

Observatório das Decisões de Tribunais Brasileiros

Coordenação
Flavia Trentini
Iara Pereira Ribeiro
Nuno Manuel Morgadinho dos Santos Coelho

Observatório das Decisões de Tribunais Brasileiros

FDRP – USP
Ribeirão Preto
2019

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PULICAÇÃO (CIP)

O145

Observatório das decisões de tribunais brasileiros /
coordenadores: Flávia Trentini, Iara Pereira Ribeiro,
Nuno Manuel Morgadinho dos Santos Coelho. --
Ribeirão Preto: Mesquita, 2019.
201 p.; 23 cm.

Vários autores.
ISBN: 978-85-62593-31-4

1. Pesquisa empírica. 2. Jurisprudência. 3. Decisão judicial. I.
Trentini, Flávia. II. Ribeiro, Iara Pereira. III. Coelho, Nuno Manuel
Morgadinho dos Santos. IV. Título..

CDD: 346

PREFÁCIO

Neste livro, reúnem-se capítulos escritos por pesquisadores integrados ao Curso de Especialização em Direito Civil – Novos Paradigmas Hermenêuticos nas Relações Privadas, da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo.

Este Curso existe para fortalecer a formação dos juristas brasileiros na área do Direito Civil, cenário em franca transformação em que o sucesso profissional exige a renovação e o aprofundamento permanente de conhecimentos e habilidades.

Contamos, no Brasil, menos de 20 anos de vigência de um inovador Código Civil, em estreita interação com outras normas também em constante processo de revisão, no quadro de transformações sociais e econômicas intensas e de recompreensões jurisprudenciais de largo impacto sobre a vida social e jurídica.

O dinamismo deste campo profissional exige sólida formação teórica e prática, atualização e acompanhamento dos debates contemporâneos, da doutrina e da jurisprudência, necessários não só para aquele que já atua como para quem se prepara para ingressar nas carreiras jurídicas ou deseja ou já se dedica à atividade acadêmica (a pós-graduação e a docência na área jurídica).

A todas estas pessoas o Curso – e este livro – oferecem o seu suporte, a sua colaboração intelectual e formativa, contribuindo para o domínio seguro dos institutos tradicionais e dos fundamentos dogmáticos da prática jurídica, a desenvoltura interpretativa (de compreender o significado de textos legais em sua referência à Constituição e às exigências do caso), a capacidade retórica (do poder de persuadir) e a fundamentação filosófica (da aptidão para embasar soluções nos princípios mais elevados da ordem jurídica – em especial o princípio da dignidade da pessoa humana) – em prol da efetiva concretização dos direitos na ordem privada.

Os textos ora publicados representam bem esta proposta acadêmica de que são fruto.

O Curso de Especialização foi concebido em parceria por um professor de Direito Civil e um professor de Teoria do Direito – pelo Prof. Luciano de Camargo Penteado (falecido em 2015) e por mim – buscando superar deficiências na pesquisa e na docência das áreas de Direito Civil e de Teoria do Direito, muitas vezes ensimesmadas, e fazendo frente a estes desafios da prática e da teoria de nossos dias.

Busca-se o diálogo entre estas áreas do saber jurídico, ultrapassando a tendência civilista de compreender seus problemas à luz apenas de pressupostos normativistas, e a tendência da Teoria do Direito de ignorar os debates dogmáticos que a história nos impõe aqui e agora.

Estas pesquisas, e os textos aqui publicados que delas resultam, empenham-se

na construção de saber jurídico que leve a sério tanto o debate dogmático contemporâneo – muitas vezes, por isso, dedicam-se os pesquisadores à análise crítica de decisões judiciais – quanto as advertências e as perspectivas de análise franqueadas pela Teoria do Direito.

Este livro reúne alguns dos melhores textos produzidos pelo grupo, sob a liderança da Profa. Associada Flavia Trentini – que conduziu o “Observatório das decisões dos tribunais brasileiros: a concretização dos direitos fundamentais”, dedicado à análise e à discussão de Julgados selecionados do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e de outros Tribunais, sobre temas atuais do Direito Privado – e da Profa. Iara Pereira Ribeiro – a quem competiu compartilhar comigo a coordenação do Curso, em substituição ao Prof. Luciano de Camargo Penteado.

Os julgados foram selecionados de acordo com a pauta dos Tribunais, discutindo-se os casos em atenção à sua importância teórico-prática para o mundo do Direito e ao seu impacto junto à opinião pública – objeto de rico debate que se encontra aqui relatado e, assim, oferecido ao grande público.

Desejo a todos uma boa leitura, parabenizando a Profa. Flavia Trentini e a Profa. Iara Pereira Ribeiro – por este trabalho que é apenas mais um testemunho de seu brilhantismo e de sua dedicação bem-sucedida à ciência jurídica – e mais uma vez homenageando o Prof. Luciano de Camargo Penteado – cujo nome se liga à gênese deste projeto: nem a sua morte prematura pode fazer com que se o deixe de reconhecer entre os maiores intelectuais da história do Direito Civil brasileiro.

Prof. Nuno M. M. S. Coelho

Professor da Universidade de São Paulo

Coordenador do Curso de Especialização em Direito Civil – Novos Paradigmas Hermenêuticos nas Relações Privadas

APRESENTAÇÃO

A presente obra é o desfecho de um curso de pós-graduação diferenciado, no qual o aluno, além de adquirir conhecimentos teóricos, põe em prática a análise de decisões judiciais em novos termos. Daí advém o seu nome: “Novos Paradigmas Hermenêuticos das Relações Privadas”.

Essa ideia foi inicialmente pensada pelo Prof. Assoc. Luciano de Camargo Penteado, o qual vislumbrava um curso que proporcionasse ao aluno uma vivência singular, unindo o conhecimento teórico, a extensão e a prática da pesquisa.

Mesmo na ausência de seu idealizador, o curso foi levado a diante pelo Prof. Assoc. Nuno Manuel Morgadinho dos Santos Coelho, pela Prof^a. Dr^a. Iara Pereira Ribeiro, pela Prof^a. Assoc^a. Flávia Trentini e pela Prof^a. M^a. Danielle Zoega Rosim.

E, em sua concretização, uma das disciplinas que conseguiu refletir mais de perto o propósito inicial foi o “Observatório das Decisões dos Tribunais Superiores”, desenvolvido a partir de uma metodologia específica, na qual os alunos eram construtores do próprio saber: selecionavam as temáticas trabalhadas, o acórdão paradigma analisado, realizavam a interface com a doutrina concernente e, mais do que isso, analisavam o impacto do acórdão escolhido nos julgados dos Tribunais de Justiça Estaduais.

Vislumbra-se, por conseguinte, uma mescla de métodos de pesquisa: a partir de uma pesquisa qualitativa do tipo documental consistente na análise do acórdão paradigma, partia-se para o desenvolvimento do levantamento bibliográfico e, por fim, empregava-se a investigação sobre o quão determinante (ou não) eram os reflexos dessas decisões em alguns Tribunais Estaduais, abordagem com nítido viés quantitativo.

Esse percurso possibilitou ao aluno a construção de um olhar novo sobre o estudo do Direito e sobre a prática jurídica, aprendendo a analisar a jurisprudência não como um catálogo em que se escolhe a que melhor sustenta uma tese, mas sim como um mecanismo de busca por tendências, modificações de entendimentos e, especialmente, as razões desses posicionamentos interpretativos.

Nesse contexto, o presente livro é uma forma de homenagear o Prof. Assoc. Luciano de Camargo Penteado, que sempre pensou a frente de seu tempo e muito contribuiu com o ensino do Direito.

Por fim, a obra também enaltece os alunos e alunas que abraçaram a proposta de forma corajosa, sendo uma prova concreta do crescimento de sua capacidade de busca, categorizações e análise de decisões, em um movimento constante de fazer-se pesquisador e pesquisadora do Direito.

Profa. Dra. Flavia Trentini

Professora responsável pela disciplina “Observatório das Decisões dos Tribunais Superiores”.

SUMÁRIO

PROPOSTA METODOLÓGICA <i>Danielle Zoega Rosim</i>	02
IMPOSSIBILIDADE DA ANALOGIA DO LIMITE DO EMPRÉSTIMO CONSIGNADO NO EMPRÉSTIMO PESSOAL EM CONTA CORRENTE: ANÁLISE DOS JULGADOS DO STJ, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS E O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA <i>Carolina Borges Vilela Juliano e Iara Pereira Ribeiro</i>	09
VEDAÇÃO DA FIXAÇÃO DO PREÇO DO ARRENDAMENTO RURAL EM PRODUTOS: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO MATO GROSSO E TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO <i>Daniel de Souza e Silva</i>	30
DANO MORAL OU MERO ABORRECIMENTO?: AS POSIÇÕES NA JURISPRUDÊNCIA DO TJ/SP AO DEFINIR O DANO ALIMENTAR <i>Eduardo Gomes Cañada</i>	46
O DIREITO À INFORMAÇÃO DOS CONSUMIDORES NA ROTULAGEM DE ALIMENTOS E A REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIA LEGISLATIVA NA ADI 750: ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA NOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA BRASILEIROS <i>Hebert Fabricio Tortorelli Quadrado</i>	60
A LEGITIMIDADE DO PROMITENTE VENDEDOR E DO PROMISSÁRIO COMPRADOR PARA FIGURAR NO POLO PASSIVO DE AÇÃO DE EXECUÇÃO DE DÉBITOS CONDOMINIAIS: ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO <i>Juliana Pavarina Balieiro</i>	91
A IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR NOS CONTRATOS DE LOCAÇÃO COMERCIAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N° 605.709/SP: ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. <i>Marcos Tadeu Gambera</i>	111
DO PRAZO PRESCRICIONAL PARA AS PRETENSÕES ORIUNDAS DE INADIMPLEMENTO CONTRATUAL: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E TRIBUNAL DO ESTADO DE SÃO PAULO <i>Rafael Santos de Medeiros</i>	133
O SUICÍDIO NOS DOIS PRIMEIROS ANOS DE VIGÊNCIA DO CONTRATO DE SEGURO DE VIDA: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA <i>Tiago Gouveia Tibério</i>	144
A APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL AOS CONTRATOS DE COMPROMISSO DE VENDA E COMPRA DE BENS IMÓVEIS: UMA ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO <i>Victor Novais Buriti</i>	159

PROPOSTA METODOLÓGICA

Danielle Zoega Rosim¹

Os artigos que compõem o presente livro adotam um objetivo comum que os mobiliza, orienta e agrega: analisar empiricamente o Direito através da atuação prática do Poder Judiciário. O propósito, então, é ocupar uma área ainda insuficientemente explorada na pesquisa jurídica, especialmente tendo em conta o perfil da formação acadêmica da grande maioria das faculdades de Direito no Brasil.

Rebecca Lemos Igreja considera como marca da Educação Jurídica brasileira a “[...] transmissão da ideia de um Direito formalista, positivista, dogmático, distante do universo da pesquisa empírica”, perspectiva que vai na contramão dos estudos realizados por outras áreas das Ciências Sociais, as quais buscam conferir um olhar menos abstrato ao Direito, revelando-o como parte de um “[...] contexto social, cultural e histórico específico, que lhe molda e lhe condiciona” (IGREJA, 2017, p. 11-12).

Disso resulta, com poucas exceções, estudos jurídicos alheios aos problemas da prática e dos dilemas reais da população. E, muito embora outras ciências sociais se ocupem de preencher esse espaço, o Direito – como uma ciência social aplicada – tem papel fundamental na análise concreta dos problemas jurídicos e, conseqüentemente, não pode se furtar a investigações mais refinadas sobre a prática jurídica.

Neste cenário sobressai e justifica-se a importância da proposta metodológica cujos contornos gerais serão abaixo delineados e que – indo além do tradicionalmente normativo – busca averiguar o desenvolvimento real das prescrições jurídicas e a atuação dos órgãos judiciais envolvidos. Assim, os estudos apresentados são pesquisas baseadas em observações do mundo, isto é, pesquisas eminentemente empíricas (EPSTEIN; KING, 2013, p. 11).

Portanto, ainda que cada artigo dedique-se a um assunto específico, compondo um conjunto heterogêneo de temáticas (desde rotulagem de alimentos até os contornos da teoria do adimplemento substancial, por exemplo), todos se aproximam por um fio condutor comum: a busca por responder a indagação sobre “o que é o Direito” não apenas em leis, livros e outras fontes bibliográficas, mas também – e principalmente –

¹Mestra em Direito e Desenvolvimento pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo e bacharela em Direito pela mesma instituição. Professora da Faculdade Anhanguera de Leme. Professora auxiliar da disciplina “Observatório das decisões dos tribunais brasileiros: a concretização dos direitos fundamentais” no Curso de Especialização em Direito Civil: Novos Paradigmas Hermenêuticos nas Relações Privadas, da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo. Assistente de pesquisa junto ao IPEA. Pesquisa especialmente as seguintes áreas: direito das coisas, direito agrário e direito urbanístico. O direito de propriedade e o instituto da desapropriação são os enfoques da investigação.

nos documentos judiciais.

Nessa perspectiva, Gabriel Ignacio Anitua (2006, p. 302) pondera que investigar empiricamente significa apoderar-se da realidade e, para tanto, é necessário estabelecer um desenho, um plano de investigação, com a escolha do aspecto da realidade a ser analisado e da forma de fazê-lo.

De fato, ao adentrarem o universo da pesquisa empírica, o estudo dos passos a serem dados para a construção do conhecimento torna-se ainda mais relevante, pois, mesmo que toda pesquisa pressuponha a escolha de um caminho e um modo de proceder, nas pesquisas ditas empíricas o procedimento é elemento determinante para o sucesso da investigação e para a veracidade dos dados obtidos. Nesse passo, os artigos a seguir apresentados se valem das técnicas de pesquisa bibliográfica e documental: além da doutrina referente ao tema, pesquisam a legislação e os documentos judiciais pertinentes.

Em primeiro lugar, não é demais acentuar que os dados pesquisados não existem por si só e, conseqüentemente, demandam um arcabouço teórico do pesquisador. Ou seja, é impossível realizar a análise de documentos sem que haja um quadro de referência teórico para auxiliar na interpretação e compreensão do documento (REGINATO, 2017, p. 207). Por esse motivo, todos os estudos deste livro incluem uma revisão bibliográfica da doutrina sobre o assunto. A teoria apresentada nos artigos almeja fornecer a base para a pesquisa empírica realizada, auxiliando na busca por atribuir sentido aos dados encontrados e demonstrar como eles dialogam com o problema da pesquisa (DESLAURIERS; KÉRISIT, 2012).

Já no que toca à pesquisa empírica em si, destaca-se que o levantamento de informações em processos judiciais integra a categoria “pesquisa documental”, a qual envolve o estudo de informações que se apresentam em fontes materiais e cuja característica central é o “[...] registro intencional de um texto” (REGINATO, 2017, p. 195). Bem assim, os documentos ocupam posição central na pesquisa empírica em Direito e, em relação aos processos judiciais, são classificados como documentos escritos, públicos e arquivados, características facilitadoras do seu acesso (SILVA, 2017, p. 278).

Em contrapartida à relativa facilidade de acesso, Paulo Eduardo Alves da Silva adverte que o processo de extração e sistematização de informações dos processos judiciais não é atividade simples. Consoante ressalta o autor (2017, p. 304), os processos são material “[...] abundante, complexo, bruto e de difícil compreensão”, precisando ser tratado e sistematizado para que possa revelar o seu potencial como fonte de pesquisa.

Portanto, o exercício é sempre o de “[...] desvendar o ‘invisível’ por trás do visível” (CAPPI, 2017, p. 394), esforço recompensado pela certeza de que os processos judiciais são fonte recomendada para a análise e descrição da aplicação da norma jurídica e de suas sanções, principalmente considerando-se a tendência que já há algum tempo se delineia no ordenamento jurídico brasileiro: a valorização da jurisprudência por meio do estabelecimento de um “sistema de precedentes” (SILVA, 2017, p. 282).

Fora isso, o estudo dos processos judiciais permite alcançar uma compreensão dos inúmeros conflitos existentes na sociedade:

De um ponto de vista sociológico, os processos judiciais, como adiantei, são uma arena para os mais variados conflitos de interesse existentes em uma dada sociedade. É certo que, como também mencionei, nem todas disputas chegam a formalizar-se em processos judiciais. Mas é justamente pelo seu exame que se pode identificar quais disputas, provindas de quais estratos sociais e econômicos, acessam a Justiça. A natureza e as características desses conflitos, as suas causas, as partes envolvidas, as trajetórias prévias e posteriores à judicialização e a solução institucional oferecida, entre outros dados, podem ser encontrados - não facilmente, é verdade - nos processos judiciais. Ainda que correspondam apenas ao cume da "pirâmide das disputas" de que fala a literatura sóciojurídica, evidente que o conhecimento sobre os litígios judicializados ajuda a entender um pouco mais sobre a vida dos conflitos de interesses fora da Justiça, no tecido social (SILVA, 2017, p. 283-284).

Diante disso é possível observar a importância da pesquisa documental em processos judiciais e, para desenvolvê-la, é essencial considerar que os autores dos artigos aqui reunidos precisaram atravessar uma distância entre as informações presentes nos documentos e o resultado interpretativo alcançado pela pesquisa, percurso trilhado com o auxílio tanto de técnicas de perfil qualitativo, como também quantitativo.

Consoante discrimina Rebecca Lemos Igreja (2017, p. 16), métodos *qualitativos* são aqueles que buscam informações mais detalhadas sobre o objeto de análise, auxiliando na elaboração de categorias e novos conceitos. Já os métodos *quantitativos* trabalham contextos mais amplos, por meio do uso de categorias quantificáveis e generalizáveis, valendo-se de dados em formato numérico. Os artigos dessa coletânea combinam essas duas abordagens.

Todos os artigos se estruturam dedicando um primeiro momento à análise qualitativa do documento que foi escolhido como a *matriz* ou o *paradigma* do estudo, que dada a sua importância e riqueza de conteúdo, passou por um exame em profundidade, com vistas a alcançar a complexidade dos argumentos utilizados pelos julgadores e o desenvolvimento de categorias para a análise da jurisprudência dos tribunais selecionados.

Com isso, um passo inicial da metodologia condutora dos estudos é a apresentação do documento *matriz* a partir de um trabalho de descrição do caso e das unidades de análise dele extraídas. Para tanto, foram adotadas certas cautelas metodológicas no momento de descrição do caso extraído do documento matriz, preconizando-se a apresentação de constatações e não de juízos de valor e registrando aquilo que pode ser realmente observado no documento.

Nesses termos, a própria descrição do julgado *matriz* deve ser compreendida como resultado de um processo de análise, porque, como atenta Maira Rocha Machado (2017, p. 382) ao tratar do método de estudo de caso¹, “[...] não há nada simples em fazer uma boa descrição, rica e ao mesmo tempo sintética, do amplo material coletado”. Ao contrário, a apresentação do caso pressupõe uma estratégia de seleção e recorte, que valoriza alguns pontos ao mesmo tempo em que silencia outros, escolhas essas que são feitas a partir daquilo que mais interessa ao objeto de pesquisa (MACHADO, 2017, p. 371).

Por sua vez, a partir do estudo desse documento *matriz* e da revisão bibliográfica realizada, foi possível a criação de unidades/categorias de análise a serem posteriormente aplicadas na segunda fase da pesquisa, de viés mais quantitativo, na qual as categorias elaboradas foram aplicadas ao universo de documentos selecionados.

Para esse segundo momento, considerando que as informações contidas nos documentos quase sempre se revelam de difícil tratamento, especialmente por não serem evidentes e uniformes (SILVA, 2017, p. 306), foi necessário empreender um procedimento analítico de transformação de dados inicialmente apresentados em formato textual (textos de decisões judiciais) para transformá-los no formato numérico característico das pesquisas quantitativas (CASTRO, 2017, p. 45).

Com o fim de realizar tal intento, foi utilizado o método da análise de conteúdo², essencialmente organizado em três etapas cronológicas: uma primeira pré-análise dos documentos, seguida da exploração do material, para finalizar com o tratamento dos resultados, a realização de inferências e interpretações (BARDIN, 2000).

Em termos breves, a *pré-análise* consiste na fase de organização dos documentos, que compreende três pontos essenciais: “a escolha dos documentos a serem submetidos à análise, a formulação de *hipóteses* e dos *objetivos* e a elaboração de indicadores que fundamentam a interpretação final” (BARDIN, 2000, p. 95)³.

Nesta etapa de pré-análise é importante notar que a escolha dos documentos se dá de forma não aleatória, mas sim em função da hipótese que norteia cada um dos estudos. Logo, foram escolhidos os Tribunais competentes para a apreciação dos assuntos relativos aos temas de estudo, bem como selecionadas as palavras-chaves de busca nos sites dos Tribunais, além de estabelecido o período a ser analisado, aspectos esses pormenorizados em cada artigo.

¹ É bom esclarecer que nossa proposta metodológica, embora lance mão de algumas técnicas adotadas em métodos de estudo de caso, não se trata, propriamente, da realização de um estudo de caso, pois esse exige uma abordagem mais ampla do caso estudado.

² Para maiores esclarecimentos sobre o método da análise de conteúdo, consultar o livro de Bardin (2000).

³ Similar a essa proposta é a descrita por Godoy (1995b, p. 23), para quem, “[...] na pesquisa documental, três aspectos devem merecer atenção especial por parte do investigador: a escolha dos documentos, o acesso a ele e a sua análise”.

Estabelecidos esses pontos, também foram elaborados quadros interpretativos que refletiam os marcos orientadores da investigação e auxiliaram no recorte e na análise dos documentos judiciais. A formação desse instrumento de coletas de dados foi, por conseguinte, parte fundamental da metodologia empregada, tendo sido reiteradamente testados e corrigidos antes de sua aplicação final aos documentos.

Uma vez criado, testado e aprovado o instrumento de coletas de dados, a próxima etapa das pesquisas foi a *exploração do material*. Como elucida Laurence Bardin (2000, p. 95) essa é a fase da análise propriamente dita, quando são administradas sobre os documentos judiciais selecionados todas aquelas decisões ordenatórias e interpretativas tomadas na fase da pré-análise.

Finalmente, a última etapa da metodologia de análise de conteúdo empregada foi o tratamento dos resultados obtidos, fase que tem por finalidade transformar os resultados brutos alcançados em resultados significativos, compreensivos e válidos (BARDIN, 2000, p. 95-101), por meio da realização de interpretações e inferências, estas últimas consistentes em “[...] usar fatos que conhecemos para aprender sobre fatos que não conhecemos” (EPSTEIN; KING, 2013, p. 7). Nessa etapa, um cuidado redobrado precisou ser dado com relação à leitura dos resultados e sua possível generalização, uma vez que os diferentes Tribunais do país são heterogêneos.

Diante de todo o exposto é possível afirmar que o desenho de pesquisa dos artigos deste livro caminha no sentido da proposta de Rebecca Lemos Igreja (2017, p. 16-17):

Uma pesquisa exploratória qualitativa antes da elaboração de uma pesquisa de maior amplitude quantitativa pode auxiliar nesse processo de compreensão do fenômeno a ser estudado. Além disso, desenvolvida de maneira conjunta à pesquisa quantitativa, pode contribuir para a explicação de acontecimentos que surgem nas coletas de dados quantitativos e que parecem se desviar do previsto e para ilustrar com estudos de casos fenômenos que acontecem de maneira global ou mesmo exceções que podem ser observadas (IGREJA, 2017, p. 16-17).

Em todo esse percurso a teoria está presente para auxiliar a compreender a realidade, mas também é por ela moldada, vez que os dados obtidos irão, gradativamente, embasar a formulação de novas construções teóricas, num processo cíclico entre teoria e realidade, quer dizer, entre operações lógicas de indução e dedução que, segundo propõe Riccardo Cappi (2017, p. 396), são perspectivas complementares e não dissociativas.

Chegando ao final, é hora de externar a nossa esperança de que as pesquisas reunidas nesta obra contribuam para o fortalecimento de um novo olhar para o Direito, dado pelos próprios juristas, para que o papel de teorização assumido pela academia não

se concretize de forma manca ou cega, ao passo que distante da realidade. Buscamos um olhar concreto para as problemáticas reais inseridas em diversos âmbitos do mundo jurídico, esse é o desafio das próximas páginas.

REFERÊNCIAS

ANITUA, Gabriel Ignacio. Notas sobre la metodología de investigaciones empíricas en derecho. In: COURTIS, Christian (coord.). **Observar la ley**. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica. Madrid: Trotta, 2006. p. 299-319.

BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. Lisboa: Edições 70, 2000.

CAPPI, Riccardo. A “teorização fundamentada nos dados”: um método possível na pesquisa empírica em Direito. In: MACHADO, Máira Rocha (Org.). **Pesquisar empiricamente o direito**. São Paulo: Rede de Estudos em Direito, 2017. p. 391-422.

CASTRO, Alexandre Samy de. O método qualitativo na pesquisa em direito. In: MACHADO, Máira Rocha (Org.). **Pesquisar empiricamente o direito**. São Paulo: Rede de Estudos em Direito, 2017. p. 39-82.

DESLAURIERS, Jean-Pierre; KÉRISIT, Michèle. O delineamento da pesquisa qualitativa. In: POUPART, Jean et ali (Org.). **A pesquisa qualitativa: enfoques epistemológicos e metodológicos**. Petrópolis: Vozes, 2012. p. 127-153.

EPSTEIN, L.; KING, G.. (2013). **Pesquisa Empírica em Direito: as regras de inferência**. São Paulo: Direito GV.

IGREJA, Rebecca Lemos. O Direito como objeto de estudo empírico: o uso de métodos qualitativos no âmbito da pesquisa empírica em Direito. In: MACHADO, Máira Rocha (Org.). **Pesquisar empiricamente o direito**. São Paulo: Rede de Estudos em Direito, 2017. p. 11-38.

MACHADO, Máira Rocha. O estudo de caso na pesquisa em direito. In: MACHADO, Máira Rocha (Org.). **Pesquisar empiricamente o direito**. São Paulo: Rede de Estudos em Direito, 2017. p. 357-390.

REGINATO, Andréa Depieri de A. Uma introdução à pesquisa documental. In: MACHADO, Máira Rocha (Org.). **Pesquisar empiricamente o direito**. São Paulo: Rede de Estudos em Direito, 2017. p. 189-224.

SILVA, Paulo Eduardo Alves da. Pesquisas em processos judiciais. In: MACHADO, Máira Rocha (Org.). **Pesquisar empiricamente o direito**. São Paulo: Rede de Estudos em Direito, 2017. p. 275-320.

