a aferição do dolo do ofensor – requisito indispensável para o estabelecimento de uma indenização punitiva – ficaria em muito prejudicada, já que nas demandas em que ela fosse tratada, não seria necessário discutir a culpabilidade do ofensor, uma vez que a responsabilidade seria objetiva. De mais a mais, o Código Civil somente autorizou a análise da culpa para reduzir a indenização e não para majorá-la¹⁹⁴.

A jurisprudência brasileira é francamente contrária à adoção de indenização puramente punitiva. Contudo, aceita-se a sua aplicação, de forma restrita, na indenização por danos morais. Assim, fala-se que a indenização por dano moral deve ser exemplar; deve expressar uma função pedagógica; deve ter o objetivo de desestimular a perpetração da conduta antijurídica. Em outras palavras, reconhece o Superior Tribunal de Justiça a função punitiva do dano moral¹⁹⁵.

Essa função vem sendo considerada, ao lado de critérios como a posição social ou política do ofendido, a situação econômica do ofensor, a intensidade do ânimo de ofender, a gravidade e repercussão da ofensa – critérios que já eram previstos no revogado Código Brasileiro de Telecomunicações¹⁹⁶ e no art. 53, II da Lei de Imprensa¹⁹⁷ -, para a fixação do valor da indenização. Cita-se, à guisa de exemplo, o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do recurso especial 355.392/RJ, cuja ementa é bastante esclarecedora:

DANO MORAL. REPARAÇÃO. CRITÉRIOS PARA FIXAÇÃO DO VALOR. CONDENAÇÃO ANTERIOR, EM QUANTIA MENOR.

Na fixação do valor da condenação por dano moral, deve o julgador atender a certos critérios, tais como nível cultural do causador do dano; condição

¹⁹⁴ Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização.

¹⁹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.171.826/RS. Recorrente: AES Sul Distribuidora Gaúcha de Energia S/Ae outro. Recorrido: IRB - Brasil Resseguros S/A. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 27 de maio 2011. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em 15 de jun 2014.

¹⁹⁶ Cf. artigo 84 da Lei n. 4.1117/62: “Na estimação do dano moral, o Juiz terá em conta, notadamente, a posição social ou política do ofendido, a situação econômica do ofensor, a intensidade do ânimo de ofender, a gravidade e repercussão da ofensa”.

¹⁹⁷ Cf. artigo 53, II da Lei n. 5.250/67: “No arbitramento da indenização em reparação do dano moral, o juiz terá em conta, notadamente: [...] A intensidade do dolo ou o grau da culpa do responsável, sua situação econômica e sua condenação anterior em ação criminal ou cível fundada em abuso no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e informação”.

sócio-econômica do ofensor e do ofendido; intensidade do dolo ou grau da culpa (se for o caso) do autor da ofensa; efeitos do dano no psiquismo do ofendido e as repercussões do fato na comunidade em que vive a vítima.

Ademais, a reparação deve ter fim também pedagógico, de modo a desestimular a prática de outros ilícitos similares, sem que sirva, entretanto, a condenação de contributo a enriquecimentos injustificáveis.

Verificada condenação anterior, de outro órgão de imprensa, em quantia bem inferior, por fatos análogos, é lícito ao STJ conhecer do recurso pela alínea c do permissivo constitucional e reduzir o valor arbitrado a título de reparação.

Recurso conhecido e, por maioria, provido.¹⁹⁸

Essa função pedagógica – conquanto tenha nítido caráter punitivo – afigura-se legítima. A indenização por danos morais não é, a rigor, uma pena. Ela se situa no âmbito da reparação dos danos. Ocorre que, em vista de suas características peculiares – afinal ela serve para reparar dano extrapatrimonial, que, em princípio, não tem como ser quantificado – não existe empecilho para que, na avaliação do valor da indenização, o julgador considere também um efeito indutor de conduta para que a prática ilícito não se repita. Evidentemente, que ele deverá se valer desse “tempero” *cum grano salis*¹⁹⁹, o que não o impede de fazê-lo.

Também se advoga a adoção dos *punitivedamages* em casos que envolvam pequenos danos ou nos chamados “danos lucrativos”. Neste caso, o ofensor tem como quantificar os efeitos de uma futura condenação e, considerando isso, provoca o dano, pois, mesmo pagando a indenização, ele lucrará. Naquele outro, o ofensor pratica reiterados pequenos danos, atingindo várias pessoas, que isoladamente, não buscariam ressarcimento, em razão do pequeno valor do dano.

No primeiro caso – dos pequenos danos – essa conduta até poderia ser alvo de uma indenização punitiva, mas dentro do conceito de dano moral. Seria um dano moral coletivo, decorrente da violação de bens tutelados, como a boa-fé, a função social da empresa, a proteção do consumidor.

O segundo caso, contudo, não seria de indenização punitiva, mas sim de reparação por enriquecimento sem causa. Isso porque, se o ofensor lucrou ao prejudicar outrem, é sinal que ele se valeu de bem alheio para enriquecer. E se o fez, nada mais legítimo do que ele restituir o que auferiu.

¹⁹⁸BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 355.392/RJ. Recorrente: Grupo de Comunicação Três S/A. Recorrido: Victor Augusto Duarte Fasano. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Rel. p/ Acórdão Ministro Castro Filho. *Diário Oficial de Justiça*, Brasília, DF, 16 de jun 2002. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 15 de jun 2014.

¹⁹⁹THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Dano moral*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 7. ed., 2010, p. 47.

A indenização punitiva, conquanto possua grandes obstáculos para ser acolhida irrestritamente pelo ordenamento jurídico brasileiro, notadamente em virtude da falta de previsão em lei e da vedação ao enriquecimento sem causa, vem sendo aplicada, como critério de arbitramento da indenização por dano moral, com o intuito de reprimir a prática de atos ilícitos.

4.1.3 O abuso do direito

O direito romano tinha uma visão individualista sobre a norma jurídica. Vários brocardos latinos apontam que o exercício de um direito reconhecido não criaria responsabilidade, ainda quando este exercício prejudicasse ou causasse danos: *nemodamnum facit, nisi qui id fecit, quod facere ius non habet* (ninguém causa dano, a menos que faça algo que não se tinha o direito de fazer); *nullus videtur dolo facere qui iure suo utitur* (não se reputa agir com *dolo* quem usa de seu direito); *neminem laedit qui suo iure utitur* (no exercício de direito próprio não se causa dano a ninguém).

Os direitos eram considerados individualmente, como se fossem exercidos de forma estanque, sem que houvesse contato com outros direitos. Eles conviveriam sem nunca se entrelaçarem, daí a percepção de que existiriam direitos absolutos, que não cederiam a nada, nem a ninguém. Como destaca Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, pela concepção atômica dos direitos subjetivos, “[n]inguém depende do outro; nem ofende o outro. Movem-se, convivem, sem nunca se encontrarem”.²⁰⁰ Mas, como o próprio jurista assevera, “o mundo jurídico não é assim. Nunca o foi. Os direitos topam uns nos outros. Cruzam-se. Molestam-se. Têm crises de lutas e de hostilidades”²⁰¹.

De fato, surgiram em Roma institutos que transpareceriam a ideia de abuso. Fala-se em três institutos: a *aemulatio* (ato emulativo), a *exceptio doli* (exceção de dolo) e a regulação das relações de vizinhança. Sucede que esses institutos não foram acompanhados por uma sistematização, e não tiveram consagração geral no

²⁰⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, *op. cit.*, p. 113.

²⁰¹ *Ibidem*, p. 114.

direito romano, ainda que sob terminologia diversa²⁰². Logo, não é correto se extrair sua origem desse quadro.

A expressão *abusdudroit* (abuso do direito) deve-se ao autor belga François Laurent, que a criou para nominar uma série de situações jurídicas, ocorridas na França, nas quais o tribunal, não obstante reconhecesse, na questão de fundo, a excelência do direito, veio a estabelecer condenação em virtude da irregularidade no seu exercício²⁰³. Como assinala António Manuel da Rocha e Meneses Cordeiro:

As primeiras decisões judiciais do que, mais tarde, na doutrina e na jurisprudência, viria a ser conhecido por abuso do direito, datam da fase inicial da vigência do Código Napoleão. Assim, em 1808, condenou-se o proprietário duma oficina que, no fabrico de chapéus, provocava evaporações desagradáveis para a vizinhança. Doze anos volvidos, era condenado o construtor de um forno que, por carência de precauções, prejudicava um vizinho. Em 1853, numa decisão universalmente conhecida, condenou-se o proprietário que construía uma falsa chaminé, para vedar o dia a uma janela do vizinho, com quem andava desavindo. Um ano depois, era a vez do proprietário que bombeava, para um rio, a água do próprio poço, com o fito de fazer baixar o nível do do vizinho. Em 1861, foi condenado o proprietário que, ao proceder a perfurações no seu prédio, provocou, por falta de cuidado, desabamentos no do vizinho. Seguir-se-iam, ainda, numerosas decisões similares, com relevo para a condenação, em 1913, confirmada pela Cassação, em 1915, por abuso de direito, do proprietário que erguera, no seu terreno, um dispositivo dotado de espigões de ferro, destinado a danificar os dirigíveis construídos pelo vizinho²⁰⁴.

Um fato curioso é que as decisões judiciais que consagraram o abuso do direito não puderam se basear em disposições legais. O Código Civil Napoleônico não fazia qualquer alusão ao abuso do direito. Havia sim cláusula geral de responsabilidade, prevista no artigo 1.382 do aventado Código²⁰⁵. Conquanto esta expressasse a ideia fundamental de que a liberdade deve ser exercida dentro de determinados limites, entre os quais o de não causar danos a outrem, não existia disposição que mencionasse o exercício abusivo de um direito subjetivo.

Os tribunais buscaram fundamentar essas decisões em conceitos difundidos pela doutrina. Assim foi que, no mencionado caso da chaminé falsa, afirmou-se que

[...] se é de princípio que o direito de propriedade é um direito de algum modo absoluto, autorizando o proprietário a usar a abusar da coisa, o exercício desse direito, no entanto, como o de qualquer outro, deve ter por

²⁰² CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Meneses. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 673.

²⁰³ *Ibidem*, p. 671.

²⁰⁴ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Meneses, *op. cit.*, p. 671.

²⁰⁵ Art. 1.382. Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer.

limite a satisfação de um interesse sério e legítimo; os princípios da moral e da equidade opõem-se a que a justiça sancione uma acção inspirada pela malquerença, cometida sob o domínio da má paixão e provocando um prejuízo grave a outrem²⁰⁶.

Fato é que o choque entre direitos subjetivos talvez seja a questão mais tormentosa do Direito. A solução para um caso, no qual a conduta praticada é manifestamente antijurídica é muito mais simples, do que de um, no qual a conduta, a princípio, é juridicamente reconhecida como um direito. A solução de um caso de furto é muito mais simples, do que a de um proprietário de imóvel que aumenta o tamanho do muro e, com isso, tira a vista do vizinho. A questão fática pode até ser mais complexa no primeiro caso; mas, uma vez definido o que de fato aconteceu, a solução jurídica será muito mais fácil de ser alcançada.

Já o conflito entre direitos subjetivos reconhecidos é muito mais complicado de ser solucionado. Saber ao certo quais são os limites de um direito e quando estes são ultrapassados ou exercidos de forma abusiva é tarefa das mais instigantes e, ao mesmo tempo, ingratas.

Na modernidade, a ideia de que os direitos subjetivos expressavam a liberdade e que, portanto, seriam absolutos, foi cedendo, sobretudo após as Grandes Guerras, a valores sociais. Isto implicou na introdução, no próprio direito subjetivo, de elementos que, em nível macro-jurídico, têm vindo a colorir as ordens jurídicas pós-liberais: igualdade e consideração social. Este sentido acrescentou ao conceito de direito subjetivo, que mantém-se centrado na liberdade, valores como a cooperação, a participação e a responsabilidade ou a existência de deveres imanes, de que a boa-fé objetiva e a chamada função social são exemplos²⁰⁷.

Os dilemas da pós-modernidade só aumentam a complexidade desse problema. O reconhecimento e a valorização das diferenças implicam na tutela de valores e também de direitos dos mais variados matizes. Veja, por exemplo, o caso do casal de lésbicas surdas, que resolvem ter um filho também surdo, mencionado por Michael J. Sandel, no livro *Contra a perfeição*. Essas mulheres entendiam a surdez não como uma deficiência física, mas sim como um traço de identidade cultural. Elas nutriam um sentimento de pertencimento a essa “classe” de surdos, logo pretendiam que seu filho também participasse dela. Elas então procuraram um

²⁰⁶CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Meneses, *idem*, p. 678.

²⁰⁷CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Meneses, *op. cit.*, p. 666.

doador de esperma cuja família tivesse um histórico de cinco gerações de surdez. E conseguiram e seu filho nasceu surdo²⁰⁸.

Será que essa criança não poderia reclamar uma reparação pelo fato de sua concepção ter sido direcionada para que ele fosse surdo? Partindo da premissa que esse tipo de seleção genética seja considerado lícito, as pessoas que participaram desse processo, as mulheres lésbicas, o doador do espermatozóide, os médicos que assistiram a concepção, poderiam ser responsabilizados por isso?

Na França ficou famoso o caso chamado *Affaire Perruche*, no qual a *Cour de Cassation* reconheceu a um adolescente o direito de ser indenizado pelos danos derivados de seu “nascimento com grave deficiência física” decorrente de rubéola contraída por sua mãe durante a gravidez. Nesse caso, a mãe desse adolescente havia firmado contrato com os médicos que a assistiram, no qual declarou expressamente que desejava interromper a gravidez, caso fosse confirmado o diagnóstico de rubéola²⁰⁹. Esse caso suscitou várias discussões: o adolescente teria direito a uma reparação pelo simples fato de ter nascido, já que a deficiência física pretensamente não poderia ter sido evitada? Agiram os médicos ilicitamente, quando não interromperam a gravidez?

As colisões entre direitos reconhecidos são verdadeiramente inquietantes. Nos casos acima mencionados são tencionados princípios como o da dignidade humana, o da autonomia da vontade, o da autodeterminação e o da liberdade. Já no campo do direito comercial, outros princípios podem entrar em rota de colisão. Recordar-se da sempre intrincada questão do abuso de direito de voto no âmbito do direito societário (Lei n. 6.404/76, art. 115 e Código Civil, art. 1.010, § 3º). Veja, ainda, por exemplo, o caso do assédio de um concorrente para que um distribuidor, que tem obrigação de exclusividade, rompa o contrato com o proponente e passe a distribuir as suas mercadorias. A rigor, não há uma regra jurídica que impeça o concorrente de prometer ao distribuidor condições de trabalho mais vantajosas do que o do seu concorrente. Mas, até que ponto essa prática não atinge princípios como o da livre concorrência e da função social do contrato?

É válida a lição de que os direitos subjetivos, conquanto expressão da liberdade, devem ser exercidos à luz da finalidade social e econômica que o

²⁰⁸SANDEL, Michael J. *Contra a perfeição: ética na era da engenharia genética*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013, 15-19.

²⁰⁹SCHREIBER, Anderson, *op. cit.*, p. 97.

ordenamento lhes atribui²¹⁰. Há, assim, de se perquirir, em um caso de colisão, os limites objetivo-finalísticos dos direitos subjetivos em atrito. Nesse diapasão, desenvolveram-se institutos jurídicos, inspirados na boa-fé, voltados ao tratamento de típicos exercícios abusivos de direitos. É o caso da proibição de comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*), também conhecida como teoria dos atos próprios; do aproveitamento de atos jurídicos, quando, conquanto crivados por nulidades formais, não causarem danos (*pas nullité sans grief*); da *suppressio*— que se dá, quando o direito, pelo fato de não ter sido exercido durante um determinado lapso de tempo e desde que atendidas determinadas circunstâncias, não possa mais sê-lo — e da *surrectio*— que tem sentido contrário ao da *suppressio*, isto é, é a situação de criação de direito, em virtude de práticas reiteradas, ainda que não estabelecidas por acordo de vontades prévio; o *tu quoque* ou exercício de posição jurídica indevidamente obtida.

No âmbito das relações jurídicas, notadamente naquelas inseridas no mercado, a previsibilidade da conduta do outro é deveras importante. Os agentes de mercado não formulam suas projeções em cima de dados que considerem a infração de leis e contratos. Elas consideram, à evidência, que as pessoas agiram conforme a lei e exerceram apenas os direitos reconhecidos.

O abuso do direito afeta essa previsibilidade das relações jurídicas. E com isso, ele causa perdas superiores aquelas previstas pela escola neoclássica. Eles geram custos sociais e de transação.

Logo, a definição dos contornos dos direitos e a solução desses conflitos entre direitos reconhecidos são necessárias para que os custos de transação sejam reduzidos, permitindo que haja um incremento de eficiência na alocação dos recursos.

4.2 A responsabilidade negocial

²¹⁰Código Civil, artigo 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Conquanto seja possível se extrair bens diretamente da natureza, no estágio atual da sociedade, não seria exagerado afirmar que inexistente pessoa autossuficiente. A todo momento a pessoa terá a necessidade de fruir de bens e serviços que são produzidos por outrem. Esses atos de cooperação, para se valer da expressão de Emilio Betti²¹¹, fazem surgir relações jurídicas de natureza pessoal, “nas quais a questão central reside no surgimento de uma obrigação que alguém assume de prestar alguma coisa em favor de outrem²¹²”.

Essa cooperação envolve trocas. As pessoas buscam satisfazer suas vontades, relacionando-se entre si, por meio delas - as trocas. Haveria assim uma perene circulação e renovação de bens, semelhantemente como ocorreria com os serviços. O direito teria, então, uma função dinâmica voltada para tornar possível essas relações²¹³. Para tanto, elas buscam um ambiente propício para que elas ocorram. Esse ambiente é o mercado²¹⁴.

A princípio, essa função dinâmica do direito em relação ao mercado seria a de estabelecer uma disciplina, que assegurasse a liberdade das pessoas e permitisse que elas atuassem com autonomia. Dessa forma, elas teriam condições de decidir quando e o que contratar, sem que houvesse nenhum outro impulso, a não ser a sua própria vontade.

Se se admitir que as pessoas preferem obter o máximo de utilidade dos bens e serviços a que dispõe e, com isso, auferir o máximo de bem-estar possível, concluir-se-ia que ninguém desejaria realizar uma troca que lhe fosse desvantajosa. Assim, as trocas tenderiam a ser equilibradas.

Por essa visão, o contrato – um dos pilares da concepção do liberalismo clássico –, por ser o resultado da atuação das forças de mercado, seria sempre justo. Ele representaria a vontade das partes, sendo que estas seriam fruto da racionalidade. Assim, ainda que as obrigações não fossem exatamente equivalentes, ele não poderia ser considerado iníquo, nem deveria, por esse motivo, ser invalidado, uma vez que traduziria o livre exercício da autonomia privada, circunstância que, por si só, o tornaria inatacável.

²¹¹BETTI, Emilio. *Teoria general de las obligaciones*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, t. I, 1969, p. 3 e segs.

²¹²PEREIRA, Regis Velasco Fichtner, *idem*, p. 26.

²¹³VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Contratos mercantis e a teoria geral dos contratos* – São Paulo: QuartierLatin, 2010, p. 44.

²¹⁴Segundo a teoria econômica, em um mercado “puro”, a cooperação entre os indivíduos é alcançada inteiramente pelas trocas voluntárias (FRIEDMAN, Milton. *Price Theory*. New Brunswick (USA) and London (UK): Aldine Transaction, 2008, p. 5)

Como assevera Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa, com base nos ensinamentos de Guido Alpa,

[d]o ponto de vista econômico, afirma-se que o contrato realiza uma única operação econômica (mesmo que altamente complexa), suportado por uma *veste jurídica*, dentro da qual as partes atuam de forma racional, em tese dispondo de todas as informações necessárias, regulando todos os aspectos relevantes e tendo em conta todos os eventos sucessivos, dotadas as mesmas partes de igual poder contratual e agindo de boa-fé. Desta maneira, o contrato satisfaria o *ótimo de Pareto*, uma vez que aumentaria o bem-estar coletivo ao mesmo tempo em que o faria também em relação a cada uma das partes²¹⁵.

Essa visão de que o contrato é fruto da livre manifestação de vontade e da autonomia privada das partes envolvidas e que esse acordo resultaria no estabelecimento de obrigações economicamente equivalentes traduz o arquétipo do contrato pela visão dos economistas neoclássicos. Trata-se de um conceito ideal de contrato, que parte da premissa de que o mercado funcionaria sempre adequadamente, sem quaisquer falhas.

Além disso, esse conceito ideal de mercado desconsiderou uma circunstância importantíssima, a de que o negócio jurídico também produz efeitos externos.

O contrato era visto como um fenômeno isolado, cujos efeitos eram sentidos apenas por aqueles que dele participavam. Acreditava-se na sua relatividade. Sucede que, ao contrário do que se supunha, ele é sensível ao meio em que está inserido. Ele tanto pode receber influências de outras relações havidas no ambiente de mercado, como pode influenciá-las.

Isso se tornou uma preocupação do direito. A autonomia privada passou a sofrer restrições, sobretudo por meio das normas de ordem pública, que impõem cláusulas obrigatórias, dirigindo as relações econômicas, de maneira a não só proteger o interesse dos hipossuficientes, como a evitar a produção de efeitos externos que afetem negativamente terceiros e o próprio mercado.

4.2.1 O inadimplemento contratual

²¹⁵VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Op. cit.*, p. 23-24.

A preocupação mais evidente do direito é com o inadimplemento. Não se deve admitir que aquele que contraiu uma obrigação a descumpra. O não cumprimento do avençado deverá, em princípio, conduzir à responsabilização daquele que deixou de fazer firme o apalavrado.

A obrigação deve ser cumprida no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer (CC, art. 394). E tanto o credor quanto o devedor podem ser considerados descumpridores da obrigação.

O inadimplemento pode ser absoluto ou relativo. Ele será absoluto, quando a prestação não for mais possível de ser cumprida ou se ela não for mais útil para o credor. Nesse caso, a consequência do inadimplemento será a resolução do negócio jurídico.