IMPOSSIBILIDADE DA ANALOGIA DO LIMITE DO EMPRÉSTIMO CONSIGNADO NO EMPRÉSTIMO PESSOAL EM CONTA CORRENTE: ANÁLISE DOS JULGADOS DO STJ, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS E O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

Carolina Vilela Borges Juliano¹
Lara Pereira Ribeiro²

1 ACÓRDÃO PARADIGMA

O trabalho tem por escopo a análise do Recurso Especial número 1.586.910, São Paulo, a saber:

O cliente bancário Isac Gonçalves, militar aposentado, pactuou junto ao Banco Brasil, um contrato de mútuo, sob a orientação da gerente da instituição, obtendo juros menores que os do cheque especial, no valor total de R\$ 114.480,55, a ser pago em 85 parcelas mensais de R\$2.543,56.

O valor pactuado entre o cliente e o banco, correspondia a praticamente 50% de seu vencimento, descontados diretamente de sua conta corrente, comprometendo as suas despesas pessoais e familiares,.

O cliente ajuizou ação Declaratória em desfavor da Instituição Financeira, sob o pleito da declaração de ilegalidade da retenção dos seus proventos, com base no artigo 7º, X da Constituição Federal³ e do artigo 649, IV do Código de Processo Civil⁴.

Além disso, o cliente requereu os efeitos da tutela antecipada para a não retenção e suspensão do débito em conta corrente e se oficiasse ao Banco a liberação integral do valor referente a tais cobranças na conta corrente do cliente.

¹Pós-graduanda em “Direitos Civil - Novos Paradigmas Hermenêuticos nas Relações Privadas” na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, advogada atuante na área cível: responsabilidade civil, direitos do Consumidor e Direito da Saúde. Sócia proprietária de escritório de advocacia e consultoria jurídica, localizado em Ribeirão Preto. E-mail: carol-vilela@hotmail.com

² Graduação, mestrado e doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Bacharelado e Licenciatura em Letras pela Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo (FFLCH/USP). Professora Doutora do Departamento de Direito Privado da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo na área de Direito Civil e líder do Grupo de Estudo e Pesquisa em Direito e Literatura da FDRP. lara.ribeiro@usp.br

³ Art. 7º, X, CF: São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: X - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa.

⁴ Art. 649 do CPC de 1974, atual artigo 833, IV, NCPC - São absolutamente impenhoráveis: IV - os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal.

Na mencionada conta corrente, além de suas funções essenciais, como transações de débito e créditos de relações comerciais, com pacote de produtos vinculados ao contrato firmado como cheque especial, crédito rotativo, etc., é a mesma conta em que o cliente recebe os seus proventos.

A sentença de primeiro grau do Juízo da 5ª Vara Cível de Marília julgou parcialmente procedente o pedido formulado na inicial, limitando o desconto em conta corrente ao montante de 30% dos vencimentos líquidos do autor.

Inconformadas com a decisão a quo, as partes interpuseram o recurso de apelação para o Tribunal de Justiça de São Paulo, que negou provimento aos recursos, e por esse motivo ambas as partes: Isac Gonçalves e Banco do Brasil, pleitearam a reforma da sentença junto ao Supremo Tribunal de Justiça, sob as fundamentações adiante narradas.

O Banco do Brasil alegou que:

a) por ser o autor servidor público, estavam corretos os descontos efetuados, que eram inferiores a 50% dos rendimentos líquidos (conforme art. 6º do Decreto estadual n.º 51.314/2006)⁵;

b) o acórdão recorrido viola a Introdução às Normas do Direito Brasileiro, já que o cliente ao assinar o contrato era plenamente capaz, configurando assim o ato jurídico perfeito;

c) finalmente recorreu aos artigos 313 e 314 do CC⁶, afirmando que o credor não é obrigado a receber prestação diversa da que lhe é devida, ainda que mais valiosa, e que não se pode obrigar o credor a receber por partes.

O cliente, por sua vez, declarou que:

a) o Banco não se preocupa ou exige que o mutuário comprove renda para saber se a prestação do financiamento pode comprometer a subsistência do consumidor;

b) o artigo 7º, X, da CF garante a proteção salarial;

c) ninguém será privado de seus bens sem o devido processo legal;

d) é cabível a aplicação da teoria da quebra da base negocial, centrada na boa fé objetiva;

⁵Artigo 6º do Decreto estadual n. 51.314/2006 - As consignações não poderão exceder, em sua totalidade, a 50% (cinquenta por cento) dos vencimentos, proventos, soldos ou pensão do servidor público civil ou militar, ativo, inativo ou reformado ou do pensionista da administração direta e autárquica. Parágrafo único - Os descontos obrigatórios por força de lei, os decorrentes de ordem judicial, as pensões alimentícias, os de custeio de benefícios e auxílios e os de reposição ou indenização ao erário, terão preferência sobre quaisquer outros.

⁶Art. 313 CC: O credor não é obrigado a receber prestação diversa da que lhe é devida, ainda que mais valiosa. (...) Artigo 314 CC: Ainda que a obrigação tenha por objeto prestação divisível, não pode o credor ser obrigado a receber, nem o devedor a pagar, por partes, se assim não se ajustou.

- e) houve a penhora salarial, vedada pelo artigo 649, IV, do CPC/1973;
- f) o fato de ter autorizado os descontos não tem o condão de elidir a necessidade de ser vedado ao banco o desconto de qualquer percentual;
- g) é necessária a autorização do titular para desconto de contrato de mútuo em folha de pagamento.

Ao analisar a questão o relator, Ministro Luis Felipe Salomão, sopesou a possibilidade do Banco em descontar as prestações do empréstimo contratado pelo cliente na mesma conta corrente em que ele recebe os seus proventos, por se tratar não apenas de conta salário e se é cabível a limitação aplicada a consignação em folha de pagamento a esse caso.

Segundo entendimento do Relator, se por um lado o banco está debitando a quantia de aproximadamente 50% dos provendo do cliente, comprometendo a fruição de uma vida digna por parte de sua família, excedendo o princípio da razoabilidade humana, por outro lado, o empréstimo tomado pelo consumidor foi livremente pactuado por ele, com o recebimento integral do empréstimo para quitar suas dívidas, obtendo taxas mais favoráveis, devido ao desconto em conta corrente, estando o cliente ciente das cláusulas, condições e valores.

Frente a ausência de norma, o voto seguiu em direção à inaplicabilidade da analogia dos artigos 1º e 2º, par. 2º, I, da Lei 10.820/2003⁷ e artigo 45, parágrafo único, Lei 8.112/1990⁸, isto é, desconto no limite de 30% da remuneração ou proventos do devedor nos casos de consignado em folha de pagamento, com o fito de preservar o “mínimo existencial”⁹.

Contudo, o próprio cliente aderiu ao empréstimo em condições e prazo mais vantajosos, anuindo aos descontos em sua conta corrente, na qual realizava suas

⁷Art. 10 Os empregados regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, poderão autorizar, de forma irrevogável e irretirável, o desconto em folha de pagamento ou na sua remuneração disponível dos valores referentes ao pagamento de empréstimos, financiamentos, cartões de crédito e operações de arrendamento mercantil concedidos por instituições financeiras e sociedades de arrendamento mercantil, quando previsto nos respectivos contratos. § 1º O desconto mencionado neste artigo também poderá incidir sobre verbas rescisórias devidas pelo empregador, se assim previsto no respectivo contrato de empréstimo, financiamento, cartão de crédito ou arrendamento mercantil, até o limite de 35% (trinta e cinco por cento), sendo 5% (cinco por cento) destinados exclusivamente para: I - a amortização de despesas contraídas por meio de cartão de crédito; ou II - a utilização com a finalidade de saque por meio do cartão de crédito. Art. 2º Para os fins desta Lei, considera-se: § 2º No momento da contratação da operação, a autorização para a efetivação dos descontos permitidos nesta Lei observará, para cada mutuário, os seguintes limites: II - o total das consignações voluntárias, incluindo as referidas no art. 10, não poderá exceder a quarenta por cento da remuneração disponível, conforme definida em regulamento.

⁸Art. 45. Salvo por imposição legal, ou mandato judicial, nenhum desconto incidirá sobre a remuneração ou provento. § 1º Mediante autorização do servidor, poderá haver consignação em folha de pagamento em favor de terceiros, a critério da administração e com reposição de custos, na forma definida em regulamento § 2º O total de consignações facultativas de que trata o § 1º não excederá a 35% (trinta e cinco por cento) da remuneração mensal, sendo 5% (cinco por cento) reservados exclusivamente para: I - a amortização de despesas contraídas por meio de cartão de crédito; ou II - a utilização com a finalidade de saque por meio do cartão de crédito.

⁹Rogério Leal (LEAL, 2009, p. 91), para a doutrina internacional, o mínimo existencial impõe condições mínimas para uma vida humana digna. As pessoas devem possuir condições mínimas de sustento físico próprio e, ainda, condições para participar da vida social de seu Estado, mantendo relacionamentos com seus pares, na sociedade na qual vivem. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, artigo XXV traduz a ideia de mínimo existencial: Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito a segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

transações comerciais e recebia sua remuneração.

Nessa esteira, o voto proferido pelo relator, desconsiderou a aplicabilidade da analogia¹⁰ ao caso em tela pois, entendeu que a aplicação da analogia do limite do consignado para a conta corrente se acatada se arbitrária, vez que, há um contrato específico de mútuo livremente pactuado. A interferência do julgador no feito, influenciaria sobremaneira na segurança jurídica das relações privadas, na autonomia da vontade e no ato jurídico perfeito proveniente do contrato pactuado entre as partes.

Sob esses argumentos, o voto foi pela improcedência do pedido inicial, declarado prejudicado o recurso do cliente, sendo esse o entendimento acolhido pela maioria do plenário.

A Ministra Maria Isabel Gallotti, acompanhou o voto, julgando improcedente o pedido, sob os seguintes fundamentos:

O cliente possuía junto ao Banco um saldo devedor referente a cheque especial e, seguindo orientação da gerente do seu Banco, assumiu crédito pessoal com taxas de juro inferiores às do cheque especial para quitar o débito existente, isto é, o desconto foi livremente pactuado e autorizado pelo devedor naquela conta corrente, em benefício próprio, para substituir dívida mais onerosa por dívida menos cara.

A Ministra entendeu que não se tratava de crédito consignado, tampouco conta-salário, que possui disciplina própria e serve especificamente para a percepção de salários, sendo, portanto, uma conta corrente na qual o cliente vincula o recebimento do seu salário, mas que poderia ser feito em conta em apartado, se assim desejasse.

Por esse motivo, votou no sentido de desconsiderar a limitação do desconto de 30% aplicado ao consignado, assim como o Ministro Relator, já que na situação demonstrada em nada se assemelha ao consignado ou conta-salário, afastando, inclusive, a tese que se refere à penhora de salário.

Já o Presidente, Ministro Antônio Carlos Ferreira, concluiu também que o caso concreto não versava sobre crédito concedido mediante autorização para desconto direto em folha de pagamento e, por isso, não era cabível a aplicação de Lei 10.820/2003.

Ressalvou que no crédito consignado a limitação abordada se justifica, porque uma vez autorizado pelo devedor, esse não teria nenhum mecanismo para evitar o desconto, e se o consumidor necessitasse do valor integral de seu salário por algum motivo não teria acesso.

¹⁰Analogia: consiste em um método de interpretação jurídica utilizado quando, diante da ausência de previsão específica em lei, aplica-se uma disposição legal que regula casos idênticos, semelhantes, ao da controvérsia.

Considerou no caso em apreço, que houve a autorização apenas do débito das prestações do empréstimo pessoal em sua conta corrente, sendo possível resolver a questão pela via administrativa por meio de um simples pedido formulado para a entidade previdenciária que faz os pagamentos de sua aposentadoria, requerendo que o pagamento do benefício seja realizado em uma outra instituição financeira, diversa daquela.

O Ministro pontuou que o intuito do Autor era suspender os descontos da parcela do empréstimo em sua conta e, posteriormente, adentrar com ação para rever e repactuar o acordo com o Banco, o que não afasta a sua situação de inadimplência e as providências legais cabíveis pelo banco para o cumprimento da obrigação por parte do devedor.

Os votos divergentes foram proferidos pelos Ministros Raul Araújo e Marco Buzzi. Raul Araújo ressaltou a importância de fazer a distinção entre a concessão de um empréstimo qualquer, como na situação demonstrada, e o crédito concedido a título de crédito rotativo de cheque especial. Isso porque, no crédito rotativo de cheque especial o desconto pode alcançar um valor superior a 30%, porque em um determinado mês o tomador poderá precisar que aumente o seu cheque especial, sendo deduzindo pouco a pouco em sua conta, ou até mesmo, no seu décimo terceiro, por exemplo.

No caso em análise, houve um empréstimo no valor de R\$ 114.000,00 para o correntista, em parcelas de R\$ 2.500,00, efetuado na mesma conta em que ele recebe sua aposentadoria mensal, sendo o valor do desconto equivalente a aproximadamente 50% de seu salário até o ano de 2021, já que o valor do seu salário é em torno de R\$ 5.000,00.

O referido ministro pontuou em seu voto que da mesma forma que o cliente deveria ter tomado as cautelas necessárias quando efetuou o empréstimo, verificando se seria possível honrar o contrato por ele realizado sem prejudicar o seu sustento e o de sua família, o banco, profissional na concessão de crédito, deveria agir de forma zelosa, analisando se o tomador do empréstimo teria condições de cumprir o pactuado.

Além disso, o ministro completou o seu raciocínio sob a afirmativa de que o banco deveria buscar outras formas de garantia do cumprimento da dívida que não fosse apenas por meio daqueles proventos relativos à quota alimentar, e com essa omissão, o banco assume para si o risco. Portanto, julgou aplicável o limite previsto no consignado para o mencionado feito.

O Ministro Marco Buzzi, antes de adentrar em suas considerações, frisou que em seu voto ele não está negando o crédito da Instituição financeira ou vedando o seu

direito de cobrar o que lhe é devido pelo devedor, assim como não haveria nenhum intuito em desobrigar o cliente, tomador do empréstimo, em consolidar o seu compromisso junto ao Banco.

Para o Ministro, diante da expressa previsão legal contida no artigo 649, inciso IV, do CPC/73, atual artigo 833, inciso IV, do NCPC, a impenhorabilidade de vencimentos, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, entre outros, afigura-se razoável e isonômico a aplicação analógica da limitação legal prevista para o empréstimo consignado em folha de pagamento no contrato de mútuo com desconto na conta corrente que o cliente se utiliza para receber os seus proventos.

O Ministro sustentou a proteção salarial do devedor, trazendo a baila os princípios da dignidade da pessoa humana, prevista no artigo 1º, III, da CF ; o risco de comprometimento da subsistência do devedor e a garantia ao mínimo existencial.

Segundo o ministro, os entendimentos do STJ, até o momento, inviabilizavam os descontos efetuados em conta corrente do devedor para garantir os interesses da instituição financeira. Reiterou a afirmação, citando o seguinte julgado do STJ:

BANCO. Cobrança. Apropriação de depósito do devedor. O banco não pode apropriar-se da integridade dos depósitos feitos a título de salários na conta do seu cliente, para cobrar débito decorrente de contrato bancário, ainda que para isso haja cláusula permissiva no contrato de adesão. Recurso conhecido e provido. (STJ REsp 492.777/RS, Relator o Ministro Ruy Rosado de Aguiar. DJ de 1/9/2003)

RECURSO ESPECIAL. CONTA CORRENTE. SALDO DEVEDOR. SALÁRIO. RETENÇÃO. IMPLOSSIBILIDADE. Não é lícito ao banco valer-se do salário do correntista, que lhe é confiado em depósito, pelo empregador, para cobrir saldo devedor de conta corrente. Cabe-lhe obter o pagamento da dívida em ação judicial. Se nem mesmo ao Judiciário é lícito penhorar salários, não será instituição privada autorizada a fazê-lo. (STJ. REsp 831.774/RS Rel. Ministro Humberto de Barros, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/08/2007, DJ 29/10/2007, p. 221)

O ministro citou ainda que, as cláusulas contratuais constantes em contrato de adesão, permitem o desconto direto na conta corrente são iníquas, abusivas, como bem preleciona o artigo 51, IV, Código de Defesa do Consumidor , também se configura em uma notória tentativa de burlar o previsto no atual artigo 833, IV, CPC, impenhorabilidade dos salários, não podendo sujeitar o consumidor a dispor de proteção constitucional.

Na visão do julgador, o intuito do devedor é resguardar o seu direito à subsistência digna e de sua família, sem deixar desguarnecido o direito do Credor.

Outro ponto levantado e que merece destaque se refere ao fato do princípio da autonomia privada, tanto utilizado para justificar a efetividade dos contratos, deve ser

analisado como um todo, isto é, com os demais fundamentos do sistema jurídico, como a função social do contrato, boa-fé objetiva, dignidade da pessoa humana, etc..

Finalmente, com base no princípio da razoabilidade, o voto do Ministro foi ao encontro a aplicação por analogia da previsão do artigo 45, parágrafo único, Lei 8112/90 e dos artigos 1º e 2º, parágrafo 2º, inciso I da Lei 10.820/2003, ou seja, a retenção de 30% do salário descontado em folha, para saldar dívidas, para o caso em tela.

Após a discussão aventada, os Ministros da Quarta Turma do Supremo Tribunal de Justiça votaram da seguinte forma:

O Ministros Raul Araújo e Marco Buzzi, anuíram com a parte autora em desfavor ao Banco. A Senhora Ministra Maria Isabel Gallotti e o Senhor Ministro Antônio Carlos Ferreira Presidente e voto-vista, votaram com o Senhor Ministro Relator, indeferindo os pedidos apresentados pelo Senhor Isac, sendo favoráveis ao Banco.

2 FUNDAMENTOS TEÓRICOS

2.1 INAPLICABILIDADE DA ANALOGIA

Conforme entendimento narrado pelo relator, Ministro Luis Felipe Salomão, diante da ausência de norma que regulamenta o mesmo limite previsto nos artigos 1º e 2º, parágrafo, 2º, I, da Lei 10.820/2003 e artigo 45, parágrafo único da Lei 8.112/1990, referente a 30% da remuneração ou proventos para o consignado, a sua aplicação no presente caso resultaria em insegurança jurídica nas relações privadas, na autonomia da vontade e no ato jurídico perfeito.

Segundo o ministro, houve um contrato livremente pactuado entre as partes, de forma consciente estipulando o desconto dos débitos na conta corrente do cliente e por isso, o Ministro utilizou como critério para o seu voto a inaplicabilidade por analogia do consignado para a conta corrente.

No mesmo sentido, o presidente Ministro Antônio Carlos Ferreira, concluiu que não há aplicação da analogia ao caso. Para ele, a limitação no consignado se justifica porque uma vez autorizado pelo cliente, ele não terá nenhum mecanismo para evitar o desconto e no caso sub judice é possível resolver o problema pela via administrativa, com um simples pedido formulado para a entidade previdenciária para que seus pagamentos sejam efetuados em uma outra conta.

Em contrapartida, o Ministro Marco Buzzi entendeu que diante da proteção salarial é razoável e isonômico a ampliação analógica da limitação legal prevista para o empréstimo consignado em folha de pagamento para o contrato de mútuo com

desconto em conta corrente.

Diante da lacuna jurídica presente no julgado, aos Ministros coube a tarefa quanto a aplicabilidade ou não da analogia¹¹ ao tema em pauta como forma de sanar a lacuna normativa existente.

Como observado, a questão central é se o mesmo limite previsto para o empréstimo consignado pode ser aplicado a conta corrente. A lei prevê o limite para o desconto e o critério para a sua utilização, restando a dúvida apenas na sua forma de aplicação, no caso na conta corrente.

No caso do consignado, ao tomar o crédito o cliente pactua com o banco taxas mais vantajosas a serem descontadas em sua folha de pagamento, comprometendo aquele valor mensal dos seus rendimentos.

Na descrita modalidade de empréstimo, o banco consegue operar taxas mais vantajosas porque o risco de inadimplência é mínimo, já que o banco retira automaticamente o valor do empréstimo direto da fonte pagadora, assim, quanto menor o risco, maior será o desconto no empréstimo por parte do banco.

Logo, é justificável e necessário que haja uma regulamentação para o comprometimento dessa renda, pois uma vez pactuado o contrato do empréstimo consignado com o banco, se houver fato superveniente posterior, ainda assim o cliente continuará tendo os seus rendimentos comprometidos.

Um dos pontos destacados no julgado foi a falta de norma legal específica aplicada ao desconto em conta corrente. Teoricamente, essa lacuna seria preenchida pelo julgador por meio de critérios tradicionalmente conhecidos: analogia, costumes e princípios gerais do direito, mas tais critérios foram afastados pelos ministros na análise do caso concreto.

Entretanto, no que se refere a aplicação da analogia, cumpre-nos analisar a existência ou inexistência de lacunas, bem como relacioná-las a ideia de completude do sistema.

No âmbito doutrinário, as lacunas são divididas em duas principais correntes:

a) uma que afirma a inexistência de lacunas e sustenta haver no ordenamento

¹¹Segundo Tércio Sampaio Ferraz Júnior, (FERRAZ JR, 2003, p. 215) a lacuna é uma inadequação em relação a alguma coisa. O conceito gênero é a inadequação normativa. As espécies decorrem do relacionamento do subsistema prescritivo com outros subsistemas. As lacunas se dividem em: normativa (ausência de norma sobre determinado caso), ontológicas (existe a norma, mas ela não corresponde aos fatos sociais e axiológicas (ausência de norma justa, embora haja preceitos normativos, a sua aplicação será insatisfatória ou injusta).

jurídico regulação para todos os comportamentos humanos. Para os adeptos dessa corrente, por exemplo KELSEN, o sistema normativo é fechado e completo em relação a um conjunto de casos e condutas. Os comportamentos que não estão juridicamente proibidos estão permitidos, de modo que o sistema sempre apresenta uma resposta para o juiz aplica-la ao caso concreto;

b) outra que sustenta a existência de lacunas no sistema, sob o argumento de que este não poder prever todas as situações que se concretizam no âmbito social, e diante da norma prevista no artigo 4º da LINDB, o juiz não pode deixar de aplicar o direito ao caso concreto. Se ele se deparar com a dificuldade de decidir por não encontrar no sistema os instrumentos indispensáveis para resolver o caso sob judge, haverá ausência de normas e por isso será legítimo ao juiz recorrer a meios para resolver tal ausência.

Diante das correntes apresentadas, Tércio Sampaio Ferraz Júnior, ao discorrer sobre o tema, aborda dois aspectos: em um primeiro momento precisa verificar se é cabível lacunas no ordenamento jurídico, ou seja, a análise quanto à completude do sistema jurídico, caso seja admitida a existência de lacunas, outro aspecto toma relevo, como serão preenchidas essas lacunas, já que ao fato o juiz deve dar uma solução (FERRAZ JR, 2003, p. 219).

Se a análise dos julgadores seguirem os critérios da primeira corrente, a kelsiana, logo, será perfeitamente viável a aplicação da norma já existente para a resolução do problema, vez que o ordenamento jurídico já dispõe dessa norma para o caso prático, não se cogitando a ausência de regulamentação, ou seja, não há lacuna. Aqui, a aplicabilidade do limite já previsto é perfeitamente possível.

No que diz respeito a segunda corrente, a lacuna é fato consolidado e ao julgador caberá a tarefa de buscar no ordenamento jurídico meios para a solução da norma inexistente a ser aplicada no caso concreto. O juiz, portanto, atuará como um intérprete das normas já presentes no texto legal que, a partir de um juízo de valores e do seu convencimento, irão definir a problemática em discussão.

Como forma de resolver questões referentes às lacunas, o ordenamento jurídico dispõe de alguns mecanismos: analogia, costumes e princípios gerais do direito. Adotada a segunda corrente, os Ministros se depararam com uma lacuna normativa e o critério por eles cogitados para a resolução dessa lacuna foi a analogia.

A analogia, que é um procedimento lógico argumentativo, consiste na aplicação a um determinado caso, não contemplado de modo direto ou específico por outra norma jurídica prevista em situações distintas, porém semelhante, ao caso em análise.

Como descrito nos Autos, foi descartada a possibilidade da aplicação pelos julgadores da analogia ao feito, e para isso, eles se respaldaram nas seguintes teses argumentativas: a) O cliente anuiu uma taxa mais baixa para quitar dívida mais onerosa por meio de um contrato de mútuo com o banco e não consignado; b) o cliente ao firmar o contrato sabia das condições nele previstas, inclusive que o débito seria realizado em

sua conta corrente; c) o desconto seria na conta corrente e não direto na fonte pagadora, como ocorre no consignado e d) o cliente poderia alterar pela via administrativa a conta para recebimento da sua remuneração.

Entretanto, a utilização da analogia como uma ferramenta para a solução da ausência da norma existente está intimamente relacionada a um juízo subjetivo de valoração, a partir do sistema normativo.

Essa interpretação deverá ser realizada de forma bastante criteriosa, trazendo a lume todos os elementos essenciais que estão incorporados ao assunto principal para que a decisão final não seja contaminada.

Sob o ponto de vista dos julgadores, fatores aparentemente relevantes foram determinantes para as conclusões quanto à inviabilidade da aplicação da norma prevista em dispositivos outros ao caso em julgamento, porém, ante aos fatos apresentados na peça recursal, um dado significativo deixou de ser apreciados pelos intérpretes.

Como já mencionado, o banco possibilita taxa de juros mais vantajosas quando ele está diante de situações que imprimam menores riscos a instituição bancária, isto é, da mesma forma que o empréstimo pessoal possui taxas de juros mais elevadas devido a uma maior probabilidade de inadimplência do consumidor e menor possibilidade de garantia ao banco, casos como o consignado, no qual o banco tem maiores garantias de recebimento daquele valor concedido ao cliente, melhores serão as taxas de juros do empréstimo tomado.

Portanto, o elemento “garantia” não foi incluído na pauta dos julgadores, elemento esse tão importante para a relação consumerista bancária e que provavelmente faria toda a diferença no resultado final do julgado. Certamente, o banco somente concedeu juros mais atrativos ao seu cliente porque a ele foi dada alguma forma de garantia.

Quando o gerente propôs ao cliente taxas de juros mais baixas é porque ele tinha a garantia de que aquela conta corrente não se tratava de uma conta qualquer, mas uma conta corrente em que ele habitualmente percebia os seus proventos.

Na verdade, a instituição financeira utilizava um mecanismo semelhante ao consignado para resgatar os valores do empréstimo efetuado ao cliente, ou seja, o banco não retirava direto da fonte, mas momentos posteriores ao seu recebimento. Seria um crédito pessoal, realizado por meio de um contrato de mútuo, “mascarado” de um consignado, no qual o cliente somente obteve condições mais vantajosas por causa desse “peculiar” detalhe como fator determinante.

Conclui-se que a problemática referente às lacunas não está na falta de normas no direito positivo, o que ocorre são problemas de valoração inerentes a interpretação dos textos jurídicos, somente havendo lacunas quando o intérprete não encontra uma norma válida que satisfaça seus anseios axiológicos com relação ao caso concreto.