O inadimplemento também poderá ser relativo, quando o seu cumprimento ainda for possível e útil. Fala-se, então, em mora. Neste caso, o vínculo obrigacional persistirá, entretanto, caberá ao devedor, que deixou de cumprir a obrigação no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer, responder pelos prejuízos a que sua mora der causa, mais juros, atualização dos valores monetários segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado (CC, art. 395). Se a mora for do credor, além de o devedor, que agir sem dolo, ficar isento de reponsabilidade pela conservação da coisa, ele será obrigado a ressarcir as despesas empregadas com a sua conservação, e também deverá recebê-la pela estimação mais favorável ao devedor, se o seu valor oscilar entre o dia estabelecido para o pagamento e o da sua efetivação (CC, art. 400).

Mas não é só. O tráfico de riqueza ocasionado pelas trocas materializadas pelos negócios jurídicos devem seguir determinados padrões de transparência, ética e moralidade, que tornem essas relações jurídicas equilibradas. Um mercado eficiente pressupõe que nesses negócios não surjam riscos superiores àqueles das áleas naturalmente existentes. Uma parte não deve lograr vantagem tão superior à utilidade obtida pela outra, se esta com isso não concordou, de forma livre e consciente, e se não for da natureza do negócio.

Com vistas à preservação dessa instituição indispensável para a circulação da riqueza e para o sistema de cooperação, que é o mercado, dispõe o Código Civil de 2002, no seu art. 421, que “[a] liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

O ordenamento jurídico, portanto, reconhece que o contrato possui uma função social. Trata-se de um instituto que tem uma importância crucial no sistema de cooperação - o qual permite que as pessoas troquem bens e serviços que lhes abundam, por outros bens e serviços que lhes sejam úteis. Esse sistema promove a circulação da riqueza. E, se funcionar adequadamente, auxilia da preservação da paz social.

O contrato, portanto, deve ser visto como uma engrenagem desse sistema de cooperação, que promove a circulação da riqueza e que permite, assim, que as pessoas busquem, por meio de trocas, obter as utilidades necessárias para que alcancem bem-estar.

Para que isso seja alcançado, é necessário, como visto, que os negócios sejam realizados seguindo determinados padrões de ética e moralidade. Não por outro motivo, o Código Civil determina que “[o]s contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé” (CC, art. 422).

Os princípios da função social, da probidade e da boa-fé não são vinculados à obrigação principal de um contrato. Na verdade, eles estabelecem obrigações relacionadas aos efeitos que o negócio jurídico deverá produzir. Eles são importantes para resguardar o contrato como instrumento do mercado, como mecanismo para permitir a divisão do trabalho e o sistema de cooperação social.

Logo, é perfeitamente possível que a obrigação principal seja adimplida, sem o cumprimento desses princípios e das obrigações deles provenientes. Fala-se, então, em violação positiva do contrato, que ocorre justamente quando essas obrigações laterais e deveres anexos são descumpridos.

A resolução de um negócio jurídico, conclui-se então, pode se originar do inadimplemento definitivo decorrente: (a) da impossibilidade total imputável ao devedor; (b) da perda do interesse do credor, em razão de impossibilidade parcial, de impossibilidade temporária, de cumprimento imperfeito – incompleto ou defeituoso -, de infração positiva do contrato; (c) por modificação superveniente das circunstâncias e (d) por fato imputável ao credor que caiu em mora, ou na hipótese do art. 237, última parte, do Código Civil²¹⁶.

²¹⁶ JÚNIOR, Ruy Rosado de Aguiar. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2004, p. 62.

4.3 A responsabilidade civil como instrumento de indução de condutas

A responsabilidade civil – contratual ou extracontratual – pode servir como importante mecanismo de orientação de condutas e prevenção de danos. Ela é importante para assegurar o cumprimento das obrigações que, por seu turno, são indispensáveis para o sistema de cooperação social. Sem essa figura da obrigação, não seria possível a formação do mercado e sem mercado, a divisão de trabalho, o sistema de cooperação social, em resumo, o capitalismo, não seria possível.

Nesse passo, a indenização, como forma de reparação dos danos, deve ser pensada à luz dos conceitos de mercado. Ela deve refletir não apenas os efeitos internos da relação contratual havida, mas também os efeitos externos, que guardam relação com o mercado.

Devem, assim, ser consideradas eventuais externalidades negativas e os custos de transação, que sejam efeito direto e imediato do ato ilícito ou antijurídico.

Já é hora de ser feita uma nova leitura de antigos institutos, como os de lucros cessantes e danos emergentes, para que a responsabilidade civil sirva de fato como instrumento para a salvaguarda do mercado e de repressão a condutas ilegais, que somente prejudicam o bom funcionamento da economia e afeta a paz social.

5 O PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO INTEGRAL DO DANO NA ATIVIDADE NEGOCIAL

A primeira parte deste estudo se dedicou a analisar a repercussão da mudança de paradigmas no pensamento humano ocidental, com o abandono de uma visão eminente teocrática. A razão prática se tornou a força motriz desse pensamento, circunstância que conduziu a uma nova visão de mundo.

Isso influenciou todas as áreas de atuação humana: as artes, a ciência, a política, o comércio. A partir da ideia de que o Homem é que deve ser o centro das atenções – e não a divindade -, construíram-se doutrinas que procuravam identificar como deveria se dar a relação entre ele e a sociedade, entre o indivíduo e a coletividade.

O ponto comum entre todas essas doutrinas abrangentes é que o Homem deve buscar a felicidade. Afinal, como bem notou o saudoso cantor e compositor Gonzaguinha, na bela canção “O que é, o que é?”, “ninguém quer a morte, só saúde e sorte”. Essa – a procura pela felicidade – seria, então, a sua missão.

Diante dessa conclusão, admitiu-se que o indivíduo seria conduzido por um sentimento hedonista. Assumindo o risco de pecar pela simplificação, a sua vida seria pautada por uma espécie de “lei do menor esforço”, segundo a qual seus atos seriam orientados de tal sorte, que ela buscaria aumentar ao máximo seu estado de bem estar, por meio do menor esforço possível.

O indivíduo, contudo, não é autossuficiente²¹⁷. Ele precisa interagir com as outras pessoas, pois, sem essa interação, ele não lograria alcançar a sua missão: a de ser feliz.

Sucedo que o interesse de um indivíduo pode ser colidente com o dos demais vistos coletivamente. Imagine o seguinte exemplo: uma pessoa é proprietária de uma vasta área de terras, que fica situada entre dois povoados. Para que os habitantes desses povoados tenham acesso pleno a gêneros necessários para a sua subsistência, é imprescindível que exista contato entre eles, de modo que sejam estabelecidas relações comerciais. Isso também vale para o proprietário da aventada área de terras, que não pode viver isolado, Sucede que esse contato

²¹⁷TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social da empresa. In: WALD, Arnold (org.). *Direito empresarial: direito societário*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, v. 2, p. 46.

somente seria viabilizado se fosse construída uma estrada, na propriedade do mencionado indivíduo, ligando um povoado ao outro. Ao mesmo tempo que aquele indivíduo tem o interesse de não compartilhar de sua propriedade com mais ninguém, a não ser com seus familiares, ele precisa permitir o acesso entre aqueles povoados, sob pena de ele mesmo não conseguir obter os produtos necessários para sua sobrevivência.

No exemplo dado, a racionalidade orientaria o indivíduo a permitir que a estrada fosse construída em sua propriedade, pois, conquanto essa providência lhe causasse uma limitação ao seu direito de propriedade, sem isto ele não conseguiria meios materiais que permitissem que ele alcançasse seu plano de vida.

A interação desses vários interesses amesquinçados seria orientada por uma espécie de consciência coletiva, que indicaria a negociação entre os indivíduos como a solução dos conflitos que viessem a surgir. A chamada “mão invisível” do mercado partia de algumas premissas, como a de que os indivíduos se encontrariam em posições assemelhadas, de modo que não haveria como um deles impor sua vontade sobre os demais. Logo, as negociações entre eles redundariam em uma solução apaziguadora, que refletisse uma média dos interesses envolvidos.

Essas ideias, que foram apresentadas em uma síntese simplificadora, uma vez que este não é nem o momento, nem o lugar mais adequado para tratar de forma aprofundada assunto tão complexo e importante, orientaram aquilo que se convencionou chamar de Estado liberal.

Os embates sociais, sobretudo aqueles envolvendo os titulares de capital e os trabalhadores, demonstraram que aquela concepção filosófica não era totalmente correta. Esses embates, sobretudo, foram os responsáveis pela grande guinada, que alterou profundamente a orientação social, política e jurídica e que culminou com o Estado social.

Ainda na primeira parte, foi visto um dos frutos dessa interação social. A atividade negocial é, sem dúvida, um dos pilares das relações em sociedade. E ela se desenvolveu de forma surpreendente e alcançou estágios nunca antes imaginados.

Esse crescimento vertiginoso não poderia prescindir de instituições bem ordenadas, principalmente aquela referida como mercado. O mercado se tornou o principal mecanismo de cooperação social. É nesse ambiente disciplinado que as trocas são realizadas.

A organização e a disciplina dos mercados são importantes fatores para o incremento das relações negociais. Sem eles, as pessoas não teriam incentivos para buscar essa interação. Elas teriam medo de ser vilipendiadas. Essa sensação, senão o inviabilizasse por completo, tornaria esse espaço de negócios pouco eficiente.

O direito tem, assim, notável importância para o sucesso desse sistema de cooperação social. Mas ele não tem apenas o papel de dar segurança aos negócios realizados; também deve suprir as falhas que o mercado, como visto no capítulo 3, possui.

Na segunda parte, seguindo esse trajeto, analisou-se o instituto da responsabilidade civil, seu papel no âmbito da disciplina das relações sociais havidas no mercado, inclusive, com vistas à indução de certos comportamentos por partes de seus agentes.

Neste capítulo, será estudado o alcance do princípio da reparação integral do dano na atividade negocial. Para tanto, será visto o conceito de atividade negocial, o que ele envolve; o dever de reparar os danos que o titular da empresa vier a incorrer por força de ato ilícito, bem como a correlata obrigação de reparar esses danos.

5.1 A atividade negocial

Vive-se num mundo de fatos. Fatos reais ou, como ficou mais nítido recentemente, virtuais, que compõem a vida mundana. O Direito se ocupa dos fatos que resultam em consequências jurídicas. Esses acontecimentos são de duas ordens: os fatos jurídicos *stricto sensu* e os atos jurídicos.

Os fatos jurídicos *stricto sensu* são aqueles acontecimentos da natureza, que têm repercussão jurídica. A chuva torrencial, o terremoto, a erupção de um vulcão que provocam danos a pessoas; a passagem do tempo, que constitui medida para contagem de prazo; o nascimento da cria de uma vaca de propriedade de um pecuarista são exemplos de acontecimentos da natureza que geram consequências para o direito.

Os atos jurídicos dizem respeito à atuação do homem. São os acontecimentos que têm como origem a sua conduta nos mais variados campos de

atuação humana: das artes à política, do ócio ao comércio. Os atos jurídicos envolvem a realização da vontade. São atos que têm por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos. Quando ele contém, além disso, uma declaração de vontade dirigida no sentido de obtenção de um resultado, diz-se, então, estar-se diante de um negócio jurídico ou ato negocial. O negócio jurídico é espécie do gênero fato jurídico, que, além daquele, possui as seguintes outras espécies: fato jurídico *stricto sensu* e ato de realização da vontade ou ato jurídico.

Sem desprezar as demais, o negócio jurídico é a mais importante espécie de fato jurídico. Tanto assim, que o Código Civil de 2002, ao contrário do anterior, tratou apenas dessa espécie de fato jurídico. Isso não significa que o direito deixou de se ocupar das outras espécies, como os fatos jurídicos *stricto sensu* e os atos jurídicos de realização de vontade. Estes continuam a ser disciplinados pelo ordenamento. O Código Civil apenas deixou de normatizá-los em uma seção específica, preferindo tratar diretamente do negócio jurídico. Mas existem normas que versam sobre fatos jurídicos que não sejam negócios jurídicos, como o art. 147, que dispõe sobre dolo, o art. 191, que se refere à prescrição, o art. 212, que trata de prova. Aliás, o próprio Livro III do Código Civil tem como título “Dos Fatos Jurídicos”.

A consequência mais importante dos negócios jurídicos é a obrigação. E, nesse particular, houve o novel Código Civil de acolher grande mudança, com ainda mais relevo. Ele enveredou pela unificação do direito das obrigações. Ainda que isso não representasse, bem dizer, uma novidade, pois, como visto no capítulo 2, o Código Comercial já fazia remissão, no seu art. 121, à aplicação das regras do Código Civil aos contratos comerciais, essa atitude do Código Civil de 2002 colocou uma pá de cal sobre o assunto.

Assim, o Código Civil se tornou o diploma de regência das obrigações de direito privado. E mais. Logo em seguida ao Livro dos Direitos das Obrigações, o Código trata do Direito de Empresa, fato também novo no Brasil.

Essa nomenclatura definitivamente não é feliz. Isto porque o Livro II da Parte Especial do Código Civil não foi concebido para tratar exclusivamente de empresa. Ele foi elaborado para disciplinar o fenômeno social caracterizado pela prática reiterada de negócios jurídicos interdependentes, que são celebrados de forma organizada, estável e com finalidade comum, por um mesmo sujeito. Seria a atividade desempenhada por aquela pessoa – física ou jurídica - que se dedica ao exercício de uma atividade econômica, seja uma atividade empresária ou não. As

palavras de Sylvio Marcondes, autor dessa parte do anteprojeto do avertado Código Civil, deixam essa concepção muita clara, bastando-as por si só, prescindindo de maiores esclarecimentos:

Ora, não obstante serem os atos negociais facultados a todas as pessoas e, por essa razão, cabíveis num direito objetivo comum, é certo que a sua prática, quando continuamente reiterada, de modo organizado e estável, por um mesmo sujeito, que busca uma finalidade unitária e permanente, cria, em torno desta, uma série de relações interdependentes que, conjugando o *exercício* coordenado dos atos, o transubstancia em *atividade*. E, assim como, partindo do conceito de negócio jurídico, o anteprojeto parcial erige um sistema de atos, cabe assentar-se, no anteprojeto geral, os postulados normativos do exercício da atividade. *Atos negociaise*, portanto, *atividade comercial*. Atividade que se manifesta economicamente na empresa e se exprime juridicamente na titularidade do empresário e no modo ou nas condições de seu exercício²¹⁸.

Atividade comercial. Este era o título do Livro II da Parte Especial constante do anteprojeto elaborado pela comissão de juristas constituída, em 1969, pelos juristas José Carlos Moreira Alves, Agostinho Alvim, Sylvio Marcondes, Clóvis Veríssimo do Couto e Silva, Herbert Chamoun e Torquato Castro, e presidida por Miguel Reale. Durante a tramitação do projeto de lei, esse título sofreu duas alterações. Primeiro, ele foi substituído por “atividade empresarial” e, depois, por “direito de empresa”, nomenclatura com a qual ele foi aprovado e sancionado.

O título original, contudo, traduz justamente o fenômeno, que provém do direito das obrigações, mas que foi erigido a uma categoria diferenciada, sujeita a um regime legal distinto²¹⁹, e que é consentâneo ao exercício de atividade econômica por uma pessoa. A rigor, tanto faz se essa atividade econômica é exercida por pessoa física ou jurídica, ou se ela é ou não uma empresa. O avertado Livro II da Parte Especial do Código Civil não trata apenas de sociedade, nem só de empresário, nem, muito menos, se restringe às sociedades empresárias. Ele trata da atividade comercial, como foi muito bem definido por Sylvio Marcondes na lição acima reproduzida. E essa atividade envolve as atividades econômicas de natureza intelectual, aquelas que não contam com organização empresarial e, evidentemente, as empresas.

Com razão está, assim, Luiz Gastão Barros de Paes Leães, ao afirmar que

²¹⁸MARCONDES, Sylvio. *Problemas de direito mercantil*. São Paulo: Max Limonad, 1970, p. 136.

²¹⁹LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. A disciplina do direito de empresa no novo Código Civil brasileiro. *Revista de Direito Mercantil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, n. 128. p. 12.

onomem iuris 'atividade negocial', fixada no anteprojeto, seria de maior rigor científico, na abrangência das matérias tratadas no tópico em questão, do que a denominação 'atividade empresarial' e 'direito de empresa', que foram, por fim, sufragadas no Código, já que ali não se trata apenas do exercício da atividade profissional praticado por empresários e sociedades empresárias²²⁰.

Conquanto este estudo parta da noção de atividade negocial para traçar suas conclusões, é necessário alertar que a empresa é o principal ponto da pesquisa. Isto porque, sem desprezar as demais atividades econômicas, fato é que ela tem maior relevância para o direito comercial. Além disso, em vista de sua organização, ela se constitui em um importante instrumento para redução de custos de transação, contribuindo, destarte, para a eficiência dos mercados.

5.2 A empresa como mecanismo para a redução dos custos de transação e instrumento para ganho de eficiência

Com exceção dos contratos de execução imediata, no qual as prestações são satisfeitas imediata e concomitantemente, a realização de um negócio jurídico envolve riscos. Os preços podem oscilar de tal maneira que impeça a conclusão ou continuação do negócio a não ser que as bases contratuais originais sejam alteradas; existe o risco de a parte contrária não adimplir a sua obrigação ou de atrasar o seu cumprimento. Não se pode deixar de considerar o risco de uma falha humana ou tecnológica ou mesmo de fatores não previstos que, de alguma maneira, atrasem ou impeçam o cumprimento de obrigações. Há o risco legal, ou seja, aquele que decorre da inadequação do arcabouço legal ou regulamentar ou de falhas na formalização dos negócios, que tornem os tornem questionáveis, inseguros ou mesmo inexecutáveis.

Conquanto a atividade negocial, que tem na celebração de negócios jurídicos uma constante, conviva diariamente com esses riscos, eles a atrapalham. Os economistas neoclássicos indicam que os agentes econômicos buscam maximizar o bem-estar, por meio de trocas que lhes sejam vantajosas. Se existe risco de essa troca não lhe proporcionar o aumento de bem-estar esperado, o indivíduo poderá não se sentir encorajado para concluir o negócio e, assim, desistir de fazê-lo. Em

²²⁰LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Op. cit.*, p. 12.

outras palavras, o agente econômico tem aversão ao risco²²¹. Consequentemente, ele se configura em um elemento que afeta a eficiência do mercado na concepção parentiana.

O direito comercial lida com eles desde o seu nascimento. Vários institutos jurídicos surgiram justamente com a missão de reduzir, mitigar ou mesmo eliminar esses riscos. O contrato de seguro e as sociedades com sócios de responsabilidade limitada são os exemplos mais reluzentes. Não à toa economistas como Douglas North e Kenneth J. Arrow consideram que o principal papel das instituições é o de reduzir a incerteza por meio do estabelecimento de uma ordem estável, que permita a interação entre os homens.

A solução para parte desses riscos é a sua transferência negociada que ocorre no âmbito do mercado. É o caso do contrato de seguro. Em troca do recebimento de um prêmio, o segurador assume riscos que seriam do segurado. Também é o caso dos chamados derivativos. “Um derivativo constitui um contrato, ou mesmo dois contratos conexos, ou um título, cujo valor, em princípio, resulta da cotação de tais ações, que constituem, no elíptico jargão do artigo 2º, VIII, da Lei 6.385/76, os ‘ativos financeiros’²²².

Há riscos, contudo, que dificilmente poderão ser atenuados por meio de transferências negociadas no âmbito do mercado. Viu-se no capítulo 3, que o modelo neoclássico apresenta falhas. São as chamadas falhas de mercado e os custos de transação.

As falhas de mercado são geralmente supridas pela regulação. Assim, o Estado interveria na economia por meio da instituição de tributos com finalidade extrafiscal, através da outorga de subvenções ou subsídios, pela edição de atos normativos de cunho regulatório e pela criação de infraestrutura.

Já os custos de transação são geralmente supridos pelo controle dos fatores de produção. Isso porque eles decorrem justamente de falhas institucionais, da burocracia e, sobretudo, das assimetrias de informação. São os casos, por exemplo, dos chamados *moral hazard* ou risco moral e da seleção adversa.

²²¹Otávio Yazbec conceitua aversão ao risco como “a postura que faz com que os agentes econômicos, precisando definir seus planos de atuação, optem por aqueles nos quais exista um maior grau de certeza ou, olhando a questão pelo outro lado, uma menor possibilidade de perdas” (*Regulação do mercado financeiro e de capitais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 24).

²²²EIZIRIK, Nelson; Gaal, Ariádna B.; Parente, Flávia; Henriques, Marcus de Freitas. *Mercado de capitais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 112.

O primeiro se refere à insuficiência de informação e da dificuldade de se acompanhar e de se fiscalizar a execução de contratos. O contraente pode não revelar certas informações que, ao longo da execução do contrato, podem se mostrar relevante. Seria o caso do vendedor de um estabelecimento empresarial que deixa de comunicar ao comprador a existência de uma dívida trabalhista ou tributária que afete aquela universalidade de bens. Essa conduta, evidentemente, seria ilícita.

O segundo diz respeito às assimetrias de informação que afetam o mercado como um todo. O exemplo bem didático é aquele dado por George A. Akerlof no artigo intitulado *The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism* (1970). Nesse artigo, o economista se refere ao mercado de carros usados, apontando a dificuldade dos compradores para aferir as reais condições em que se encontram o bem, ou seja, se o automóvel está um bom estado ou se apresentam defeitos (os chamados *lemons*, gíria norte-americana que designa os carros usados em más condições). Em vista dessa dificuldade, os compradores não aceitariam pagar um preço mais alto por aqueles bens. Consequentemente, os proprietários de carros em boas condições ficariam desencorajados a vender seus bens enquanto tal, pois receberiam um preço inferior. Eles seriam, assim afetados pela assimetria de informação, que dificultaria a tarefa de distinguir os carros em bom estado dos que assim não se encontram.