2.2 AUTONOMIA DA VONTADE PRIVADA

Em diversos trechos do julgado, os ministros se apegam ao princípio da autonomia da vontade¹² para endossar as suas decisões, a saber:

O relator alegou que o empréstimo tomado pelo consumidor foi por ele “livremente pactuado”, e o “próprio cliente aderiu” ao empréstimo em condições e prazo mais vantajosos, anuindo aos descontos na conta corrente, na qual ele recebe sua remuneração.

Da mesma forma a Ministra Maria Isabel Gallotti argumentou que o desconto foi “livremente pactuado e autorizado pelo devedor” naquela conta corrente, em benefício próprio.

O Ministro Marco Buzzi, todavia, ponderou, que o “princípio da autonomia privada”, utilizado para justificar a efetividade dos contratos, deve ser analisado como um todo, juntamente com os demais fundamentos do sistema jurídico, como a função social do contrato, boa-fé objetiva, dignidade da pessoa humana, etc..

Relatadas as considerações necessárias quanto aos posicionamentos apresentados pelos Julgadores referentes ao princípio da autonomia da vontade, imprescindível trazer a baila algumas observações quanto ao tema.

De acordo com Humberto Theodoro Júnior, as relações sociais interferem sobre o comportamento individual, e por esse motivo, não há que se falar em liberdade absoluta dentro de um quadro de constante “interdependência”. Ele inclusive, faz uma ressalva para a igualdade na prática contratual, e afirma que os contratantes na grande maioria das vezes encontram-se em um notório desequilíbrio, seja ele moral, econômico, técnico e, até mesmo, de compreensão e discernimento. “Soa, fictícia, portanto, a afirmação de que é sempre justo o contrato porque fruto da vontade livre das partes iguais juridicamente” (THEODORO JR, 2017, p. 230/231).

Como exposto acima e prosseguindo com o raciocínio do Autor, a intervenção da nova ordem jurídica no domínio do contrato não visa abolir o princípio substancial da igualdade entre os contratantes; e sim, tutelar as cláusulas contratuais perniciosas, com o fim de promover o equilíbrio e a efetiva igualdade dos contratantes (THEODORO JR, 2017, p. 231).

Portanto, a intervenção estatal vem para disciplinar normas cogentes com o objetivo de proteger a parte vulnerável nesta relação, como proposto, por exemplo no artigo 423 do Código Civil, que determina que deve ser adotada a interpretação mais favorável ao aderente nos contratos por adesão.

O uso corriqueiro e indiscriminado do princípio da autonomia da vontade como pretexto para a aplicação do direito positivo, sem considerar a interpretação hermenêutica ao fato concreto, enfraquece sobremaneira o citado princípio.

¹² O princípio da autonomia, sob a ótica de Carlos Roberto Gonçalves (GONÇALVES, 2004, p.20) se alicerça na ampla liberdade contratual, no poder dos contratantes de disciplinar os seus interesses mediante acordo de vontades, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica.

De volta ao caso sob *judice*, o cliente de fato pactuou livremente as condições contratuais e usufruiu de taxas aparentemente mais favoráveis a ele, mas a forma como esse contrato nasceu é muito importante.

Por diversas vezes, o consumidor não possui as ferramentas necessária para comprovar a falta de informação adequada prestadas no momento da contratação, além da inaptidão técnica para compreender todas as cláusulas previstas no contrato e, por esse motivo o cliente acaba realizando o contrato baseado na sua confiança ao gerente do banco.

O consumidor quase sempre estará em desvantagem na relação contratual, ou seja a sua vulnerabilidade é fato incontroverso, mas o elemento *boa-fé* deve caminhar lado a lado com princípio da autonomia da vontade para uma escoreita decisão, sem prejudicar o consumidor como também o fornecedor.

Dito isso, imprescindível fechar esse tópico com a seguinte conclusão: o conjunto fático que compõe uma relação contratual, principalmente no que se refere a contrato por adesão, deverá ser examinado de forma abrangente, com todos os elementos nele inseridos, para somente a partir daí, usar como base argumentativa o princípio da autonomia da vontade, sob pena de banalização do princípio ora descrito.

2.3 MÍNIMO EXISTENCIAL

Outro foco bastante debatido no decorrer do julgado foi a prevalência da garantia do mínimo existencial ao contratado, de modo a possibilitar a ele e a sua família uma vida digna, o que não seria viável se o desconto de 50% de seu salário fosse captado pelo banco.

Não há que se olvidar que 50% dos rendimentos do cliente retidos pelo banco para o pagamento da obrigação, ainda que livremente por ele pactuado, reduz a sua capacidade e de sua família de usufruir de serviços básicos para a subsistência desse núcleo familiar.

A situação em que o cliente se encontra é a seguinte: ele é militar aposentado e realizou o empréstimo no valor total de R\$ 114.480,55, a ser pago em 85 parcelas mensais de R\$2.543,56, sendo que o valor do seu salário é em torno de R\$ 5.000,00.

O valor restante de seu salário, em torno de R\$2.000,00, serve para ele quitar todas as despesas familiares fixas, além de eventuais gastos extraordinários, tudo isso

¹³ A *boa fé* objetiva, prevista no Código de defesa do Consumidor, é o dever das partes de agir conforme certos padrões de honestidade e lealdade. “Não no equilíbrio econômico, mas no equilíbrio das posições contratuais, pois dentro do complexo de direitos e deveres das partes, em matéria de consumo, como regra há um desequilíbrio de forças. Entretanto, para chegar a um equilíbrio real, somente com análise global do contrato, de uma cláusula em relação às demais, pois o que pode ser abusivo ou exagerado para um não o será para outro”. (RIZZATO, 2018, p. 454). “A função integrativa desse princípio insere novos deveres para as partes diante das relações de consumo pois além da verificação da obrigação principal, surgem novas condutas a serem também observadas. São os denominados “deveres anexos” ou “deveres laterais” pela doutrina e jurisprudência. A violação a qualquer dos deveres anexos implica em inadimplemento contratual. Os deveres anexos se dividem, basicamente, em três: de informação, de cooperação e de proteção (GARCIA, 2017, p. 63).

em um cenário nacional composto por taxas tributária altíssimas e defasagem salarial.

Há de se questionar: será que esse consumidor, a partir do quadro descrito, tinha realmente o conhecimento e a informação precisa do negócio que ele estava pactuado, inclusive das taxas e o seu real comprometimento?

Situações como essa precisam ser ponderadas para o desfecho de uma decisão, até porque o direito à informação¹⁴ garantido ao consumidor muitas vezes é mitigado pelo fornecedor ou mal fornecido, e ao consumidor existe a árdua tarefa de demonstrar tal supressão, quase sempre impossível.

É nesse momento que a boa-fé se faz mister, surgindo como um fator imprescindível e determinante, haja vista que o consumidor pode utilizar do que fora descrito para se “vitimizar” e manipular a verdade dos fatos, assim como o fornecedor poder se manter na sua situação de vantagem.

Após as ressalvas necessárias, é retomado o tópico em pauta, sob o esclarecimento de que o mínimo existencial não possui dicção normativa específica, ele está compreendido em diversos princípios constitucionais.

O direito às condições mínimas de existência digna inclui-se entre os direitos da liberdade, ou direitos humanos, ou direitos individuais, ou direitos naturais, formas diferentes de expressar a mesma realidade.

Aparece explicitamente em alguns itens do art. 52 da CF de 1988, sede constitucional dos direitos humanos, além da Declaração de Direitos Humanos, como forma de resguardar condições básicas de subsistência, a saber: moradia, saúde, alimentação adequada e balanceada, vestimenta, educação, bem como serviços essenciais, energia elétrica, saneamento básico e gás. O mínimo existencial exhibe as características básicas dos direitos da liberdade: é pré-constitucional, posto que inerente à pessoa humana; constitui direito público subjetivo do cidadão, não sendo outorgado pela ordem jurídica, mas condicionando-a; tem validade erga omnes, aproximando-se do conceito e das consequências do estado de necessidade; não se esgota no elenco do art. 52 da Constituição nem em catálogo preexistente, é dotado de historicidade, variando de acordo com o contexto social, mas é indefinível aparecendo em forma de cláusulas

¹⁴ O princípio da transparência expresso no caput do artigo 4º CDC, complementado pelo dever de informar, previsto no artigo 6º, inciso III, do mesmo texto normativo se traduz pela obrigação de fornecer todas as informações necessárias referentes ao contrato, serviços ou produtos. Os contratos advindos da relação de consumo, em sua maioria sob a espécie de adesão, demonstram a vulnerabilidade do consumidor e por isso, os princípios da transparência, da boa-fé, além da informação clara e precisa do serviço e produtos, devem ser analisados com bastante cautela, justamente para garantir o equilíbrio contratual entre as partes. Assim, “são vedadas obrigações iníquas (injustas, contrárias a equidade), abusivas (que desrespeitam valores da sociedade) ou que ofendem o princípio da boa-fé objetiva (como a falta de cooperação, de lealdade, quando frustra a legítima confiança criada no consumidor) e a equidade (justiça do caso concreto)”. “É dever do fornecedor dar a máxima informação possível sobre os dados e riscos do produto ou serviço (dever anexo de informação). Segundo o princípio da transparência, a relação contratual deve se mostrar clara para as partes, significando descrição e informação correta sobre o produto ou o serviço a ser prestado. Este princípio se mostra de imensa importância, principalmente na fase pre-contratual, na qual o fornecedor usa de todos os meios para estimular o consumidor a aderir aos serviços e produtos oferecidos. O princípio da informação, reflexo do princípio da transparência, acarreta o dever para o fornecedor de esclarecer ao consumidor sobre todos os elementos do produto ou serviço, assim como, também, de esclarecer sobre o conteúdo do contrato que será estipulado, sob pena de ser passível de responder pela falha na informação.” (GARCIA, 2017, p. 59/63).

gerais e de tipo indeterminado.

2.4 RISCO DA ATIVIDADE BANCÁRIA

Outro ponto relevante a que se faz menção no julgado está relacionado ao risco da atividade bancária e a tentativa por parte da instituição em impor ao cliente uma obrigação que a ele pertence.

Como exposto, o banco não se preocupou ou exigiu do mutuário a comprovação de sua renda para se certificar que o cliente possuía condições de arcar com o pagamento daquele valor mensal e, ainda, se a prestação do financiamento comprometeria a sua subsistência.

Como observado, o banco se apoiou única e exclusivamente como garantia para se resguardar do adimplemento da obrigação apenas no débito na conta corrente do mutuário, o que demonstra que a Instituição financeira tinha certeza total de que aquela conta não se tratava de uma conta corrente qualquer, mas que havia o recebimento de vencimentos aptos a garantir o seu cumprimento.

Com isso, o consumidor não tem o condão de se responsabilizar pela falha praticada pelo banco, pois havia outras formas de garantia, como por exemplo a nomeação de bens a penhora.

Segundo entendimentos tratados por alguns Tribunais no que tange aos Riscos coexistentes na relação instituições financeiras – clientes, aplica-se a Teoria do crédito responsável que serve para ponderar o fato de que as instituições bancárias possuem ferramentas eficientes de avaliar as possibilidades financeiras de seus correntistas, de modo que ultrapassando a capacidade de endividamento do consumidor, deverão assumir os riscos do inadimplemento. (Acórdão 1096839, Relator Des. Alfeu Machado, 6ª Turma Cível, data de julgamento: 17/05/2018, publicado no DJE: 4/06/2018).

Baseado na teoria do Crédito responsável, por ocasião da concessão do empréstimo, as instituições financeiras deverão observar medidas que evitem o superendividamento¹⁵ do consumidor e, dessa forma, preservar o patrimônio mínimo do devedor e resguardar a dignidade da pessoa humana.

3 PESQUISA EMPÍRICA

3.1 ENTENDIMENTO PACIFICADO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A questão encontrou divergência na Terceira Turma, no agravo interno no agravo em recurso especial número 1305797/SC julgado em 01/10/2018 e publicado

¹⁵ O superendividamento é conceituado pela doutrina como a “impossibilidade global do devedor-pessoa física, consumidor, leigo e de boa-fé, de pagar todas as suas dívidas atuais e futuras de consumo (excluídas as dívidas com o fisco, oriundas de delitos e de alimentos)”. (MARQUES, 2005, p. 12)

05/10/2018, que em sua ementa decidiu: “[...] **Limitação**. Desconto. **30%** dos rendimentos da renda do devedor [...]. 3. Os descontos, todavia, não podem ultrapassar **30% (trinta por cento)** da remuneração percebida pelo devedor. Preservação do mínimo existencial, em consonância com o princípio da dignidade humana. [...]”. (Acórdão 1305797, Relator Ministro Raul Araújo, data de julgamento 01/10/2018, publicado 05/10/2018).

Face a divergência entre turmas do STJ e a nova dinâmica processual presente no CPC 2015 que busca uma unificação de jurisprudência para garantir a segurança jurídica e evitar eventual loteria judicial foi realizado julgamento de pacificação do tema.

Assim, a segunda seção desta Corte Superior, no AgInt no Resp número 1.500.846/DF, julgado em 12/12/2018, unificou o entendimento sobre a questão nos seguintes pontos (Acórdão 1.500.846, Relator Luis Felipe Salomão, data de julgamento: 12/09/2018, disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/682197947/agravo-interno-no-recurso-especial-agint-no-resp-1500846-df-2014-0287585-0/inteiro-teor-682197954>).

1 - A modalidade de empréstimo com pagamento em débito em conta corrente mantida pela instituição financeira é distinta do empréstimo mediante consignação em folha de pagamento regulado pela Lei 10.820/2003;

2 - A distinção entre as duas modalidades de empréstimo torna inaplicável a analogia com o artigo 1º da Lei 10.820/2003 que limita o desconto em folha de pagamento em 30%;

3 - No empréstimo com pagamento em débito em conta corrente mantida pela instituição financeira prevalece a autonomia privada da vontade, por isso o desconto não sofre qualquer limitação, não podendo a ordem estatal interferir no desconto;

4 - Na modalidade de empréstimo com pagamento em débito em conta corrente há duas relações jurídicas entre cliente e banco: uma de contrato de conta corrente e outro de contrato de empréstimo pessoal;

5 - No contrato de conta corrente, o cliente autoriza que o banco efetue descontos em sua conta corrente, não sabendo o banco de onde provém os créditos desta conta, sendo essa autorização revogável a qualquer tempo, ou seja, o banco não pode descontar sem autorização;

6 - O débito em conta corrente do contrato de empréstimo pessoal seria mais um dos inúmeros descontos em conta corrente autorizado pelo cliente, o que o difere do empréstimo mediante consignação em folha de pagamento regulado pela Lei 10.820/2003 cuja cláusula de desconto em folha é irrevogável e irrenunciável.

Esses foram os pontos pacificados pelo STJ.

Não obstante concordar ou não com o entendimento pacificado pelo STJ, algumas observações são pertinentes.

A tese de analogia do artigo 1º da Lei 10.820/2003 foi superada. O empréstimo com desconto em conta corrente é regido pelo princípio da autonomia privada da vontade sem qualquer interferência estatal ou protecionismo.

O banco ao celebrar o contrato de empréstimo com desconto em conta corrente, pelo princípio da boa-fé objetiva deve informar de forma explícita, clara e inequívoca que a autorização pode ser revogada a qualquer momento e indicar o meio de como revogá-la.

No caso do banco descontar em conta corrente parcela de empréstimo, com autorização revogada, caberá a restituição do valor e indenização pelo ocorrido.

E ainda, *ad argumentandum*, na hipótese do contrato de empréstimo pessoal com pagamento em débito em conta corrente houver cláusula de irrenunciabilidade e irrevogabilidade desse desconto ou se criado dificuldade para revogação, a natureza desse empréstimo com desconto se descaracterizaria, tornando-se uma espécie de empréstimo consignado em folha de pagamento, hipótese no qual teríamos a incidência da limitação legal de 30% de desconto.

3.2 APLICAÇÃO DO ENTENDIMENTO DO STJ NOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS (TJDFT) E DE SANTA CATARINA (TJSC)

Diante da apresentação dos julgados descritos em tópico anterior e submetidos à apreciação do Supremo Tribunal de Justiça ficou determinado pelo referido órgão julgador que a questão referente à aplicação do limite de 30% previsto para a modalidade de consignado não tem aplicabilidade nos casos de empréstimos pactuados com desconto em conta corrente.

No intuito de conhecer o impacto do entendimento do STJ nos tribunais de origem dos julgados, a saber, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT) e Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC), tomando por base o período de 13/12/2018 até o mês de junho de 2019, verificou-se o seguinte:

a) TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS (TJDFT)

Foram analisados 17 (dezessete) julgados, sendo 13 (treze) apelações e 4 (quatro) agravos de instrumentos, com os seguintes resultados:

1ª TURMA CÍVEL: 03 – Des. Roberto Freitas Filho; 01 – Des. Simone Costa Lucindo.

Aplicabilidade unânime quanto ao entendimento da aplicação do limite de 30% do desconto de empréstimo aplicado em conta corrente. Os julgadores da referida Turma seguem a aplicabilidade, sob o entendimento que embora os descontos em conta corrente não sejam objeto de legislação específica, a princípio, não seriam passíveis de limitação de contratação, uma vez que a questão insere na esfera de livre disposição de vontade do consumidor.

Porém, apesar de emergirem de previsão contratual legítima entabulada entre as partes, os descontos derivados dos empréstimos acima de um limite alcançam importe causam desequilíbrio financeiro, tornando-se nítido o prejuízo à subsistência do consumidor. Portanto, impõe-se a limitação dos descontos no patamar de 30% (trinta

por cento) de seus rendimentos brutos subtraídos os descontos compulsórios.

Além do mais, a necessidade de limitação do desconto em 30%, ainda que em conta corrente, deve prevalecer como forma de prevenção do superendividamento.

2ª TURMA CÍVEL: 01 - Sandra Reves Vasques Tonussi; 01- Des. Sandoval Gomes de Oliveira; 01 – Des. César Laboissiere Loyola.

A relatora Desa. Sandra Reves adotou, assim como a 1ª Turma, a aplicação do limite de 30% do consignado à conta corrente, sobrepondo os princípios da função social do contrato, da boa-fé objetiva e da dignidade da pessoa humana se sobrepondo a liberdade contratual relativizada para tratar do superendividamento.

Pelo princípio da razoabilidade, o desembargador Sandoval Oliveira adequou os descontos de 30% do limite consignado à conta corrente como forma de garantir ao consumidor o mínimo existencial. Entendeu que a instituição financeira foi negligente em ofertar crédito ao cliente sem antes verificar a sua capacidade econômica de arcar com as parcelas.

O Des. César Loyola também se manifestou favorável à aplicação do limite de 30% à conta corrente como forma de garantir ao consumidor o mínimo existencial

3ª TURMA CÍVEL: 01 – Des. Gilberto Pereira de Oliveira; 01 – Des. Flávio Rostirola.

Os desembargadores dessa Turma aplicaram o limite de 30% do consignado à conta corrente, pois vislumbraram a existência de um “aparente consignado”.

5ª TURMA CÍVEL: 02 – Des. Sebastião Coelho da Silva

O Desembargador não impõe o limite dos 30% previstos ao consignados, permitindo o desconto acima desse valor, desde que observado o limite de 60%.

6ª TURMA CÍVEL: 01 – Des. Esdras Neves Almeida

Houve a manutenção do limite de 30% aplicado à conta corrente.

7ª TURMA CÍVEL: 01 – Desa. Gislene Pinheiro de Oliveira; 02 – Des. Romeu Gonzaga Neiva; 01 – Des. Fábio Eduardo Marques.

A presente Turma segue a linha da prevenção do superendividamento, sobrepondo a dignidade da pessoa humana, princípio da boa-fé objetiva e função social do contrato à liberdade contratual. Por isso, aplicam a limitação de 30% à conta corrente.

8ª TURMA CÍVEL: 01 – Des. Mario-Zam Belmiro Rosa

Aplica o mesmo limite de desconto de 30 % do empréstimo consignado à conta corrente.

b) TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA (TJSC)

Foram analisados 04 (quatro) julgados, todos de apelação e publicados em 2019. Os resultados foram:

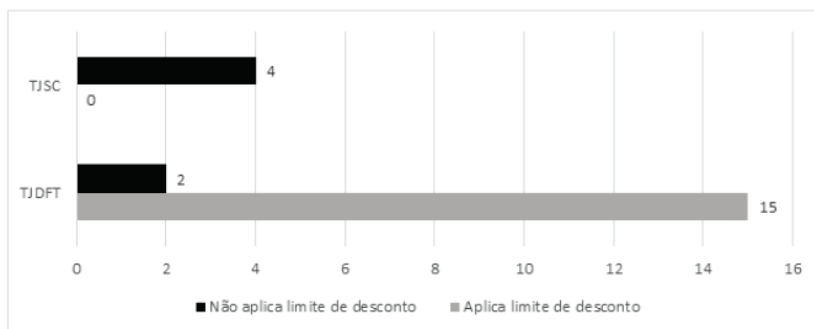
1ª CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL: 01 - Des. Luiz Zanelato

5ª CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL: 02 - Des. Jânio Machado

4ª CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL: 01 - Des. Sérgio Izidoro Heil

As câmaras mencionadas adotaram por unanimidade o entendimento do Supremo Tribunal de Justiça quanto à inaplicabilidade do limite de 30% do consignado aplicado à conta corrente por se tratar de modalidades distintas, com regras também distintas.

Gráfico 1 – Julgados do TJDFT E TJC sobre a aplicabilidade do limite de desconto



Fonte: Elaborado pelas próprias autoras com base na pesquisa de jurisprudência

Diante da pesquisa realizada, é possível concluir que o entendimento pacificado do STJ é pela impossibilidade da aplicação por analogia do limite de 30% previsto para a modalidade do crédito consignado aos casos de empréstimo com desconto em conta corrente, por se tratarem de contratos distintos. Contudo, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e territórios (TJDFT) continuou aplicando os 30% como limitador de desconto, garantindo ao consumidor o mínimo existencial. Já, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC) acompanhou o entendimento do STJ rechaçando a aplicação por analogia do limite previsto ao consignado a outras modalidades empréstimos com desconto em conta corrente.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Bauru, SP: EDIPRO, 2a ed. revista, 2003.

BRASIL. **Código de Processo Civil comparado**/obra coletiva. Colaboração: Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha: São Paulo, 2015.

———. **Consolidação da Leis do Trabalho**.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm.

Acesso: 01 jun. 2019.

———. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

Acesso em: 10 março. 2019.

———. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**.

Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>

Acesso em: 05/06/2019.

———. **Decreto Estadual nº 51.314/2006**. Dispõe sobre as consignações em folha de pagamento de servidores públicos civis e militares, ativos, inativos e reformados e de pensionistas da administração direta e autárquica.

Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/norma>.

Acesso: 01 jun. 2019.

———. **Lei nº 8.078**, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 12 set. 1990. Seção 1, p. 1.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm.

Acesso em: 01 de jun. 2019.

———. **Lei nº 8.112**, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm.

Acesso em: 01 jun. 2019.

———. **Lei nº 10.820**, de 11 de setembro de 2003. Dispõe sobre a autorização para desconto de prestações em folha de pagamento.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis.

Acesso em: 01 jun. 2019.

_____. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm.

Acesso em: 01 de jun. de 2019.

_____. Supremo Tribunal de Justiça, Acórdão 1.500.846, Relator Luis Felipe Salomão.

Pesquisa de Jurisprudência. Data de julgamento: 12/09/201,

Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/682197947/agravo-interno-no-recurso-especial-agint-no-resp-1500846-df-2014-0287585-o/inteiro-teor682197954>.

Acesso em 01 fev. 2019.

_____. Supremo Tribunal de Justiça Recurso especial 1.586.910. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão.

Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 07 dez. 2006. Disponível em:

<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/505979945/recurso-especial-resp-1586910-sp-2016-0047238-7/inteiro-teor-505979965?> Acesso em 01 fev. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Acórdão 1096839. Relator Des. Alfeu Machado. **Pesquisa de Jurisprudência**. Acórdãos. data de julgamento: 17/05/2018, publicado no DJe: 4/06/2018.

Disponível em: https://www.tjdft.jus.br/institucional/jurisprudencia/jurisprudencia-em-foco/cdc-na-visao-do-tjdft-1/superendividamento/copy_of_os-efeitos-da-sentencan-as-acoes-coletivas

DINIZ, Maria Helena. **As Lacunas no Direito**. São Paulo: Saraiva, 1995.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Código de Defesa do Consumidor Comentado**: artigo por artigo. 13 ed. Ver. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016. 640p

GONÇALVES, Carlos Roberto, **Direito civil brasileiro**, volume III: contratos e atos unilaterais- São Paulo: Saraiva, 2004.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Direitos do consumidor** / Humberto Theodoro Junior. – 9. ed. ref., rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

JÚNIOR, Tércio Sampaio Ferraz, **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação, 4 edicao, SP: Atlas, 2003.

KELSEN, Hans. **O Problema da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LEAL, Rogério Gesta. **Condições e possibilidades eficácias dos direitos fundamentais sociais: Os desafios do Poder Judiciário no Brasil.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MARQUES, Cláudia Lima. **Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de crédito de consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul.** Revista de direito do consumidor, São Paulo, v. 14, n. 55, jul./set. 2005.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito.** 36^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014

NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor.** 12 edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

VEDAÇÃO DA FIXAÇÃO DO PREÇO¹ DO ARRENDAMENTO RURAL EM PRODUTOS²: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO MATO GROSSO E TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

Daniel de Souza Silva³

1 ACÓRDÃO PARADIGMA

O acórdão paradigma foi julgado pelo Superior Tribunal de Justiça em 11 de dezembro de 2018. Trata-se do RESP 1.692.763-MT, que dentre outros temas, decidiu pela validade/nulidade de cláusula em contrato de arrendamento rural que prevê o ajuste do preço do arrendamento em produtos, bem como da presença/ausência de exequibilidade do referido título.

A discussão que interessa ao presente artigo, é a parte do julgado que trata do contrato de arrendamento rural, pactuado em 08.04.2002, cujo objeto era o arrendamento de uma área de terras de 1.300 hectares na cidade de Tangará da Serra, Estado do Mato Grosso.

Ficou pactuado na cláusula 5^a (quinta) do contrato, como preço do arrendamento, quantias fixas em sacas de soja – ou seu equivalente em dinheiro, da seguinte forma:

O preço deste arrendamento é o equivalente, em reais, a sacas de soja, de 60 (sessenta) quilos cada, padrão CONCEX, tipo exportação, por hectare (na forma do parágrafo primeiro da cláusula terceira):

- A- Safra 2002/2003: 3,5 (três e meia sacas);
- B- Safra 2003/2004: 4 (quatro sacas);
- C- Safra 2004/2005: 4 (quatro sacas);
- D- Safra 2005/2006: 5 (cinco sacas);
- E- Safra 2006/2007: 5 (cinco sacas);
- F- Safra 2007/2008: 5 (cinco sacas);
- G- Safra 2008/2009: 5 (cinco sacas);

Parágrafo Primeiro: O pagamento considerar-se-á realizado mediante o depósito pelo ARRENDATÁRIO, em nome dos ARRENDADORES, em armazéns da região de Chapadão do Rio Verde, ou mediante o pagamento do preço, em moeda corrente nacional, ao preço médio praticado na região por três tradicionais empresas do ramo, livres de quaisquer espécies de ônus, encargos, tributos ou despesas, até o dia 30 (trinta) do mês de abril de cada ano.

¹ A lei n.º 11.443, de 5 de janeiro de 2007, alterou o Estatuto da Terra e os artigos 18 e 19 do Decreto n.º 59.566/66, deixando de chamar a contraprestação pelo arrendamento de “preço”, passando a denominar de “remuneração”. A alteração é meramente semântica e, por isso, iremos utilizar a palavra “preço”, a exemplo da maioria doutrinária e jurisprudencial.

² O art. 18, parágrafo primeiro do Decreto n.º 59.566/66 veda a fixação do “preço” do arrendamento em “frutos ou produtos”. No entanto, para efeitos do presente estudo, iremos falar somente em “produtos”, visto que os frutos, por tratar-se do próprio rendimento obtido pelo arrendatário na produção (ex. 10% da produção), somente poderia ser pactuado como cota do parceiro outorgante em contrato de parceria rural.

³ Aluno do curso de pós-graduação lato sensu em “Direito Civil – Novos Paradigmas Hermenêuticos nas Relações Privadas pela FDRP/USP. Especialista em Processo Civil pela FDRP/USP. Advogado. E-mail: advdanieldesouza@gmail.com

Sob a alegação de inadimplência do arrendatário quanto ao pagamento do preço do arrendamento referente às safras 2006/2007, 2007/2008 e 2008/2009, a arrendadora ingressou com processo de execução – por quantia certa- em face do arrendatário. Citado na data de 03.05.2013 o arrendatário manejou Embargos à Execução (proc. n.º 0003690-35.2013.811.0055, da 1ª Vara Cível de Tangará da Serra/MT) em face da Exequente/Arrendadora, alegando dentre outras matérias, a ausência de título executivo líquido, sob o argumento de que o contrato previu o preço do arrendamento em produto (sacas de soja).

Ao sentenciar o feito em 17.03.2016, o Magistrado de 1º grau (Comarca de Tangará da Serra/MT) afastou a nulidade/inexequibilidade alegada pelo arrendatário/embarcante, fundamentando sua decisão na possibilidade de flexibilização⁴ da norma em razão dos usos e costumes, autorizando-se a fixação do preço do arrendamento em produtos.

Inconformado com a sentença proferida pelo Magistrado da 1ª Vara Cível de Tangará da Serra/MT, o embargante/arrendatário interpôs, então, Recurso de Apelação para o Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, repetindo – dentre outras matérias-, a questão da nulidade da cláusula 5ª do contrato de arrendamento e a consequente ausência de liquidez/inexequibilidade do título.

O Recurso de Apelação n.º 0003690-35.2013.811.0055 foi julgado em 17.08.2016 pelo Desembargador da 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Mato Grosso, Dr. Guiomar Teodoro Borges, o qual negou-lhe provimento pelas mesmas razões da sentença de 1º grau, entendendo que a norma que prevê a vedação da fixação do preço do arrendamento rural em produtos merece flexibilização em razão dos usos e costumes.

O embargante/arrendatário, mais uma vez inconformado com a decisão preferida pelo Tribunal de Justiça do Mato Grosso, apresentou Recurso Especial, de acordo com o art. 105, III, alíneas “a” e “c” da Constituição Federal/88, objetivando a revisão do acórdão pelo Superior Tribunal de Justiça.

O Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso negou seguimento do Recurso Especial alegando a incidência da Súmula 5 e 7 do Superior Tribunal de Justiça, sendo interposto pelo Embargante/Arrendatário Agravo de Instrumento. Remetidos os autos ao Superior Tribunal de Justiça, foi distribuído para a Terceira Turma (composta pelos Ministros Moura Ribeiro, Nancy Andrighi, Ricardo Villas Bôas Cueva, Paulo de Tarso Sanseverino e Marco Aurélio Bellizze).

A relatoria ficou por conta do Ministro Moura Ribeiro, que deu provimento de forma monocrática ao Recurso Especial, sob o fundamento da nulidade de cláusula que fixa o preço do arrendamento rural em produtos, entendendo-se pela ausência de liquidez do contrato de arrendamento.

Diga-se art. 95, XI, “a” do Estatuto da Terra e art. 18, parágrafo único do Decreto-Lei n.º 59.566/66, ora transcritos:

A arrendadora/embargada, por sua vez inconformada com a decisão monocrática do Ministro Relator e no intuito de ver a matéria ser julgada pelo colegiado da Terceira Turma, interpôs Recurso de Agravo Interno, argumentando que a literalidade do art. 18 do Decreto n.º 59.566/66 e art. 95, IX, da Lei n.º 4.504/64 não poderia afastar a força executiva do contrato, tendo em vista os usos e costumes e também os princípios da boa-fé e da função social do contrato positivados nos artigos 421 e 422 do Código Civil.

Em sessão do dia 14.08.2018, a Terceira Turma deliberou pelo provimento do Agravo Interno e, em ato contínuo, determinou a inclusão do Recurso Especial em pauta para julgamento. O julgamento do Recurso Especial ocorreu em 11.12.2018.

O Ministro Relator, Moura Ribeiro, repetiu os termos de sua decisão monocrática, entendendo ser nula a cláusula de contrato de arrendamento rural que pactua o preço do arrendamento em frutos ou produtos, dizendo ser este o entendimento pacificado no Superior Tribunal de Justiça, não havendo que se falar em aplicação de “usos e costumes” quando estes dão-se de forma contrária à lei (*contra legem*). Citou diversos precedentes jurisprudenciais do Superior Tribunal de Justiça, bem como entendimentos doutrinários e, com isso, manteve seu voto no sentido de considerar nula a Cláusula 5º do contrato. Acrescentou ainda, que o contrato seria inexequível não somente pelo fato de ser nula a cláusula que prevê o preço do arrendamento em frutos ou produtos, mas também em razão da impossibilidade de determinar o valor devido através de “simples cálculos aritméticos”, em vista da forma como foi redigida a cláusula, pois existem dúvidas - segundo o Relator, quanto à qual região deveria ser considerada para se obter o “preço médio da saca de soja”, bem como quais seriam as “empresas tradicionais do ramo” que poderiam fornecer esse preço.

Em seguida, a Ministra Nancy Andrighi pediu vista dos autos. Em seu voto-vista, a Ministra divergiu em parte do voto do Relator, pontuando que de fato deve ser considerada nula a cláusula que fixa o preço do arrendamento em produtos, mas que tal nulidade, no entanto, não poderia ser alegada pelo arrendatário, em razão da necessidade de observância da boa-fé dos contratantes, bem como os princípios do *nemo poteste venire contra factum proprium* e o *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, entendendo ainda pela exequibilidade do título (contrato de arrendamento), sob o fundamento de que seria possível a determinação do *quantum debeatur* mediante simples cálculos aritméticos.

O Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva solicitou vista dos autos e, em seu voto-vista, acompanhou integralmente o Ministro Relator – Moura Ribeiro, entendendo pela nulidade da pactuação do preço do arrendamento rural em produto, com a com a consequente inexequibilidade do contrato, citando precedentes do Superior Tribunal de Justiça, bem como entendimento doutrinário e, finalizou dizendo que “por tal razão, cabe ao arrendante buscar a satisfação do crédito pela via da ação de cobrança ou do procedimento monitório”.

Por fim, os Ministros Paulo de Tarso Sanseverino e Marco Aurélio Bellizze acompanharam o voto-vista da Ministra Nancy Andrighi, razão pela qual a Terceira

Turma acabou negando provimento ao Recurso Especial interposto pelo arrendatário/embarcante, vencidos os Ministros Moura Ribeiro e Ricardo Villas Bôas Cueva, que davam provimento ao recurso.

Da decisão colegiada e sob o argumento de divergência entre julgados da Terceira e Quarta Turma (Seção de Direito Privado), o embargante/arrendatário interpôs (em 21.02.2019) o recurso de Embargos de Divergência, os quais foram remetidos para análise do Ministro Antônio Carlos Ferreira, da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça.

2 FUNDAMENTOS TEÓRICOS

A temática da validade/nulidade de cláusula em contrato de arrendamento rural que prevê o ajuste do preço do arrendamento em produtos, bem como da presença/ausência de exequibilidade do referido título é matéria estudada pela doutrina agrária e, sobre o assunto, existem diversos julgados, sendo certo ainda, que não há pacificação sobre do tema.

Na doutrina, verifica-se que a maioria dos autores tende a considerar nulo e inexecúvel o contrato de arrendamento rural que contenha previsão de pagamento do preço do arrendamento em produtos.

É este o posicionamento, dentre outros, dos autores Wellington Pacheco de Barros (2015, p. 138), Pinto Ferreira (1994, p. 235), Silvia C.B. Opitz e Oswaldo Opitz (2012, p. 291) e Fernando Ferreira Sodero (2006, p. 166).

A jurisprudência, por sua vez, também não tem entendimento uniformizado sobre o tema, verificando-se pela análise de julgados a existência de decisões conflitantes que, ora entendem a cláusula que fixa o preço do arrendamento em produtos como nula e inexecúvel, ora a entendem como válida e exequível e, ainda, mais recentemente, há o julgado do Superior Tribunal de Justiça (objeto do presente estudo), que mesmo entendendo pela nulidade da cláusula, manteve válido os efeitos do contrato, reconhecendo a exequibilidade do título.

Os fundamentos trazidos pelos autores que consideram nulo e inexecúvel o contrato de arrendamento rural que contenha previsão de pagamento do preço do arrendamento em produtos são amparados no princípio da justiça social, que deu origem à edição da Lei n.º 4.504/64 (Estatuto da Terra) bem como ao Decreto n.º 59.566/66 (que regulamentou o Estatuto da Terra), e daí vem a irrenunciabilidade de direitos por parte do arrendatário, bem como a inexecúvelidade, que é decorrente da nulidade da cláusula, tornando a obrigação ilíquida do ponto de vista processual (tutela executiva).

O fundamento baseado na justiça social como princípio de direito agrário busca a efetiva proteção do trabalhador do campo⁵, “através de leis inovadoras que

⁵O trabalhador do campo, neste caso, é representado pela figura do arrendatário.

permitissem mudar a estrutura injusta existente e que colocava o homem trabalhador unicamente como mera engrenagem de um sistema, e não sua preocupação, seu fim” (BARROS, 2015, p.21-22).

O legislador buscou a concretização do princípio da justiça social com a edição da Lei n.º 4.504/64 (Estatuto da Terra), Lei 4.947/66 (que complementou o Estatuto da Terra) e o Decreto n.º 59.566/66 (que regulamentou o Estatuto da Terra), tendo sido positivado no art. 95, XI, “a”⁶ do Estatuto da Terra (regulamentado pelo art. 18 - parágrafo único⁷, do Decreto n.º 59.566/66) a expressa vedação de ajuste do preço do arrendamento rural em produtos.

Da doutrina, verifica-se que a vedação trazida pelo legislador visa a proteção do arrendatário quanto a destinação final do produto da colheita, salvaguardando-o ainda, de eventuais oscilações no preço de produção ou comercialização.

E nos termos do art. 13, IV⁸ da Lei 4.947/66 (que complementou o Estatuto da Terra), em conjunto com o art. 2º, parágrafo primeiro e art. 13, Iº do Decreto n.º 59.566/66, a vedação trazida pela lei quanto ao ajuste do preço do arrendamento em frutos ou produtos é irrenunciável, determinando-se a nulidade e ineficácia de estipulação contratual contrária à norma.

Desta forma, no entendimento dos autores que consideram nulo e inexecutável o contrato de arrendamento rural que contenha previsão de pagamento do preço do arrendamento em produtos, a liberdade contratual entre arrendatário e arrendador resta limitada, vez que há verdadeira mitigação da autonomia da vontade das partes para que o ajuste do preço do contrato de arrendamento rural seja pactuado tão somente em dinheiro: diga-se moeda corrente nacional, e por isso o entendimento no sentido de que as cláusulas redigidas em contrariedade à lei acabam por retirar do contrato de arrendamento rural sua exequibilidade, em razão da ausência de liquidez do título. Nesse caso, deve o valor da contraprestação do arrendamento ser alcançado em sede de liquidação de sentença, após decisão prolatada em processo de conhecimento.

De forma diversa, o autor José Fernando Lutz Coelho (2014, p. 122) aponta pela validade do contrato de arrendamento rural que tenha previsão do pagamento do preço do arrendamento em produtos, sob o argumento de que “em razão dos usos e costumes

⁶ Art. 95. Quanto ao arrendamento rural, observar-se-ão os seguintes princípios: (...) XI - na regulamentação desta Lei, serão complementadas as seguintes condições que, obrigatoriamente, constarão dos contratos de arrendamento: a) limites da remuneração e formas de pagamento em dinheiro ou no seu equivalente em produtos;

⁷ Art.18. O preço do arrendamento só pode ser ajustado em quantia fixa de dinheiro, mas o seu pagamento pode ser ajustado que se faça em dinheiro ou em quantidade de frutos cujo preço corrente no mercado local, nunca inferior ao preço mínimo oficial, equivalha ao do aluguel, à época da liquidação.

Parágrafo único. É vedado ajustar como preço de arrendamento quantidade fixa de frutos ou produtos, ou seu equivalente em dinheiro.

⁸ Art. 13 - Os contratos agrários regulam-se pelos princípios gerais que regem os contratos de Direito comum, no que concerne ao acordo de vontade e ao objeto, observados os seguintes preceitos de Direito Agrário: (...) IV - proibição de renúncia, por parte do arrendatário ou do parceiro não-proprietário, de direitos ou vantagens estabelecidas em leis ou regulamentos;

⁹ Art. 13. Nos contratos agrários, qualquer que seja a sua forma, contarão obrigatoriamente, cláusulas que assegurem a conservação dos recursos naturais e a proteção social e econômica dos arrendatários e dos parceiros-outorgados a saber: I - Proibição de renúncia dos direitos ou vantagens estabelecidas em Leis ou Regulamentos, por parte dos arrendatários e parceiros-outorgados;

e da própria boa-fé contratual nos contratos agrários, o preço estabelecido em produto merece ser interpretado de forma mais branda, considerando as características e peculiaridades dos ajustes entre os contratantes (...) pois independente da forma estabelecida rigorosamente, a prática e os usos da regiões, vem enunciando a utilização exacerbada e constante do preço fixado em produto (...).”

No que se refere aos “usos e costumes”, o autor defende que deve ser respeitado o modo como é tratado o ajuste do preço do arrendamento em cada região. Assim, se a praxe de determinada região é a fixação do preço do arrendamento em produtos (por exemplo: 60 sacas de soja por hectare, etc.), em prejuízo do ajuste em dinheiro, aquele deve ser considerado o uso e costume da localidade ou região.

Ainda, entende o autor que com o advento do novo Código Civil (2002), houve a valoração do princípio da “boa-fé” contratual bem como dos “usos” e, citando os artigos 113¹⁰, 187¹¹ e 422¹² do referido Código, conclui que o contrato deve ser considerado válido, mesmo que redigido de forma contrária à lei.

E como consequência das divergências doutrinárias e jurisprudenciais apontadas, aliadas à vedação expressa trazida pela lei, a matéria acaba sendo levada até o Superior Tribunal de Justiça - corte responsável por uniformizar a interpretação da lei federal em todo o Brasil.

No julgamento da matéria, o Superior Tribunal de Justiça sempre teve entendimento sedimentado pelo respeito à literalidade do art. 95, XI, “a”¹³ do Estatuto da Terra (regulamentado pelo art. 18 - parágrafo único, do Decreto n.º 59.566/66), e por isso sempre declarou a expressa proibição de ajuste do preço do arrendamento rural em produtos, com a consequente inexecutabilidade do título (contrato de arrendamento rural) em razão da ausência de liquidez da cláusula pactuada em divergência à lei.

Ocorre que, com o julgamento do Recurso Especial n.º 1.692.763-MT¹⁴ a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça alterou seu entendimento acerca do tema, fundamentando o julgado no princípio da boa-fé objetiva, como cláusula geral de presença obrigatória nas relações contratuais.

De fato, os fundamentos utilizados para afastar a alegação de nulidade da cláusula com previsão do preço do arrendamento em produtos passa, necessariamente, pela análise da invalidade dos atos e “negócios jurídicos”, matéria afeta à “teoria do negócio jurídico”, criada por Pontes de Miranda.

¹⁰ Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

¹¹ Art. 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.

¹² Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Art. 95. Quanto ao arrendamento rural, observar-se-ão os seguintes princípios: (...) XI - na regulamentação desta Lei, serão complementadas as seguintes condições que, obrigatoriamente, constarão dos contratos de arrendamento: a) limites da remuneração e formas de pagamento em dinheiro ou no seu equivalente em produtos;

STJ, REsp. 1.692.763-MT, Rel. Min. Moura Ribeiro, 3ª Turma, j. 11.12.2018.

Tratando do tema, Vicente Raó (1979, p. 32) afirma que “o negócio jurídico traduz a atuação da vontade autônoma do agente, como fonte de relações jurídicas, não só, porém, no sentido de criá-las originariamente, mas no sentido de modificá-las, transferi-las, conservá-las ou extingui-las.”

O autor da teoria divide o “negócio jurídico” em 3 (três) planos (chamada de “Escada Ponteana”), da seguinte forma: plano da existência, plano da validade e plano da eficácia.

No “plano da existência” encontra-se os elementos mínimos para existência do negócio jurídico, divididos em: partes, vontade, objeto e forma. Faltando algum desses elementos, o “negócio jurídico” é inexistente.

Marcos Bernardes de Mello (1999, p. 59) ensina que “o ato inexistente, segundo a concepção clássica, seria aquele que não reuniria os elementos de fato supostos por sua natureza ou seu objeto, e em cuja ausência é logicamente impossível de conceber-lhe a existência e por isso, deve ser considerado não somente como nulo, mas como não havido.”

O segundo plano, denominado de “plano da validade”, exige para validade do “negócio jurídico” a coexistência de “partes ou agentes capazes”; “vontade livre e sem vícios”; “objeto lícito, possível, determinado ou determinável”; “forma prescrita ou não defesa em lei”.

Observe-se que as exigências do “plano de validade” do “negócio jurídico” encontram-se positivadas no art. 104 do Código Civil e, a ausência de qualquer dos requisitos tem o condão de tornar nulo (ou anulável – a depender se a nulidade é absoluta ou relativa) o “negócio jurídico”.

A respeito, leciona Emílio Betti (1970, p. 11) que “a invalidade é aquela falta de idoneidade para produzir, de forma duradoura e irremovível, os efeitos essenciais do tipo que provém da lógica correlação estabelecida entre requisitos e efeitos, no mecanismo da norma jurídica e é, ao mesmo tempo, sanção do ônus imposto à autonomia privada de escolher meios idôneos para atingir seus escopos de regulamentação dos interesses”.

O último plano, denominado por Pontes de Miranda como “plano da eficácia”, trata dos efeitos do “negócio jurídico” em relação às partes e terceiros. Nas palavras de Marcos Bernardes de Mello (1993, p. 113) trata-se do plano que “no mundo jurídico, onde os fatos jurídicos produzem os seus efeitos, criando as situações ou relações jurídicas, dentro daquilo que a vontade negocial projetara”.

Ainda a respeito da eficácia, Emílio Betti (1970, p.11) ensina que esta qualifica-se como característica de um ato “em que estejam em ordem os elementos essenciais e os pressupostos de validade, quando, no entanto, obste à sua eficácia uma circunstância de fato a ele extrínseca”.

É importante dizer, que os planos de “existência”, “validade” e “eficácia” são planos independentes, daí decorrendo que o “negócio jurídico” deve ser analisado no sentido de verificar a coexistência dos 3 (três) planos, para que então seja considerado plenamente realizado.

Voltando ao tema debatido no Recurso Especial n.º 1.692.763-MT¹⁵, e confrontando a matéria com a “teoria do negócio jurídico”, verifica-se que o “negócio jurídico” pactuado pelas partes (arrendatário e arrendador) deve ser considerado “existente” e “eficaz”. No entanto, o contrato de arrendamento rural pactuado em contrariedade à norma legal (art. 95, XI, “a”¹⁶ do Estatuto da Terra - regulamentado pelo art. 18 - parágrafo único, do Decreto n.º 59.566/66) não passa pelo crivo do “plano da validade” do “negócio jurídico” determinando-se (nos termos do art. 166¹⁷ do Código Civil/2002) a nulidade absoluta do contrato, visto que a vedação legal do art. 18 - parágrafo único do Decreto n.º 59.566/66 trata-se de matéria de ordem pública.

Somando-se ao tema, temos ainda regra do art. 168¹⁸ do Código Civil/2002 que estabelece que “as nulidades podem ser alegadas por qualquer interessado”, dispondo no parágrafo único que “as nulidades devem ser pronunciadas pelo juiz, quando conhecer do negócio jurídico ou dos seus efeitos e as encontrar provadas, não lhe sendo permitido supri-las, ainda que a requerimento das partes”.

Foi nesse sentido (nulidade/invalidade levantada em contrato “existente” e “eficaz”) que a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça analisou o litígio que lhe foi apresentado, confrontando-se - no entanto, a alegada nulidade/invalidade com o princípio da boa-fé objetiva, decorrendo daí a interessante decisão, proferida no sentido de relativizar a regra da nulidade/invalidade de “negócio jurídico” pactuado em afronta à legislação, quando presentes os princípios da boa-fé objetiva.

Aqui, é importante dizer que essa “relativização” da nulidade tem efeito somente entre as partes litigantes. Tanto é verdade, que o julgado reconheceu como nula a cláusula do contrato de arrendamento com previsão do pagamento do preço em produtos, mas afirmou que referida nulidade não poderia ser alegada por aquele que “durante mais da metade do período de vigência do contrato adimpliu sua obrigação nos moldes como acordado (entrega do produto)”.

Assim, o principal fundamento para afastar (com efeito somente entre as partes) a alegada nulidade do contrato, foi baseado na “teoria dos atos próprios”, personificada no princípio do *nemo poteste venire contra factum proprium*, que é

¹⁵ STJ, REsp. 1.692.763-MT, Rel. Min. Moura Ribeiro, 3ª Turma, j. 11.12.2018.

¹⁶ Art. 95. Quanto ao arrendamento rural, observar-se-ão os seguintes princípios: (...) XI - na regulamentação desta Lei, serão complementadas as seguintes condições que, obrigatoriamente, constarão dos contratos de arrendamento: a) limites da remuneração e formas de pagamento em dinheiro ou no seu equivalente em produtos;

¹⁷ Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz; II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto; III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito; IV - não revestir a forma prescrita em lei; V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade; VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa; VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.

¹⁸ Art. 168. As nulidades dos artigos antecedentes podem ser alegadas por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir. Parágrafo único. As nulidades devem ser pronunciadas pelo juiz, quando conhecer do negócio jurídico ou dos seus efeitos e as encontrar provadas, não lhe sendo permitido supri-las, ainda que a requerimento das partes.

considerado um dos efeitos parcelares da boa-fé objetiva, sendo definido por Menezes Cordeiro (2001, p. 720) como “o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente pelo exercente”.

A teoria dos atos próprios revela-se como verdadeira vedação do comportamento contraditório pelas partes, após a realização de negócio jurídico. Acerca do *venire*, Judith Martins Costa (1999, p. 469) leciona que “a proibição de toda e qualquer conduta contraditória seria, mais do que uma abstração, um castigo. Estar-se-ia a enrijecer todas as potencialidades da surpresa, do inesperado e do imprevisível na vida humana. Portanto, o princípio que o proíbe como contrário ao interesse digno da tutela jurídica é o comportamento contraditório que mine a relação de confiança recíproca minimamente necessária para o bom desenvolvimento do tráfego negocial”.

A autora ainda acrescenta que a “teoria dos atos próprios” deve ser interpretada “segundo o qual se entende que ninguém é lícito fazer valer um direito em contradição com a sua anterior conduta interpretada objetivamente segundo a lei, segundo os bons costumes e a boa-fé, ou quando o exercício posterior se choque com a lei, os bons costumes e a boa-fé.”

Ao lado do princípio da *venire*, pode-se destacar ainda o instituto da *supressio*, da *surrectio* e também o *tu quoque*, verdadeiras variantes do princípio da boa-fé. Menezes Cordeiro (2001, p. 812) ao tratar da *supressio* afirma que esta “retira, suprime, a possibilidade de exercício de tal direito por parte de seu titular, porque estaria sendo ferido o princípio da boa-fé e a confiança”. A *surrectio* (em oposição a *supressio*), determina o nascimento de um direito pela prática continuada de determinados atos (ou omissão). Por fim, Maurício Mota (2001, p.209) anota que o *tu quoque* atua “impedindo que o violador de uma norma pretenda valer-se posteriormente da mesma norma antes violada para exercer um direito ou pretensão”.

Neste passo, percebe-se que a confiança mútua das partes é fundamental à “teoria dos atos próprios” emprestando ao julgado sua fundamentação teórica em razão do *factum proprium*, revelando a conduta do sujeito que confia na seriedade do comportamento alheio.

Voltando-se ao julgado, verifica-se que o arrendatário praticou ato nulo (realizou negócio jurídico consubstanciado em contrato com cláusula em desacordo com a lei). No entanto, cumpriu o pactuado (entrega do preço em produtos) durante mais de 3 (três) anos, vindo a alegar a nulidade da cláusula somente após ter inadimplido outras parcelas do contrato, incidindo no caso o *nemo potest venire contra factum proprium*.

Com amparo no princípio da boa-fé objetiva - e suas variáveis acima expostas, o julgado fundamentou que o negócio jurídico nulo não poderá ser invalidado entre as partes. Por isso, mesmo considerado nulo o negócio jurídico, restou preservado seus efeitos, em razão da incidência do *nemo potest venire contra factum proprium*, que atuou de forma a impedir a alegação de nulidades formais pela parte que cumpriu

espontaneamente contratos nulo. Nas palavras de Magna Mendonça Fernandes (2008, p.45) o “*venire* surge como limitação à própria consequência de nulidade ou invalidade do negócio.”

O negócio jurídico realizado entre as partes restou preservado, respeitando-se a vontade e a causa do contrato, representados pela autonomia da vontade - mesmo que em negócio jurídico realizado de forma contrária à lei-, quando constatada a presença de boa-fé objetiva.

Luciano de Camargo Penteado (2013, p.151) ensina que a boa-fé prevista no art. 113 e 422 do Código Civil/2002 atua como padrão de interpretação e integração dos contratos, afirmando que a “vontade” e a “causa” do negócio jurídico, apesar de não compor o plano de existência do contrato, estarão “sempre ao seu lado, para corrigir, suprir ou ajudar nos demais planos”.