A empresa – como organização dos fatores de produção – teria o papel de eliminar ou reduzir esses custos de transação. Isso porque o empresário, ao controlar todos os recursos para a produção, deixaria de buscar bens no mercado, evitando negociações que gerassem os referidos custos de transação. O empresário está livre para organizar os fatores de produção da maneira como melhor lhe aprouver. Ele pode, por exemplo, licenciar uma marca, patentear um produto, contratar a sua produção a terceiro. Veja o caso da indústria da moda. Não é incomum se encontrar grandes empresários desse ramo, que não possuem tecelagem nem confecção próprios. Eles possuem a marca e definem o design e o padrão de seus produtos. Contudo, eles encomendam os tecidos e a confecção das peças a outros empresários. Assim também o fazem quanto à distribuição dos produtos, que pode ficar a cargo de distribuidores, agentes e franqueados.

Esse padrão de organização favorece o surgimento de custos de transação. Isso porque a cadeia de produção não está totalmente sob o controle do empresário.

Evidentemente, a celebração de contratos longos, de execução continuada e com cláusula de exclusividade podem abrandar esses custos de transação, gerando efeito análogo ao que ocorre na sociedade empresarial, em que há um único centro de imputação jurídica.

O fato é que a eliminação ou a mitigação desses custos de transação aumentam a eficiência dos mercados, motivo por que muitos economistas advertem que a intervenção do Estado, criando imbrincada rede de normas e obrigações legais, pode trazer mais malefícios do que benefícios, pois esse arranjo institucional pode provocar onerosos custos de transação. Essa vertente não será objeto de análise neste trabalho, por ser afeita ao direito econômico. Limitar-se-á à análise da tutela jurídica da empresa pelo direito comercial e suas implicações no âmbito da responsabilidade civil.

5.3 O reconhecimento da importância da empresa pelo Direito

O exercício da atividade empresarial é de tamanha importância, que o Direito não poderia deixar de lhe dar atenção. E de fato o faz. Como foi visto no capítulo 2, a empresa recebe a tutela dos ordenamentos jurídicos. Pelo menos assim acontece nos sistemas internacionais estudados para esta pesquisa.

No Brasil não foi diferente. O Código Civil não só adotou a teoria da empresa, como lhe conferiu tratamento distinto, estabelecendo um regime jurídico próprio que cuida de inúmeros aspectos substanciais, como as condições para desfrutar desse regime, a capacidade para ser empresário, a contratação ou instituição de sociedades, a formação de seu patrimônio, a proteção de seus bens, a disciplina de seus atos, a organização de suas finanças, entre outros.

Conquanto o título original do Livro II fosse “Da Atividade Negocial”, conceito que, como visto acima, abrange todas as atividades econômicas, sejam ou não empresariais, o Código Civil não trata, no aventado Livro, de outras atividades econômicas exercidas diretamente por pessoas naturais, como é o caso dos profissionais autônomos ou daqueles que possuem profissão regulamentada. Estas são disciplinadas pela parte geral das obrigações e dos contratos civis; por leis

especiais e regulamentos editados por entidades de classe, como ocorre no caso das profissões regulamentadas por conselhos; ou pelo direito do trabalho.

O aventado Livro II, não obstante disciplinar a sociedade simples, tem como principal foco o empresário, seja ele pessoa física ou jurídica. Não há nisso nenhum demérito quanto às outras atividades econômicas, que não são empresariais. Estas são igualmente tuteladas pelo direito. A Constituição da República elenca, entre os direitos fundamentais, o livre exercício de trabalho, ofício ou profissão (art. 5º, XIII). Nota-se também que, assim como a propriedade imaterial empresarial recebe proteção jurídica, as atividades intelectuais também têm reconhecidos direitos autorais (Lei n.º 9.610/98).

Esse fato de o Livro II não tratar dessas outras atividades econômicas exercidas profissionalmente por indivíduos²²³ apenas ilustra uma opção política do legislador, que preferiu, quanto a esse ponto, deixar a matéria a cargo de outros sistemas normativos. De toda sorte, ainda que involuntariamente, essa opção se justifica pelo fato de a empresa ter um papel notável para o mercado, constituindo-se em veículo para supressão de algumas de suas falhas e, conseqüentemente, gerando eficiência. Esse, por sinal, é o motivo de este trabalho, conquanto se referir a atividades negociais, centrar-se na empresa.

O que é empresa? Empresa é uma atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços. Se ela é apenas uma atividade, deve existir uma pessoa que a exerça. Essa pessoa é o empresário. Ele é, então, o titular da empresa. É quem “exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços”, na exata dicção do art. 966 do Código Civil de 2002. É o sujeito de direito, a quem cabe dirigir a atividade, que, assim, constitui-se em objeto de direito.

Da conceituação do aventado art. 966 do Código Civil, verifica-se que, para ser considerado empresário, a pessoa, em princípio, precisa preencher certos atributos ou elementos característicos da condição de empresário.

Marlon Tomazette, seguindo a classificação dos juristas italianos Alberto Asquini, GiampaolodalleVedove, Francesco Ferrara Junior e Francesco Galgano, e amparado no referido conceito previsto no art. 966 do Código Civil, elenca os seguintes elementos necessários para a caracterização de uma pessoa como

²²³O Código Civil trata dos ofícios auxiliares da empresa (arts. 1.177 e 1.178), mas de forma complementar e não exaustiva.

empresário: a) a economicidade; b) a organização; c) a profissionalidade; d) a assunção do risco; e) o direcionamento ao mercado²²⁴.

O empresário é quem emprega capitais para o exercício de uma atividade econômica, com as características da empresa, com vistas à produção ou circulação de bens ou de serviços, seguindo, assim, o modelo capitalista de geração de riquezas²²⁵.

Para lograr alcançar esse objetivo, o empresário precisa organizar os fatores de produção obtidos por meio do emprego do capital. Essa organização envolve ordinariamente a combinação entre o trabalho – alheio ou do próprio titular da empresa – e bens – tangíveis ou intangíveis - afetados àquela atividade. Ela precisa assumir uma posição de destaque e deve ser exercida de modo profissional, afinal, juntamente com a finalidade lucrativa, a presença desse tipo de organização é o que distingue a empresa das demais ações econômicas²²⁶.

O empresário deve assumir os riscos de sua atividade. Com efeito, toda atividade econômica envolve algum risco. Ela pode lograr êxito e obter lucros ou fracassar e ser deficitária. Esse risco deve ser suportado pelo empresário – seja ele empresário individual, empresa individual de responsabilidade limitada²²⁷ ou sociedade empresária -, que, para tanto, garante os negócios com seu próprio patrimônio.

O risco é uma variável incômoda, mas que está sempre presente no âmbito das atividades econômicas. As relações havidas em sociedade não costumam ser

²²⁴TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial*, v. 1, 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 44. Em sentido semelhante, VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Direito comercial: teoria geral*, v. 1, 4ª ed. ver. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, pp. 128-134.

²²⁵Segundo a definição de Max Weber, a ação econômica capitalista é “aquela que repousa na expectativa de lucros pela utilização das oportunidades de troca, isto é, nas possibilidades (formalmente) pacíficas de lucro” (*A ética protestante e o espírito do capitalismo*. 4ª ed., trad. Pietro Nassetti – São Paulo: Martin Claret, 2013, p. 26).

²²⁶Nas palavras de Sylvio Marcondes (*op. cit.*, p. 165), “a qualidade de comerciante [empresário] não se configura tão somente pela natureza dos atos praticados, mas, ainda, pela habitualidade dessa prática, que a converte em ‘atividade’. A qual caracteriza, na pessoa física, o exercício de uma profissão; na pessoa jurídica (incompatível com o conceito de profissionalidade), o objeto social”.

²²⁷A Lei n.º 12.441/2011 instituiu a empresa individual de responsabilidade limitada. A norma, contudo, não foi feliz. Não só pelo sabor da novidade, mas, principalmente, pelo descuido de sua redação, a EIRELI veio acompanhada de muitas indagações; talvez existam mais dúvidas do que certezas sobre esse instituto novo. Há dúvidas, por exemplo, sobre a sua natureza, *i. e.*, se ela seria uma sociedade unipessoal ou se seria uma forma de patrimônio de afetação ou ainda uma nova espécie de pessoa jurídica. Sobre as diversas posições acerca desse assunto, cf. COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 2, p. 46-47; CAMPINHO, Sérgio. *O direito de empresa à luz do Código Civil*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 285; NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresa*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, p. 419; VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Direito comercial*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, v. 2, p. 67.

mecânicas e totalmente previsíveis. Pelo contrário: há muito mais incertezas do que certezas. Fatores de ordem natural ou humana influenciam o resultado dessas atividades. O ataque de pragas pode destruir toda uma safra; a falta de chuvas pode afetar o nível de água de rios, reduzindo o potencial para a produção de energia elétrica por usinas hidroelétricas; essa falta de energia atinge a produção industrial, reduzindo as quantidades disponíveis para o comércio; com isso o preço dos produtos aumenta, reduzindo a capacidade de compra das famílias, etc.

O risco e a incerteza são fatores que desincentivam o exercício da atividade econômica, sobretudo a empresa. É necessário lembrar que esta é exercida pelo empresário ou pela sociedade empresária. Eles, diretamente ou por meio de administradores, são os responsáveis por combinar os fatores de produção, de tal forma que o resultado da atividade atraia interessados em adquirir suas mercadorias ou serviços. Essa tarefa de gerenciar a empresa envolve, evidentemente, riscos. Conquanto eles não possam ser eliminados, os agentes econômicos perceberam que poderiam administrá-los a partir de institutos jurídicos.

Os riscos podem ser administrados por meio do emprego de vários institutos. Citam-se, à guisa de exemplo, o contrato de seguro, os contratos derivativos celebrados no mercado de capitais, como as opções e o swap, e a fixação antecipada das perdas e danos na cláusula penal. Uma das mais notáveis formas de administração de riscos é a limitação da responsabilidade do titular da empresa.

Especificamente sobre a pessoa jurídica, destaca Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, que

[a] autonomia da pessoa jurídica em relação a seus membros e do patrimônio destes em relação a esta (acepções subjetiva e objetiva) sempre foi afirmada e considerada uma das conquistas do direito em prol do desenvolvimento das relações societárias, tanto no sistema jurídico da Common Law quando no da Civil Law²²⁸.

Além da autonomia patrimonial da pessoa jurídica e a limitação da responsabilidade dos sócios de sociedades empresárias, o direito comparado informa acerca da existência de algumas técnicas para a limitação dos riscos no

²²⁸ ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. Fundamentos da desconsideração da personalidade jurídica no sistema jurídico da Common Law e sua aplicação nos direitos inglês e norte-americano – influência no Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. In: ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção; NOGUEIRA DA GAMA, Guilherme Calmon (coords.). *Temas de direito civil-empresarial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 52.

exercício da empresa, tais como a sociedade unipessoal²²⁹, o patrimônio de afetação²³⁰ e a constituição de uma nova pessoa jurídica por meio da personificação de objetos de direito, como a empresa, o estabelecimento e o contrato de sociedade ou a ainda por meio da constituição de instituição, como ocorre na sociedade anônima²³¹.

²²⁹A sociedade unipessoal é uma técnica de limitação de responsabilidade adotada em alguns países, que consiste na permissão para que uma sociedade seja constituída por apenas uma pessoa e que ela limite a sua responsabilidade ao valor do capital social. A sociedade unipessoal é permitida no Brasil há muito tempo, de forma permanente, como a subsidiária integral (LSA, art. 251) e a empresa pública (Decreto-lei n. 200/67, art. 5º, II), ou transitória, como no caso de unipessoalidade incidental (CC, art. 1.033, IV).

²³⁰O patrimônio de afetação é a técnica por meio da qual determinado patrimônio é destacado da pessoa, e só essa parcela responderia pelas dívidas da atividade. É o que ocorre, por exemplo, na limitação da responsabilidade do empresário individual, para possibilitar a continuação da empresa por incapaz (CC, art. 974). Existem outros exemplos de patrimônio de afetação no direito brasileiro, como na incorporação imobiliária (Lei n. 4.591/67, art. 31-A) e o das câmaras e prestadoras de serviços de compensação e liquidação financeira, as chamadas *clearings* (Lei 10.214/2001)

²³¹A questão da natureza institucional da companhia não é pacífica, principalmente em se tratando de sociedade anônima fechada. O Superior Tribunal de Justiça vem admitindo a aplicação de institutos relacionados às sociedades contratuais às sociedades anônimas fechadas. Confirmam-se os seguintes precedentes: "DIREITO SOCIETÁRIO E EMPRESARIAL. SOCIEDADE ANÔNIMA DE CAPITAL FECHADO EM QUE PREPONDERA A AFFECTIO SOCIETATIS. DISSOLUÇÃO PARCIAL. EXCLUSÃO DE ACIONISTAS. CONFIGURAÇÃO DE JUSTA CAUSA. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DO DIREITO À ESPÉCIE. ART. 257 DO RISTJ E SÚMULA 456 DO STF. 1. O instituto da dissolução parcial erigiu-se baseado nas sociedades contratuais e personalistas, como alternativa à dissolução total e, portanto, como medida mais consentânea ao princípio da preservação da sociedade e sua função social, contudo a complexa realidade das relações negociais hodiernas potencializa a extensão do referido instituto às sociedades "circunstancialmente" anônimas, ou seja, àquelas que, em virtude de cláusulas estatutárias restritivas à livre circulação das ações, ostentam caráter familiar ou fechado, onde as qualidades pessoais dos sócios adquirem relevância para o desenvolvimento das atividades sociais ("affectiosocietatis"). (Precedente: EREsp 111.294/PR, Segunda Seção, Rel. Ministro Castro Filho, DJ 10/09/2007) 2. É bem de ver que a dissolução parcial e a exclusão de sócio são fenômenos diversos, cabendo destacar, no caso vertente, o seguinte aspecto: na primeira, pretende o sócio dissidente a sua retirada da sociedade, bastando-lhe a comprovação da quebra da "affectiosocietatis"; na segunda, a pretensão é de excluir outros sócios, em decorrência de grave inadimplemento dos deveres essenciais, colocando em risco a continuidade da própria atividade social. 3. Em outras palavras, a exclusão é medida extrema que visa à eficiência da atividade empresarial, para o que se torna necessário expurgar o sócio que gera prejuízo ou a possibilidade de prejuízo grave ao exercício da empresa, sendo imprescindível a comprovação do justo motivo. 4. No caso em julgamento, a sentença, com ampla cognição fático-probatória, consignando a quebra da "bona fides societatis", salientou uma série de fatos tendentes a ensejar a exclusão dos ora recorridos da companhia, porquanto configuradores da justa causa, tais como: (i) o recorrente Leon, conquanto reeleito pela Assembleia Geral para o cargo de diretor, não pôde até agora nem exercê-lo nem conferir os livros e documentos sociais, em virtude de óbice imposto pelos recorridos; (ii) os recorridos, exercendo a diretoria de forma ilegítima, são os únicos a perceber rendimentos mensais, não distribuindo dividendos aos recorrentes. 5. Caracterizada a sociedade anônima como fechada e personalista, o que tem o condão de propiciar a sua dissolução parcial - fenômeno até recentemente vinculado às sociedades de pessoas -, é de se entender também pela possibilidade de aplicação das regras atinentes à exclusão de sócios das sociedades regidas pelo Código Civil, máxime diante da previsão contida no art. 1.089 do CC: "A sociedade anônima rege-se por lei especial, aplicando-se-lhe, nos casos omissos, as disposições deste Código." 6. Superado o juízo de admissibilidade, o recurso especial comporta efeito devolutivo amplo, porquanto cumpre ao Tribunal julgar a causa, aplicando o direito à espécie (art. 257 do RISTJ; Súmula 456 do STF). Precedentes. [...] (BRASIL. Recurso Especial n.º 917.531/RS.

Por fim, a produção do empresário deve ser direcionada ao mercado, ou seja, àquele ambiente onde trocas são realizadas, com vistas à satisfação das necessidades. O seu intuito, ao assim agir, é simplesmente lucrar.

É necessário acrescentar que não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, mesmo com o concurso de auxiliares ou colaboradores (CC, art. 966, p. u.). Essa restrição, esclarece Sylvio Marcondes, se justifica porque,

não obstante produzir serviços, como o fazem os chamados profissionais liberais, ou bens, como o fazem os artistas, o esforço criador se implanta na própria mente do autor, de onde resultam, exclusiva e diretamente, o bem ou o serviço, sem interferência exterior de fatores de produção, cuja eventual ocorrência é, dada a natureza do objeto alcançado, meramente acidental²³².

O empresário, mesmo o pequeno, precisa se inscrever no Registro Público de Empresas Mercantis, sob pena de ser considerado irregular. Esse registro, a princípio, tem efeitos declaratórios. A inscrição de empresário ou sociedade rural no citado Registro, entretanto, é facultativa. Como tal, ela possui efeito constitutivo, já que o empresário ou a sociedade rural somente tomam essa feição com o aventado registro (Código Civil, artigos 971 e 984).

O empresário, para iniciar uma atividade empresarial, deve ser capaz e não pode ser legalmente impedido. Admite-se, todavia, que o incapaz, por meio de representante ou devidamente assistido, continue empresa antes exercida por ele enquanto capaz, por seus pais ou pelo autor de herança. Essa autorização prevista no art. 974 do Código Civil é justificada pelo princípio da preservação da empresa.

Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Quarta Turma. Brasília, DF, 1 de fev 12. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 1 de ago 14).

“EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. DISSOLUÇÃO PARCIAL DE SOCIEDADE ANÔNIMA DE CARÁTER FAMILIAR E FECHADO. REQUISITO DA QUEBRA DA AFFECTIO SOCIETATIS AFIRMADO SUFICIENTE PELOS ACÓRDÃOS EXPOSTOS COMO PARADIGMAS. ACÓRDÃO EMBARGADO QUE JULGOU NO MESMO SENTIDO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 168/STJ. 1.- O Acórdão ora embargado, firmando, como único requisito à dissolução parcial da sociedade anônima familiar fechada a quebra da *affectiosocietatis*, julgou exatamente no mesmo sentido dos Acórdão invocados como paradigmas pretensamente divergentes, de modo que não cabem Embargos de Divergência, nos termos da Súmula 168/STJ. 2.- Subsistência da orientação constante do Acórdão embargado: "A 2ª Seção, quando do julgamento do EResp n. 111.294/PR (Rel. Min. Castro Filho, por maioria, DJU de 10.09.2007), adotou o entendimento de que é possível a dissolução de sociedade anônima familiar quando houver quebra da *affectiosocietatis* (EResp 419.174/SP, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO, DJ 04.08.2008)". [...]

(BRASIL. Embargos de Divergência em Recurso Especial n.º 1.079.763/SP. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Segunda Seção. Brasília, DF, 6 de set 12. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 1 de ago 14).

²³²MARCONDES, Sylvio. *Op. cit.* p. 141.

Verifica-se, portanto, que o direito reconhece a importância da atividade profissional exercida pelo empresário, seja ele pessoa jurídica ou pessoa física, tanto que a tutela por meio de normas que disciplinam sua constituição, desenvolvimento e extinção, assim como as relações jurídicas das quais ela participa ou possui interesse.

5.4 O dano à empresa e sua reparação

Chegado o momento de apreciar a reparação do dano às atividades negociais. O objetivo não é o de analisar conceitos sedimentados, mas sim de levantar hipóteses relacionadas à reparação ou até mesmo à reparação de danos causados à atividade comercial, em especial à empresa.

Viu-se que a humanidade precisa de um sistema de cooperação, pois ninguém é autossuficiente; que essa cooperação se dá, em grande parte, em ambientes denominados mercados. As trocas entre os inúmeros agentes de mercado só são viabilizadas porque existem regras claras que tornam as relações jurídicas havidas seguras. O mercado, como uma instituição, possui um ordenamento próprio, que prevê direitos e impõe deveres a todos que dele participam.

Há um custo para que o indivíduo participe do mercado. Ele é justamente o de cumprir com os deveres previstos no ordenamento do mercado. Trata-se de custo que não foi considerado pela teoria econômica neoclássica. Esta se baseava em um modelo segundo o qual os custos de produção de um determinado bem e os benefícios decorrentes de sua negociação caberiam ao produtor ou vendedor, enquanto que os custos para a aquisição do bem seriam de quem o adquirisse. Esses seriam os limites da relação de mercado. No entanto, além dos já referidos, existem, como visto, outros custos que o indivíduo tem de incorrer para participar do mercado. Ademais, determinadas situações geram custos ou benefícios que transcendem os aventados limites, afetando terceiros, sem que para esses novos

custos se tenha estabelecido preços, de modo que a sua circulação seria, assim, externa ao mercado²³³.

Sucedem que a teoria da responsabilidade civil, que preceitua tanto o inadimplemento de uma obrigação, quanto o descumprimento de um dever legal, foi edificada sobre os fundamentos da teoria neoclássica. Ela também não considerou, especificamente no tocante à reparação dos danos, a questão dos custos de transação e dos custos sociais.

A omissão quanto a esses pontos reverbera nas relações negociais. A concepção neoclássica entra em choque com a visão pós-moderna da sociedade, com a tutela da livre iniciativa, da livre concorrência e da empresa. Torna-se necessário o lançamento de outras luzes sobre essa questão.

5.4.1 O dano material

Dano, como anota Agostinho Alvim, é a lesão do patrimônio²³⁴, sendo que esse é o conjunto das relações jurídicas de uma pessoa apreciáveis economicamente. Ele deve ser avaliado subjetivamente. Não à toa, o coautor do Código Civil, responsável pelo Livro do Direito das Obrigações, prefere a expressão “danos e interesses” a “perdas e danos”²³⁵. Isso porque perda e dano tem o mesmo significado, ao passo que a palavra interesse, tal como ocorre com a expressão francesa *dommages et intérêts*, traduz a subjetividade do dano. No entanto, o citado jurista conformou-se ao costume já arraigado e manteve aquela expressão no anteprojeto que foi aprovado com essa mesma expressão, que hoje figura no Código Civil de 2002.

Para apuração do dano material, adota-se o princípio da diferença, segundo o qual o dano é estimado pela redução do patrimônio da vítima. Esse princípio não traduz apenas uma perda imediata. Ou seja, não basta uma simples conta de subtração entre o valor do patrimônio original e o que restou após a ocorrência do dano para se apurar o valor da reparação. Devem ser considerados também aqueles

²³³ YAZBEC, Otávio, *op. cit.*, p. 47.