Em relação a integração do contrato, os “usos” e “costumes” também merecem destaque. Luciano Camargo de Penteado (2013, p.151), fazendo distinção entre usos e costumes, afirma que “os primeiros são relativos à setores, ordinariamente de tipos de negócios ou de mercado. Os segundos são relativos à sociedade civil como um todo”. Assim, práticas contratuais no setor rural/agrícola devem ser consideradas “usos”, pois adstritas a este tipo de negócio, enquanto que, por exemplo, “a emissão de cheques “pré-datados” deve ser considerado “costume” porque estendida à toda a coletividade brasileira.”

Veja-se que a vedação do ajuste do preço do arrendamento em produtos encontra-se em plena vigência. Não obstante, não pode ser desprezado os “usos” e “costumes” como fonte de integração dos contratos, entendendo Luciano de Camargo Penteado (2013, p.230) que “os usos apresentam-se dotados de dúplici finalidade, qual seja, a de integrar o ordenamento e, reflexamente, no campo deste estudo, os negócios jurídicos e, de outro lado, prestam-se também a interpretar os negócios”, verificando-se ainda que o comportamento das partes deve ser considerado como fonte integrativa do contrato, asseverando que “o atuar das partes cria regra de integração para situações futuras, especialmente nos casos em que uma delas pretenda divergir deste comportamento pretérito vinculante.”

É esse, ademais, o texto expresso do art. 113 do Código Civil/2002, que dispõe: “os negócios jurídicos devem ser interpretados de acordo com a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

Retira-se do julgado, também, que em razão da manutenção da validade (entre as partes) da cláusula contestada pelo arrendatário, bem como por razões processuais (constatação da liquidez do título, cujo valor poderia ser alcançado lançando-se mão de simples cálculos aritméticos), a Terceira Turma entendeu pela exequibilidade do título (contrato de arrendamento), conferindo-lhe “liquidez” e “certeza”, com a manutenção dos atos constitutivos originários do processo de execução.

Por fim, cumpre acrescentar que não se pode subverter – a todo momento, o

comando legal de normas vigentes, convalidando válidos negócios que, mesmo pactuados de “boa-fé” e de acordo com “usos” e “costumes”, possuam nulidades intrínsecas em sua formação. Por isso, em situações semelhantes analisadas pela corte (a exemplo do REsp n.º 1.192.678/PR), verifica-se que a convalidação de negócio nulo entre as partes é realizada em casos excepcionais, quando resta demonstrado que a anulação do negócio poderia causar ainda mais danos aquele que agiu de boa-fé, entendendo Anderson Schreiber (2009, p. 216) que “a natureza puramente formal do suposto vício reforça a necessidade de aplicação do *nemo potest venire contra factum proprium* ao caso concreto, como instrumento de atenuação do formalismo jurídico, de modo a privilegiar os comportamentos concretamente adotados pelos envolvidos em detrimento de solenidades exigidas para certos atos que, a despeito da exigência, surtem efeitos na realidade fática.”

3 PESQUISA EMPÍRICA

A vedação da fixação do preço do arrendamento rural em produto é matéria não pacificada. Como já dito, há divergência na doutrina agrária sobre a validade/exequibilidade e a invalidade/inexequibilidade do contrato de arrendamento rural com fixação do preço em produtos (sacas de soja, toneladas de cana-de-açúcar, etc).

A jurisprudência dos Tribunais Superiores, por sua vez, reflete a divergência apontada neste texto, tornando interessante a análise empírica dos julgados, no sentido de revelar quais os principais argumentos pela invalidade/inexequibilidade ou validade/exequibilidade destes contratos.

Para tanto, será realizada a análise dos repositórios de julgados do Tribunal de Justiça de Mato Grosso, bem como do Tribunal de Justiça do São Paulo, publicados no período compreendido entre 01.01.2010 01.06.2019. A escolha destes dados deu-se em razão da produção agrícola destes Estados, tendo o Mato Grosso a maior produção agrícola do país, ficando o Estado de São Paulo na 8ª (oitava) posição¹⁹.

Ainda, o lapso temporal da pesquisa tem o objetivo de demonstrar a evolução do posicionamento daqueles Tribunais, bem como eventual alteração do entendimento após a publicação do resultado do Recurso Especial n.º 1.692.763-MT, ocorrida em 19.12.2018.

No caso do Tribunal de Justiça do Mato Grosso, na busca por julgados referentes a recursos de Agravo de Instrumento e Apelação, com a utilização das palavras-chave “preço, produtos, arrendamento rural”, foram obtidos 35 (trinta e cinco)

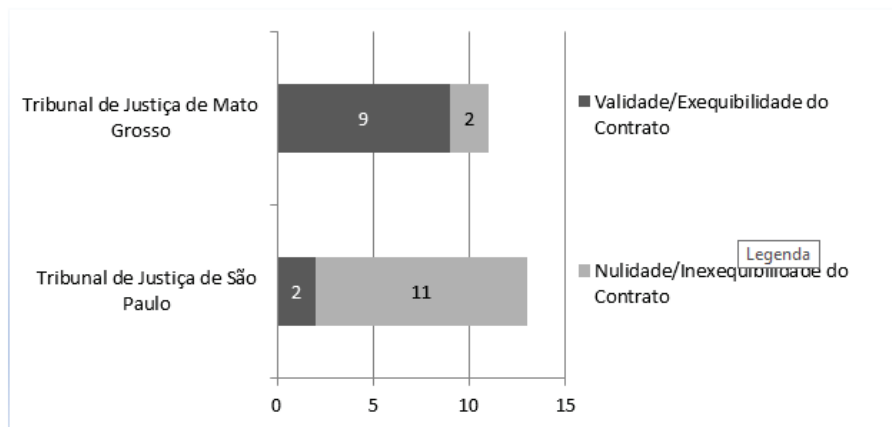
¹⁹ IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística)

julgados, sendo 19 (dezenove) acórdãos e 16 (dezesseis) decisões monocráticas. As decisões monocráticas foram dispensadas em privilégio das decisões colegiadas, utilizando-se tão somente dos 19 (dezenove) acórdãos, sendo que destes somente 11 (onze) foram relevantes para o presente estudo, visto que os demais não guardavam relação com a matéria analisada.

Da mesma forma, no Tribunal de Justiça de São Paulo, utilizando-se de filtro para localização de julgados referentes a recursos de Agravo de Instrumento e Apelação, com a utilização das palavras-chave “preço, frutos ou produtos, arrendamento rural”, foram obtidos 79 (setenta e nove) julgados, somente acórdãos, sendo que destes somente 13 (treze) foram relevantes para o presente estudo, visto que os demais – da mesma forma como ocorreu com a pesquisa no Tribunal de Justiça do Mato Grosso, não guardavam relação com a matéria analisada.

Assim, foi possível elaborar o seguinte gráfico, onde pode-se observar a quantidade de julgados de cada Tribunal, bem como o entendimento predominante.

Gráfico 1 - Validade/exequibilidade ou invalidade/inexequibilidade do contrato de arrendamento rural com fixação do preço em produtos por Tribunal



Fonte: Elaborado pelo próprio autor com base nas informações do TJSP e TJMT (2019)

Os resultados da pesquisa demonstram que o Tribunal de Justiça do Mato Grosso possui em sua maioria, julgados dando plena validade e exequibilidade ao contrato de arrendamento rural com preço de arrendamento fixado em produtos.

Em sentido contrário, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo possui, na maioria dos julgados, entendimento conservador, no sentido de respeitar a literalidade da norma que veda a fixação do preço do arrendamento rural em produtos (art. 18,

parágrafo único do Decreto 59.566/66²⁰), declarando nula a cláusula redigida de forma contrária à lei e, por essa razão, reconhece a iliquidez do título (contrato de arrendamento), o que retira sua exequibilidade.

É interessante observar ainda, que o Tribunal de Justiça do Mato Grosso, ao entender pela validade e exequibilidade do contrato de arrendamento rural com fixação de preço em produtos, fundamenta seus julgados com o argumento de que a aplicação do art. 18, parágrafo único do Decreto 59.566/66 resta mitigada frente aos usos e costumes daquela região, informando que o contrato deve ser interpretado em prestígio à boa-fé contratual, afirmando sua liquidez e exequibilidade, com o fundamento de que os valores colocados em execução podem ser alcançados através de simples cálculos aritméticos.

Já o Tribunal de Justiça de São Paulo, ao defender a nulidade de cláusula que fixa o preço do contrato de arrendamento rural em produtos assim o faz com base na interpretação literal do art. 18, parágrafo único do Decreto 59.566/66, informando que a previsão legal é de ordem pública, cogente e irrenunciável. Ainda como forma de fundamentação da decisão que reconhece a nulidade da cláusula, o Tribunal de Justiça de São Paulo cita julgados do Superior Tribunal de Justiça.

Observa-se que os julgados do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que entendem pela validade da cláusula utilizam-se de idêntica fundamentação do Tribunal de Justiça do Mato Grosso.

E neste ponto, é importante acrescentar que diferente do entendimento predominante no Tribunal de Justiça de Mato Grosso, o Superior Tribunal de Justiça sempre enfrentou a questão no sentido de que os “usos” e “costumes” não possuem força derogatória de lei. Assim, no Superior Tribunal de Justiça é unânime o entendimento de que o costume *contra legem* pode unicamente levar normas ao desuso, causando sua posterior revogação pelo legislador, não possuindo – no entanto, qualquer função no sentido de alterar o ordenamento jurídico.

No julgamento do Recurso Especial n.º 1.692.763-MT (objeto deste estudo), o Superior Tribunal de Justiça reafirmou a inadmissibilidade do costume contra legem, entendendo que a cláusula redigida em contrariedade à norma do art. 18, parágrafo único do Decreto 59.566/66 não pode ser considerada válida.

No entanto, citando não só a boa-fé objetiva, mas também seus efeitos

²⁰ Art.18. O preço do arrendamento só pode ser ajustado em quantia fixa de dinheiro, mas o seu pagamento pode ser ajustado que se faça em dinheiro ou em quantidade de frutos cujo preço corrente no mercado local, nunca inferior ao preço mínimo oficial, equivalha ao do aluguel, à época da liquidação. Parágrafo único. É vedado ajustar como preço de arrendamento quantidade fixa de frutos ou produtos, ou seu equivalente em dinheiro.”

parcelares (em especial a vedação do comportamento contraditório - em razão do contrato ter sido parcialmente cumprido nos exatos termos da cláusula impugnada), o Superior Tribunal de Justiça entendeu pela validade, entre as partes, da cláusula pactuada de forma contrária à lei, reconhecendo ainda a liquidez do título em razão da possibilidade de se alcançar os valores através de cálculos simples, determinando-se então o prosseguimento da execução.

Verifica-se que a fundamentação do Superior Tribunal de Justiça, ao entender pela validade/exequibilidade do contrato de arrendamento rural com previsão do preço em produtos, trouxe argumentos que muito se assemelham com os julgados dos Tribunais Estaduais, citando conceitos de “boa-fé” e afirmando a possibilidade de realização de cálculos simples para obtenção dos valores colocados em cobrança, com exceção do argumento da possibilidade de costume *contra legem*, que foi totalmente afastado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Observa-se, por fim, que a recente decisão do Superior Tribunal de Justiça, consubstanciada no Recurso Especial n.º 1.692.763-MT, ainda não foi aplicada em nenhum dos julgados estaduais analisados.

REFERÊNCIAS

BARROS, Wellington Pacheco. **Curso de Direito Agrário**. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

BETTI, Emílio. **Teoria Geral do Negócio Jurídico**. Coimbra: Ed. Coimbra, 1970. v. III. n. 57.

BRASIL. Decreto n.º 59.566, de 14 de novembro de 1966. Regulamenta as Seções I, II e III do Capítulo IV do Título III da Lei n.º 4.504, de 30 de novembro de 1964, Estatuto da Terra, o Capítulo III da Lei n.º 4.947, de 6 de abril de 1966, e dá outras providências.

Diário Oficial da União, Brasília, DF, 14 de nov. de 1966.

Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D59566.htm.

Acesso em: 03 de jun. de 2019.

. Lei n.º 4.504, de 30 de novembro de 1964. Dispõe sobre o Estatuto da Terra, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 30 de nov. de 1964.

Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4504.htm.

Acesso em: 03 de jun. de 2019.

. Lei n.º 4.947, de 6 de abril de 1966. Fixa Normas de Direito Agrário, Dispõe sobre o Sistema de Organização e Funcionamento do Instituto Brasileiro de Reforma Agrária, e dá outras Providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 6 de abril de 1966.

Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4947.htm.

Acesso em: 03 de jun. de 2019.

. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 10 de jan. de 2002.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm.

Acesso em: 03 de jun. de 2019.

COELHO, José Fernando Lutz. **Contratos Agrários: Uma Visão Neo-Agrarista**. Curitiba: Juruá, 2011.

COSTA, Judith Martins. A boa-fé no Direito privado: **Sistema e Tópica no Processo Obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FERNANDES, Magda Mendonça. **O venire contra factum proprium: obrigação de contratar e de aceitar o contrato nulo**. Coimbra: Almedina, 2008.

FERREIRA, Pinto. **Curso de Direito Agrário: de acordo com a Lei n. 8.629/93**. São Paulo: Saraiva, 1994.

MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do fato jurídico – plano da validade**. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 1999.

MOTA, Maurício; KLOH, Gustavo Kloh (org). **Transformações contemporâneas do direito das obrigações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. **Da Boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2001.

OPTIZ, Sílvia C.B; OPITZ, Oswaldo. **Curso Completo de Direito Agrário**. 6ª Ed. - São Paulo: Saraiva, 2012.

PENTEADO, Luciano de Camargo. **Integração de Contratos Incompletos**. Tese de Livre Docência - Curso de Direito, Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Ribeirão Preto, 2013.

RAÓ, Vicente. **Ato Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1979.

SCHREIBER, Anderson. **“Venire contra factum proprium e interpretação de estatuto social”** in Revista Trimestral de Direito Civil, v. 40, 2009, p. 216.

SODERO, Fernando Pereira. **Direito Agrário e Reforma Agrária**. 2ª ed. Florianópolis: OAB Santa Catarina, 2006.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MATO GROSSO. **Pesquisa Temática de Jurisprudência**. Disponível em: <http://jurisprudencia.tjmt.jus.br/catalogo>. Acesso em: 03 de jun. de 2019.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Pesquisa Temática de Jurisprudência**. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do?f=1>. Acesso em: 03 de jun. de 2019.

DANO MORAL OU MERO ABORRECIMENTO?: AS POSIÇÕES NA JURISPRUDÊNCIA DO TJ/SP AO DEFINIR O DANO ALIMENTAR

Eduardo Gomes Cañada¹

1 ACÓRDÃO PARADIGMA

Uma consumidora remove o embrulho de um bombom de chocolate. Encontra mais do que esperado: o doce, porém já parcialmente consumido pelos vermes ali presentes. A irrisignação conduz a lide ao Judiciário, no dia 06 de março de 2015, por meio de ação indenizatória, cumulando pedidos pela declaração de danos materiais (pelos vícios redibitórios do produto) e morais (pelo sentimento de repulsa e quebra da confiança).

Em sede de sentença, o julgamento foi pela procedência parcial, condenando a Arcor Brasil (fabricante) e as Lojas Americanas (distribuidora) ao pagamento de indenização pelo dano material, consistente na devolução dos valores de pequena monta, tratando-se da aquisição de bombons. Mas negou a condenação de reparação por danos morais, por entender que não ficou comprovada a ingestão das mencionadas larvas pela recorrente.

Nesse sentido, apenas a ingestão das larvas representaria uma autêntica violação dos direitos da personalidade, flagrantemente a saúde (ou integridade física, em geral), decorrente da dignidade da pessoa humana. Quaisquer outros desconfortos anteriores não poderiam ser juridicamente tutelados, seriam prejuízos naturais, desde que inscritos na esfera dos acontecimentos normais ao dia-a-dia do “homem médio” e incapazes de irradiar eficácia de típico ato ilícito.

Inconformada, a autora interpôs apelação em vias de obter o reconhecimento do dano moral. Contudo, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro manteve o entendimento da origem, ou seja: mera aquisição do produto com vícios, por si só, não ensejaria dano moral, mostrando-se, assim, incapaz de representar abalo psicológico ou ofensa considerável a direito da personalidade. Apenas a comprovação da ingestão e/ou internação hospitalar seriam suficientes para a declaração do dano moral.

No mais, a declaração do dano moral poderia, nesse sentido, representar um enriquecimento sem causa, desde que haveria um ganho financeiro na ausência de evento verdadeiramente prejudicial. Já na dimensão plural das expectativas dos consumidores como coletividade, também não haveria um defeito sistemático de segurança capaz de colocar em risco a incolumidade da sociedade de consumo, pois a

¹ Graduando em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo. E-mail: eduardo.canada@usp.br

tecnologia utilizada seria padronizada e guardaria, na essência, os mesmos atributos e as mesmas qualidades no mundo inteiro.

Ao tentar recorrer ao Superior Tribunal de Justiça, por meio de recurso especial (art. 105, III, 'c', CF/88), esse não foi admitido pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, mas após a interposição de agravo em recurso especial, decidiu-se pela conversão do agravo para melhor exame da matéria.

Na instância final do direito federal, a Ministra relatora Nancy Andrich reconheceu, em votação unânime, que a jurisprudência do STJ está consolidada no sentido de que há dano moral na hipótese em que o produto de gênero alimentício é ingerido, ainda que parcialmente, em condições impróprias, especialmente quando apresenta situação de insalubridade, risco à saúde ou à incolumidade física.

Em sentido contrário, para os casos em que não há nem a remota chance de ingestão, os precedentes do STJ se dividem entre os que deferem e indeferem a compensação. Contudo, no entendimento da ministra relatora, o Código de Defesa do Consumidor estabelece a responsabilidade pelo fato do produto (art. 12, § 1º, II, CDC), desde que oferecido risco não esperado, uma insegurança ilegítima e que não é razoável.

Assim, o fato do produto não seria hipótese de mero vício; pois também inclui eventos extrínsecos; consubstanciados nos riscos oferecidos. O dano indenizável decorreria do risco a que fora exposto o consumidor. Ainda que considerada a potencialidade lesiva do dano, não há equiparação à hipótese de ingestão do produto contaminado (diferença que necessariamente repercutiria no valor da indenização).

Desse argumento podem se aproveitar outras decisões envolvendo as violações da segurança alimentar (*food safety*). Além da ingestão ou não do produto, o consumidor é envolvido em outras situações que variam da identificação de corpo estranho no alimento, passando pelo contato externo (no manuseio), ou interno (ao levar na boca, mas não ingerir) podendo chegar até à ingestão e a eventual internação hospitalar em decorrência da intoxicação.

2 FUNDAMENTOS TEÓRICOS

Como instância final na revelação do direito federal, é pacífica a constatação de que um julgamento exarado pelo Superior Tribunal de Justiça exerce influência no entendimento dos demais tribunais (MAXIMILIANO, 2011, p.148). A outra faceta dessa constatação é que o eventual dissenso entre posições de diferentes ministros também resultará em julgamentos heterogêneos nas instâncias inferiores. Insustentável a ficção de que os juizes e juizas conhecem todo o direito (*iura novit curia*), diferentes teses nem sempre serão debatidas na fundamentação da decisão, seja em sede recursal ou inicial.

Exemplo dessa constatação são as consequências da divergência originária do

STJ para caracterizar, ou não, uma falha de segurança alimentar (*food safety*) como dano moral ao consumidor. Se para todos os ministros era pacífico que a ingestão completa de um *corpo estranho* - seja ele o que for - enseja abalo moral digno de compensação; a divergência iniciava em outras hipóteses: quando o consumidor apenas identificava a coisa desconhecida ou quando mesmo levando à boca, conseguiu livrar-se da ingestão inconveniente.

Tais entendimentos culminaram na redação de dois enunciados contraditórios. Aqui menciona-se expressamente a publicação *Jurisprudência em Teses*, em sua 39ª edição, organizada pela Secretaria de Jurisprudência do STJ. Por um lado, alguns ministros acreditavam que a simples aquisição de produto impróprio para o consumo, sem ingestão do conteúdo, não revelava sofrimento capaz de ensejar dano moral. Por outro lado, também se sustentava o entendimento que a exposição ao risco era suficiente para caracterização do dano moral, desde que violado o direito fundamental à alimentação adequada, corolário do princípio da dignidade humana (BRASIL, 2015).

Ainda que o direito alimentar (*food law*) esteja traçando seus contornos iniciais na dogmática nacional, não é de se ignorar a pertinência da sua aplicação nesses casos. Ao falar em direito alimentar, há uma escolha por abordar, dentro de categorias jurídicas, a relação física especial que há entre o alimento e seus consumidores. Essa relação não se repete com nenhum outro produto, pois ainda que os medicamentos também sejam ingeridos, apenas o alimento é uma necessidade constante pela nutrição adequada e culturalmente inserida (COSTATO, 2007, p. 4)

São diretrizes básicas ao direito alimentar a garantia da segurança e seguridade alimentares. Ainda que as línguas latinas adotem apenas a expressão segurança alimentar, é possível cindir essa categoria em duas, como no inglês (*safety/security*) e no alemão (*Ernährungssicherheit/ Lebensmittelsicherheit*). (GRASSI NETO, 2011, p.32). No português, as expressões segurança alimentar e seguridade alimentar são mais do que adequadas para recepcionar os conceitos anglófonos, sob a primazia da clareza conceitual.

A Lei de Segurança Alimentar e Nutricional (BRASIL, 2006), ao delimitar a abrangência da segurança alimentar para efeitos jurídicos, manteve a tradição das línguas latinas. Sob a mesma definição correlaciona o acesso ao alimento (seguridade) à proteção da saúde (segurança)². Não obstante a diferença conceitual, há um nexo de prejudicialidade entre a segurança e a seguridade alimentares. Isso se verifica pois é impossível garantir o acesso ao alimento (seguridade) se não há segurança intrínseca ao

² “Art. 4o A segurança alimentar e nutricional abrange: I - a ampliação das condições de acesso aos alimentos por meio da produção, em especial da agricultura tradicional e familiar, do processamento, da industrialização, da comercialização, incluindo-se os acordos internacionais, do abastecimento e da distribuição dos alimentos, incluindo-se a água, bem como da geração de emprego e da redistribuição da renda; II - a conservação da biodiversidade e a utilização sustentável dos recursos; III - a promoção da saúde, da nutrição e da alimentação da população, incluindo-se grupos populacionais específicos e populações em situação de vulnerabilidade social; IV - a garantia da qualidade biológica, sanitária, nutricional e tecnológica dos alimentos, bem como seu aproveitamento, estimulando práticas alimentares e estilos de vida saudáveis que respeitem a diversidade étnica e racial e cultural da população; V - a produção de conhecimento e o acesso à informação; e VI - a implementação de políticas públicas e estratégias sustentáveis e participativas de produção, comercialização e consumo de alimentos, respeitando-se as múltiplas características culturais do País.” (BRASIL, 2006)

alimento.

A relevância dessa temática foi suficiente para a colocação do Direito Alimentar como no mesmo patamar dos demais direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira. Mesmo fora do rol de incisos do art. 5 da Constituição, a Lei 11.346/06 é expressa ao dizer que a alimentação adequada é direito fundamental do ser humano, inerente à dignidade da pessoa humana e indispensável à realização dos direitos consagrados na Constituição Federal (SILVA, 2015, p. 314).

Contudo, ao abordar os direitos fundamentais em relações privadas (consumeristas), é relevante destacar que a incidência daquele deve ocorrer nos termos do modelo fraco de eficácia indireta. Em primeiro lugar, o § 1 do art. 5 da Constituição (BRASIL, 1988) não autoriza a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas. Ademais, através das normas do direito privado, seja cláusula geral ou regra (previstas no modelo fraco), há preservação da autonomia epistemológica de cada ramo (RODRIGUES JR., 2017, p. 334).

Nesse sentido, o microsistema apto a tutelar situações nas quais um consumidor se vê diante um corpo estranho em seu alimento é o da responsabilidade civil consumerista. Assim, as implicações que resultam dessa articulação entre o direito fundamental e a compensação por danos não é um ponto de partida, mas depende da revisão de elementos essenciais e constitutivos do regime da responsabilidade, a começar pelo dano.

Em sentido contrário ao que o senso comum poderia sugerir, a noção originária do dano (*lat. damnum*) não surge em um contexto de contrariedade ao direito ou ilicitude. O dano era o equivalente a uma “despesa” sem contrapartida satisfatória. É o que narra a comédia de Plauto (*Miles Gloriosus*) quando um esposo se queixa dos problemas financeiros trazidos pelo casamento, das despesas que sua mulher lhe impõe. Esse sentido se mantém no adjetivo *damnosus*, que significa “gastador”. Daí que *damnare*, a princípio, não é uma condenação em geral, mas sim obrigar alguém a um prejuízo. (BENVENISTE, 1995, p. 228).

Sendo assim, não seria de se estranhar que o direito romano limitou a noção de dano a uma perda de caráter econômico, não estendido ao sofrimento moral. (GUARINO, 2001, p.1000). As consequências de tal entendimento avançam pela modernidade. Scognamiglio divide as discussões teóricas ao redor do Código Civil Italiano de 1865 em duas: as que reclamavam pela compreensão ampla do dano relevante para o direito, incluindo sobre bens e interesses ideais e afetivos; e as tradicionais, para quais nenhum dano moral poderia ser convertido em ressarcimento monetário (1957, p. 146).

Ainda assim, o desenvolvimento histórico-dogmático da matéria é um espectro que varia entre os extremos da afirmação e negação do ressarcimento por danos morais. Há teorias que apenas entendem compensáveis: i. os danos patrimoniais decorrentes do ilícito contra a personalidade (Daloz); ii. os danos decorrentes do ilícito penal (Aubry e Rau); iii. os danos que resultem na diminuição objetiva do prestígio público (E. Trébutien);

ou iv. os sofrimentos subjetivos causados pela diminuição da estima geral (PONTES DE MIRANDA, 2012a, p. 290).

Inegavelmente, há uma diferença ontológica nas ocorrências de danos patrimoniais e danos morais. Essa diferença é pautada no personalismo ético, amplamente recepcionado nas Codificações e Constituições modernas sob a perspectiva neokantiana. Por um lado, há o ser humano, digno em si mesmo, cujo valor não está sujeito à precificação; e por outro há todas as outras coisas, cujo valor pode ser expresso em quantia. (AZEVEDO, 2008, p. 116).

Simetricamente, as violações sobre a moral de outrem - que em sentido estrito compreende uma mudança depreciativa da reputação; e em sentido amplo, a retirada da normalidade da vida - são um todo diferente das violações patrimoniais. Seja porque a reputação reside em um juízo de valor sustentado por outras pessoas sobre o ofendido, seja porque o corpo humano, sua integridade, não está sob o regime de domínio, como as coisas.

Da combinação dessas duas constatações: i. o dano é originalmente um prejuízo estritamente financeiro; ii. a dimensão existencial humana não pode ser mensurada em dinheiro; é possível verificar na expressão *dano moral* a existência de uma transferência de significado, uma metáfora (ABBAGNANO, 2007, p. 667). É na dualidade que as metáforas se desenvolvem, tensionadas entre a inadequação da literalidade (um dano é prejuízo material) e a verdade que pretendem comunicar (os danos morais também implicam em prestação pecuniária) (CASTRO JR., 2009, p. 70).

A consequência de reconhecer essa tensão semântica na linguagem metafórica está na explicação para i. a resistência, ainda atual, para o deferimento de pretensões que envolvam o dano moral e ii. para as dificuldades práticas de quantificação da indenização. Isso se verifica em segmento de doutrina contemporânea, que diagnostica a existência de um “indústria do dano moral” e/ou a total inadequação da equivalência entre a moral e a moeda, entre a ética e a lógica. (BUITONI, 2003, p. 37)

Diante dessa posição só é possível argumentar que a eficácia de norma repreensiva dos ilícitos contra a moral pertence à seara jurídica, e não da ontologia. A norma regularmente positivada é dotada de poderes suficientes para atribuir consequências jurídicas para um sem número de situações fáticas da vida humana. É diante das possibilidades, entre os vários modos-de-ser da compensação, que a política jurislative se desenvolve com peculiaridades em cada sistema jurídico.

Sobre os contornos diacrônicos na revelação dos direitos do ofendido por dano moral, o exemplo da Alemanha é particularmente ilustrativo. O *Bürgerliches Gesetzbuch* proibia expressamente em seu §253 a indenização por danos imateriais (*Immaterieller Schaden*), abrindo exceção apenas para casos mencionados em lei. Seriam passíveis de indenização de justa, segundo o §823, apenas os danos contra o corpo (*Körper*), à saúde (*Gesundheit*) à liberdade (*Freiheit*) e à autodeterminação sexual (*sexuellen Selbstbestimmung*).

Não seria até a superveniência do art. 12, p. I da Constituição de Bonn que a doutrina alemã consideraria esse rol exaustivo. Assim, a inovação do dispositivo seria a concessão a todos do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, contanto que não sejam violados direitos de outros e não confronte a ordem constitucional ou as leis da moralidade. Trata-se de autêntica cláusula geral, pois depende da valoração casuística para determinar - ou não - a ocorrência de uma restrição ao livre desenvolvimento da personalidade. (LARENZ, 1958, p. 580)

No Brasil, conforme o relato de Miguel M. de Serpa Lopes, a doutrina esteve mais inclinada a aceitar a existência do dano moral do que os tribunais (1961, p. 484). O fazia através da interpretação dos arts. 86, 87, 800 da Consolidação das Leis Civis de Augusto Teixeira de Freitas; sucedido pelo art. 76 do Código Civil de 1916 - que exigia legítimo interesse econômico ou *moral* na propositura de uma ação (BEVILÁQUA, 1959, p. 255).

Ainda assim, tal dispositivo pode ser considerado incipiente, principalmente diante do rol de direitos da personalidade prescritos em legislações estrangeiras. Essa ausência não decorre de desconhecimento na matéria, pois em sua *Teoria Geral*, Beviláqua categoriza os direitos das pessoas (*jura personarum*) em vida, liberdade, honra, aural (BEVILÁQUA, 2007, p.80).

Com diagnóstica Ascensão, por razões pragmáticas, O Código Civil não regulou os direitos da personalidade porque não quis duplicar a Constituição de 1981. Contudo, a preocupação desta declaração de direitos era claramente a da limitação dos poderes do Estado em relação aos cidadãos; e não, de modo algum, a de compendiar as exigências da personalidade humana, tarefa própria ao Direito Civil. (ASCENÇÃO, 1998)

Na esteira dos diplomas anteriores, a Constituição de 1988 estabeleceu em seu art. 5, V (BRASIL, 1988) a possibilidade de indenização por dano material, moral e a imagem, permitindo sua cumulação em pedidos sobre o mesmo fato ilícito (NERY JR.; NERY, 2012, p. 220). Trata-se, contudo, de uma norma de direito fundamental destinada ao Estado garantir, através de seus órgãos jurisdiccionais, a dignidade da pessoa humana.

Antes mesmo da promulgação do Novo Código Civil, o Código de Defesa do Consumidor, apresentado sob mandamento constitucional (art. 48, ADCT) (BRASIL, 1998), estabeleceu como direitos básicos do consumidor a proteção da vida, saúde e segurança (art. 6, I, CDC) (BRASIL, 1990). Nesta redação não há, contudo, autênticos direitos da personalidade. Apesar da consciência no objeto da tutela, os direitos da personalidade se diferenciam na sua eficácia absoluta (*erga omnes*), que irradia do fato natural ser humano, e não de relação consumerista, comercial ou por ato ilícito.

Apesar da confessa inspiração da atual Parte Geral do Código Civil no Anteprojeto de Orlando Gomes (MOREIRA ALVES, 2003, p. 76), uma das supressões em relação ao texto original foi do art. 28, *caput*; que além de enumerar alguns direitos da personalidade como a vida, a liberdade e a honra, também faz menção a “outros reconhecidos à pessoa humana”, sem deixar claro se por lei ou pelo magistrado. (GOMES,

1965, p. 24). Resta assim, clara a preferência do Código Civil pelo direito geral da personalidade, apoiado no dever de reparação por qualquer ato ilícito (art. 186, CC/02) (BRASIL, 2002).

Mesmo sob um diálogo das fontes, a especialidade do Código de Defesa do Consumidor atrai sua regulamentação. Sobre a disciplina dos ilícitos nas relações de consumo instituí, objetivamente (i.e. independente da culpa), um regime de responsabilidade sobre os vícios e fatos dos produtos. Mais do que prever a reparação por vícios redibitórios, de natureza estritamente contratual, o CDC contempla igualmente danos extrapatrimoniais decorrentes do fato do produto ou serviço. Para compreender adequadamente a legislação, a dogmática elaborou a teoria da qualidade, subdividida em *qualidade-inadequação* e *qualidade-insegurança*. (MARQUES, 2011, p. 1207).

A teoria da qualidade não derruba ou substitui a teoria dos vícios redibitórios, ao contrário, trata-se de uma releitura das garantias tradicionais sob a ótica do direito do consumidor. Através dela é possível atingir unicidade de fundamento da responsabilidade do fornecedor. O produto pode ser defeituoso na inadequação, quando não cumpre com as finalidades para as quais foi feito; ou inseguro, quando atinge a incolumidade físico-psíquica do consumidor (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2012, p. 142).

Para fins deste trabalho é necessário ressaltar a responsabilidade pela insegurança do produto. Segundo o §1º art. 12 do CDC (BRASIL, 1990), o produto já é considerado defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera. Assim, resta claro que o consumidor, quando colocado pelo fornecedor em situações da concretização de um risco inesperado, está diante de um fato do produto, em violação de seus direitos extrapatrimoniais e, portanto, legalmente legitimado a deduzir sua pretensão à compensação pecuniária em juízo.

Um possível contrarrazoado dessa tese viria pela crítica à uma responsabilidade civil sem dano. Mesmo perante a erosão dos filtros da responsabilidade civil, na mudança do paradigma da subjetividade volitiva para a objetividade das condutas, ainda seria indispensável a configuração do dano injusto, elemento cuja função é lastrear a responsabilidade civil e pressuposto para o dever de indenizar. (ANGELIN, 2012, p. 156)

Contudo, a responsabilidade pelo risco concretizado ou, mais apropriadamente, insegurança; não retira o dano do horizonte de eventos na incidência da responsabilidade. Ao contrário, representa uma alteração na semântica elementar ao Direito Civil. Assim como preleciona Karl Engisch, os conceitos jurídicos são, ao menos em parte, indeterminados. Ao redor do núcleo conceitual - sobre o qual há clareza de sentido, há um halo no qual as dúvidas se iniciam. (ENGISCH, 2008, p.209)

A dilatação do conceito de dano para abarcar a insegurança, sob a opção de política legislativa do CDC, representa uma nova interpretação que não é incorporada diretamente ao núcleo semântico. Antes, passa por uma assimilação tensionada pela

tradição e inovação. É possível assim especular que, paulatinamente, haverá maior aceitação da insegurança como um dano *in re ipsa* atravessa o halo conceitual de incertezas dogmáticas.

Ademais, a insegurança alimentar não se confunde com os produtos que são apenas potencialmente nocivos. A exemplo do cigarro e dos malefícios do fumo, os produtos potencialmente nocivos não apresentam um defeito por desencadear as consequências previsíveis e esperadas. Portanto, a diferença entre a insegurança e nocividade potencial reside nas legítimas expectativas sobre o produto. Apenas quando essas expectativas são subvertidas há indenização. (LOPEZ, 2008, p.73)

Diferentemente da hermenêutica feita sobre os textos da legislação, o mero aborrecimento é um conceito que surge tanto na jurisprudência quanto na dogmática. Todo prejuízo que não é um dano juridicamente relevante constitui o dissabor, que não é passível de sanção. Logo, a forma que a tradição jurídica utiliza para definir positivamente o mero aborrecimento se dá pelo exemplo casuístico, quando os tribunais são chamados a decidir se houve ou não um dano moral; ou por teorias doutrinárias.

Não obstante, a retórica decisória ainda pode se utilizar de diferenças específicas que apartam o mero aborrecimento do dano moral, dentro da categoria dos prejuízos em geral. Nesse sentido, a definição de mero aborrecimento não seria meramente negativa; mas implicaria que o julgador caracteriza a situação de fato como adequada à normalidade da vida, incapaz de interferir intensamente no comportamento psicológico ou de acordo com o dia-a-dia do “homem médio”. (CAVALIERI FILHO, 2010, p.87)

Se por um lado o aborrecimento não irradia dever de indenizar, o dano moral o faz. Contudo, o seu arbitramento ainda é de difícil liquidação, uma vez que não está lastreado em um valor mercadológico e nem sob a estrita razão e técnica de proporção, tão essencial à compreensão dos vínculos obrigacionais, que mantêm os particulares adstritos ao adimplemento das prestações. (NERY, 2004, *passim*)

De acordo com a dogmática de Pontes de Miranda, ainda que não seja possível atingir uma precisão proporcional sobre o *quantum indenizatório*, a condenação deve ser aproximativa. Isso implica que o valor dado a título de compensação pelo dano moral não pode ser irrisório a ponto de não ser capaz de satisfazer necessidades decorrentes do ilícito. Ao seu tempo, o Autor menciona viagens para que a vítima se recuperasse. (PONTES DE MIRANDA, 2012b, p. 107) Para a realidade contemporânea, é possível mencionar, por exemplo, as despesas com acompanhamento psicológico ou multidisciplinar.

Nesse aspecto a sanção pecuniária cumpre com uma das suas funções, a de satisfazer os interesses do lesado pelo ilícito. Ademais, para fins de caracterizar as demais funções da compensação por ilícito civil, setores da dogmática também mencionam a inibição de comportamentos anti-sociais do lesante (prevenção específica) ou quaisquer outros membros da coletividade (prevenção geral) (BITTAR, 1994, p. 237)

Seria com esse intuito preventivo que haveria o desenvolvimento teórico para demonstrar a possibilidade do dano social. Mesmo na vedação do art. 944 do Código Civil em constituir indenização além da extensão do dano (= indenização punitiva, *punitive damages*), a condenação pecuniária ainda seria possível por ato que atinja toda a sociedade, num rebaixamento imediato de vida da população (= insegurança, desconfiança, etc.), com fins *didáticos* e portanto *preventivos*, que seria entregue à vítima litigante (AZEVEDO, 2009, pp. 377-384).

Apontamentos podem ser feitos no sentido de que a “sociedade” não é dotada de uma personalidade, não há corporeidade física, honra difusa ou a capacidade de sentir bem estar (sentido fático); que resultaria na ausência de tutela específica através do reconhecimento das garantias que cercam a pessoa humana (sentido jurídico). Contudo, já é pacífico, em dogmática e jurisprudência, que ao falar de dano moral coletivo trata-se de hipóteses nas quais há um feixe de lesões individuais. (MAZZILLI, 2013, p. 158)

A ressalva que merece procedência está na tutela processual, desde que incompatíveis os pedidos de reparação dos danos individuais homogêneos com danos difusos e coletivos. Na melhor das possibilidades, o adequado representante poderia pedir condenação genérica para o dano moral individualmente sofrido, que não dispensa posterior liquidação individual; mas nunca condenação relativa a um dano moral coletivo. Mantendo sempre a possibilidade da ação individual para cada pessoa afetada (GRINOVER, 2013, p. 94-99)

3 PESQUISA EMPÍRICA

Certas escolhas são essenciais para delimitar as investigações nos posicionamentos dos tribunais brasileiros. Em primeiro lugar, elegeu-se o Tribunal de Justiça de São Paulo, ao longo do ano de 2018, notadamente um dos maiores tribunais do país e situado em uma unidade da federação com maior circulação e consumo de produtos alimentícios industrializados.

Com efeito, para que a ferramenta de busca do sítio eletrônico pudesse retornar com os melhores resultados, as expressões utilizadas foram “dano moral” E “corpo estranho”. Não por acaso, *corpo estranho* é a locução utilizada pelo STJ para caracterizar o suporte fático das demandas envolvendo insegurança alimentar. Já o *dano moral* é a qualificação jurídica que definirá a procedência da ação em face do(s) fornecedor(es).

Ainda assim, mais um adendo se fez necessário. Isto porque a retórica das decisões também se utiliza da expressão *corpo estranho* para outras demandas, principalmente nas que versam sobre erro médico, não sendo incomuns as situações nas quais médicos deixam instrumentos cirúrgicos no interior dos pacientes. Portanto, os filtros por assunto disponibilizados pelo próprio sítio de buscas do TJ/SP foram utilizados

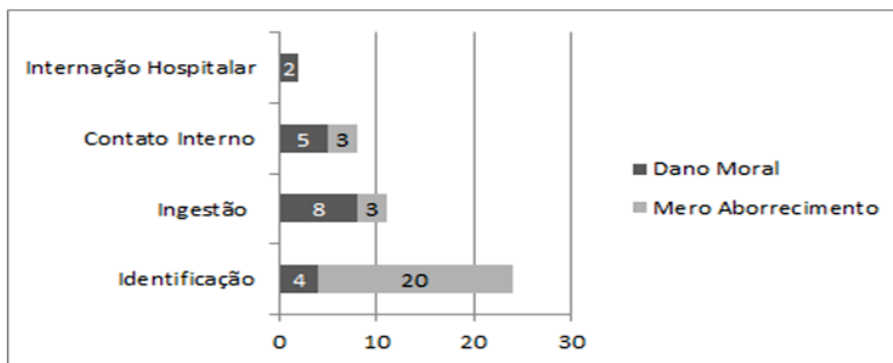
para excluir esses resultados³.

Uma vez realizada a busca, 86 decisões foram encontradas. Dentre elas, apenas 45 discutiam a caracterização da insegurança alimentar como um dano moral ou mero aborrecimento. Os demais documentos versavam sobre outros assuntos. A temática do corpo estranho nos alimentos só era suscitada como argumento exemplificativo e com a finalidade de balizar o arbitramento da compensação por dano moral de outra espécie.

Para analisar as decisões pertinentes, o primeiro recorte realizado foi sobre a causa de pedir. Isto é, mesmo que qualquer corpo estranho configure uma insegurança alimentar, essa pode atingir o consumidor de diversas formas e com consequências variadas, quais sejam: a simples identificação; o contato interno, quando a pessoa leva o corpo estranho a boca, mas sem ingerir; a ingestão completa; até a internação hospitalar.

Como ilustrado abaixo, casos semelhantes têm tratamentos diferentes pelo Judiciário. Os únicos casos nos quais não houve controvérsia foram os de internação hospitalar, pois todos tiveram os pedidos indenizatórios deferidos. Nos demais, a controvérsia no interior da jurisprudência do STJ se espelhou na apreciação do mérito. É possível constatar um padrão: quanto mais distante de atingir a incolumidade física ou patrimonial (gastos com tratamentos médicos), mais difícil foi alcançar o deferimento do dano moral.

Gráfico 1 - Dano Moral ou Mero Aborrecimento?

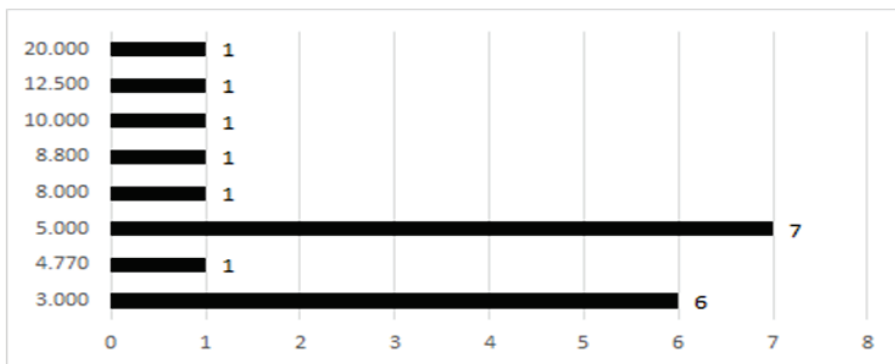


Fonte: Elaborado pelo próprio autor com base nas informações do TJ/SP

Agora, mesmo considerando apenas os casos que deram procedência aos pedidos de compensação, ainda houve a verificação de valores diversos na condenação. Situações semelhantes receberam compensações díspares, sendo os montantes de

³ A saber, Em Direito Civil: Responsabilidade Civil, Indenização por Dano Moral, Indenização por Dano Material. Em Direito do Consumidor: Responsabilidade do Fornecedor, Indenização por Dano Moral, Substituição do Produto, Rescisão do contrato e devolução do dinheiro, Abatimento proporcional do preço, Indenização por Dano Material, Produto Impróprio, Direito do Consumidor, Lei 8.078/90 - Proteção do Consumidor.

3.000 reais e 5.000 reais os mais recorrentes, sem motivos aparentes. Contudo, a título de curiosidade, a maior condenação foi decorrente de um litisconsórcio ativo (i.e. mais vítimas no acidente de consumo) e por circunstâncias agravantes, pois um projétil de arma de fogo foi encontrado durante a mastigação de um pedaço de carne⁴.



Fonte: Elaborado pelo próprio autor com base nas informações do TJ/SP

No tocante ao tipo de ação, houve a preferência dos consumidores pela propositura de ação indenizatória por danos morais, totalizando 30 petições. As outras 15 ações eram indenizatórias por danos morais e materiais. Isso apenas demonstra que, em comparação ao valor atribuído aos danos morais, não há grande interesse por perseguir a pequena restituição do valor do alimento. Contudo, ainda é mais proveitosa a cumulação de pedidos, uma vez que pode evitar a improcedência total da ação, garantindo a sucumbência recíproca, caso o julgador entenda que falhas de segurança alimentar não caracterizam dano à personalidade.

Tal possibilidade, do magistrado não reconhecer que um fato do produto alimentar configure dano moral se mostrou presente, exceto nos casos em que houve necessidade de cuidados médicos. Assim, através do exemplo, foi possível demonstrar que uma divergência em cortes superiores, como o STJ e o STF, se espelha e perpetua nas instâncias inferiores, mesmo após um dos entendimentos ser estabilizado. Não obstante, a melhor interpretação do art. 12, §1º do CDC (BRASIL, 1990) parece sugerir que a insegurança já representa um dano extrapatrimonial, nos termos do voto da Min. Nancy Andrighi.

⁴BRASIL, TJSP; Apelação nº1003752-72.2016.8.26.0625; Rel. Milton Carvalho; 36ª Câmara de Direito Privado; j. 12/07/2018)

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Trad. port. Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ANGELIN, Karinne Ansiliero. **Dano injusto como pressuposto do dever de indenizar**. Dissertação (Mestrado)- FD, USP, São Paulo, 2012.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Crítica ao Personalismo Ético da Constituição da República e do Código Civil: Em favor de uma Ética Biocêntrica. *in* **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 103, jan./dez. 2008, pp. 115-126.

AZEVEDO, Antônio Junqueira. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. *in* **Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BENVENISTE, Émile. **O vocabulário das instituições indo-européias**. Trad. port. Denise Bottmann Campinas: Editora da UNICAMP, 1995, v. 2.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado por Clóvis Beviláqua**. 12 ed. Rio de Janeiro: Editora Paulo de Azevedo, 1959.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil**. Campinas: Servanda Editora, 2007.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação Civil por Danos Morais**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

BRASIL, STJ. **Jurisprudência em Teses**. 39. ed. Brasília, 19.08.2015.

———. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

———. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, de 11 de set. 1990.

———. Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, de 10 jan. 2002.

_____. Lei nº 11.346, de 15 de setembro de 2006. Cria o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – SISAN com vistas em assegurar o direito humano à alimentação adequada e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, de 18 de set. 2006.

BUITONI, Ademir. Reparar os danos morais pelos meios morais. *in* **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 16, out./dez., 2003, pp.37-45.

CASTRO JR., Torquato. **A pragmática das nulidades e a teoria do ato jurídico inexistente**: reflexões sobre metáforas e paradoxos da dogmática privatista. São Paulo: Noeses, 2009.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 10 ed. Trad. port. J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

GRASSI NETO, Roberto. **Segurança Alimentar**: Da produção agrária à proteção ao consumidor. Tese (Livre-Docência)- FD, USP, São Paulo, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo** - II série: estudos e pareceres de processo civil. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

GUARINO, Antonio. **Diritto Privato Romano**. 10. ed. Napoli: Editore Jovene, 2001.

GOMES, Orlando. **Projeto de Código Civil**. Brasília: Imprensa Nacional, 1965.

LARENZ, Karl. **Derecho de Obligaciones**. Trad. esp. Jaime Santos Briz. Madrid: Editora Revista de Derecho Privado, 1958, t. II.

LOPEZ, Teresa Ancona. **Nexo causal e produtos potencialmente nocivos**: A experiência Brasileira do Tabaco. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: O novo regime das relações contratuais. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 26 ed. São Paulo, Saraiva, 2013.

MOREIRA ALVES, José Carlos. **A Parte Geral do Projeto de Código Civil Brasileiro** (subsídios históricos para o novo código civil brasileiro). 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal Comentada**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. **Vínculo Obrigacional: Relação Jurídica de Razão (Técnica e Ciência de Proporção)** (Uma análise histórica e cultural). Tese (Livre Docência). PUC-SP, São Paulo, 2004.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012 a, t. LIII.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012 b, t. XXVI.

RODRIGUES JR. Otavio Luiz. **Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da constituição e dos direitos fundamentais**. Tese (Livre-Docência). FD, USP, São Paulo, 2017.

SCOGNAMIGLIO, Renato. Danno Morale. *in* AZARA, Antonio; EULA, Ernesto. **Novissimo Digesto Italiano**. Torino: Unione tipografico-editrice torinese, 1957.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de Direito Civil: Obrigações em geral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1961.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

O DIREITO À INFORMAÇÃO DOS CONSUMIDORES NA ROTULAGEM DE ALIMENTOS E A REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIA LEGISLATIVA NA ADI 750: ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA NOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA BRASILEIROS

Hebert Fabricio Tortorelli Quadrado¹

1 ACÓRDÃO PARADIGMA

A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 750 foi proposta pelo Procurador-Geral da República, em 23 de junho de 1992, tendo como relator o Ministro Gilmar Mendes, proposta em face do Governador do Estado do Rio de Janeiro e da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, suscitando a inconstitucionalidade dos artigos 2º, incisos II, III e IV²; e 3º, parágrafo único³, da lei Nº 1.939, de 30 de dezembro de 1991, do Estado do Rio de Janeiro.

A discussão central criada pela lei, nas palavras do Procurador-Geral da República, está no fato desta impor que os rótulos de todos os produtos alimentícios comercializados no Estado do Rio de Janeiro, contenham outras informações além daquelas previstas na legislação federal, em tese, prejudicando o comércio interestadual.

Ainda, destacou outros dois problemas criados pela lei, quais sejam: as empresas teriam dificuldade no cumprimento da legislação, tendo em vista as punições que estariam sujeitas no caso de descumprimento; e, que os próprios consumidores poderiam ser prejudicados pela ausência de produtos em seus mercados locais.

Por outro lado, a Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro apresentou manifestação no sentido de que a referida lei estaria em conformidade com a competência suplementar dos Estados em matéria de produção e consumo.

No mesmo sentido, o Governo do Estado do Rio de Janeiro se manifestou,

¹ Aluno do curso de pós-graduação lato sensu em "Direito Civil – Novos Paradigmas Hermenêuticos nas Relações Privadas" pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP/USP). Especialista em Processo Civil pela PUC/SP. Advogado.

² "Artigo 2º: Do rótulo ou embalagem dos produtos, a que se refere o artigo anterior, devem constar todas as informações sobre a composição do produto e, dentre elas, obrigatoriamente as seguintes: (...) II - informações sobre os aditivos e a quantidade de calorias, de proteínas, açúcar e gordura, inclusive os conservantes, corantes e aromatizantes; III - indicação da ausência de conservantes, corantes e aromatizantes do uso de produtos para evitar ressecamento; IV - indicação da forma de esterilização utilizada no acondicionamento ou embalagem" (RIO DE JANEIRO, 2006).

³ "Artigo 3º: A partir de 60 (sessenta) dias da data da publicação desta lei, os produtos que não contiverem em seus rótulos ou embalagens o exigido no artigo 2º acima, serão retirados de circulação, sob pena de apreensão pelo órgão competente da Secretaria de Estado de Saúde. Parágrafo único - Além da apreensão de que trata este artigo, os estabelecimentos comerciais e industriais que não cumprirem o estabelecido nesta lei, ficarão sujeitos a multa de 500 (quinhentas) a 1000 UFERJ's e cassação do alvará de funcionamento" (RIO DE JANEIRO, 2006).

defendendo uma interpretação teleológica da lei nº 1.939/91, alegando que esta teria a finalidade exclusiva de proteger os consumidores, prestigiando o direito destes de serem informados dos elementos que compõem os produtos comercializados no Estado.

A Advocacia Geral da União (AGU) apresentou manifestação que, em seu entendimento o artigo 3º da lei nº 1.939/91, teria sido revogado implicitamente pelo artigo 2º da lei federal nº 8.656/93, que determinou que o Poder Executivo regulamentasse o procedimento para aplicação de sanções administrativas previstas no artigo 57 do Código de Defesa do Consumidor (CDC), requerendo, então, que o pedido relativo ao artigo 3º e seu parágrafo único fossem julgados prejudicados.

Ainda, no mesmo parecer, a lei estaria regulando matéria prevista no CDC e portanto, não estaria sujeita a controle de constitucionalidade em abstrato. Requereu que fosse declarado extinto o processo sem julgamento do mérito ou, julgado improcedente o pedido, pelo caráter meramente suplementar da norma estadual impugnada.