²³⁴ ALVIM, Agostinho, *op. cit.*, p. 172.

²³⁵ ALVIM, Agostinho, *op. cit.*, p. 175.

lucros que, conquanto ainda não integrassem o patrimônio, a vítima tinha como justa a expectativa de receber, isto é, não devem ser computados apenas o lucro que se estancou, como, por exemplo, o que alguém normalmente obtinha, em sua profissão, e não mais poderá obter, em virtude de descumprimento de dever legal ou de inexecução de obrigação por parte de outrem. Lucro cessante é isso, mas também é aquele que o credor não obterá, ainda que não viesse obtendo antes²³⁶.

Dispõe o Código que “[a]inda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual” (art. 403).

É fato, assim, que o dano deve compreender apenas os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato. Advirta-se que, uma vez demonstrada essa relação de causa e efeito, a reparação há de ser completa, integral. Ela deverá compreender todo o prejuízo arcado. Em outras palavras, não é a extensão do dano que se submete àquela relação de causa e efeito com o ato que o ocasionou. Uma vez causado o dano, a reparação deverá ser total.

A extensão da reparação encontra limite na repercussão que o dano teve no patrimônio da vítima. O causador do dano não está obrigado a indenizar nada mais do que a perda efetivamente experimentada e apurada segundo o princípio da diferença. Tanto assim, que o referido art. 403 do Código Civil diz textualmente que “as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato”. Logo, não há espaço para indenização de caráter punitivo²³⁷. Confirma essa assertiva, o parágrafo único do art. 944, que autoriza apenas a redução da indenização e não a sua majoração, em casos onde houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano.

Pode ocorrer de haver indenização sem dano. Isso se dá em casos, nos quais a lei dispensa a prova quanto à perda. Ou seja, quando o prejuízo é estimado previamente. São casos tais: a cláusula penal (CC, artigos 408 a 416) e os juros moratórios (CC, artigos 406 e 407).

Ainda que a vítima não experimente um dano efetivo, a indenização pelo descumprimento total ou parcial da obrigação será devida. Se a cláusula penal for estipulada para o caso de inadimplemento absoluto, poderá ser convertida em indenização em benefício do credor, que, assim, não poderá exigir o cumprimento

²³⁶ *Ibidem*, p. 174.

²³⁷ Com exceção do dano moral, como visto no capítulo 4.

da obrigação (CC, art. 410). Contudo, se ela se referir à mora ou em segurança especial de outra cláusula determinada, o credor terá a faculdade de exigir a satisfação da pena cominada, juntamente com o desempenho da obrigação principal (CC, art. 411).

Da mesma forma, as perdas e danos, nas obrigações de pagamento em dinheiro, são pagas com atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, abrangendo juros, custas e honorários de advogado, sem prejuízo de pena convencional (CC, art. 404).

O Código Civil procurou dar o máximo de efetividade ao princípio da reparação do dano. Ao contrário do diploma anterior, que não admitia a discussão sobre o valor de indenizações já preestabelecidas, como eram os casos dos juros moratórios e da cláusula penal, o atual permite indenização suplementar, quando preenchidos os requisitos para tal.

O art. 1.061 do Código Civil de 1916 dispunha que “[a]s perdas e danos, nas obrigações de pagamento em dinheiro, consistem nos juros da mora e custas, sem prejuízo da pena convencional”. Ele nada referia para o caso de os juros moratórios não cobrirem integralmente o dano. Agostinho Alvim considerava essa regra injusta. Logo, o Código Civil de 2002 previu a possibilidade de, “[p]rovado que os juros de mora não cobrem o prejuízo, e não havendo pena convencional, pode o juiz conceder ao credor indenização suplementar”.

O mesmo se dá com a cláusula penal. O art. 927 do Código Civil estabelecia uma limitação para ela, qual seja, a de que o valor da multa não poderia ser superior ao da obrigação principal. Todavia, ele não previa o pagamento de indenização suplementar para a hipótese de a cominação prevista na cláusula penal ser inferior ao dano. Isso também foi superado pelo Código Civil em vigor, que, conquanto tenha mantido a limitação acerca do valor da cominação nela imposta – que não pode exceder ao da obrigação principal -, admite o pagamento de indenização suplementar, desde que as partes tenham assim convencionado. Nesse caso, a pena vale como mínimo da indenização, competindo ao credor provar o prejuízo (CC, art. 416, parágrafo único).

Caso análogo ocorre com a indenização pela edição não autorizada de obra literária, artística, científica e também de programa de computador. O parágrafo único do art. 103 da Lei n.º 9.610/98 prevê que “[n]ão se conhecendo o número de exemplares que constituem a edição fraudulenta, pagará o transgressor o valor de

3.000 (três mil) exemplares, além dos apreendidos”. Não obstante a redação clara dessa norma, que trata apenas de valor presumido de indenização, no caso de não ser possível quantificar o número de exemplares editados fraudulentamente, o Superior Tribunal de Justiça vem se valendo dela para arbitrar indenização em múltiplo do número de licenças de programas de computador indevidamente cedidas ou comercializadas, o que, a toda evidência, caracteriza uma indenização punitiva²³⁸. Essa interpretação revela-se equivocada, pois não encontra amparo na lei. Melhor teria feito se decidisse por aplicar o art. 102 da referida Lei em sua inteireza e, assim, estendesse a indenização, de modo a alcançar danos incorridos, mas que não integraram seu cálculo.

Para a hipótese aventada neste estudo, é necessário considerar que a Constituição da República Federativa do Brasil erigiu a princípio nuclear de seu sistema a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III). Donde se pressupõe que ela assegura a autonomia e a capacidade de autodeterminação das pessoas, observados os limites legais. Ela protege, assim, o direito de a pessoa procurar maximizar seu bem-estar.

Isto pode ser feito pela sua participação no mercado, até porque este é, sobretudo numa economia capitalista, o caminho que ordinariamente os indivíduos tomam para alcançar esse desiderato. Não é de se estranhar, assim, que a Constituição também tutele a livre iniciativa (art. 170, *caput*), o livre exercício de profissão (art. 5º, XIII), a propriedade privada (art. 5º, XXII c/c art. 170, II) e a livre concorrência (art. 170, IV). Esses são institutos que remetem ao sistema liberal neoclássico do mercado. Sem embargo, a Constituição não os prevê despidos de uma complementação necessária, pois faz alusão a valores da pós-modernidade. Fala-se, assim, em função social da propriedade, em defesa do consumidor, em proteção do meio ambiente e em redução de desigualdades.

O ordenamento jurídico não só reconhece a empresa como um fenômeno que favorece o mercado, como a tutela. Por outro lado, ele prevê, como remédio para a violação de deveres legais e descumprimento de obrigações, o direito de a vítima obter a reparação integral do dano sofrido.

²³⁸BRASIL. Recurso Especial n. 1.127.220/SP. Recorrente: Rede Brasileira de Educação a Distância S/C LTDA. **Recorrido:** Centro de Estratégia Operacional Propaganda e Publicidade S/C LTDA. Relator: Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, Brasília, DF, 19 de agosto de 2010, *Diário de Justiça Eletrônico*. Brasília, DF, 19 de out. 2010. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 19 de jun. 2014.

Ora, se é assim, então danos causados por falhas do mercado devem ser reparados. Não há por que o credor de uma obrigação deixar de obter uma indenização que não contemple todos os custos de transação por ele incorridos para viabilizar o negócio jurídico, que deixou de ser cumprido pela contraparte.

Conclui-se com Eduardo TomaseviciusFillho, que

[o]s danos a serem indenizados compreendem as despesas efetivadas nas negociações ou custos de transação na negociação, que abrangem o tempo perdido em face do desvio de seu trabalho, as despesas realizadas com estudos, viagens, redação de minutas, projetos, assistência de advogados, notários, a imobilização do capital, e como lucros cessantes a perda da oportunidade de negociar com outrem. Além disso, pode compreender eventualmente a perda real da ocasião de concluir o contrato, bem como na perda da ocasião de concluir outro contrato de conteúdo diverso²³⁹.

Assim também deve ocorrer no caso de responsabilidade civil extracontratual: um empresário que foi prejudicado por um concorrente pela prática de uma infração à ordem econômica, deve obter o ressarcimento pelos danos suportados. O mesmo deve acontecer no caso de um investidor do mercado de capitais, que sofre danos pela prática de *insider trading*.

5.4.2 Os danos emergentes

Danos emergentes constituem-se naquilo que efetivamente se perdeu; a diminuição atual do patrimônio²⁴⁰. No caso da reparação das atividades negociais, os danos emergentes devem contemplar não só os prejuízos decorrentes do inadimplemento da obrigação, mas também os custos de transação incorridos para a celebração daquele negócio, assim como aqueles necessários para demandar o cumprimento da obrigação e/ou da reparação do dano.

Os danos emergentes costumam ser a parcela da indenização mais fácil de ser calculada. Em geral, basta a simples verificação a variação sofrida pelo patrimônio em razão do dano. Para isso, é necessário avaliar o patrimônio, tendo como referência uma medida monetária, antes e depois da ocorrência do fato que

²³⁹TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. *Informação assimétrica...*, op. cit., f. 442.

²⁴⁰BEVILÁQUA, Clóvis *apud* ALVIM, Agostinho, op. cit., p. 174.

causou prejuízo. Em seguida, deve-se comparar essas duas avaliações, para se apurar o dano incorrido.

Conquanto a apuração desse componente da indenização por danos morais seja, em princípio, mais simples, é necessário ter atenção às variáveis que compõem o cálculo. É imprescindível que os custos para se ter acesso aos meios institucionais necessários à solução do conflito sejam computados nessa equação, de maneira que a indenização contemple integralmente os prejuízos causados.

5.4.3 Os lucros cessantes

Lucros cessantes são aqueles que o credor tinha uma justa expectativa de receber ou, na dicção do Código Civil, o que ele “razoavelmente deixou de lucrar” (art. 402). A grande dificuldade de se apurar os lucros cessantes é quanto à prova. Como se demonstrar que o credor teria uma justa expectativa de lucro a merecer a tutela do direito. Um caso envolvendo falha de mercado parece bastante emblemático. Imagine um agente de mercado que vai à falência em virtude de prática ofensiva à livre-concorrência, como, por exemplo, a adoção de preço predatório.

O ofensor deve indenizar não apenas os danos emergentes, que, nesse caso, seria o valor do capital investido, sobretudo aqueles ativos que não poderão ser recuperados, como os chamados *sunkcosts*²⁴¹ (custos irrecuperáveis), e também os lucros que o falido teria se ele tivesse conseguido participar do mercado em condições normais de livre-concorrência.

Trata-se, obviamente, de caso de enriquecimento sem causa do infrator da ordem econômica, que impõe à vítima uma limitação de crescimento do seu patrimônio. O infrator, então, deve ser condenado a pagar indenização que corresponda aos lucros obtidos em excesso, por apropriação dos demais concorrentes.

²⁴¹ *Sunkcosts* (custos afundados) são recursos empregados na construção de ativos que, uma vez realizados, não podem ser recuperados em qualquer grau significativo. Em termos econômicos, o custo de oportunidade desses recursos, uma vez empregados, é próximo de zero. Os *sunk costs* são considerados barreiras para entrada em mercados relevantes, conceito muito utilizado do direito da concorrência.

Para tanto, será necessário considerar um cenário provável de mercado, no qual as relações econômicas se desenvolveriam em condições normais.

Uma questão quanto a isso é o que considerar como sendo condições normais de mercado. Isso porque o mercado é dinâmico; ele não segue uma rotina ou padrão pré-estabelecido. Uma forma de se avaliar essas condições é a de seguir os chamados regimes ou padrões de mercado. Eles são categorias utilizadas pelos economistas para medir o grau de concentração de determinado mercado. Usualmente, falam-se nas seguintes espécies de regime: a concorrência perfeita, a concorrência imperfeita, o oligopólio, o oligopsônio, o monopólio, o monopsônio e o monopólio bilateral²⁴².

Para se avaliar as condições de normalidade do mercado para fins de aferição dos danos, é importante verificar em qual regime o mercado se enquadraria, ainda que de uma forma apenas aproximada. Torna-se necessários, assim, se estabelecer um parâmetro próximo da realidade de um mercado que funcionasse sem condutas abusivas e de acordo com suas peculiaridades.

5.5 A limitação da responsabilidade

A economia envolve riscos. Eles são de vários tipos, como já foi referido alhures. Como os indivíduos, em geral, têm aversão a riscos, o direito reconheceu soluções que têm por finalidade mitigar ou transferir esses riscos.

Entre essas soluções está a limitação da responsabilidade. Ela é muito utilizada no âmbito do direito comercial, notadamente no campo do direito societário.

A princípio, a limitação de responsabilidade deve ser preservada, ainda quando um dano for provocado pelo descumprimento de dever legal ou de inadimplemento de obrigação. Ela somente seria excepcionada pontualmente, em

²⁴²Esses conceitos são adotados pela doutrina de economia e se referem ao grau de competitividade de um mercado. O modelo de concorrência perfeita representa o mais alto grau de competitividade, passo que o monopólio bilateral se constitui em hipótese rara, na qual praticamente não existiria competição. Para uma análise desses modelos cf. NUSDEO, Fábio. *Curso...*, pp. 264-285.

casos nos quais fosse autorizada a aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica²⁴³.

O mesmo, entretanto, pode não ocorrer em relação a três outros institutos: a cláusula penal, a cláusula limitadora de indenização e a cláusula de não-responsabilidade ou de não-indenizar. Com efeito, eles constituem institutos que delimitam a responsabilidade em negócios jurídicos. A rigor, eles se referem aos danos provocados pelo descumprimento da obrigação principal. Sucede que há casos em que a responsabilidade se dá pela violação positiva do contrato. São casos que envolvem assimetrias de informação e outras externalidades. Como esses fatores não eram previsíveis, eles não teriam como ser avaliados para os fins de delimitação das perdas e danos ou do grau de responsabilização dos contraentes. Conseqüentemente, se for comprovado que os danos foram causados por fatores que não poderiam ser previstos no momento da celebração do negócio jurídico, então não poderá incidir o mecanismo que limita a responsabilidade da parte no negócio jurídico. Aplicar-se-ia, nesse caso, as regras que disciplinam a responsabilidade extracontratual, uma vez que os vícios tiveram como origem a fase pré-contratual²⁴⁴.

5.6 Hipóteses emblemáticas e o seu tratamento pelos tribunais

Por fim, serão analisadas cinco hipóteses de litígio envolvendo a discussão sobre a prevenção ou a reparação de danos relacionados a custos de transação e o seu tratamento pela jurisprudência.

5.6.1 Concorrência desleal – contrafação de marca e patente

²⁴³Esse tema não será tratado mais profundamente nesta dissertação, por não ser este o espaço mais adequado. Permita-se, entretanto, referir-se às seguintes obras: ALVES, Alexandre Ferreira de Assunção, *op. cit.*, pp. 1-56; NEGRI, Sérgio Marcos C. de A. Repensando a *Disregard Doctrine*: Justiça, segurança e eficiência na desconsideração da personalidade jurídica. In: ALVES, Alexandre Ferreira de Assunção; NOGUEIRA DA GAMA, Guilherme Calmon (coords.). *Temas de direito civil-empresarial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 141-166.

²⁴⁴TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. *Informação assimétrica...*, *op. cit.*, f. 435.

A marca, assim como a patente, é um bem imaterial, que compõe o estabelecimento empresarial. Aliás, no tocante a este, é necessário destacar a existência de confusão terminológica, sobretudo entre os não iniciados, acerca dos conceitos de empresa, empresário e estabelecimento. Não é incomum ver pessoas se referirem a uma sociedade empresarial como empresa ou estabelecimento, assim como chamarem de empresário alguém que é sócio ou administrador de sociedade empresária. Essas referências são equivocadas. A empresa é uma atividade econômica - ela é, portanto, um objeto de direito -, que é exercida por um sujeito de direito, que pode ser tanto uma pessoa física, o empresário individual, ou jurídica, EIRELI ou sociedade empresária. O empresário exerce essa atividade por meio de um complexo de bens denominado estabelecimento empresarial. Ele não se confunde, portanto, com a sociedade empresária ou com o local físico onde a atividade do empresário é exercida.

Segundo o art. 1.142 do Código Civil, “[c]onsidera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária”. O Código se refere ao estabelecimento como complexo de bens; não necessariamente bens de propriedade do empresário. Eles podem envolver bens de terceiros, que estão na posse do titular do estabelecimento por força de algum título. Assim, integram esse complexo o imóvel onde a atividade é exercida, ainda que alugado, equipamentos adquiridos por arrendamento mercantil, bens cedidos por comodato, licenças e direitos de propriedade intelectual, *knowhow*, etc. Não se deve confundir estabelecimento com patrimônio do empresário, pois, como salienta Marlon Tomazette,

[n]o patrimônio, estão reunidas todas as relações jurídicas economicamente apreciáveis de uma pessoa, ainda que não guardem relação entre si. Já no estabelecimento o essencial é que esse complexo de bens seja organizado pelo empresário para o exercício de empresa²⁴⁵.

Esses bens são organizados pelo empresário, com vistas ao atendimento de uma mesma finalidade. O que os distingue de outros quaisquer, ainda que pertencentes ao empresário, é justamente a organização e a finalidade comum. São esses elementos, inclusive, que lhes conferem um sobrevalor, quando alienados em

²⁴⁵TOMAZETTE, Marlon, *op. cit.*, p. 96.

conjunto. Ou seja, se os bens que compõem o estabelecimento fossem avaliados separadamente, o resultado dessa soma seria um valor menor do que o da avaliação atribuída ao conjunto organizado.

O empresário produz a partir dos fatores de produção. Para tanto, ele precisa organizá-los, pois, isoladamente, esses bens não geram nenhuma riqueza. Cite-se o exemplo de um supermercado. Se avaliados isoladamente os bens que compõem o estabelecimento, tal como estantes, carrinhos de compra, luminárias, geladeiras, estes não terão nenhum valor sobressalente. Eles valerão o preço que o mercado lhes confere. Agora, se esses bens forem organizados, de maneira a atrair clientes, eles serão capazes de, em conjunto, criar riqueza, de gerar lucro. Essa organização é a mais importante variável da atividade negocial. O sucesso ou o fracasso da empresa está a depender dela. Ela está diretamente relacionada ao risco do negócio.

Essa organização tem um valor econômico. Por isso o valor do estabelecimento tende a ser superior ao da soma de todos os bens que o compõem se avaliados isoladamente. A esse sobrevalor ou mais valia decorrentes da organização dos bens e direitos relacionados ao exercício da atividade negocial dá-se o nome de aviamento.

O aviamento não se confunde com a clientela. Ele é, na verdade, o resultado da organização que possibilita ao empresário a sua captação. Logo, ele pode ser medido pela clientela do empresário. Em princípio, quanto maior for a clientela, maior será o valor atribuído ao aviamento.

O aviamento não pertence ao empresário titular do estabelecimento. Ele é um atributo da empresa. Trata-se do valor econômico atribuído à organização dos fatores combinados que compõem o estabelecimento. Assim, ele não pode ser tratado de forma separada. Não é possível se alienar apenas o aviamento. Isso não significa que o direito deve desprezá-lo. Pelo contrário. Como uma situação jurídica, o aviamento há de ser considerado, sobretudo em casos de resolução de sociedades em relação a um sócio, nos casos de alienação de controle ou de compra de estabelecimento (Código Civil, art. 1.187, parágrafo único, III) e em casos de responsabilidade civil.

Como dito acima, entre os bens que podem aderir ao estabelecimento está a marca. Trata-se de bem imaterial que tem como finalidade distinguir um produto ou um serviço. Nas palavras de João da Gama Cerqueira, cuidam-se de sinais que

marcam, efetivamente, o produto, que passa a ser um produto diferente, na multidão dos produtos congêneres. A marca individualizada o produto, identifica-o, distingue-o dos outros similares, não pela sua origem, mas pelo seu próprio emblema ou pela denominação que a constitui²⁴⁶.

Com a evolução da atividade empresarial e do próprio direito marcário, este sinal foi ganhando tamanha importância que, muitas vezes, destacam-se do fornecedor do produto ou serviço, assumindo uma individualidade própria e objetiva²⁴⁷.

Para se alcançar essa expressão econômica, são necessários muitos esforços por parte do empresário, seja ele pessoa física ou jurídica. Isto vem acompanhado de muitos gastos, sobretudo com questões legais e de registro. Logo, a violação à marca tem um potencial de dano muito elevado e envolve custos que os juristas estão pouco familiarizados.

A contrafação de marca, em princípio, provoca perdas e danos, sobretudo porque, ao vulgarizá-la, o contrafator prejudica a imagem do empresário e confunde os consumidores, que acabam se afastando, mesmo os considerados fiéis. Enfim, essa conduta tem como consequência a depreciação do estabelecimento, desvalorizando o aviamento. Além disso, o contrafator obtém lucros injustos às custas do titular da marca, enriquecendo-se ilicitamente.

Nada obstante, a jurisprudência, embora reconhecesse a ilicitude da contrafação, à luz do que dispõe a Lei nº 9.279/96, não conferia indenização por perdas e danos ao titular da marca violada, em razão da dificuldade de comprovação do dano. Isto porque nem sempre a vítima dessa conduta ilícita experimenta um prejuízo que possa ser apurado, contabilmente, pelo princípio da diferença. Em muitos casos, o titular da marca não chega a alcançar uma redução expressiva de seu faturamento, uma vez que o consumidor do produto falsificado não é o mesmo que adquire o produto original. Assim, a posição inicial dos tribunais era pela improcedência do pedido indenizatório²⁴⁸.

²⁴⁶CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado de propriedade industrial*, atual. por Newton Silveira e Denis Borges Barbosa – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, v. 1, p. 242.

²⁴⁷*Ibidem*, p. 250.