No dia 29 de junho de 1992, sob a relatoria do Ministro Octávio Gallotti, por votação unânime, o Tribunal deferiu em parte medida cautelar, para suspender a eficácia dos incisos II, III e IV do artigo 2º da Lei N° 1.939/91, do Estado do Rio de Janeiro. A ação foi incluída em pauta em 30 de janeiro de 2015 e no dia 29 de junho de 2017 foi incluída no calendário de julgamento, com data para julgamento marcada para 03 de agosto do mesmo ano.

No julgamento da ADI, o voto do Ministro relator Gilmar Mendes, afastou a preliminar suscitada pela Advocacia-Geral da União, declarando que é necessário incentivar a atuação dos estados no que se refere a atividade legislativa mas defendeu que devem ser criados padrões para a apreciação da constitucionalidade desses atos.

Consignou que no momento que lei nº 1.939/91 entrou em vigor, já havia legislação Federal, o CDC, o Decreto-Lei nº 986, de 1969; e os Decretos nº 30.691, de 1952, e o Decreto nº 73.267, de 1973, e em seu entendimento “boa parte” da matéria tratada pela lei já foi regulada por esses instrumentos. Por esse motivo, entendeu que o Estado do Rio de Janeiro pretendeu definir uma nova disciplina da matéria exigindo, sem justificativa, exigências mais rígidas do que o previsto em legislação federal causando o conflito da competência legislativa.

Ainda, de acordo com em seu entendimento, no plano pragmático, um mesmo produto não pode ter dois rótulos ou duas embalagens, uma nacional e outra para o Estado em questão e também não se poderia afirmar que a legislação ora impugnada simplesmente complementa o rótulo, em benefício do consumidor, sob pena de ser criada uma autorização para que tenhamos tantos rótulos quantos são os estados da Federação brasileira.

Nesse sentido, afirmou ainda que em diversos dispositivos constitucionais fica clara a intenção do constituinte de combater todas as práticas que estimulem a concorrência predatória ou a criação de barreiras ao comércio ou à livre circulação de

bens no território nacional. Em relação ao artigo 3º, entendeu o que não deve ser declarada a sua inconstitucionalidade, sendo necessário para assegurar a eficácia normativa do inciso I do artigo 2º da lei, que não foi objeto da declaração de inconstitucionalidade.

O Ministro Alexandre de Moraes em seu voto declarou que os dispositivos impugnados por sua exagerada extensão afrontariam o artigo 22, inciso VIII da Constituição Federal, porque os efeitos da lei estadual impugnada, ultrapassam os limites territoriais do Estado, afetando o comércio interestadual e exterior, matéria de competência legislativa privativa da União. Ainda que se ponderasse a questão sob a ótica do proteção do consumidor, em sede de competência legislativa concorrente, a lei impugnada é desproporcional ao estabelecer a indicação de informações determinadas no rótulo ou embalagem de todo e qualquer produto alimentício.

Concluiu pela manutenção do artigo 3º para assegurar a eficácia do inciso I do artigo 2º, não atacado nesta ação, julgando parcialmente procedente a ação direta, para declarar a inconstitucionalidade formal do art. 2º, II, III e IV, da lei nº 1.939/1991 do Estado do Rio de Janeiro.

Por sua vez, o Ministro Edson Fachin, em seu voto, entendeu que a legislação estadual estaria atuando na esfera legislativa concorrente e, não, na esfera legislativa privativa da União, pois a regulação tem nítido caráter de proteção do consumidor, não sendo, diretamente, relacionada à conformação de regras para o comércio interestadual.

Ainda, declarou que informações sobre composição do produto, aditivos, quantidade de calorias, proteínas, açúcares, gorduras presentes em conservantes, corantes, aromatizantes e esterilização, estabelecendo sanções, sem dúvida alguma, está ligado a proteção do consumidor.

Conclui seu voto, mencionando o julgamento da ADI Nº 2.334, tendo como Relator o Ministro Gilmar Mendes e na ADI Nº 1.980 no sentido de ser garantida a máxima efetividade da proteção constitucional ao consumidor, especialmente no que diz respeito a seu direito fundamental à plena informação sobre os produtos que lhe são oferecidos. Por fim, julga pela improcedência da pretensão.

O Ministro Dias Toffoli proferiu seu voto, entendendo pela procedência total da ação, pois, à época da edição da lei estadual questionada já existiam normas federais, exemplificado pelo Decreto-Lei nº 986/1969, o Decreto nº 73.267/73 e o Decreto nº 30.691/52.

Destacou a criação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), pela lei federal nº 9.782/99, atribuindo a este órgão a função de regular, controlar e fiscalizar os produtos e serviços que envolvam risco à saúde pública. Ainda, fiscaliza alimentos, inclusive bebidas, seus insumos, suas embalagens, aditivos alimentares, limites de contaminantes orgânicos, resíduos de agrotóxicos e de medicamentos veterinários. A fonte regulatória desse órgão é feita através de Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) que foram editadas mais de dez anos depois da lei questionada, compondo, assim, um

rigoroso sistema nacional de proteção ao consumidor.

Por fim, destacou que examinando os artigos 18 a 28 do Decreto N° 2.181/1997, que dispõem sobre as penas de multa e apreensão de produtos, observa-se que o disposto no artigo 3° da lei estadual n° 1.939/1991 não se compatibiliza com a disciplina federal superveniente relativa a tais penalidades.

Por sua vez, a Ministra Cármen Lúcia, declarou em seu voto que não há conflito com a Constituição, pois, ainda que a norma impugnada tivesse sido editada com base na competência legislativa estadual supletiva, a superveniente edição de normas gerais pela União não importa revogação das normas estaduais, mas suspensão de sua eficácia, como se extrai do § 4° do artigo 24 da Constituição Federal.

Assinala uma mudança no entendimento da Jurisprudência da própria Corte, objetivando a proteção e informação dos consumidores. Destacou o julgamento da ADI n° 2.832/PR, que reputou como constitucional uma norma do Estado do Paraná que estabeleceu a obrigatoriedade de constar no rótulos das embalagens de café comercializados no Paraná, a porcentagem de cada espécie vegetal ali contida. Desse modo, julgou improcedente a ação.

Por fim, acompanharam o voto do relator os Ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Roberto Barroso, Rosa Weber e Luiz Fux. O Ministro Celso de Mello teve o voto cancelado, pois, integrava o Tribunal Superior Eleitoral.

A ação foi julgada parcialmente procedente, com a declaração de inconstitucionalidade dos incisos II, III e IV do artigo 2° da Lei N° 1.939/91 do Estado do Rio de Janeiro. A ação transitou em julgado em 16/05/2018.

Enfim, dada à importância dos assuntos tratados no acórdão, torna-se necessário uma análise mais profunda e detalhada das questões centrais, quais sejam, o direito à informação do consumidor, expressado nas informações contidas nos rótulos dos produtos alimentícios, e por outro lado, do conflito para legislar, considerando o sistema de repartição de competência legislativas da Constituição Federal.

2 FUNDAMENTOS TEÓRICOS

A princípio busca-se estabelecer interfaces entre a segurança alimentar e nutricional, o direito humano à alimentação adequada e a rotulagem de alimentos. Focando nosso estudo, no contexto apresentado pela ADI N° 750, qual seja, o direito à informação do consumidor e a repartição das competências legislativas em matéria de direitos do consumidor.

2.1 CONTEXTUALIZAÇÃO:

A segurança alimentar é um problema que vem sendo discutido desde 1930 (ALABRESE, 2017, p. 7), intensificando-se após a primeira guerra mundial, quando seu conceito estava ligado a soberania nacional e capacidade de cada país em alimentar seus nacionais, de forma a não ficar vulnerável a possíveis embargos ou sanções internacionais devido a questões políticas ou militares (BEURLIN, 2008, p. 53/54).

No entanto, à partir da Segunda Guerra Mundial em 1945, foi criada a Organização das Nações Unidas (ONU). Naquela época, já se podia observar o surgimento de uma tensão entre aqueles que entendiam o acesso aos alimentos de qualidade como direito humano, como a Organização das Nações Unidas para Alimentação e Agricultura (FAO). Por outro lado, havia ainda aqueles que compreendiam que a segurança alimentar seria garantida por mecanismos de mercado, tais como, o Fundo Monetário Internacional (FMI) e o Banco Mundial.

Após a Segunda Guerra⁴ e com o crescimento do comércio internacional de alimentos, ocorreu a constatação de divergências nas diversas legislações nacionais em matéria alimentar, somada à preocupação com o uso crescente de substâncias químicas. Tais fatos, desencadearam em 1950, as primeiras reuniões entre FAO e da Organização Mundial da Saúde (OMS), com o objetivo de discutir a criação de um código alimentar internacional (ESTORNINHO, 2008, p. 35).

Os trabalhos frutos dessas reuniões, culminaram no chamado *Codex Alimentarius*, que estabeleceu padrões, códigos de conduta, orientações e outras recomendações relativas a alimentos de reconhecimento internacional⁵, com aplicação até os dias de hoje pela OMC (ESTORNINHO, 2008, p. 36).

A partir dos anos 1980, foi reconhecida como uma das principais causas da insegurança alimentar a falta de garantia de acesso físico e econômico aos alimentos, em decorrência da pobreza e da falta de acesso aos recursos necessários, principalmente acesso à renda e a terra (PIOVESAN, 2007, p. 33). Assim, o conceito de segurança alimentar passou a ser relacionado com a garantia do acesso físico e econômico de todas as pessoas a quantidades suficientes de alimentos de forma permanente.

Ainda, no final da década de 1980, o conceito de segurança alimentar passou a incorporar também as noções de acesso a alimentos seguros (não contaminados biológica ou quimicamente) e de qualidade (nutricional, biológica, sanitária e tecnológica), produzidos de forma sustentável, equilibrada e culturalmente aceitável⁶.

⁴ Flávia Piovesan destaca a necessidade da supremacia dos direitos humanos no cenário pós-guerra. No original: "A necessidade de uma ação internacional mais eficaz para a proteção dos direitos humanos impulsionou o processo de internacionalização desses direitos, culminando na criação da sistemática normativa de proteção internacional, que faz possível a responsabilização do Estado do domínio internacional quando as instituições nacionais se mostram falhas ou omissas na tarefa de proteger os direitos humanos" (PIOVESAN, 2010, p. 123).

⁵ O sistema europeu é considerado como um dos mais eficazes no âmbito da segurança alimentar. Mesmo entre seus críticos, geralmente organizações e empresas de origem americana, reconhecem o mérito na adoção de critérios relativamente conservadores na avaliação de riscos à saúde dos consumidores ou ao meio ambiente (GRASSI NETO, 2011, p. 91).

⁶ O aspecto cultural na alimentação, compreende não só a proteção dos aspectos culturais propriamente ditos, considera ainda aspectos políticos, geográficos, confirmando os costumes que permeiam as sociedades. Exemplo dessa necessidade de garantia é a presença de detentos muçulmanos em estabelecimentos prisionais que, devem ter respeitado o direito de não se alimentarem de carne de porco ou de seus derivados (SIQUEIRA, 2013, p. 7).

A partir do início da década de 1990, o aspecto nutricional e sanitário foi incorporado ao conceito de “segurança alimentar”, que passou a ser denominado de “segurança alimentar e nutricional”, por ocasião das declarações da “Conferência Internacional de Nutrição”, realizada em Roma, em 1992, pela FAO e a OMS.

Assim, o tema da segurança alimentar e nutricional pode ser estudado sob duas perspectivas⁷: A) *food security*, como sendo o direito de todas as pessoas de estarem livres da fome, através do acesso regular e permanente à alimentos de qualidade; B) *food safety*, pelo qual os alimentos não podem ser prejudiciais à saúde e ou inapropriados ao consumo humano.

O conceito de segurança alimentar e nutricional foi introduzido em nosso ordenamento através do artigo 3º da lei nº 11.346/2006, conceituando-o como a realização do direito de todas as pessoas ao acesso regular e permanente a alimentos de qualidade, em quantidade suficiente, sem comprometer o acesso a outras necessidades essenciais. Ainda, baseando-se em práticas alimentares promotoras de saúde, que respeitem a diversidade cultural e que sejam ambiental⁸, cultural, econômica e socialmente sustentáveis⁹.

2.2 DIREITO À INFORMAÇÃO DOS CONSUMIDORES

Uma das condições de realização do direito à alimentação adequada é a informação ao consumidor, permitindo que ele saiba do que ele se alimenta (PASQUALOTO, 2018, p.1), podendo fazer escolhas conscientes, saudáveis ou que atenda suas necessidades especiais. Nesse ponto, a rotulagem nutricional é o instrumento direto que liga o fornecedor de alimentos ao consumidor.

O direito à informação do consumidor, tem sua base Constitucional firmada na garantia dos direitos fundamentais previstos no artigo 5º, inciso XIV da Constituição Federal (CF) que assegura a todos o acesso à informação. Devendo ainda ser interpretado conjuntamente com a defesa do consumidor como uma obrigação do Estado, prevista no artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal¹⁰.

⁷ Em português, Food Security e Food Safety podem ser traduzidos do inglês como “segurança alimentar”. Daí a necessidade da utilização dos termos em inglês para diferenciar os aspectos e permitir uma melhor correlação com a matéria estudada em âmbito internacional.

⁸ Claudia Morini (2017, p. 47), acrescenta que o futuro do direito à alimentação, em uma escala global também está em desafios como a proteção da biodiversidade e o combate às mudanças climáticas, fatores-chave para promover e alcançar a segurança alimentar, em escala global, para as gerações presentes e futuras.

⁹ A Emenda Constitucional Nº 64 de 2010, introduziu o direito à alimentação adequada no rol dos direitos sociais do artigo 6º da Constituição Federal. Tal fato significou uma mudança de paradigma, considerando a forma com o que Governo Federal deve lidar com a questão, afastando-se do modelo assistencial ou paternalista, para se adotar o critério de que todos são titulares de direito e nesse sentido, se não respeitados tais direitos, os governos podem ser responsabilizados.

¹⁰ Coaduna com esse entendimento, Maria da Conceição Maranhão Pfeiffer, referindo-se aos incisos do artigo 5º mencionado: “Da conciliação desses dois direitos fundamentais extrai-se base constitucional do direito do consumidor à informação. Assim, tem assento constitucional o direito do consumidor à informação” (PFEIFFER, 2011, p. 5).

Outro mecanismo importante que estabelece a proteção do consumidor e, portanto, o direito à informação do consumidor foi o Código de Defesa do Consumidor (CDC) que, em seu artigo 6º, inciso III, relaciona entre os direitos básicos do consumidor, o direito à 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”.

Há ainda, o artigo 31 do CDC que pondera os requisitos para que a informação possa ser considerada completa ou adequada. Nesse sentido, a apresentação do produto deve possuir informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade, origem, potenciais riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

Observando-se o dispositivo acima, nota-se que seus termos não se revelam sob a forma de cognição exauriente, sendo critérios mínimos para formulação de novas leis ou políticas públicas. Porém, deve haver a ponderação do direito à informação do consumidor, que não pode encontrar obstáculo capaz de interferir no direito de escolha, mas pode apresentar problemas quanto a quantidade de informações.

A racionalidade limitada¹¹ do consumidor pode ocorrer quando este for efetivamente impossibilitado de fazer escolhas de modo racional. Dessa forma, em relação ao direito à informação, a racionalidade limitada pode ocorrer: a) pela falta de todas as informações úteis; b) pela dificuldade de reconhecer e selecionar o que é útil, como no caso de excesso de informação; c) no caso de veiculação parcial de informações (PFEIFFER, 2011, p. 23).

Assim sendo, considerando a quantidade de informações que devem ser repassadas ao consumidor, podem ocorrer problemas, como, por exemplo, referentes ao conteúdo. Essa falha pode impactar e até cercar o direito de escolha do consumidor ou se a informação for incompleta, o consumidor por incorrer em erro pelo desconhecimento, ocorrendo a “enganosidade por omissão¹²” (PFEIFFER, 2011, p. 15).

Outro problema, é o excesso de informação, com previsão no artigo 31 do CDC, pode induzir ao consumidor ao erro, pois, “gera confusão no processamento das informações úteis”. Nesse contexto, o excesso de informação, seria o resultado de repasse de informações desnecessárias juntamente com aquelas que são essências para o exercício do direito de escolha (PFEIFFER, 2011, p. 15).

Ainda, a informação pode ser dúbia ou imprecisa, gerando os mesmos efeitos

¹¹A teoria da racionalidade limitada, traduzida do termo inglês *bounded rationality*, apresentada por Maria da Conceição Pfeiffer, em singelas palavras, por fugir do escopo do presente trabalho, provém da teoria de economia comportamental, que visa entender e projetar os futuros comportamentos de todos os agentes de mercado, incluindo-se aqui os consumidores (PFEIFFER, 2011, p. 23).

¹²A expressão enganabilidade por omissão, utilizada por Maria da Conceição Maranhão Pfeiffer serve para determinar quando “não é repassada pelo fornecedor dado essencial sobre o produto ou serviço”. Essa informação essencial seria determinante para realização do contrato de consumo, influenciando na escolha do consumidor, sob pena de ocorrer erro geral essencial na formação do contrato (PFEIFFER, 2011, p. 15).

da informação enganosa por omissão. Nesse sentido, podemos entender que toda informação sob determinado produto não pode levar o consumidor a entender que este produto possua propriedade que não contém (PFEIFFER, 2011, p. 16).

2.3 ROTULAGEM DE ALIMENTOS NO BRASIL

Considerando o histórico da regulamentação dos rótulos no Brasil, tivemos o Decreto-Lei nº 209, de 1967, que instituiu o Código Brasileiro de alimentos. Tratava de alimentos enriquecidos e dietéticos. Proibia a veiculação de informações nutricionais superiores àquelas que o alimento realmente possuía.

Em relação aos rótulos definiu estes como qualquer identificação impressa ou litografada, bem como os dizeres pintados ou gravados a fogo, por pressão ou decalque. Ainda, estes deveriam conter: nome ou marca, qualidade, natureza e tipo do alimento, nome e endereço do fabricante, número do registro, declaração de aditivos e lote.

O Decreto-lei nº 986, de 1969, revogou o decreto anterior e instituiu normas básicas sobre alimentos. Não alterou os conceitos e tratamento dos alimentos enriquecidos e dietéticos. Em relação aos rótulos, incluiu na lista de informações obrigatórias a declaração de peso ou volume líquido.

Ainda, alterou a definição de rótulo, ampliando-se o conceito que passou a ser definido como qualquer identificação impressa ou litografada, incluindo-se dizeres pintados ou gravados a fogo, por pressão ou decalque aplicados sobre o recipiente, vasilhame envoltório, cartucho ou qualquer outro tipo de embalagem do alimento.

Posteriormente, destacamos a Resolução Normativa nº 12, de 1978, que trouxe definições de rotulagem, rótulo, embalagem, alimentos pré-embalado, designação e marca. Trouxe regras detalhadas de legibilidade das diferentes informações obrigatórias, tais como, localização, contraste, tamanho mínimo da fonte considerando o tamanho do rótulo, distribuição por envase, etc.

Ainda, foram estabelecidas as regras para que os alimentos pudessem utilizar as expressões: “excelente fonte de vitaminas” e “ótima fonte de vitaminas” e expressões análogas. Estabeleceu como padrão, que a declaração dos alimentos enriquecidos por vitaminas, minerais e aminoácidos fosse feita por 100g (ou ml). Assim, definiu padrões organolépticos, físico-químicos, microbiológicos e microscópicos dos alimentos.

Com a criação do Mercosul pelo Tratado de Assunção em 26 de março de 1991 e nesse sentido, destacamos a Resolução GMC nº 10/91, pela qual, as normas federais passaram a convergir interesses nacionais, com as normas internacionais, eliminando barreiras que obstruíam à livre circulação de produtos alimentícios:¹⁴

¹³ Informação expressa no parágrafo único do artigo 15 do Decreto-Lei nº 209, de 1967.

¹⁴ Exemplo da livre circulação de bens, temos o tratado que constituiu a Comunidade Econômica Europeia, posteriormente conhecida o Mercado Comum Europeu. A esse respeito, Marianna Giuffrida (2015, p. 38), afirma que a livre circulação pode ser considerada como um “fim-instrumento” direcionado na contribuição da garantia da saúde e do bem-estar dos cidadãos, sendo estes intimamente dependentes, não apenas da qualidade do alimento, mas também e talvez acima de tudo, de sua disponibilidade adequada para satisfazer a necessidade natural do homem de se alimentar.

Essa resolução, determina que a legislação seja harmonizada, no que se refere a rotulagem de produtos alimentícios, assegurando um nível elevado de proteção da saúde pública dos consumidores e de proteção do meio ambiente. Ainda, deve conter informação correta e adequada ao consumidor com respeito a sua natureza, características, procedência e data de duração mínima.

Atualmente, os rótulos de alimentos no Brasil, têm sua definição atribuída pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), criada através da lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, tratando rótulos como elementos essenciais de comunicação entre produtores e consumidores (ANVISA, 2005, p. 5).

Nesse sentido, cabe a ela definir as informações que um rótulo deve conter, visando o direito à informação e a proteção da saúde do consumidor e ainda, a garantia de qualidade do produto. A Agência não faz avaliação prévia de rótulos, cabendo ao fornecedor ou produtor a adequação de seu rótulo às normas técnicas.

Comparando-se o conceito trazido pelo *Codex Alimentarius* e pela RDC nº 360/2003 sobre rotulagem nutricional obrigatória, podemos observar que o conceito de rotulagem nutricional destoam. Para o *Codex Alimentarius*, a rotulagem nutricional é composta pela declaração de nutrientes e pela informação nutricional suplementar, enquanto que a RDC nº 360/2003, estabelece que essas informações contenha a declaração de nutrientes e alegações nutricionais¹⁵.

A normatividade da agência, harmonizada com o Mercosul, é elaborada por meio de “Resoluções da Diretoria Colegiada” – RDC, que não são leis, pois, a ANVISA tem função regulatória. Desse modo, ela regulamenta as suas próprias atividades por intermédio de normas e fiscalização, não se confundindo com o ato de legislar, sob pena de ferir a repartição de poderes e o princípio da legalidade.

A ANVISA (2005, p. 5) em seu “Manual de Orientação aos Consumidores” faz referência a uma pesquisa realizada pelo Ministério da Saúde, na qual aproximadamente 70% das pessoas consultadas afirmaram que leem os rótulos dos produtos. Outra informação de extrema relevância é que mais da metade das pessoas entrevistadas não compreendem adequadamente o significado das informações ali contidas.

Quando relacionamos o direito à informação, rótulos de alimentos e a saúde do consumidor, podemos observar a atuação da ANVISA em diversos temas voltados a rotulagem de alimentos¹⁷. Porém, por uma questão de limitação de nosso objeto de estudo, daremos destaque apenas as situações especiais que encontramos em nossa pesquisa empírica que, será objeto de análise posteriormente.

¹⁵ Dessa forma, o modelo estabelecido no Brasil, não reconhece como obrigatória, as informações destinadas a interpretação da declaração de nutrientes como parte da rotulagem nutricional e em sentido oposto, as alegações nutricionais, de caráter promocional, são consideradas parte da rotulagem nutricional.

¹⁶“O fornecedor tem o dever de informar que o produto ou serviço pode causar malefícios a um grupo de pessoas, embora não seja prejudicial à generalidade da população, pois o que o ordenamento pretende resguardar não é somente a vida de muitos, mas também a vida de poucos” (STJ). REsp 586.316/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 17/04/2007, DJe 19/03/2009).

¹⁷As RDCs versam sobre diversos temas, dentre eles: alimentos que contenham corante amarelo tartrazina (ins 102), informação nutricional complementar, rotulagem nutricional obrigatória de alimentos e bebidas embalados, rotulagem de água mineral, rotulagem de carnes de aves e seus miúdos crus, resfriados ou congelados e rotulagem de ovos.

Então, através da RDC 26/2015, os rótulos de alimentos devem indicar a presença ou traços de alimentos que são normalmente associados à alergias alimentares. Dessa forma, se não for possível garantir a ausência de contaminação cruzada, deve o consumidor ser avisado da possibilidade de conter alimento possivelmente alergênico.

A normativa não abrange apenas alimentos, inclui-se na lista bebidas, obrigando a informação da existência da presença destes possíveis alergênicos. São eles: trigo (centeio, cevada, aveia e suas estirpes hibridizadas), crustáceos, ovos, peixes, amendoim, soja, leite de todos os mamíferos, amêndoa, avelã, castanha de caju, castanha do Pará, macadâmia, nozes, noz-pecã, pistaches, pinoli, castanhas e látex natural.

Ainda, temos as RDC's 135/2017 e 136/2017 que tratam da rotulagem de alimentos que contenham lactose. A primeira, incluí a lactose na lista de alimentos para fins especiais, explicada abaixo e impõe a declaração obrigatória de sua presença nos rótulos de alimentos. A segunda, trata das regras para rotulagem desse alimentos, estabelecendo padrões de quantidade de lactose e sua classificação, como, por exemplo, "baixo teor de lactose", "zero lactose" ou "contém lactose"¹⁸.

A lista de alimentos para fins especiais, têm sua definição na Portaria SVS/MS nº 29, de 13 de janeiro de 1998, com as alterações trazidas pela RDC 135/2017. Pode ser entendido como alimentos especiais, aqueles formulados ou processados, e que foram introduzidos modificações no conteúdo dos nutrientes, adequando-os as diversas necessidades especiais, tais como, dietas, condições metabólicas e fisiológicas específicas.

Nesse sentido, se referem a alimentos para dietas com ingestão controlada de nutrientes (controle de açúcar, controle de peso, alimentos para atletas e para nutrição enteral), alimentos para grupos populacionais específicos (alimentos para gestantes e nutrízes, alimentos infantis – fórmulas infantis, alimentos de transição e alimentos à base de cereais - e alimentos para idosos) e, por fim, alimentos para dietas com restrição de nutrientes (carboidratos, gorduras, proteínas, sódio, sacarose, glicose, frutose, dissacarídeos ou mono e adoçantes dietéticos).

Os alimentos que contenham Organismos Geneticamente Modificados (OGM)¹⁹ ou transgênicos, são objeto de diversos diplomas legais, em especial o decreto nº 4.680/2003, que regulamentou o direito à informação assegurado pelo CDC, assegurando que todo alimento ou ingrediente alimentar destinado ao consumo humano ou animal que contenha OGM, na concentração acima de um por cento do produto, deve conter a advertência em seu rótulo.

Além disso, o decreto citado impõe o dever de informação não apenas nos rótulos dos alimentos. A informação deverá estar presente também, no documento fiscal que acompanha o produto ou ingrediente, garantindo a transmissão da informação para todas as etapas da cadeia produtiva.

¹⁸ A advertências da presença de lactose seguem os seguintes parâmetros: a) abaixo de 100 miligramas(mg) por 100 gramas(g) ou mililitros(ml) deve conter um das expressões: zero lactose, isento de lactose, 0% lactose, sem lactose ou não contém lactose; b) de 100mg até 1g/100g ou ml, deve conter uma das expressões: baixo teor de lactose ou baixo em lactose; c) Igual ou acima de 100mg/100g ou ml, deve conter a expressão contém lactose.