²⁴⁸“APELAÇÃO CÍVEL. PROPRIEDADE INDUSTRIAL. MARCAS. CONTRAFAÇÃO. DANOS MATERIAIS E DANOS MORAIS. Não se indenizam danos materiais hipotéticos ou presumidos. De tal sorte, deve o autor comprovar a sua existência. Na hipótese de contrafação, deve-se demonstrar que em razão dela se deixou de vender quantidade significativa de produtos. Malgrado se possa remeter à liquidação de sentença a quantificação dos danos, a demonstração de sua existência há

Houve, por bem, uma guinada nesse entendimento. No julgamento do recurso especial n. 466.761-RJ, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu que

[n]a hipótese de contrafação de marca, a procedência do pedido de condenação do falsificador em danos materiais deriva diretamente da prova que revele a existência de contrafação, independentemente de ter sido, o produto falsificado, efetivamente comercializado ou não.

Nesses termos considerados, a indenização por danos materiais não possui como fundamento tão-somente a comercialização do produto falsificado, mas também a vulgarização do produto, a exposição comercial (ao consumidor) do produto falsificado e a depreciação da reputação comercial do titular da marca, levadas a cabo pela prática de falsificação.

A prática de falsificação, em razão dos efeitos que irradia, fere o direito à imagem do titular da marca, o que autoriza, em consequência, a reparação por danos morais.

Note que o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do aventado recurso especial, afastou-se da orientação tradicional, conferindo ao princípio da reparação integral um espectro mais abrangente, na linha da subjetividade do dano. A Corte considerou justamente a violação a direitos materiais integrantes do estabelecimento e que não refletem a simples utilidade marginal. São elementos que devem ser valorados a partir de uma análise econômica mais rebuscada, que considere

que se dar ainda na fase de instrução do processo de conhecimento. Os danos morais, em hipóteses que não são considerados *in re ipsa*, devem ser comprovados. No caso vertente, em que pese a contrafação, não se produziu qualquer prova tendente a demonstrar que o nome da empresa foi prejudicado em razão da semelhança das embalagens dos produtos da ré. [...]” (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70013028709. Apelante: Bombril Cirio S/A. Apelado: Distribuidora de Alimentos Prado Ltda. Relatora: Desembargadora Marilene Bonzanini. Porto Alegre, 7 de maio de 2008. Disponível em: www.tjrs.jus.br. Acesso em: 19 de jun. 2014)

“Marca. Utilização. Dano. Código Civil, artigo 159. Para se reconhecer o direito à indenização, necessário indique a inicial em que consistiram os prejuízos e que do processo de conhecimento resulte que efetivamente se verificaram. Isso pode evidenciar-se, tendo em vista o que comumente acontece, daí se retirando as possíveis inferências. Inviável é prescindir-se do dano ou proferir-se sentença condicional que determine a reparação de danos caso, em liquidação, se apure que ocorreram” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 115.088-RJ. Recorrente: Ancona Comércio Importação e Exportação Ltda. Recorrido: Philip Morris Products Incorporated e Outro. Relator: Ministro Eduardo Ribeiro. Brasília, DF, 3 de ago. 1999. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 19 de jun. 2014)

“MARCA. Título de estabelecimento. Prejuízo. Lucro cessante. Prova. A prova do dano (lucros cessantes) pelo uso indevido da marca ou do nome é necessária para o deferimento de indenização a esse título, salvo quando do próprio fato surge a certeza do prejuízo, como ocorre com a colocação de produto no mercado com a marca de outrem. No caso de nome do estabelecimento de ensino, era necessária a prova do prejuízo, que não foi feita [...]” (BRASIL. Recurso Especial n. 316.275-PR. Recorrente: Centro Educacional Senior S/C Ltda. Recorrido: Centro Educacional La Salle S/C Ltda. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Brasília, DF, 18 de set. 2001. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 19 de jun. 2014).

também custos de transação, custos sociais e os custos de oportunidade. É importante destacar que esta passou a ser a orientação adotada por aquela Corte²⁴⁹.

²⁴⁹“DIREITO MARCÁRIO. RECURSOS ESPECIAIS. MARCA. BEM IMATERIAL COMPONENTE DO ESTABELECIMENTO. USO SEM A ANUÊNCIA DO TITULAR.IMPOSSIBILIDADE.CONCORRÊNCIA DESLEAL. RECONHECIMENTO DA VIOLAÇÃO DO DIREITO DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR. APURAÇÃO DA EXTENSÃO DOS DANOS EM LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. POSSIBILIDADE.IMPORTAÇÃO PARALELA E RECONDICIONAMENTO DOS PRODUTOS SEM A ANUÊNCIA DO TITULAR DA MARCA.IMPOSSIBILIDADE.1. A marca é importante elemento do aviamento, sendo bem imaterial, componente do estabelecimento do empresário, de indiscutível feição econômica.2. Como o Tribunal de origem reconhece a existência de violação do direito de uso da marca, em observância ao artigo 209 da Lei 9.279/96, independentemente de ter sido demonstrada a exata extensão dos prejuízos experimentados pela autora, descabe o julgamento de improcedência dos pedidos exordiais, pois a apuração pode ser realizada em liquidação de sentença. Precedentes.3. A marca é fundamental instrumento para garantia da higidez das relações de consumo. Desse modo, outra noção importante a ser observada quanto à marca é o seu elemento subjetivo, que permite ao consumidor correlacionar a marca ao produto ou serviço, evitando, por outro lado, o desleal desvio de clientela.4. As importações paralelas lícitas são contratos firmados com o titular da marca no exterior, ou com quem tem o consentimento deste para comercializar o produto. Tendo o Tribunal de origem apurado não haver autorização, pela titular da marca, para a importação dos produtos, o artigo 132, inciso III, da Lei 9.279/96, não socorre a recorrente.5. Tolerar que se possa recondicionar produtos, sem submissão ao controle e aos padrões adotados pelo titular da marca - que também comercializa o produto no mercado -, significaria admitir a inequívoca confusão ocasionada ao consumidor que, ao adquirir produto da marca, espera obter bem de consumo que atenda a determinado padrão de qualidade e confiabilidade que associa ao signo.6. Conduta que, por outro lado, não atende aos objetivos da Política Nacional de Relações de Consumo, consoante disposto no artigo 4º, incisos I, III e VI, do Código de Defesa do Consumidor, que sobrelevam aos interesses da parte. [...]” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.207.952-AM. Quarta Turma. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Brasília, DF, 23 de ago. 2011)

“PROPRIEDADE INDUSTRIAL. USO INDEVIDO DE MARCA. INDENIZAÇÃO POR DIREITOS MATERIAIS. COMPROVAÇÃO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL CONFIGURADO. CRITÉRIO DE CÁLCULO. [...] 2. No caso de uso indevido de marca, com intuito de causar confusão ao consumidor, o entendimento predominante desta Corte é que a simples violação do direito implica na obrigação de ressarcir o dano. Precedentes.3. Conquanto os lucros cessantes devidos pelo uso indevido da marca sejam determinados pelo critério mais favorável ao prejudicado, conforme o art. 210, caput, da Lei 9.279/96, o critério de cálculo previsto na lei deve ser interpretado de forma restritiva, fazendo-se coincidir, nesse caso, o termo "benefícios" presente no inciso II, do art. 210, com a idéia de "lucros” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 710.376/RJ. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Quarta Turma. Brasília, DF, 15 de dez. 2009)

“Direito comercial e processual civil. Recurso especial. Concorrência desleal e desvio de clientela. Embargos declaratórios. Omissão.Ausência. Reexame de provas. Inadmissibilidade. Inépcia da inicial.Inocorrência. Danos materiais. Comprovação. Presunção [...] O art. 209 da Lei 9.279/96 autoriza a reparação por danos materiais advindos de atos de concorrência desleal que importem desvio de clientela pela confusão causada aos consumidores. A reparação não está condicionada à prova efetiva do dano, pois os atos de concorrência desleal e o conseqüente desvio de clientela provocam, por si sós, perda patrimonial à vítima” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 978.200/PR. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. Brasília, DF, 19 de nov. 2009)

“CIVIL E PROCESSO CIVIL. MARCA. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE ABSTENÇÃO DE USO DE MARCA C/C PERDAS E DANOS. ARTIGOS ANALISADOS: ARTS. 209 e 210 da Lei 9.279/96. [...] 5. O uso indevido de marca, capaz de provocar confusão entre os estabelecimentos e conseqüente desvio de clientela, torna desnecessária a prova concreta do prejuízo, que se presume.6. Na hipótese, a violação em questão é da marca da recorrente e a legislação que regula os direitos e obrigações relativos à propriedade industrial (Lei 9.279/96) traz em seu bojo os critérios específicos que devem ser adotados para a quantificação do dano material (art. 210), não se fazendo necessária ou mesmo pertinente a adoção da analogia para interpretação das suas disposições. Inaplicabilidade da Lei 9.610/98 à hipótese.7. Há que ser demonstrado o efetivo prejuízo de ordem moral sofrido pelo titular do direito de propriedade industrial, decorrente da sua violação.8. Embora a

5.6.2 O ressarcimento de honorários advocatícios contratuais

Uma questão que também está diretamente ligada ao ressarcimento dos custos de transação é a dos honorários advocatícios contratuais. Como é sabido, existem duas espécies de honorários de advogado: os sucumbenciais, devidos à parte vencedora da demanda judicial (CPC, art. 20), e os contratuais ou convencionais, que cada parte costuma arcar para remunerar o trabalho de seus advogados.

Não resta dúvidas quanto à natureza dos chamados honorários contratuais ou convencionais: eles se constituem em obrigação contratual decorrentes, portanto, do exercício da autonomia privada. O mesmo não pode ser dito quanto aos honorários de sucumbência; quanto a estes há grande celeuma.

Nos termos do *caput* do art. 20 do Código de Processo Civil, “[a]sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Esta verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria”. Para buscar a *mens legislatoris*, nada mais adequado do que analisar a Exposição de Motivos do projeto de lei que foi convertido no aventado Código. Nesse sentido, destaca-se trecho dessa exposição que tratou do tema:

O projeto adota o princípio do sucumbimento, pelo qual o vencido responde por custas e honorários advocatícios em benefício do vencedor. O fundamento desta condenação, como escreveu Chiovenda, é o fato objetivo da derrota: e a justificação deste instituto está em que a atuação da lei não deve representar uma diminuição patrimonial para a parte a cujo favor se efetiva; por ser interesse do Estado que o processo não se resolva em prejuízo de quem tem razão e por ser, de outro turno, que os direitos tenham um valor tanto quanto possível e constante²⁵⁰.”

Ao que o texto literal e a Exposição de Motivos do Código de Processo Civil indicam, os honorários de sucumbência previstos no aventado art. 20 prestar-se-iam

"CBF" explore a atividade comercial, com o licenciamento de sua marca para venda de produtos, a imagem da associação está muito mais ligada à promoção das atividades esportivas, aos campeonatos de futebol nacionais e internacionais, à Copa do Mundo, Olimpíadas, etc, o que, aliás, é sua atividade principal. 9. Como a atividade primordial da Confederação Brasileira de Futebol não é a comercialização de produtos, o público não deixa de reconhecê-la ou passa a ter uma imagem negativa a seu respeito somente porque foram comercializados produtos contrafeitos com a sua marca. Ausência de demonstração do efetivo dano moral na hipótese” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.372.136/SP. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. Brasília, DF, 12 de nov. 2013. Disponíveis em: www.stj.jus.br. Acesso em: 20 de jun. 2014).

²⁵⁰BRASIL. Senado Federal. *Exposição de Motivos do Código de Processo Civil*, Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/177828>. Acesso em 3 dez 2014, p. 21.

a restabelecer o patrimônio do vencedor da demanda, que, para fazer valer seu legítimo interesse, teve de pagar honorários a advogado. Em outras palavras, os honorários de sucumbência estabelecidos na sentença seriam uma maneira de indenizar o vencedor da ação pelos custos incorridos na sustentação da defesa de seus interesses em processo judicial. Esse crédito, a seguir essa linha de raciocínio, pertenceria à parte, como forma de indenização pelo custo presumido que ela teve com a sua defesa.

No entanto, o art. 22 da Lei n.º 8.906/94 dispõe que “[a] prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na OAB o direito aos honorários convencionados, aos fixados por arbitramento judicial e aos de sucumbência”. Já o art. 23 da mencionada lei prevê textualmente que “[o]s honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou sucumbência, pertencem ao advogado, tendo este direito autônomo para executar a sentença nesta parte, podendo requerer que o precatório, quando necessário, seja expedido em seu favor”. Portanto, diferentemente do que afirma a Exposição de Motivos do Código de Processo Civil acerca dos honorários de sucumbência, o Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil prevê que a titularidade desse crédito é do advogado.

Essa questão foi suscitada na ação direta de inconstitucionalidade n.º 1.194. Conquanto os Ministros Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Joaquim Barbosa e Cezar Peluso tenham votado pelo conhecimento da ação direta de inconstitucionalidade quanto a esse ponto e, no mérito, pela declaração de inconstitucionalidade dessa norma, prevaleceu o entendimento da maioria quanto à ilegitimidade ativa da Confederação Nacional da Indústria – CNI, em decorrência da falta de pertinência temática relativamente à mencionada norma.

Ainda que se admita que os honorários de sucumbência pertençam exclusivamente ao advogado, fato é que, como destacado por alguns Ministros no julgamento da referida ação direta de inconstitucionalidade e como reconhece a Exposição de Motivos do Código de Processo Civil, o ordenamento jurídico deve tutelar a legítima pretensão do vencedor da demanda de ser ressarcido pelos custos gerados pela sua defesa. Como a parte vencedora obterá a reparação desse dano?

A orientação predominante é a de que os honorários convencionais devem ser suportados pela parte que contratou o advogado. A contraparte, mesmo tendo dado causa à essa despesa, não deve ressarcí-la. Segundo esse entendimento, a defesa de pretensão em juízo não pode ser considerada um ato ilícito, logo, a

contratação de advogado, por não ser consequência de um ato contrário do direito, não deve ser objeto de indenização²⁵¹.

Esse entendimento se revela equivocado. Isso porque a contratação de advogado é uma despesa necessária para o exercício de um direito. No caso de uma atividade negocial, ele reduz a eficiência, por se traduzir em um custo que não foi considerado no momento da precificação dos bens e serviços colocados em circulação no mercado. Não à toa, o Código Civil previu a condenação do devedor ao pagamento de honorários de advogado nos artigos 389 e 404.

Existem precedentes jurisprudenciais reconhecendo o direito do credor de requerer o ressarcimento dessa despesa do devedor. No julgamento do recurso especial n. 1.027.797, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu que “[o]s honorários convencionais integram o valor devido a título de perdas e danos, nos termos dos arts.389, 395 e 404 do CC/02”²⁵². O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul também vem reconhecendo esse direito²⁵³.

²⁵¹“CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. NULIDADE DO ACÓRDÃO. CPC, ARTS. 165, 458 E 535. INOCORRÊNCIA. INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO. JUSTIÇA DO TRABALHO. AUSÊNCIA DE ILICITUDE. DANOS MORAIS E MATERIAIS AFASTADOS. RECURSO ESPECIAL. PROVIMENTO.[...] O gasto com advogado da parte vencedora, em ação trabalhista, não induz por si só a existência de ilícito gerador de danos materiais e morais por parte do empregador vencido na demanda laboral” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.1.027.897/MG. Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior. Quarta Turma. Brasília, DF, 16 de out. 2008)

“CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL. RESPONSABILIDADE CIVIL.CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO.JUSTIÇA DO TRABALHO. [...] O simples fato de ter sido ajuizada demanda trabalhista pelo requerente e de ter sido o requerido condenado ao pagamento das verbas reclamadas não é suficiente para dar substrato a condenação à indenização” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração no Agravo n. 1.120.771-MG. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Quarta Turma. Brasília, DF, 02/06/2009. Disponíveis em: www.stj.jus.br. Acesso em 20 de jun 2014).

²⁵²“DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA.SÚMULA 211/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. COTEJO ANALÍTICO E SIMILITUDE FÁTICA. AUSÊNCIA. VIOLAÇÃO DA COISA JULGADA. RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. HONORÁRIOS CONVENCIONAIS. PERDAS E DANOS. PRINCÍPIO DA RESTITUIÇÃO INTEGRAL. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO CÓDIGO CIVIL. [...] 4. Os honorários convencionais integram o valor devido a título de perdas e danos, nos termos dos arts. 389, 395 e 404 do CC/02.5. O pagamento dos honorários extrajudiciais como parcela integrante das perdas e danos também é devido pelo inadimplemento de obrigações trabalhistas, diante da incidência dos princípios do acesso à justiça e da restituição integral dos danos e dos arts. 389, 395 e 404 do CC/02, que podem ser aplicados subsidiariamente no âmbito dos contratos trabalhistas, nos termos do art. 8º, parágrafo único, da CLT” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.027.797-MG. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. Brasília, DF, 17 de fev. 2011. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 20 de jun. 2014).

²⁵³“APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MATERIAL EMERGENTE. HONORÁRIOS CONTRATUAIS. RESSARCIMENTO DEVIDO. O direito material vai além das regras de direito processual, permitindo a recomposição de tudo aquilo que a parte despendeu para fazer valer seus interesses (em juízo ou fora dele), inclusive as verbas comprometidas na ação penal com advogado. O desembolso realizado pela parte autora para a defesa de seus direitos em razão da conduta ilícita de agente público constitui dano emergente que não pode ficar sem

O Superior Tribunal de Justiça, entretanto, firmou posição em sentido oposto ao acima mencionado, confirmando a orientação de que essa espécie de honorários não deve ser ressarcida²⁵⁴. No julgamento dos embargos de divergência no recurso especial n. 1.155.527, a própria Ministra Nancy Andrighi, relatora do precedente contrário a esse entendimento, mudou de posição. Para a Ministra, não se poderia impor esse tipo de condenação, porque, por reciprocidade, o autor também deveria ser condenado ao pagamento de honorários contratuais ao réu, caso ele perdesse a demanda, muito embora o exercício do direito de ação seja legítimo.

Sucedendo que, no caso de a demanda ser julgada improcedente, a não ser que se reconheça abuso do direito do autor, este de fato não deverá ser condenado a indenizar os honorários contratuais do seu *ex adverso*. A hipótese contrária é totalmente diferente porque, se a demanda foi julgada procedente, significa que o autor somente pôde exercer o seu direito por meio da contratação de advogado. Trata-se de uma despesa extra, porque, a rigor, a parte contrária deveria cumprir com o seu dever ou a sua obrigação independentemente de decisão judicial. Portanto, nesse caso, revela-se correta a condenação ao pagamento de honorários de advogado.

ressarcimento, sob pena da reparação não ser integral. Precedente do STJ [...]” (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n.70052192879.Nona Câmara Cível. Relator: Desembargador Tasso Caubi Soares Delabary. Porto Alegre, 27 de fev. 2013)
 “APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MATERIAL EMERGENTE. HONORÁRIOS CONTRATUAIS. RESSARCIMENTO DEVIDO. O direito material vai além das regras de direito processual, permitindo a recomposição de tudo aquilo que a parte despendeu para fazer valer seus interesses (em juízo ou fora dele), inclusive as verbas comprometidas na ação penal com advogado. O desembolso realizado pela parte autora para a defesa de seus direitos em razão da conduta ilícita de agente público constitui dano emergente que não pode ficar sem ressarcimento, sob pena da reparação não ser integral. Precedente do STJ” (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 0531142-04.2013.8.21.7000. Quinta Câmara Cível. Relatora: Desembargadora Isabel Dias Almeida, Porto Alegre, 25 de mar. 2014. Disponíveis em: www.tjrs.jus.br. Acesso em: 18 de jun. 2014)

²⁵⁴“EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS DE ADVOGADO DO RECLAMANTE, COBRADOS AO RECLAMADO PARA RECLAMAÇÃO TRABALHISTA JULGADA PROCEDENTE. 1) COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO, A despeito de orientação anterior à Emenda Constitucional 45/2004, MAS EMBARGOS CONHECIDOS DADA A PECULIARIDADE DOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA; 2) INEXISTÊNCIA DE DEVER DE INDENIZAR, NO ÂMBITO GERAL DO DIREITO COMUM, RESSALVADA INTERPRETAÇÃO NO ÂMBITO DA JUSTIÇA DO TRABALHO; 3) IMPOSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DO JULGADO PARADIGMA; 4) EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA IMPROVIDOS. [...] No âmbito da Justiça comum, impossível superar a orientação já antes firmada por este Tribunal, no sentido do descabimento da cobrança ao Reclamado de honorários advocatícios contratados pelo Reclamante: para a Reclamação Trabalhista, porque o contrário significaria o reconhecimento da sucumbência por via oblíqua e poderia levar a julgamentos contraditórios a respeito do mesmo fato do patrocínio advocatício na Justiça do Trabalho” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial n.1.155.527/MG. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Segunda Seção. Brasília, DF, 13 de jun. 2012. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em 18 de jun. 2014).

5.6.3 A responsabilidade das transportadoras aéreas

A problemática da responsabilidade decorrente do descumprimento de obrigações relacionadas ao transporte aéreo de passageiros e de carga ainda não encontrou nos tribunais brasileiros uma solução definitiva. Há, sobretudo quanto ao transporte aéreo internacional, um impasse referente às normas que devem ser aplicadas. De um lado, postam-se a Convenção de Varsóvia, promulgada pelo Decreto-lei n.º 20.704/31 (alterada pelo Protocolo de emenda da Convenção para a unificação de certas regras relativas ao transporte aéreo internacional, promulgado pelo Decreto n.º 56.463/65, e pelo Convênio complementar ao Convênio de Varsóvia, promulgado pelo Decreto n.º 60.967/67), a Convenção de Montreal, promulgada pelo Decreto n.º 5.910/2006, que, na dicção do artigo 55, prevalece sobre os tratados anteriormente citados, a Lei n.º 7.565/86 (Código Brasileiro de Aeronáutica – CBAr) e o Código Civil. Do outro lado, fica a Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor).

Esse aparente conflito de normas – diz-se aparente, porque o Direito, como um sistema, não pode acolher antinomias, motivo pelo qual eventuais conflitos devem ser superados em prol de sua harmonia – se dá em razão de dúvidas acerca da qualidade e da extensão tutela de direitos do consumidor. Ele se concentra basicamente em quatro questões: (i) o tipo de responsabilidade do transportador aéreo – se objetiva ou subjetiva -; (ii) os fatores que poderão excluir a responsabilidade desse transportador; (iii) o prazo de prescrição; (iv) a extensão da reparação dos danos.

Conquanto o Código de Defesa do Consumidor seja posterior às normas acima mencionadas, com exceção da Convenção de Montreal, que ingressou no ordenamento jurídico brasileiro em 2006, estas – com exceção do Código Civil – tratam de matérias especiais. Em outras palavras, o Código de Defesa do Consumidor disciplina os aspectos gerais das relações de consumo, ao passo que a Convenção de Varsóvia, a Convenção de Montreal e o Código Brasileiro de Aeronáutica dispõem das relações contratuais entre fornecedor do serviço de

transporte aéreo e o consumidor desse serviço, além de outros assuntos relacionados a essa atividade econômica.

Há, assim, uma corrente que defende a prevalência das aventadas Convenções e do Código Brasileiro de Aeronáutica sobre o Código de Defesa do Consumidor, em vista do disposto no artigo 2º, § 2º, do Decreto-lei n.º 4.657/42 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), que dispõe sobre o princípio da especialidade das normas. No tocante ao transporte aéreo internacional, acrescenta-se a esse argumento o contido no artigo 178 da Constituição da República, o qual determina a observância dos acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade.

Nesse passo, o Supremo Tribunal Federal, em mais de uma oportunidade, entendeu pela aplicação das convenções internacionais a casos envolvendo a responsabilidade civil de transportadores aéreas²⁵⁵.

O Superior Tribunal de Justiça, por seu turno, possui inúmeros precedentes em sentido diametralmente oposto, entendendo pela aplicação do Código de Defesa do Consumidor em casos envolvendo a responsabilidade civil decorrente de contrato de transporte aéreo²⁵⁶.

²⁵⁵Cf. "PRAZO PRESCRICIONAL. CONVENÇÃO DE VARSÓVIA E CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. 1. O art. 5º, §2º, da Constituição Federal se refere a tratados internacionais relativos a direitos e garantias fundamentais, matéria não objeto da Convenção de Varsóvia, que trata da limitação da responsabilidade civil do transportador aéreo internacional (RE 214.349, rel. Min. Moreira Alves, DJ 11.6.99). 2. Embora válida a norma do Código de Defesa do Consumidor quanto aos consumidores em geral, no caso específico de contrato de transporte internacional aéreo, com base no art. 178 da Constituição Federal de 1988, prevalece a Convenção de Varsóvia, que determina prazo prescricional de dois anos. 3. Recurso provido". (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 297.901-RN. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Segunda Turma. Brasília, DF, 7 de mar 06. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 18 de jul 14.).

²⁵⁶Cf. "CIVIL E PROCESSUAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL. INDENIZAÇÃO DEVIDA EM CONSONÂNCIA COM O PREJUÍZO EFETIVAMENTE HAVIDO. I. Em vôo internacional, se não foram tomadas todas as medidas necessárias pela transportadora para que não se produzisse o dano, justifica-se a obrigação de indenizar, à qual se aplica o Código de Defesa do Consumidor-CDC, situação em que se sub-roga a seguradora que cobriu os prejuízos da contratante do transporte. Precedentes do STJ". (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo n.º 957.245-RJ. Relator: Ministro Aldir Passarinho Júnior. Quarta Turma. Brasília, DF, 5 de ago08. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 18 de jul 14).

"CIVIL E PROCESSUAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXTRAVIO DE BAGAGEM EM TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL. CONVENÇÃO DE VARSÓVIA. TARIFAÇÃO NÃO MAIS PREVALENTE EM FACE DO CDC. DANOS MORAIS. VALOR DA INDENIZAÇÃO. REEXAME DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7 DESTA CORTE. AGRAVO IMPROVIDO. I. Após o advento do Código de Defesa do Consumidor, a tarifação por extravio de bagagem prevista na Convenção de Varsóvia não prevalece, podendo a indenização ser estabelecida em valor maior ou menor, consoante a apreciação do Judiciário em relação aos fatos acontecidos". (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo n.º 959.403-RJ. Relator: Ministro Aldir Passarinho Júnior. Quarta Turma. Brasília, DF, 10 de jun08. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 18 de jul 14).

“TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL. ATRASO. DANO MORAL. PRETENDIDA COMPROVAÇÃO DO DANO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E CONVENÇÃO DE VARSÓVIA. (...) 2. Rejeita-se o entendimento da recorrente, no sentido de que o Código de Defesa do Consumidor não se aplica à espécie dos autos, notadamente quando se refere a atraso de vôo internacional, pois ‘após o advento do Código de Defesa do Consumidor, as hipóteses de indenização por atraso de vôo não se restringem às situações elencadas na Convenção de Varsóvia, o que, de outro lado, não impede a adoção de parâmetros indenizatórios nela ou em diplomas assemelhados estabelecidos’ (REsp n. 265.173-SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, DJ 16/06/03).” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º277.541-SP. Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa. Quarta Turma. Brasília, DF, 16 de ago07. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 18 de jul 14).

“CIVIL. TRANSPORTE AÉREO. CARGA. MERCADORIA. EXTRAVIO. TRANSPORTADOR. INDENIZAÇÃO INTEGRAL. CDC. APLICAÇÃO. CONVENÇÃO DE VARSÓVIA. AFASTAMENTO. 1 - A jurisprudência pacífica da Segunda Seção é no sentido de que o transportador aéreo, seja em viagem nacional ou internacional, responde (indenização integral) pelo extravio de bagagens e cargas, ainda que ausente acidente aéreo, mediante aplicação do Código de Defesa do Consumidor, desde que o evento tenha ocorrido na sua vigência, conforme sucede na espécie. Fica, portanto, afastada a incidência da Convenção de Varsóvia e, por via de consequência, a indenização tarifada.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º552.553-RJ. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Quarta Turma. Brasília, DF, 12 de dez 05. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 18 de jul 14).

“TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL. EXTRAVIO DE MERCADORIA. INDENIZAÇÃO TARIFADA DA CONVENÇÃO DE VARSÓVIA. FATOS OCORRIDOS NA VIGÊNCIA DO CDC. INAPLICABILIDADE. A indenização tarifada da Convenção de Varsóvia não se aplica aos fatos ocorridos na vigência do CDC.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º257.297-SP. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. Terceira Turma. Brasília, DF, 15 de fev05. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 18 de jul 14).

“RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. VÔO INTERNACIONAL. ATRASO. APLICAÇÃO DO CDC. Se o fato ocorreu na vigência do CDC, a responsabilidade por atraso em voo internacional afasta a limitação tarifada da Convenção de Varsóvia (CDC; arts. 6º, VI e 14). O contrato de transporte constitui obrigação de resultado. Não basta que o transportador leve o transportado ao destino contratado. É necessário que o faça nos termos avençados (dia, horário, local de embarque e desembarque, acomodações, aeronave etc.). O Protocolo Adicional n.º 3, sem vigência no direito internacional, não se aplica no direito interno. A indenização deve ser fixada em moeda nacional (Decreto 97.505/89).” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º151.401-SP. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. Terceira Turma. Brasília, DF, 17 de jun04. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 18 de jul 14).

“DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. EXTRAVIO DE BAGAGENS E ATRASO DE VÔO INTERNACIONAL. DANO MORAL. INAPLICABILIDADE DA LIMITAÇÃO TARIFADA. A quantificação da indenização por danos morais, decorrente de atraso de vôo, deve pautar-se apenas pelas regras dispostas na legislação nacional, restando inaplicável a limitação tarifada prevista na Convenção de Varsóvia e em suas emendas vigentes, embora possam ser consideradas como mero parâmetro.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º602.014-RJ. Relator: Ministro César Asfor Rocha. Quarta Turma. Brasília, DF, 18 de dez 03. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 18 de jul 14).

“RESPONSABILIDADE CIVIL. ATRASO DE VÔO. DANOS MORAIS. VALOR DA INDENIZAÇÃO. REEXAME DE PROVA. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE, AO APLICAR O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, ESTÁ EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. I - Com o advento da Lei nº 8.078/90, não prevalecem, nas relações de consumo, os limites de indenização previstos na Convenção de Varsóvia sobre transporte aéreo, cujos critérios, todavia, podem ser observados pelo julgador para definir o valor da reparação. II - Conhecer a exata extensão do dano moral sofrido pelas vítimas e determinar valor indenizatório diverso do que fixado com razoabilidade no acórdão recorrido é inviável em recurso especial, mercê da necessidade do reexame de prova.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Agravo n.º464.549-RJ. Relator: Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Quarta Turma. Brasília, DF, 10 de jun08. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 18 de jul 14).

“CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. EXTRAVIO DE MERCADORIA SEGURADA EM TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL. LIDE MOVIDA PELA SEGURADORA, REGRESSIVAMENTE. CONVENÇÃO DE VARSÓVIA E CBA. TARIFAÇÃO NÃO MAIS

Em apertada síntese, essa segunda corrente fundamenta seu entendimento na proteção que a Constituição da República confere ao consumidor (CRFB, artigo 5º, XXXII e artigo 170, V) e também no princípio constitucional da plena reparação dos danos materiais e morais (CRFB, artigo 5º, incisos V e X). Esses argumentos levaram o Supremo Tribunal Federal a reconhecer que essa questão possui repercussão geral. O recurso que trata sobre essa questão ainda não foi julgado pela Corte Suprema do Brasil²⁵⁷.

Além das questões já suscitadas, revela-se importante pesar, no exame desse problema jurídico, aspectos econômicos, notadamente aqueles orientados pela eficiência. Com efeito, um dos objetivos da análise econômica do direito é buscar soluções para problemas jurídicos que atendam ao critério de eficiência sob o ponto de vista econômico. Uma solução que não atente para esse objetivo, sequer será justa. De que adianta um mecanismo de resolução de conflitos, que imponha custos superiores aos possíveis ganhos; que obrigue uma das partes a tomar cuidados para prevenir danos tão onerosos, que inviabilize a atividade ou a torne tão cara, que, quando esta for indispensável para o convívio em sociedade, transfira para todos os riscos de alguns poucos.

O transporte aéreo, por mais seguro que seja, está exposto a certos riscos imprevisíveis ou inevitáveis. À guisa de exemplo, somente no ano de 2014, dois

PREVALENTE EM FACE DO CDC. RECURSO ADESIVO. ENFRENTAMENTO PELO TRIBUNAL. I. Após o advento do Código de Defesa do Consumidor, não mais prevalece, para efeito indenizatório, a tarifação prevista tanto na Convenção de Varsóvia, quanto no Código Brasileiro de Aeronáutica, segundo o entendimento pacificado no âmbito da 2ª Seção do STJ.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º316.280-SP. Relator: Ministro Aldir Passarinho Júnior. Quarta Turma. Brasília, DF, 6 de fev03. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 18 de jul 14).

“TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL. EXTRAVIO DE CARGA. INDENIZAÇÃO INTEGRAL. CDC. I - A responsabilidade civil do transportador aéreo pelo extravio de bagagem ou de carga rege-se pelo Código de Defesa do Consumidor, se o evento se deu em sua vigência, afastando-se a indenização tarifada prevista na Convenção de Varsóvia.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos no Recurso Especial n.º269.353-SP. Relator: Ministro Castro Filho. Segunda Seção. Brasília, DF, 24 de abr02. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 18 de jul 14).

“RECURSO ESPECIAL. TRANSPORTE AÉREO NACIONAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MATERIAIS E MORAIS. APLICAÇÃO DO CDC. CÓDIGO BRASILEIRO DE AVIAÇÃO. INAPLICABILIDADE. CPC, ART. 460. JULGAMENTO *ULTRA PETITA*. OCORRÊNCIA. I - Em ação de reparação de danos por violação de bagagem não se aplica a indenização tarifada do CBA, mas o Código de Defesa do Consumidor. II - Havendo pedido certo e condenação em valor superior, há violação do art. 460 do CPC, devendo ser a mesma adequada aos limites do pedido.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º394.519-RO. Relator: Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Terceira Turma. Brasília, DF, 21 de mar 02. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 18 de jul 14).

²⁵⁷BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Repercussão Geral no Agravo de Instrumento n.º 762184-RJ. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, DF, 22 de out 09. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 18 de jul 14.

acidentes aéreos catastróficos, envolvendo a mesma companhia aérea, causou enorme comoção e estarrecimento. As circunstâncias que motivaram esses acidentes eram impensadas, sendo certo que eles não poderiam ter sido evitados. Um, o do desaparecimento do voo MH 370 da Malaysia Airlines, até o momento não conseguiu ser totalmente explicado. O outro, o voo MH 17 da mesma companhia, caiu na Ucrânia, possivelmente atingido por um míssil.

Não seria justo impor às sociedades de transporte aéreo o encargo de tomar providências para prevenir todo tipo de dano durante a prestação do serviço, o que incluiria até mesmo a força de intempéries ou a ação de homicidas e terroristas, como também não seria adequado relegar aos consumidores o risco de arcarem com danos dessa natureza.

A Convenção de Montreal deu uma solução adequada a essa questão. Ela admitiu a responsabilidade objetiva das sociedades de transporte aéreo internacional nos casos de morte ou lesões a passageiros, desde que os danos não sejam superiores a 100.000 (cem mil) Direitos Especiais de Saque. Acima dessa quantia, o transportador não será responsável pelos danos, se provar que: a) o dano não se deveu a negligência ou a outra ação ou omissão do transportador ou de seus prepostos; ou b) o dano se deveu unicamente a negligência ou a outra ação ou omissão indevida de um terceiro (Convenção de Montreal, artigo 21).

Já em caso de transporte de bagagem, a responsabilidade do transportador em caso de destruição, perda, avaria ou atraso se limita a 1.000 (mil) Direitos Especiais de Saque por passageiro, a menos que o passageiro haja feito ao transportador, ao entregar-lhe a bagagem registrada, uma declaração especial de valor da entrega desta no lugar de destino, e tenha pagado uma quantia suplementar, se for cabível. Neste caso, o transportador estará obrigado a pagar uma soma que não excederá o valor declarado, a menos que prove que este valor é superior ao valor real da entrega no lugar de destino (Convenção de Montreal, artigo 22.2).

Em sentido semelhante, no transporte de carga, a responsabilidade do transportador em caso de destruição, perda, avaria ou atraso se limita a uma quantia de 17 (dezessete) Direitos Especiais de Saque por quilograma, a menos que o expedidor haja feito ao transportador, ao entregar-lhe o volume, uma declaração especial de valor de sua entrega no lugar de destino, e tenha pago uma quantia suplementar, se for cabível. Neste caso, o transportador estará obrigado a pagar uma quantia que não excederá o valor declarado, a menos que prove que este valor

é superior ao valor real da entrega no lugar de destino (Convenção de Montreal, artigo 22.3).

A Convenção de Montreal estabelece, contudo, que os limites prescritos não constituem obstáculo para que a justiça conceda, de acordo com a lei nacional, uma quantia que corresponda a todo ou parte dos custos e outros gastos que o processo haja acarretado ao autor, inclusive juros. Isto, contudo, não vigorará, quando o valor da indenização acordada, excluídos os custos e outros gastos do processo, não exceder a quantia que o transportador haja oferecido por escrito ao autor, dentro de um período de seis meses contados a partir do fato que causou o dano, ou antes de iniciar a ação, se a segunda data é posterior (Convenção de Montreal, artigo 22.6).

Essas disposições da aventada Convenção de Montreal, ratificada pelo Brasil, ao prever mecanismos que assegurem a comutatividade das obrigações contraídas pelas partes no contrato de transporte, asseguram o equilíbrio econômico-financeiro daquele negócio jurídico, evitando que surjam externalidades negativas e custos de transação, que afetassem a formação do preço. Em outras palavras, ao estabelecer que as sociedades que prestam esse tipo de serviço respondem até um determinado teto pelos danos suportados pelos passageiros, sendo que, acima desse limite, sua responsabilidade será subjetiva ou mesmo quando condiciona ao aumento do teto de indenização ao pagamento de um prêmio, a aventada convenção internacional equilibra as obrigações das partes envolvidas. Com isso, a transportadora não precisará repassar para os demais passageiros os custos extraordinários surgidos em um determinado contrato de prestação de serviço de transporte. Ou seja, ela poderá oferecer passagens aéreas pelo seu custo marginal, suprimindo, assim, as falhas decorrentes de custos de transação e externalidades.

Portanto, além dos aspectos levantados pelas duas correntes acima mencionadas, seria importante que essas circunstâncias relacionadas à análise econômica fossem considerados na resolução desse imbróglio.

5.6.4 O patrimônio de afetação nas incorporações imobiliárias

O mercado de venda de imóveis a construir ou em construção possui acentuados riscos de inadimplência pelos contraentes. O incorporador pode não

obter os recursos financeiros necessários para concluir a obra. Há o risco de ele não atender às exigências legais e demorar a legalizar a construção ou mesmo não o lograr fazer; existe também a possibilidade de o imóvel ser entregue com vícios. Por seu turno, os titulares do direito à aquisição das unidades autônomas em edificação sob regime condominial podem não conseguir saldar o preço do imóvel.

A consequência danosa decorrente da inadimplência dos titulares do direito à aquisição das unidades autônomas em edificação sob regime condominial é reduzida pelo fato de o imóvel a construir ou em construção representar uma garantia real dessa dívida. Assim, o credor dessa obrigação não encontrará maiores dificuldades para recuperar o seu crédito, no caso de inadimplemento do adquirente do imóvel.

Quando, porém, a parte faltante for o incorporador? Como as pessoas que adquiriram frações ideais de terreno vinculadas a unidades autônomas em edificação sob regime condominial poderão obter o ressarcimento dos danos causados pelo inadimplemento de obrigações contraídas por ele?

Para responder a essas perguntas, deve-se, inicialmente, conceituar incorporador, para que se possa identificar as obrigações por ele assumidas e que, portanto, estão passíveis de não ser cumpridas. Isto é necessário para se estimar os riscos envolvidos nesse negócio.

A Lei n.º 4.591/64, que dispõe sobre o condomínio edilício e incorporação imobiliária, considera incorporador a pessoa física ou jurídica, empresário ou não, que, embora não efetuando a construção, compromissse ou efetive a venda de frações ideais de terreno objetivando a vinculação de tais frações a unidades autônomas, em edificações a serem construídas ou em construção sob regime condominial, ou que meramente aceite propostas para efetivação de tais transações, coordenando e levando a termo a incorporação e responsabilizando-se, conforme o caso, pela entrega, a certo prazo, preço e determinadas condições, das obras concluídas (artigo 29).

Em resumo, o incorporador é quem negocia a venda dos imóveis que virão a ser construídos, captando os recursos necessários para a construção do empreendimento imobiliário, e assume a obrigação de concluir as obras e entregar as aventadas unidades autônomas. O incorporador não será necessariamente o construtor. Ele pode contratar a empreitada a terceiros, ficando responsável pela captação dos recursos e pela coordenação do empreendimento.

Conquanto existam normas estabelecendo deveres e obrigações ao incorporador, com vistas à proteção dos adquirentes das unidades autônomas, como são exemplos a própria Lei 4.591/64, a Lei de Parcelamento do Solo Urbano (Lei n. 6.766/79), o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil, é inegável que as partes não têm acesso às mesmas informações. O adquirente não tem como exercer uma fiscalização efetiva do contrato durante a construção. Além disso, ele não tem pleno acesso à situação patrimonial e financeira do incorporador e do construtor (que, como visto, podem ou não ser a mesma pessoa). Trata-se, portanto, de um mercado que conta com a falha da assimetria das informações.

Essa falha atinge muito mais os consumidores desse mercado do que os fornecedores. Isto porque, como dito acima, as obrigações contraídas pelos consumidores são garantidas pelo próprio imóvel a construir ou em construção, o que, a toda evidência, reduz o risco de perdas por inadimplência. Existe, obviamente, a preocupação de se conferir efetividade a essa garantia. Por isso o direito prevê alguns institutos que podem salvaguardar o crédito dos incorporadores, entre os quais, destacam-se a alienação fiduciária em garantia de bem imóvel, disciplinada pela Lei n. 9.514/97, e a hipoteca, tratada nos artigos 1.419 a 1.430 e 1.473 a 1.505 todos do Código Civil.

O mesmo ocorre em relação aos consumidores desse mercado. Ressalta-se, à guisa de exemplo, que a Lei n. 4.591/64 dispõe que, quando o incorporador contrata a entrega da unidade a prazo e preços certos, determinados ou determináveis, ele responde civilmente pela execução da incorporação, devendo indenizar os adquirentes ou compromissários, dos prejuízos que a estes advierem do fato de não se concluir a edificação ou de se retardar injustificadamente a conclusão das obras. Será, contudo, possível o incorporador demandar ação regressiva contra o construtor, se for o caso e se a este couber a culpa (art. 43, II).

Existe, como dito acima, o risco de o incorporador atrasar a entrega das unidades autônomas ou mesmo de ele não concluir a construção da edificação sob regime condominial. Neste caso, o patrimônio do incorporador será a garantia do ressarcimento dos danos aos adquirentes das unidades imobiliárias.

O problema se dá quando esse patrimônio não é suficiente para resguardar esses riscos. A Lei n. 4.591/64 dispõe, no inciso III, do artigo 43, que

[e]m caso de falência do incorporador, pessoa física ou jurídica, e não ser possível à maioria prosseguir na construção das edificações, os subscritores ou candidatos à aquisição de unidades serão credores privilegiados pelas quantias que houverem pago ao incorporador, respondendo subsidiariamente os bens pessoais deste.

É possível notar que, mesmo antes da Lei n.º 10.931/2004, que instituiu o patrimônio de afetação nas incorporações imobiliárias, a aventada Lei de Condomínios Edifícios e Incorporações Imobiliárias já reconhecia a função social desse tipo de atividade negocial, tanto que previa a possibilidade de a maioria dos adquirentes das unidades imobiliárias prosseguir na construção da edificação. Se eles, contudo, não o pudessem fazer, teriam, então, o direito de habilitar seus créditos, como privilegiados, na massa falida.

Sucedo que o revogado Decreto-lei n.º 7.661/45 (antiga Lei de Falências) não tinha nenhuma norma específica para as incorporações imobiliárias, que excluísse da arrecadação dos bens do falido, aqueles destinados a esse tipo de empreendimento. Assim, as unidades autônomas que não tivessem sido vendidas ou aquelas pertencentes a pessoas que preferiram requerer a resolução do contrato de compra e venda ou de promessa de compra e venda celebrado com o incorporador, deveriam, a rigor, serem arrecadadas e alienadas para o pagamento dos credores do falido.

Essa solução não é a mais adequada para o incremento desse mercado, porque dificulta a conclusão das edificações, causando danos aos adquirentes das unidades em construção. Ela traz mais incertezas e riscos para esse mercado, o que afeta, em última análise, o preço dos imóveis e a sua eficiência.

Além disso, ela reverbera negativamente na sociedade, pois grande parte desses imóveis a construir ou em construção são destinados a moradia, direito que encontra amparo na Constituição da República (artigo 6º, *caput*). Soma-se a isso, o fato de que muitas cidades brasileiras têm déficit de imóveis, sobretudo daqueles destinados à moradia. A incorporação imobiliária, por seu turno, é um importante instrumento para alavancar a construção de imóveis. Tanto assim, que é crime contra a economia popular promover incorporação, fazendo, em proposta, contratos, prospectos ou comunicação ao público ou aos interessados, afirmação falsa sobre a construção do condomínio, alienação das frações ideais do terreno ou sobre a construção das edificações (Lei 4.591/64, artigo 65). Consequentemente, uma

solução inadequada para o caso de falência do incorporador produz efeitos nocivos para esse tipo de mercado e também para a sociedade como um todo.

Isso foi bastante sentido, quando da falência da Encol S. A. Engenharia, Comércio e Indústria. A Encol foi uma das maiores sociedades empresária brasileiras com atuação no setor de construção civil, tendo promovido inúmeras incorporações imobiliárias. Na década de 90, ela entrou em processo de decadência, após problemas administrativos ocasionados, principalmente, pela gestão temerária de seus administradores, que redundou com a decretação de sua falência, no ano de 1999, com dívidas superiores a R\$ 1 bilhão.

Com isso, vários edifícios em construção foram abandonados. Estima-se que, com essa falência, mais de 700 (setecentas) obras foram paralisadas, o que causou danos a cerca de 23.000 (vinte e três mil) empregados e 42.000 (quarenta e dois mil) clientes.

Para impedir que essas edificações a construir ou em construção fossem arrecadas pela massa falida, o que atrasaria ou mesmo inviabilizaria a conclusão das obras, o juiz da falência proferiu decisões deferindo pedidos formulados por adquirentes organizados em comissões, para autorizar que as "unidades estoque" (aquelas não comercializadas pela Encol) e as "unidades dos não aderentes" (daqueles que não quiseram aderir à comissão) fossem excluídas de qualquer vinculação com a massa falida, propiciando a retomada e conclusão da edificação, independentemente de qualquer compensação financeira. Além disso, ele também autorizou, após a realização de assembleia geral, a substituição da Encol no registro imobiliário.

Muito embora a antiga Lei de Falências (Decreto-lei n.º 7.661/45) não previsse uma exceção que excluísse da arrecadação dos bens do falido esse tipo de bem, o juiz daquela falência proferiu decisão que, conquanto fosse, a princípio, *de lege ferenda*, prestigiava a finalidade social e econômica da norma.

O Superior Tribunal de Justiça chegou a analisar, ainda que indiretamente, a legalidade dessa decisão judicial. Isso ocorreu no julgamento de um recurso especial²⁵⁸, em que se discutia se a sociedade empresária que sucedeu a Encol na

²⁵⁸“PROCESSUAL CIVIL E IMOBILIÁRIO. INCORPORAÇÃO. FALÊNCIA ENCOL. TÉRMINO DO EMPREENDIMENTO. COMISSÃO FORMADA POR ADQUIRENTES DE UNIDADES. CONTRATAÇÃO DE NOVA INCORPORADORA. POSSIBILIDADE. SUB-ROGAÇÃO DA NOVA INCORPORADORA NOS DIREITOS E OBRIGAÇÕES DA ENCOL. INEXISTÊNCIA.

condição de incorporador imobiliária - após o juízo falimentar ter deferido o pedido da comissão de adquirentes para excluir da falência as unidades em estoque e aquelas que foram adquiridas por pessoas que não aderiram à aventada comissão – teria legitimidade para figurar no polo passivo de demanda, na qual adquirente de unidade junto à Encol pretendia obter indenização pela resolução do contrato. A Corte Especial, no aventado julgamento, afirmou que

Embora o art. 43, III, da Lei nº 4.591/64 não admita expressamente excluir do patrimônio da incorporadora falida e transferir para comissão formada por adquirentes de unidades a propriedade do empreendimento, de maneira a viabilizar a continuidade da obra, esse caminho constitui a melhor maneira de assegurar a funcionalidade econômica e preservar a função social do contrato de incorporação, do ponto de vista da coletividade dos contratantes e não dos interesses meramente individuais de seus integrantes.

SISTEMÁTICA ANTERIOR ÀS ALTERAÇÕES IMPOSTAS À LEI Nº 4.591/64 PELA LEI Nº 10.931/04. 1. Na hipótese dos autos, diante do inadimplemento da Encol, parte dos adquirentes de unidades do empreendimento se mobilizou e criou uma comissão objetivando dar continuidade às obras. Para tanto, essa comissão interviu nos próprios autos da falência, tendo obtido provimento jurisdicional autorizando que as "unidades estoque" (aquelas não comercializadas pela Encol) e as "unidades dos não aderentes" (daqueles que não quiseram aderir à comissão) fossem excluídas de qualquer vinculação com a massa falida, propiciando a retomada e conclusão da edificação, independente de qualquer compensação financeira. O juízo falimentar também autorizou, após a realização de assembleia geral, a substituição da Encol no registro imobiliário, o que levou a comissão a celebrar com a incorporadora recorrente um contrato de promessa de permuta, para que esta concluísse o empreendimento, recebendo, em contrapartida, as unidades estoque e as unidades dos não aderentes. Há, pois, duas relações jurídicas absolutamente distintas: a primeira entre a Encol e os adquirentes originários de unidades do empreendimento; e a segunda entre a comissão de representantes desse empreendimento e a recorrente. Sendo assim, inexistente relação jurídica triangular que englobe a massa falida da Encol, os recorridos e a recorrente, a partir da qual esta teria se sub-rogado nos direitos e obrigações da Encol, o que justificaria a sua inclusão no polo passivo da execução movida pelos recorridos em desfavor da Encol. 2. Embora o art. 43, III, da Lei nº 4.591/64 não admita expressamente excluir do patrimônio da incorporadora falida e transferir para comissão formada por adquirentes de unidades a propriedade do empreendimento, de maneira a viabilizar a continuidade da obra, esse caminho constitui a melhor maneira de assegurar a funcionalidade econômica e preservar a função social do contrato de incorporação, do ponto de vista da coletividade dos contratantes e não dos interesses meramente individuais de seus integrantes. 3. Apesar de o legislador não excluir o direito de qualquer adquirente pedir individualmente a rescisão do contrato e o pagamento de indenização frente ao inadimplemento do incorporador, o espírito da Lei nº 4.591/64 se volta claramente para o interesse coletivo da incorporação, tanto que seus arts. 43, III e VI, e 49, autorizam, em caso de mora ou falência do incorporador, que a administração do empreendimento seja assumida por comissão formada por adquirentes das unidades, cujas decisões, tomadas em assembleia, serão soberanas e vincularão a minoria. 4. Recurso especial provido." (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.115.605/RJ. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. Brasília, DF, 7 de abr 11. Diário de Justiça eletrônico, Brasília, DF, 18 de abr 11. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 22 de jul 14)

Nota-se, portanto, que o Superior Tribunal de Justiça, conquanto reconhecesse se tratar de uma interpretação *de lege ferenda*, admitiu como correta a aludida decisão judicial que permitiu a exclusão das aventadas unidades da massa falida, por ter assegurado a funcionalidade econômica e preservado a função social do contrato de incorporação, “do ponto de vista da coletividade dos contratantes e não dos interesses meramente individuais de seus integrantes”.

A reação da jurisprudência não foi solitária. Ela foi acompanhada por mudanças legislativas. A primeira veio com a Lei n.º 9.514/97, que instituiu a figura da alienação fiduciária em garantia de bens imóveis.

De fato, numa incorporação imobiliária em que a comercialização das unidades se faça com alienação fiduciária, os adquirentes gozam de proteção contra os efeitos da falência do incorporador. Por efeito do negócio fiduciário, ao celebrar com o adquirente o contrato de alienação fiduciária, o incorporador se desprende do domínio sobre a fração ideal e acessões negociadas e torna-se proprietário fiduciário delas, pelo que daí em diante vincula-se à propriedade não mais como titular do domínio, mas tão somente para cumprimento da uma função fiduciária, que implica a entrega da unidade imobiliária ao adquirente. Assim, é possível afirmar que as frações ideais e acessões que constituirão as unidades imobiliárias passa a constituir um patrimônio individualizado, afetado a esse negócio jurídico. Logo, por estar destinado especificamente à consecução da incorporação, ele não poderia responder pelas dívidas que o incorporador tenha com terceiros, nem seria alcançado pelos efeitos da falência.

Destaca-se, nessa linha, a posição de Melhim Namem Chalhub para quem

Ocorrendo a falência do fiduciário, não se extingue a relação jurídica decorrente da alienação fiduciária, assumindo a massa falida a posição do falido e mantendo-se o direito expectativo do fiduciante. Assim, se o fiduciante pagar, obterá a propriedade plena do imóvel, mas, ao contrário, se o fiduciante não pagar, sujeita-se aos efeitos da mora e, portanto, poderá perder seu direito à obtenção da propriedade, hipótese em que o administrador da massa promoverá os procedimentos de intimação para purgação da mora e consolidação da propriedade no fiduciário, na forma do art. 27 da Lei n.º 9.514/97²⁵⁹.

Em relação à incorporação imobiliária, essa proteção é apenas indireta. Isto porque ela não afasta o risco de descontinuidade da construção da edificação, na

²⁵⁹ CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio fiduciário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, 4. ed. p. 297-298

medida em que a separação patrimonial decorrente do negócio fiduciário não produz efeito sobre as unidades não vendidas ou sobre aquelas que foram retomadas pelo incorporador, em virtude da resolução do contrato de compra e venda celebrado com o adquirente.

A Lei n.º 10.931/2004, que alterou a Lei n.º 4.591/64, trouxe uma solução para esse problema. Para que a proteção dos adquirentes alcançasse maior eficácia e abrangência, essa lei autorizou que se atribuísse a cada incorporação imobiliária o caráter de patrimônio de afetação, de modo que todo o conjunto de direitos e obrigações do empreendimento ficasse vinculado à consecução desse negócio, especificamente.

Por meio da afetação, o empreendimento imobiliário passa a constituir um patrimônio autônomo. Assim, todos os créditos – seja qual for a sua natureza - trabalhistas, previdenciários, fiscais, com garantia real, etc – ficam vinculados especificamente ao empreendimento imobiliário, não se comunicando com os créditos vinculados ao patrimônio geral do incorporador ou com os créditos vinculados aos outros patrimônios separados²⁶⁰. Consequentemente, ele não é alcançado pelos efeitos da falência²⁶¹.

A constituição de patrimônio de afetação nas incorporações imobiliárias gera, por certo, novos custos de transação. Provavelmente por isso, o legislador o

²⁶⁰O Projeto de Lei n.º 2.109/1999, de autoria do Deputado Ayrton Xêrez, que se converteu na mencionada Lei n.º 10.931/2004 apresenta, como justificação, o fato de que, “na hipótese de quebra, o concurso dos credores há de circunscrever-se ao empreendimento a que os créditos estiverem vinculados, de modo que seus valores não sejam diminuídos por efeito de intercomunicação de dívidas constituídas pelo incorporador para finalidades diversas daquela incorporação específica. A segregação se justifica porque, em regra, parte ponderável de uma incorporação imobiliária sustenta-se com os recursos financeiros entregues ao incorporador pelos adquirentes ou por eventual financiador da obra. Por essa razão, é de todo recomendável a delimitação dos riscos desse negócio, para que, na hipótese de falência do incorporador, os adquirentes possam assumir a obra e, assim, fazendo, estejam seguros de que credores estranhos àquele empreendimento não poderão agredir aquele patrimônio” (BRASIL. Câmara dos Deputados. Justificação do Projeto de Lei n.º 2.109/1999. *Diário da Câmara dos Deputados*. Brasília, DF, 25 de nov 99, p. 57105).

²⁶¹Neste sentido, destaca-se o disposto no *caput* do artigo 31-F, da Lei n.º 4.591/64, acrescentado pela Lei n.º 10.931/2004: Os efeitos da decretação da falência ou da insolvência civil do incorporador não atingem os patrimônios de afetação constituídos, não integrando a massa concursal o terreno, as acessões e demais bens, direitos creditórios, obrigações e encargos objeto da incorporação. A Nova Lei de Falências e Recuperação (Lei n.º 11.101/2005), ratificando o disposto acima, determina, no inciso IX, do artigo 119, que “os patrimônios de afetação, constituídos para cumprimento de destinação específica, obedecerão ao disposto na legislação respectiva, permanecendo seus bens, direitos e obrigações separados dos do falido até o advento do respectivo termo ou até o cumprimento de sua finalidade, ocasião em que o administrador judicial arrecadará o saldo a favor da massa falida ou inscreverá na classe própria o crédito que contra ela remanescer”.

estabeleceu de forma facultativa. Isto é, cumpre ao incorporador escolher entre constitui-lo ou não.

A constituição pelo incorporador do patrimônio de afetação, conquanto possa aumentar os custos do empreendimento, dar-lhe-á mais solidez em virtude da redução dos riscos. Da mesma forma que a assimetria de informações tende a reduzir o valor dos bens negociados, como demonstrou George Akerlof, no seu *The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism* (1970), a instituição de uma garantia idônea pode suprir essa falha de mercado. A consequência seria a valorização do produto e o ganho de eficiência pelo mercado.

Por outro lado, o fato de a instituição do patrimônio de afetação acrescentar novos custos de transação pode trazer efeitos inversos. Assim, notadamente por se tratar de um mercado bastante competitivo, revela-se adequada a opção do legislador de delegar ao incorporador a decisão de instituir ou não o patrimônio de afetação. Caberá a este, em vista das condições de mercado, tomar a decisão que entender mais adequada, da mesma forma que os consumidores terão melhores condições de avaliar os riscos de se adquirir uma unidade autônoma: eles saberão que, se o incorporador tiver instituído o patrimônio de afetação, os seus riscos serão menores, de modo que tenderão a pagar mais caro pelo imóvel, ao passo que, se o incorporador não o tiver instituído, então os riscos serão maiores, e a tendência é que o preço do imóvel seja mais baixo.

5.6.5 A desconsideração da personalidade jurídica como mecanismo para se obter a reparação integral do dano na Justiça do Trabalho

Já se tornou lugar comum o conflito entre capital e trabalho. Trata-se de relação que provoca animosidades e manifestações dos mais variados matizes; ela vai de discursos exaltados a análises técnicas e criteriosas. É, portanto, tema bastante sensível.

O direito do trabalho se ocupa exatamente da relação contratual, na qual se encontram, em polos opostos, o proprietário de capital e a pessoa que oferece seu trabalho em troca de remuneração. A experiência demonstra que essa relação não

costuma se desenvolver de forma equilibrada. O empregador tende a possuir mais poder de barganha do que o empregado. A própria Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, promulgada pelo Decreto-Lei nº 5.452/43, reconhece ao empregador a prerrogativa de dirigir a prestação pessoal de serviço (art. 2º, *caput*).

Como meio de equilibrar essa relação, o direito do trabalho busca tutelar a parte mais fraca, o empregado. Para tanto, a doutrina e a jurisprudência, baseados nos princípios da proteção do trabalhador e da primazia da realidade, desenvolveram soluções para questões sensíveis para essa área do Direito.

Uma dessas questões sensíveis diz respeito à reparação integral do dano. Não é incomum a situação de um empregado que, diante do inadimplemento de obrigações trabalhistas pelo seu empregador, encontra dificuldades de receber seu crédito.

Há casos em que o empregado encontra dificuldade de haver seus créditos, pelo emprego de ardis por parte do empregador. Existem, entretanto, outros tantos, nos quais essa dificuldade não decorre da prática de atos ilícitos pelo empregador, mas por insuficiência patrimonial, consequência do insucesso de sua empresa.

Não obstante tratar-se de hipóteses muito distintas, percebe-se, da leitura de precedentes jurisprudenciais, que a Justiça do Trabalho tende a dar um tratamento uniforme a essas duas situações. Inspirados em dispositivos legais previstos no Código Tributário Nacional e no Código de Defesa do Consumidor, os tribunais trabalhistas costumam responsabilizar diretamente sócios de sociedades empresárias.

Já se afirmou que nas sociedades com sócios de responsabilidade limitada, estes devem responder diretamente por créditos trabalhistas, por força do disposto no art. 135, III, do Código Tributário Nacional²⁶², que, por sua vez, seria aplicável às relações contratuais trabalhistas, em vista da previsão contida no art. 889, da CLT²⁶³, que prevê a aplicação subsidiária da Lei de Execuções Fiscais (Lei n.º 6.830/80) às execuções no âmbito do processo do trabalho²⁶⁴.

²⁶²Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos: [...] III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

²⁶³Art. 889 - Aos trâmites e incidentes do processo da execução são aplicáveis, naquilo em que não contravierem ao presente Título, os preceitos que regem o processo dos executivos fiscais para a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública Federal.

²⁶⁴“Desconsideração da personalidade jurídica. Validade. A desconsideração da personalidade da pessoa jurídica no Processo do Trabalho encontra fundamento no art. 135, III do Código Tributário Nacional, ao qual se refere expressamente o art. 4º da Lei de Execuções Fiscais que é aplicável

Também existem precedentes judiciais em que invocam a chamada “teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica”, amparados no artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor, para justificar o redirecionamento da execução contra sócios de responsabilidade limitada²⁶⁵. Há, ainda, casos em que o art. 2º, § 2º da CLT é suscitado como fundamento para a desconsideração da personalidade jurídica, o que é um equívoco, pois esta não trata de hipótese de desconsideração da personalidade jurídica, mas apenas de ampliação do polo passivo da responsabilização pelos débitos existentes e não pagos ao empregado²⁶⁶.

A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, de forma desorientada, recebe críticas da doutrina. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, ao comentar o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho, manifestado no julgamento do Recurso Ordinário n.º 531.680²⁶⁷, defende que

[...] há que se verificar se não há outra via para a reparação integral do empregado e não pressupor a culpa de todos os quotistas pelo não pagamento das obrigações trabalhistas. A decisão em comento desconsiderou a pessoa jurídica, isto é, eliminou completamente a separação patrimonial e tornou a sociedade e os sócios solidariamente responsáveis, sem perscrutar quem foram os responsáveis pelo

subsidiariamente à execução trabalhista por força do art. 889 da CLT. Possível invocar também o art. 28 do Código de Defesa do Consumidor, este compatível com o Direito do Trabalho eis que ambos têm igual pressuposto (proteção ao hipossuficiente, lá - consumidor, aqui - empregado). Pela incompatibilidade com os Princípios do Direito do Trabalho, é afastada a aplicação do art. 50 do Código Civil. Recurso da agravante a que se nega provimento” (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região. Agravo de Petição em Embargos de Terceiro n.º 00966-2009-017-02-00-4. Relator: Desembargador do Trabalho Antero Arantes Martins. Terceira Turma. Agravante: Maria Pia Esmeralda Matarazzo. Agravado: Lourivaldo Lima de Santana. São Paulo, SP, 13 de ago 2010. Disponível em: www.trt2.jus.br. Acesso em: 25 de jul 14).

²⁶⁵“DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. APLICAÇÃO DA TEORIA MENOR NO ÂMBITO TRABALHISTA. Na seara processual trabalhista opera-se a desconsideração da personalidade jurídica pelo mero inadimplemento da pessoa jurídica (Teoria Menor), sendo desnecessária a verificação de abuso da personalidade jurídica, pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial (Teoria Maior), podendo, inclusive, ocorrer a desconsideração de ofício pelo Magistrado, não sendo necessário requerimento das partes” (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região. Agravo de Petição em Embargos de Terceiro n.º 0000932-76.2013.5.02.0090. Décima Sétima Turma. Relator: Desembargador do Trabalho Riva Fainberg Rosenthal. Agravante: Jaques Puga Abes. Agravado: Ademir Francisco de Campos. São Paulo, SP, 24 de jan 14. Disponível em: www.trt2.jus.br. Acesso em: 25 de jul 14).

²⁶⁶AMARO, Luciano. Desconsideração da pessoa jurídica no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 5, p. 171, jan/mar, 1993.

²⁶⁷“Em sede de direito do trabalho, em que os créditos trabalhistas não podem ficar a descoberto, vem-se abrindo uma exceção ao princípio da responsabilidade limitada do sócio, ao se aplicar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica (*disregard of legal entity*) para que o empregado possa, verificando a insuficiência do patrimônio societário, sujeitar à execução os bens dos sócios individualmente considerados, porém, solidária e ilimitadamente, até o pagamento integral dos créditos dos empregados” (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Subseção II. Recurso Ordinário n.º 531.680. Relator: Ministro Ronaldo Leal. Brasília, DF, 26 de out 99. Disponível em: www.tst.jus.br. Acesso em: 25 de jul 14).

encerramento irregular das atividades. Por conseguinte, sob a denominação “desconsideração” da personalidade jurídica, aplicou-se outro instituto – o da responsabilidade subsidiária²⁶⁸.

De fato, ainda que se considere a hipossuficiência do empregado, chega a ser intuitiva a conclusão de que o empregador que deixa de adimplir obrigações decorrentes de contrato de trabalho pelo insucesso de sua empresa, não pode sofrer o mesmo tratamento e as mesmas consequências daquele que age contrariamente ao direito, por meio da prática de condutas ilícitas.

A análise econômica do direito pode auxiliar na tarefa de justificar o tratamento diferenciado dessas duas situações. Com efeito, para essa linha doutrinária, deve-se avaliar se os custos para se prevenir um determinado dano são superiores às perdas eventualmente suportadas pela vítima. Se esses custos para prevenção forem superiores às perdas, então não seria eficiente se atribuir ao causador do dano a responsabilidade pela reparação. O risco de dano se situaria, nesse caso, na órbita da imprevisibilidade ou da inevitabilidade. Se ocorrer o contrário, *i. e.*, se os custos de prevenção forem inferiores aos possíveis danos, então seria eficiente imputar ao agente a responsabilidade pela reparação da perda.

A exploração de empresa envolve riscos. O empregado sabe disso. Ele sabe que o empresário pode quebrar; que ele pode ter uma crise de iliquidez ou mesmo de solvabilidade. Tanto isso é verdade, que a lei assegura ao empregado uma série de benefícios e privilégios, com vistas à facilitação de seu crédito trabalhista. Porém, a lei não o exime de todos os riscos relacionados ao recebimento desses créditos. Em outras palavras, o empregado também tem o risco de não receber os créditos decorrentes de contrato de trabalho. Isso é algo natural, que pode acontecer, sem que se reste configurado abuso do direito ou fraude à lei por parte do empregador inadimplente.

Obviamente, empresário tem como prevenir ou evitar a prática de abuso do direito ou de fraude à lei. Isso depende exclusivamente da sua própria conduta. Muitas vezes, contudo, ele não tem como prevenir ou evitar o insucesso de sua empresa e uma crise de solvabilidade.

²⁶⁸ ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. *A desconsideração da personalidade jurídica à luz do direito civil-constitucional: o descompasso entre as disposições do Código de Defesa do Consumidor e a disregard doctrine*. 2003. 418f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2003, f. 162.

Por isso, é necessário que a desconsideração da personalidade jurídica seja aplicada de forma criteriosa, seguindo os parâmetros legais, pois existe riscos de serem causados danos ainda maiores.

CONCLUSÃO

A ascensão do humanismo e, sobretudo, do liberalismo provocou uma verdadeira revolução em todos os aspectos da sociedade. Das relações familiares àquelas entre os indivíduos e o Estado nada ficou incólume. Entre todas essas mudanças provocadas pela guinada dos paradigmas de pensamento, a que mais interessa a este estudo é o fortalecimento do sistema de trocas em mercado.

A moeda e a busca pelo lucro foram as molas propulsoras do desenvolvimento do comércio e do sistema de mercado. Sem a primeira, não seria possível se estabelecer um sistema de trocas que fluísse eficientemente. O escambo esbarrava na aceitabilidade do bem oferecido: nem sempre ele era necessário a quem lhe fosse oferecido, o que inviabilizava a permuta entre os bens ou serviços. A moeda, por ter larga aceitação, trouxe liquidez ao sistema de trocas em mercado.

A busca pelo lucro levou ao fenômeno da empresa. Esta, por seu turno, permitiu o aumento da produtividade, por meio da especialização e da redução dos custos de transação, e, por conseguinte, da circulação dos bens e serviços. Esse fato acarretou a maximização do bem-estar e a elevação da riqueza global.

O direito não ficou alheio aos efeitos provocados por esses dois institutos. Pelo contrário, ele os acolheu, tutelando-os juridicamente. A moeda alçou o *status* de meio de pagamento de curso forçado; a empresa, o de estrela maior do direito comercial.

Se a empresa é tão importante para o desenvolvimento e desempenho do mercado, ela não pode ficar sem proteção contra os danos que venha a sofrer em razão da prática de atos lícitos ou antijurídicos. Cabe ao direito desincentivar esse tipo de conduta e promover a reparação integral do dano causado à empresa e ao seu titular.

Esta dissertação se dedicou apenas a essa segunda missão, qual seja a da reparação integral do dano. A principal preocupação foi confrontar a posição da escola econômica neoclássica, segundo a qual as relações no mercado tenderiam ao equilíbrio e seriam eficientes; isto porque essa concepção das relações econômicas possui falhas.

Além disso, os economistas neoclássicos, por relegarem um papel secundário ao direito, não consideraram em suas formulações os custos que os empresários devem incorrer para participarem do mercado. Com efeito, o mercado deve possuir uma disciplina jurídica, que tenha como finalidade permitir que as pessoas possam atuar com liberdade e autonomia privada. Cumpre ao direito, portanto, estabelecer os limites e os deveres aos quais se sujeita a autonomia privada.

Para que ele tenha meios para cumprir essa missão, o ordenamento do mercado impõe custos. Não se trata dos custos para a produção ou circulação de bens e serviços, mas sim daqueles necessários para manutenção institucional do mercado, com vistas à proteção, pelo seu ordenamento, das relações havidas nesse sistema.

O direito, por tutelar a empresa e repelir os danos que esta sofra pela prática de atos ilícitos ou antijurídicos, deve procurar suprir as chamadas falhas de mercado. E isso pode se dar de várias formas: da atuação direta do Estado na economia ao estabelecimento de normas que disciplinam a atividade econômica.

Esta dissertação se ocupou da reparação dos danos à atividade negocial. Após a análise das mudanças de paradigma do pensamento, da construção do modelo liberal de mercado e da constatação da importância do papel da empresa, concluiu-se que o instituto da responsabilidade civil pode servir como um importante instrumento para reduzir ou mesmo suprir as falhas de mercado, notadamente por meio da imposição do dever de reparar os custos sociais e os custos de transação. Em outras palavras, a indenização não pode ficar limitada apenas às perdas ligadas ao processo de produção de bens e serviços. Ela deverá compreender também outras perdas que o empresário vier a sofrer.

Por uma incompreensão desse fenômeno, os tribunais vêm oscilando quanto a esse tema. Admite-se a reparação desse tipo de dano em determinados casos, excluindo essa possibilidade em outros.

Procurou-se demonstrar que não existe um fundamento razoável para que situações análogas recebam tratamento tão díspares. O direito deve tutelar o mercado e a empresa. Portanto, não há motivo legítimo para que se deixe de reparar integralmente os danos sofridos pelo empresário, sobretudo porque esses danos afetam o próprio desenvolvimento e dinamismo do mercado. A jurisprudência precisa adotar um critério que torne uniforme o tratamento da reparação desse tipo de dano, de maneira a não excluir perdas efetivamente incorridas.

Admite-se, entretanto, que nem todo custo de transação deve ser reparado. Apenas aqueles diretamente ligados ao bem jurídico tutelado devem compor a equação que resultará no valor da indenização. Ou seja, há de se perquirir se o dano – no caso, o custo de transação ou externalidade – é efeito direto e imediato do ato ilícito ou antijurídico, isto é, se existe nexo de causalidade entre o aventado custo de transação e o ato combatido.

Trata-se de tarefa árdua, pois, pelo fato de a atividade negocial ser muito dinâmica, é praticamente impossível estabelecer uma classificação taxativa de seus atos.

Muitos custos de transação são incorridos para que o empresário se estabeleça no mercado; outros tantos guardam relação direta com determinada negociação. A posição do empresário no mercado pode ser afetada por práticas ilícitas, como são os casos de concorrência desleal. Em casos tais, todos os custos de transação incorridos pelo empresário para alcançar determinada posição devem ser considerados, notadamente os investimentos para a formação do estabelecimento empresarial, tais como o desenvolvimento de marcas e dos segredos de negócios (*knowhow*). O empresário também sofre perdas, quando obrigações contratuais deixam de ser cumpridas. Essas perdas podem ser mais graves ainda, em casos de violação positiva do contrato, quando as obrigações decorrentes do princípio da boa-fé deixam de ser cumpridas. Em todos esses casos, os custos de transação devem ser considerados no cálculo da indenização.

Foi analisado o tratamento dado pela jurisprudência a cinco hipóteses relacionadas à atividade negocial: a contrafação de marca, o ressarcimento de honorários advocatícios contratuais, a indenização por danos decorrentes de transporte aéreo e a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica como mecanismo de facilitação para a recuperação de créditos trabalhistas.

Intenciona-se, com esta dissertação, oferecer bases para essa tarefa de definir como os danos podem ser prevenidos e a extensão de sua reparação na atividade negocial. Trata-se de questão muito importante pois se refere não só à isonomia, como também do equilíbrio das relações de mercado. Conclui-se, assim, que é preciso se compreender o funcionamento do sistema de mercado, o papel da empresa, a gravidade e a extensão do dano a essa atividade, para que sejam encontradas soluções justas e legítimas para as lides que envolvam a responsabilidade civil por danos provocados a atividade negocial.

REFERÊNCIAS

AKERLOF, George A. The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism. *The Quarterly Journal of Economics*, Massachusetts, v. 84, Issue 3, p. 488–500, Aug. 1970.

ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. *A desconsideração da personalidade jurídica à luz do direito civil-constitucional: o descompasso entre as disposições do Código de Defesa do Consumidor e a disregard doctrine*. 2003. 418f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2003.

_____. Fundamentos da desconsideração da personalidade jurídica no sistema jurídico da Common Law e sua aplicação nos direitos inglês e norte-americano – influência no Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. In: ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (coords.). *Temas de direito civil-empresarial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 4. ed. Saraiva: São Paulo, 1972.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. Tradução de Fábio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v.35, n. 104, p. 109-26, out./dez. 1996.

ATIYAH, Patrick S. *Damages Lottery*. Oxford: Hart Publishing, 1997.

BARCELLOS, Ana Paula. O Mínimo Existencial e Algumas Fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. t. II.

BENEVIDES FILHO, Maurício. O que é sanção? *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará*. Ceará, 2013, v. 34, n. 1, jan./jun. 2013.

BETTI, Emilio. *Teoria general de las obligaciones*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969. t. I.

BITTENCOURT, Sidney. *Comentários à Lei Anticorrupção*. Rio de Janeiro: Forum, 2014.

BOBBIO, Norberto. *Da Estrutura à Função: novos estudos de teoria do direito*. trad. Daniela Beccaria Versiani; revisão técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine – Barueri: Manole, 2007.

BOBBIO; Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 11. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998. v. 1.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BORGES, João Eunápio. *Curso de Direito Comercial Terrestre*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

BRASIL. Recurso Especial n. 1.127.220/SP. Recorrente: Rede Brasileira de Educação a Distância S/C LTDA. Recorrido: Centro de Estratégia Operacional Propaganda e Publicidade S/C LTDA. Relator: Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma. Brasília, DF, 19 de agosto de 2010. *Diário de Justiça Eletrônica*, Brasília, DF, 19 de out. 2010. Disponível em: < www.stj.jus.br>. Acesso em: 19 jun. 2014.

BRASIL. Recurso Especial n. 316.275-PR. Recorrente: Centro Educacional Senior S/C Ltda. Recorrido: Centro Educacional La Salle S/C Ltda. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Brasília, DF, 18 de setembro de 2001. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 19 jun. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 111294/PR. Relator: Ministro Castro Filho. Brasília, DF, 10 de setembro de 2007. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 5 jun. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 1.155.527/MG. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Segunda Seção. Brasília, DF, 13 de junho de 2012. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 18 jun. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.027.797-MG. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2011. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 20 de jun. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.171.826/RS. Recorrente: AES Sul Distribuidora Gaúcha de Energia S/Ae outro. Recorrido: IRB - Brasil Resseguros S/A. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 27 de maio de 2011. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 15 de jun 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.207.952-AM. Quarta Turma. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Brasília, DF, 23 de ago. de 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.269.691/PB. Recorrente: Manaira Administradora de Bens Ltda. Recorrido: Valéria Maria Simões da Silva. Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti. Relator para o Acórdão: Ministro Luís Felipe Salomão. Quarta Turma. Brasília, DF, 21 de novembro de 2013. *Diários*

de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 5 de mar. 2014. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 4 de jul. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.372.136/SP. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. Brasília, DF, 12 de novembro de 2013. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 20 de jun. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 115.088-RJ. Recorrente: Ancona Comércio Importação e Exportação Ltda. Recorrido: Philip Morris Products Incorporated e outro. Relator: Ministro Eduardo Ribeiro. Brasília, DF, 3 de agosto de 1999. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 19 de jun. 2014;

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 355.392/RJ. Recorrente: Grupo de Comunicação Três S/A. Recorrido: Victor Augusto Duarte Fasano. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Rel. p/ Acórdão Ministro Castro Filho. *Diário Oficial de Justiça*, Brasília, DF, 16 de junho de 2002. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 15 de jun. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 555.624. Relator: Ministro Franciulli Neto, Brasília, DF, 19 de fevereiro de 2004. *Revista do Superior Tribunal de Justiça*. Brasília, DF, v. 184, p. 196.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 710.376/RJ. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Quarta Turma. Brasília, DF, 15 de dez. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 976.564/SP. Recorrente: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. Recorrido: Consórcio Europa Severiano Ribeiro. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Quarta Turma. Brasília, DF, 20 de set. 2012. *Diário de Justiça Eletrônico*. Brasília, DF, 23 de out. 2012. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 4 de jul. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 978.200/PR. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. Brasília, DF, 19 de nov. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.1.027.897/MG. Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior. Quarta Turma. Brasília, DF, 16 de out. 2008; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração no Agravo n. 1.120.771-MG. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Quarta Turma. Brasília, DF, 02/06/2009. Disponíveis em: www.stj.jus.br. Acesso em 20 de jun 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Sessão. *Diário Oficial de Justiça*, Brasília, DF, 29 de março 95. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 4 de jul. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 9.929. Brasília, DF, 4 de janeiro de 1946. *Revista dos Tribunais*, Rio de Janeiro, v.166, pp. 843-847.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 92.773/PR. Relator: Min. Cordeiro Guerra, *Diário Oficial da Justiça*, Brasília, DF, 25 de agosto de 1981. Disponível em: <www.stf.jus.br. Acesso em: 15 de jun 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 130.764-1/PR. Recorrentes: Ministério Público e o Estado do Paraná. Recorrido: H. Kaminski e Cia. LTDA e outros. Relator: Ministro Moreira Alves. *Diário Oficial de Justiça*, Brasília, DF, 7 de ago 1992, p. 11782. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 28 de jun 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70013028709. Apelante: Bombril Cirio S/A. Apelado: Distribuidora de Alimentos Prado Ltda. Relatora: Desembargadora Marilene Bonzanini. Porto Alegre, 7 de maio de 2008. Disponível em: www.tjrs.jus.br. Acesso em: 19 de jun. 2014;

CALABRESI, Guido. *Transaction Costs, Resource Allocation and Liability Rules: A Coment*. Yale Law School Legal Scholarship Repository. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers>. Acesso em: 26 maio 2014.

CAMPINHO, Sérgio. *O direito de empresa à luz do Código Civil*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

CANARIS, Claus Wilhelm, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito* (tradução de A. Menezes Cordeiro), 2ª ed. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1996.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil? A eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do direito pós-moderno. In: GRAU, Eros Roberto;

CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Tratado de Direito Comercial*. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. v. I.

CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado de propriedade industrial*, atual. por Newton Silveira e Denis Borges Barbosa – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. v. 1.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 2.

COMPARATO, Fábio Konder. *Direito empresarial: estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1995.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Meneses. “Normas corporativas” e diplomas privados como fontes do Direito. In: FERREIRA, Eduardo Paz; TORRES, Heleno Taveira; PALMA, Clotilde Celorico (orgs.). *Estudos em Homenagem aos Professor Doutor Alberto Xavier*. Coimbra: Almedina, 2013, v. III.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Meneses. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Meneses. Introdução à edição portuguesa. In: CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação CalousteGulbenkian, 1996.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11ª ed. rev. atual. ampl. por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*, trad. Jefferson Luiz Camargo, São Paulo: Martins Fontes, 2003.

EIZIRIK, Nelson; Gaal, Ariádna B.; Parente, Flávia; Henriques, Marcus de Freitas. *Mercado de capitais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

FERGUSON, Niall. *Império*, trad. Marcelo Musa Cavallari. São Paulo: Editora Planeta.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby; DINIS DO NASCIMENTO, Melillo. *Lei Anticorrupção Empresarial*. Rio de Janeiro; Forum, 2014

FERREIRA, Waldemar, *Tratado de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1960, v. 1.

FORGIONI, Paula. *A Evolução do Direito Comercial Brasileiro: da mercancia ao mercado*. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*, trad. Raquel Ramalhete, 20ª ed., Petrópolis: Vozes, 1999.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. *Introdução ao Direito da Concorrência*. São Paulo: Malheiros, 1996

FRIEDMAN, Milton. *Price Theory*. New Brunswick (USA) and London (UK): Aldine Transaction, 2008.

GALDINO, Flavio. *Introdução a teoria dos custos dos direitos* – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2003.

GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs.). *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2003

HEINSHEIMER, Karl. *Derecho Mercantil*. Trad. Agustín Vicente Gella – Barcelona: Editorial Labor S. A., 1933.

JÚNIOR, Ruy Rosado de Aguiar. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2004.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. In: CHAUÍ, Marilena de Souza. *Textos selecionados: seleção de textos de Marilena de Souza Chauí*. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

KYMLICKA, Will. *Filosofia Política Contemporânea: uma introdução*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LAMY FILHO, Alfredo. *Temas de S.A.* – Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3ª ed. – Lisboa: Fundação CalousteGulbenkian, 1997.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. A disciplina do direito de empresa no novo Código Civil brasileiro. *Revista de Direito Mercantil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, n. 128.

LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Lei de Proteção da Concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 1995

LEVY, Daniel de Andrade. *Responsabilidade civil: de um direito dos danos a um direito das condutas lesivas*. São Paulo: Atlas, 2002.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria da Constituição*. 2ª ed., Trad. Alfredo GallegoAnabitarte, Barcelona: Ediciones Ariel, 1970.

LOPES, Ana Frazão de Azevedo. *Empresa e Propriedade: função social e abuso de poder econômico*. São Paulo: QuartierLatin, 2006.

MARCONDES, Sylvio. *Problemas de direito mercantil*. São Paulo: Max Limonad, 1970.

MARTINS, Fran. *Curso de direito comercial*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense 1981.

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos Fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas. Análise da jurisprudência alemã. *Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política*, n. 27. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MONCADA, Luís S. Cabral de. *Direito Económico*, 6ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresa*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, v. 1.

NEGRI, Sérgio Marcos C. de A. Repensando a *DisregardDoctrine*: Justiça, segurança e eficiência na desconsideração da personalidade jurídica. In: ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção; NOGUEIRA DA GAMA, Guilherme Calmon (coords.). *Temas de direito civil-empresarial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: Introdução do Direito Económico*, 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Fundamentos para a codificação do direito econômico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995

OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e economia da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004

PEREIRA, Regis Velasco Fichtner. *A responsabilidade civil pré-contratual; teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

PETRELLUZZI, Marco Vinicio; RISEK JÚNIOR, Rubens Naman. *Lei Anticorrupção: origens e análise da legislação correlata*. São Paulo: Saraiva, 2014

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, atualizado por Rui Stoco – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, t. I.

_____. Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, atualizado por Rui Stoco – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, t. LIII.

POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*, 7th ed. Chicago: AspenPublishers, 2007.

PROENÇA, João Marcelo Martins. *Concentração empresarial e o direito da concorrência*. São Paulo: Saraiva, 2001

RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *A reparação judicial dos danos na responsabilidade civil: um olhar sobre a jurisprudência*. 3. ed.. Coimbra: Almedina, 2006.

RÃO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 6^a ed. anotada e atualizada com o novo Código Civil por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

RAWLS, John. *O liberalismo político*, trad. Álvaro de Vitta. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

_____. *Uma teoria da justiça*. 2. ed., trad. Almiro Pisetta; Lenita Maria Rímoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

REQUIÃO, Rubens. Curso de direito comercial. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, v. 1

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n.70052192879.Nona Câmara Cível. Relator: Desembargador Tasso Caubi Soares Delabary. Porto Alegre, 27 de fev. 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 0531142-04.2013.8.21.7000. Quinta Câmara Cível. Relatora: Desembargadora Isabel Dias Almeida, Porto Alegre, 25 de mar. 2014. Disponíveis em: www.tjrs.jus.br. Acesso em: 18 de jun. 2014.

ROSENVALD, Nelson. *As Funções da Responsabilidade Civil: a reparação e a pena civil*. São Paulo: Atlas, 2013.

SANDEL, Michael J. *Contra a perfeição: ética na era da engenharia genética*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SEM, Amartya. *Sobre ética e economia*, trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

SHAVELL, Steven. *Foundations of Economic Analysis of Law*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2004.

SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo – reimpressão –* Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo da Economia*, 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

STRINGHAM, Edward. *Kaldor-Hicks efficiency and the problem of central planning*. The Quarterly Journal of Austrian Economics, vol. 4, no. 2 (summer 2001), p. 41–50.

TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: _____. (coord.). *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Renovar: Rio de Janeiro, 2000.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Dano moral*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 7. ed., 2010

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social da empresa. In: WALD, Arnold (org.). *Direito empresarial: direito societário*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, v. 2.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. *Informação assimétrica, custos de transação, princípio da boa-fé*. 2007. 494f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial*, v. 1, 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

TORRES, Ricardo Lobo. *A idéia de Liberdade no Estado Patrimonial e no Estado Fiscal*. Rio de Janeiro. Renovar. 1991.

TORRES, Ricardo Lobo. Liberdade, Segurança e Justiça no Direito Tributário, *Justiça Tributária - I Congresso Internacional de Direito Tributário* Vitória - 12-15 de agosto de 1998. São Paulo. Max Limonad. 1998.

VAN CAENEGEM, R. C. *Introdução histórica ao direito privado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

VAZ, Isabel. *Direito econômico da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 1993

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Contratos mercantis e a teoria geral dos contratos* – São Paulo: QuartierLatin, 2010.

_____. *Direito comercial*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, v. 2.

_____. *Direito comercial: teoria geral*, 4ª ed. ver. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, v. 1.

WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. 4ª ed., trad. Pietro Nasseti – São Paulo: Martin Claret, 2013.

YAZBEC, Otávio. *Regulação do mercado financeiro e de capitais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.