¹⁹ A preocupação com a colocação no mercado de produtos alimentícios contendo OGM também é uma preocupação na Europa. Tal fato, independe da origem do produto, pois, existe a preocupação com a proteção da saúde do consumidor, considerando a utilização de OGM na agricultura e a circulação nos mercados da União Europeia de alimentos geneticamente modificados (LUCIFERO, 2017, p. 69/70).

No mesmo sentido, temos ainda, a instrução normativa nº 1, de 01 de abril de 2004, que apresenta o regulamento técnico sobre a rotulagem de alimentos e ingredientes alimentares que contenham ou sejam produzidos a partir de OGM. Assim sendo, determina que todo produto tenha em seu rótulo uma das seguintes expressões: “contém (nome(s) do ingrediente(s)) transgênico”, ou “produto produzido a partir de (nome do produto) transgênico”.

Deve ser mencionado que, toda a matéria relacionada a OGM é também tratada pela Lei nº 11.105/2005²⁰, conhecida como Lei de Biossegurança. A lei não inova em matéria de rotulagem. Porém, entre outras determinações, fixa normas de segurança e mecanismos de fiscalização para pesquisa e comercialização de qualquer atividade que envolva organismos geneticamente modificados.

Há ainda, como mais uma necessidade de respeito ao direito à informação dos consumidores, considerando rótulos de alimentos, inclui-se aqui o dever de informação sobre a presença de glúten, como medida preventiva e de controle da doença celíaca, conforme disposto na lei 10.674/2003. A lei, além de obrigar o aviso nos rótulos dos produtos, exige que informação conste de cartazes e material de divulgação.

Desde 2014, tramita perante a ANVISA um processo que visa alterar a rotulagem nutricional no Brasil. Para tanto, foi instituído um “Grupo de Trabalho sobre Rotulagem Nutricional”²¹ para auxiliar na elaboração de propostas regulatórias. Esse grupo congrega diversos Ministérios do Governo Federal, entidades de pesquisa, entidades ligadas a defesa dos consumidores, indústria da alimentação, etc. Espera-se que a normatização decorrente privilegie o consumidor ante sua fragilidade.

2.4 COMPETÊNCIA LEGISLATIVA EM MATÉRIA CONSUMERISTA

O crescimento o consumo mundial, pode ser atribuído a diversos fatores, dentre eles, a criação ou o aumento na cultura do consumo, seja porque vivemos em uma sociedade bombardeada por publicidade, acesso desmedido a crédito bancário e o despertar das necessidades ou vontades causados por opinião de terceiros (amigos e familiares).

O CDC foi projetado como instrumento indispensável à proteção dos interesses dos consumidores. Então, sendo o consumo uma das atividades mais praticadas, o seu âmbito de aplicação torna-se ilimitado, pois, a defesa e a proteção jurídica do consumidor constitui um tema tão amplo que afeta diversos ramos do direito, como, por exemplo, direito penal, direito

²⁰Destaca-se o artigo 1º, por definir os limites de aplicabilidade da lei: “Art. 1º Esta Lei estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização sobre a construção, o cultivo, a produção, a manipulação, o transporte, a transferência, a importação, a exportação, o armazenamento, a pesquisa, a comercialização, o consumo, a liberação no meio ambiente e o descarte de organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, tendo como diretrizes o estímulo ao avanço científico na área de biossegurança e biotecnologia, a proteção à vida e à saúde humana, animal e vegetal, e a observância do princípio da precaução para a proteção do meio ambiente” (BRASIL, 2005).

²¹O grupo foi instituído através da Portaria nº 949, de 04 de junho de 2014. Como principais atribuições deve ser destacado: subsidiar a ANVISA em assuntos técnicos e ou científicos relacionados à rotulagem nutricional, auxiliar na identificação dos principais problemas e limitações do modelo regulatório atual sobre rotulagem nutricional, propor alternativas para solucionar os problemas e limitações identificadas, auxiliar na elaboração de uma proposta de revisão dos regulamentos técnicos sobre rotulagem nutricional de alimentos embalados e auxiliar na elaboração de outras propostas regulatórias relacionadas à rotulagem nutricional de alimentos que sejam consideradas necessárias.

administrativo e direito civil.

Nesse sentido, em razão da tênue interdisciplinaridade, problemas podem surgir, pois, o legislador estadual encontra amplo espaço para o exercício indiscriminado da competência legislativa em matéria de consumo, sem atentar-se as regras de repartição das competências legislativas, tal como previsto na Constituição.

Assim, ao fazer uso de sua competência legislativa, um Estado-membro, pode editar lei sobre consumo e não se limitar, conjugando outro valor ou ramo do Direito, cuja competência legislativa seria privativa da União, como, por exemplo, comércio exterior e internacional. Porém, ainda que com a intenção da proteger o consumidor, se acabar por invadir a competência privativa da União, esbarrará na inconstitucionalidade.

A ADI nº 750 tratou da inconstitucionalidade dos artigos 2º, incisos II, III e IV; e 3º, parágrafo único, da lei Nº 1.939, de 30 de dezembro de 2009, do Estado do Rio de Janeiro. A discussão central criada pela lei, como já dito, está no fato desta impor que os rótulos de todos produtos alimentícios comercializados no Estado do Rio de Janeiro, contenham outras informações, além daquelas previstas na legislação federal.

O empenso dividiu a opinião dos ministros²², pois, parte deles entenderam que o Estado do Rio de Janeiro não poderia legislar sobre a matéria de rotulagem de alimentos, impondo, sem justificativa, disciplina mais rígida do que o previsto em legislação federal causando o conflito da competência legislativa. No mesmo sentido, argumentaram que estaria sendo estimulado a concorrência predatória ou a criação de barreiras comerciais ou à livre circulação de bens em território nacional.

Em sentido contrário, outros ministros²³ entenderam que a lei fluminense estaria em conformidade com a competência concorrente dos Estados em matéria de produção e consumo, portanto, prestigiando o direito à informação dos consumidores fluminenses em relação a outros elementos que compõem os produtos comercializados naquele Estado. Ainda, entenderam que a lei estaria regulando matéria prevista no CDC e não estaria sujeita a controle de constitucionalidade em abstrato.

Diante da controvérsia, há a necessidade de confrontarmos os limites, principalmente quando estes são tênues, no que diz respeito a competência legislativa privativa da União, para legislar em matéria de comércio interestadual e exterior, conforme artigo 22, inciso VIII da Constituição Federal (CF), e a competência estadual concorrente em matéria de produção e consumo, prevista no artigo 24, inciso V²⁵, também da Constituição Federal, evitando-se a inconstitucionalidade.²⁶

²² Pelo julgamento procedente da ADI nº 750 e portanto, defensores dessa corrente de pensamento os Ministros: Gilmar Mendes (Relator), Alexandre de Moraes, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux e Ricardo Lewandowski. O Ministro Marco Aurélio Mello adota parcialmente o raciocínio. Divergindo de todos, o Ministro Dias Toffoli agrega o argumento que poderia ter ocorrido a suspensão da eficácia da lei fluminense, nos termos do §4º do artigo 24 da Constituição Federal.

²³ Posicionamento defendido pelo Ministro Edson Fachin e pela Ministra Cármen Lúcia.

²⁴ Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: [...] VIII - comércio exterior e interestadual;" (BRASIL, 1988).

²⁵ "Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [...] V - produção e consumo;" (BRASIL, 1988).

²⁶ "A inobservância das normas constitucionais de processo legislativo tem como consequência a inconstitucionalidade formal da lei ou ato normativo produzido, possibilitando pleno controle repressivo de constitucionalidade por parte do Poder Judiciário, tanto pelo método difuso quanto pelo método concentrado" (MORAES, 2011, p. 731).

O Poder Constituinte responsável pela Constituição Federal de 1988²⁷ teve como um de seus desafios a restauração do equilíbrio da federação, fortalecendo o pacto federativo. A competência legiferante (ou legislativa) pode ser definida como a atribuição constitucional do poder de legislar sobre determinado rol de assuntos atribuído a um ente federado (GONZALEZ, 2011, p. 21).

Dessa forma, o Poder Judiciário colabora para esse equilíbrio, através da tomada de decisões, coibindo a tentativa de estabelecimento de privilégio entre os Estados-membros, relembrando a submissão ao pacto federativo e a Constituição Federal.

Considerando-se que, sob um mesmo território incida diferentes normas, elaboradas por diversos entes da federação, não podendo se falar em superioridade hierárquica entre leis²⁸. Assim, a repartição de competências pode ser percebida como instrumento pelo qual são impostos “a adoção de mecanismos que favorecem a eficácia da ação estatal, evitando conflitos e desperdício de esforços públicos e recursos” (MENDES; BRANCO, 2013, p. 781).

Em linhas gerais, Fernanda Dias Menezes de Almeida, afirma que o sistema de repartição de competência adotado na Constituição Federal de 1988 está estruturado como um complexo sistema, onde coexistem as competências privativas, repartidas horizontalmente e ainda, teríamos a competência concorrente, repartidas verticalmente³⁰ (ALMEIDA, 2013, p. 58).

A repartição de competências legislativas, pode ser entendida, ainda, através do princípio da predominância do interesse, pelo qual caberá sempre à União a edição de normas sobre matérias e questões em que predominam o interesse geral e/ou necessitam de uniformidade em todo território nacional. Aos Estados caberia a edição de normas com predominância do interesse regional e ao Distrito Federal, a combinação dos interesses regionais e locais.

A competência legislativa privativa da União está prevista nos incisos do artigo 22 da CF, mas não se trata de rol taxativo³¹. O parágrafo único do mesmo artigo, estabeleceu a possibilidade de uma lei complementar federal autorizar que um Estado-membro legisle sobre questão específica relacionada nos incisos. Porém, nada impede

²⁷ Fernanda Dias Menezes de Almeida assim relata o tema: “A instauração de nova ordem constitucional no Brasil tornou-se, nos últimos anos do ciclo revolucionário iniciado em 1964, um desejo manifesto da sociedade Brasileira (ALMEIDA, 2013, p. 47).

²⁸ “O critério de repartição de competência adotado pela Constituição não permite que se fale em superioridade hierárquica da leis federais sobre as leis estaduais. Há, antes, divisão de competências entre esses entes. Há inconstitucionalidade tanto na invasão da competência da União pelo Estado-membro como na hipótese inversa” (MENDES; BRANCO, 2013, p. 806).

²⁹ “Na repartição horizontal não se admite concorrência de competências entre os entes federados. Esse modelo apresenta três soluções possíveis para o desafio da distribuição de poderes entre as orbitas do Estado Federal. Uma delas efetua a enumeração exaustiva da competência de cada esfera da federação; outra, discrimina a competência da União deixando aos Estados-membros os poderes reservados (ou não enumerados); a última, discrimina os poderes dos Estados-membros, deixando o que restar para União” (MENDES; BRANCO, 2013, p. 782).

³⁰ “Na repartição vertical de competências realiza-se a distribuição da mesma matéria entre União e os Estados-membros. Essa técnica, no que tange às competências legislativas, deixa para a União os temas gerais, os princípios de certos institutos, permitindo aos Estados-membros afeiçãoar a legislação às suas peculiaridades locais. A técnica da legislação concorrente estabelece um verdadeiro condomínio legislativo entre União e Estados-membros” (MENDES; BRANCO, p. 782/783).

³¹ Gilmar Mendes Ferreira e Paulo Gustavo Gonet Branco entendem haver outras competências no artigo 48 da CF (MENDES; BRANCO, p. 802).

que a União retome sua competência a qualquer momento, pois, ocorreu delegação e não se equipara à abdicação de competência (MENDES; BRANCO, 2013, p. 802).

Em relação a competência legislativa concorrente, Fernanda Dias Menezes de Almeida, declara ser esta a competência na qual União, Estados e o Distrito Federal podem legislar sobre as matérias relacionadas no artigo 24 da Constituição Federal, dentre as quais está inserido no inciso V, o tema da produção e consumo (ALMEIDA, 2013, p. 59).

A competência legislativa concorrente, na doutrina tradicional, pode ser classificada em: a) cumulativa, quando não houver limites prévios para o exercício da competência por qualquer um dos entes federativos; b) não cumulativa, que estabelece a repartição vertical, que considera que dentro de um mesmo campo material (concorrência material de competência), fica reservado um nível superior a União, que deve fixar princípios e normas gerais, ficando a cargo dos Estados-membro a complementação.

Esse mesmo entendimento é defendido por Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco ao utilizarem a expressão condomínio legislativo para designar a competência concorrente. Assim, poderiam os Estados-membros e o Distrito Federal exercer sua competência suplementar com relação às normas gerais, preenchendo lacunas, sem contrariar a lei federal³³(MENDES; BRANCO, 2013, p. 805).

Ainda, de acordo com os mesmo autores, na falta de norma geral, o Estado-membro tem sua capacidade legislativa ampliada³⁴. Porém, na eventualidade de norma geral superveniente, ocorrerá a suspensão da eficácia da lei estadual no que contrariar³⁵ (MENDES; BRANCO, 2013, p. 805).

Em um campo mais teórico e extremamente relevante, temos os princípios da hermenêutica constitucional³⁶. Nesse sentido, alguns podem colaborar para nosso objeto de estudo, são eles: princípio da supremacia da constituição, princípio da correção funcional e o princípio da interpretação conforme a constituição.

³²“A Constituição Federal prevê, além de competências privativas, um condomínio legislativo, de que resultarão normas gerais a serem editadas pela União e normas específicas, a serem editadas pelos Estados-membros” (MENDES; BRANCO, 2013, p. 804).

³³“Os Estados-membros e o Distrito Federal podem exercer, com relação às normas gerais, competência suplementar (art. 24, §2º), o que significa preencher claros, suprir lacunas. Não há falar em preenchimento de lacuna, quando o que os Estados ou o Distrito Federal fazem é transgredir lei federal já existente” (MENDES; BRANCO, 2013, p.805).

³⁴Destacamos trecho do voto do Ministro Ayres Britto proferido na ADI nº 3.357/RS: “O condomínio legislativo, bipartido em gestão de normas gerais e aporte de normas complementares, a atuar como fórmula de eficácia plena da tutela de cada qual das matérias entregues à competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito plenitude normativa a se obter, não pela produção de normas gerais em si mesmas, não pela edição de normas suplementares também em si próprias consideradas, mas pela elaboração conjugada das normas gerais e das normas suplementares (STF. ADI nº 3.357/RS Relator Min. Ayres Brito. Data de Julgamento: 30/11/2017. Data de publicação: DJE 28.11.2012).

³⁵“Na falta completa da lei com normas gerais, o Estado pode legislar amplamente, suprimindo a inexistência do diploma federal. Se a União vier a editar norma geral faltante, fica suspensa a eficácia da lei estadual, no que contrariar o alvitre federal” (MENDES; BRANCO, 2013, p.805).

³⁶“A hermenêutica constitucional é a disciplina científica, cujo objeto precípuo é o estudo e a sistematização dos princípios de interpretação da Constituição, de sorte que esta consiste na aplicação daquela” (MORAES, 2012, p. 118).

O princípio da supremacia da Constituição, traz em seu bojo que a Constituição representa no sistema de direito positivo as normas jurídicas de máxima hierarquia. Essa supremacia decorre de dois aspectos, quais sejam, formal e material. A supremacia formal trata da relação hierárquica entre a Constituição e as demais espécies normativas, considerando que a Constituição foi concebida pelo poder constituinte originário e as demais normas pelos poderes constituídos (MORAES, 2012, p. 119/120).

O princípio da correção funcional, trata da exigência atribuída a todo juízo ou tribunal que, ao proceder a interpretação de determinada norma, não desvirtue da competência atribuída a cada um dos órgãos constitucionais, mantendo-se equilibrado os poderes do Estado, como previsto na Constituição, como pressuposto de respeito aos direitos fundamentais (MORAES, 2012, p. 122).

Ainda, temos o princípio da interpretação conforme a Constituição, que pode ser analisado sob duas perspectivas: a) a primeira, influenciada pela doutrina norte-americana, revelado como critério de interpretação, no qual a norma jurídica somente pode ser declarada inconstitucional quando a invalidade seja flagrante e inequívoca; b) segunda, baseada na doutrina alemã, se perfaz como técnica de decisão, pela qual uma norma jurídica não deve ser declarada inconstitucional quando possa ser interpretada em consonância com a Constituição, de maneira que cabe ao órgão judicial eliminar as possibilidades de interpretação incompatíveis com o ordenamento constitucional (MORAES, 2012, p. 123).³⁷

O princípio da proporcionalidade, pela visão da jurisprudência do STF, trata desse princípio com o da concordância prática, proibição do excesso e razoabilidade, tendo evoluído da teoria do desvio legislativo para servir de critério para aferir ou parâmetro de valoração dos atos advindos do Poder Público (MORAES, 2012, p.127).

Deve ser acrescentado ao acima exposto, um detalhe perquirido por Luís Roberto Barroso, sobre o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, que também é usado, como instrumento de ponderação entre valores constitucionais contrapostos. Podendo serem incluídas aí, as colisões de direitos fundamentais e as colisões entre estes e interesses coletivos (BARROSO, 2019, p. 296).

Reconstruindo o caminho percorrido até aqui, delineamos preceitos gerais sobre a repartição constitucional de competência para legislar, depois, aprofundamos, avaliando o tema sobre a égide dos princípios da hermenêutica constitucional. Um último passo importante, é a verificação da jurisprudência do próprio STF³⁸ em situações

³⁷ Guilherme Peña de Moraes (2012, p. 123) entende que “há a discriminação entre interpretação conforme a Constituição e declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução do texto, na medida que aquela é imanente à interpretação, eis que consiste na exclusão de possibilidades de interpretação, enquanto que esta é inerente à aplicação, já que consiste na exclusão de hipóteses de aplicação, da norma submetida ao controle de constitucionalidade, sendo manifesto que ambas importam na redução do conteúdo ou programa normativo, vez que o texto da lei ou ato normativo não é alcançado, pela declaração de constitucionalidade (interpretação conforme a Constituição) ou inconstitucionalidade (declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto)”.

³⁸ Não se objetivou o esgotamento da matéria, pois, foram selecionadas jurisprudências que mostram o confronto de leis estaduais com federais, refletindo valores e aspectos ligados ao direito do consumidor, sempre no contexto da ADI nº 750, objeto central de nosso estudo.

análogas, qual seja, situações em que leis estaduais extrapolaram o limite da repartição de competência. Vejamos:

a) ADI nº 3.645-9/PR foi julgada procedente, declarando inconstitucional a lei 14.861/05 do Estado do Paraná. A lei tentou regulamentar o direito à informação quanto a alimentos e ingredientes alimentares que continham ou fossem produzidos a partir de alimentos transgênicos, em qualquer porcentagem, no produto a ser adquirido. Entenderam que houve extrapolação dos limites da competência suplementar do Estado para legislar em matéria de produção, consumo, proteção e defesa da saúde, ao invés de adaptar-se a lei federal.

Entenderam os ministros que relevância da matéria tratada na ação, qual seja, a presença de organismos geneticamente modificados transcende o âmbito do interesse regional, de competência legislativa concorrente (consumidor), atingindo o comércio interestadual e exterior.

b) ADI nº 3.098-1/SP⁴⁰ também foi julgada procedente, declarando inconstitucional a Lei nº 10.860/01 do Estado de São Paulo, que estabelecia requisitos para a criação, autorização de funcionamento, avaliação e reconhecimento dos cursos de graduação na área da saúde de instituições públicas e privadas. Ainda, atribuiu ao Conselho Estadual de Saúde a competência de emitir parecer conclusivo sobre a necessidade social dos cursos em questão.

Os problemas aqui são de dois tipos: a) a lei impugnada não define os critérios a serem observados para satisfação do requisito de necessidade social; b) o legislador estadual teria extrapolado sua competência, invadindo a competência privativa da União para legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional (artigo 22, inciso XXIV).

Em seu voto, o ministro e relator, Carlos Velloso, explicou que cabe Estado-membro, no uso da competência suplementar, preencher os vazios deixado pelas normas gerais, a fim de afeiçoá-la às peculiaridades locais. A lei estadual foi além da competência concorrente suplementar, pois, a norma foi editada quando já existia a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei 9394/96), daí a afronta à Constituição Federal.

c) ADI nº 2.359-4/ES⁴¹ foi julgada improcedente. Referindo-se a lei nº 5.652/98 do Estado do Espírito Santo que, permitia a comercialização de produtos vasilhames, recipientes ou embalagens reutilizáveis. A grande questão envolvida foi a reutilização de botijões para acondicionamento do gás liquefeito de petróleo engarrafado (GLP). Nesse sentido, o consumidor, no momento da compra de gás, trocava de botijão com o fornecedor, independentemente da marca estampada originalmente no botijão.

Nesse caso, os ministros entenderam que eventual declaração de inconstitucionalidade ser revelaria como ato a livre concorrência, nos termos do inciso V

³⁹STF. ADI nº 3.645/PR. Relatora: Min. Ellen Gracie. Data de Julgamento: 31/05/2006. Data de Publicação: DJ 01/09/2006.

⁴⁰STF. ADI nº 3.098-1/SP. Relator: Min. Carlos Velloso. Data de Julgamento: 24/11/2005. Data de Publicação: 10/03/2006.

⁴¹STF. ADI nº 2.259-1/ES. Relator Min. Eros Grau. Data de Julgamento: 27/09/2006. Data de publicação: 07/12/2006.

do artigo 170 da CF. Ainda, entenderam que a lei continha diretrizes relativas ao consumo de produtos acondicionados em recipientes reutilizáveis, portanto, dentro da competência legislativa concorrente entre União, Estados e Distrito Federal.

d) ADI nº 2.832-4/PR⁴²; julgada parcialmente procedente, declarando a parcial inconstitucional da lei nº 13.519/02 do Estado do Paraná. A referida lei obrigava que os rótulos de das embalagens de café comercializados no Paraná, tivessem a porcentagem de cada espécie vegetal contida no produto, priorizando o direito à informação do consumidor. Já o artigo 2º da lei, ao definir sua aplicabilidade, estendia seus efeitos a todas as unidades da federação.

O Ministro Ricardo Lewandowski, em sem voto, declarou que não houve usurpação da competência privativa da União para legislar sobre direito comercial e comércio interestadual, porque o ato normativo impugnado buscou tão somente assegurar a proteção do consumidor. Porém, a lei não poderia estender seus efeitos a outros estados da federação e nesse ponto seria inconstitucional. O voto foi seguido pela maioria dos ministros, sendo este o resultado do julgamento.

e) ADI 910-9/RJ⁴³; julgada procedente, declarando a inconstitucionalidade da lei nº 2.089/93 do Estado do Rio de Janeiro. A referida lei exigia que rótulos, tampas ou similares, de bebidas comercializadas no Estado contivessem numeração, possibilitando controle de vendas para fins de arrecadação de impostos estaduais. A lei entrou em vigor da data da publicação, mas não gerou efeitos porque previa a necessidade de regulamentação pela Secretaria Estadual de Indústria e Comércio.

O Ministro Maurício Corrêa (relator), entendeu que o Estado do Rio de Janeiro estaria legislando em matéria de comércio interestadual e até mesmo internacional, pois, as bebidas importadas estariam sujeitas ao sistema fiscalizatório. Dessa forma, ficou decidido que ocorreu a ofensa ao inciso V do artigo 24 da CF (competência legislativa concorrente) pela falta de delegação específica, nos termos do artigo inciso IV do artigo 84 da CF e que a matéria não comportaria atuação residual do Estado.

f) ADI 2.730/SC⁴⁴ julgada parcialmente procedente, declarando a parcial inconstitucionalidade da Lei nº 12.385/02 do Estado de Santa Catarina que criou um programa de assistência as pessoas portadoras da doença celíaca e alterou atribuições de secretarias estaduais.

A Ministra Cármen Lúcia, também relatora, destacou o vício formal que apresentou a lei, ao disciplinar sobre as secretarias estaduais infringiu a regra da reserva de iniciativa legislativa do artigo 61, §1º, inciso II da CF. Afirma a constitucionalidade, sobre a determinação para que supermercados e hipermercados concentrem em um mesmo local ou gôndola, todos os produtos alimentícios especialmente elaborados sem

⁴² STF. ADI nº 2.832-4/PR. Relator Min. Ricardo Lewandowski. Data de Julgamento: 07/05/2008. Data de publicação: 20/06/2008.

⁴³ STF. ADI nº 9.010-9/RJ. Relator Min. Maurício Corrêa. Data de Julgamento: 20/08/2003. Data de publicação: 21/11/2003.

⁴⁴ STF. ADI nº 2.730/SC. Relator Min. Cármen Lúcia. Data de Julgamento: 05/05/2010. Data de publicação: 28/05/2010.

a utilização de glúten, considerando a competência legislativa concorrente sobre consumo e defesa da saúde, consoante incisos V e XII, da CF, ainda, cita o §1º do artigo 55 do CDC, que atribui ao Estado-membro o controle da Publicidade de produtos e do mercado de consumo no interesse da preservação da saúde.

A ação foi julgada parcialmente improcedente, declarando-se inconstitucional apenas a parte em que invadiu atribuiu competências as secretarias estaduais, padecendo, então, de vício formal de iniciativa.

3 PESQUISA EMPÍRICA

A ADI nº 750 serviu de acórdão paradigma para nortear uma pesquisa empírica do direito, pois, até a data de encerramento do presente trabalho, trata-se da decisão mais recente do STF em matéria afeta a rotulagem de alimentos. O objeto da pesquisa empírica é a verificação do impacto dos temas tratados, analisando o que se discute em nossos Tribunais de Justiça sobre rótulos de alimentos.

Assim, foram pesquisados os repositórios oficiais dos 27 (vinte e sete) Tribunais de Justiça do Brasil, que embora não disponibilizem a totalidade dos casos julgados por eles, a amostra serve para demonstrar como os tribunais vêm decidindo determinada questão.

Ainda, adota-se como recorte temporal, o período compreendido entre 01 de janeiro de 2017 até 30 de abril de 2019, equivalente a 28 meses. Nesse sentido, adota-se ainda como critério de seleção, a data de publicação do acórdão, exceto para os Tribunais que indexam os julgados obrigatoriamente pela data de julgamento. Ainda, foi utilizado como palavras-chave às expressões: “rótulos e alimentos”, “rótulos” e “ADI 750”.

Em relação tratamento dos resultados, considera-se como relevantes, e portanto, contabilizados os resultados na pesquisa, apenas as decisões colegiadas de segundo grau (acórdãos). Nesse sentido, foram desconsiderados resultados proferidos em embargos de declaração, agravos de instrumento e ainda, acórdãos que tratavam de temas não afetos a discussão central firmada na ADI nº 750.

Os resultados relevantes são aqueles que conjugam os temas tratados na ADI nº 750, quais sejam, tratam do direito à informação do consumidor, expresso em rótulos de produtos alimentícios e podem revelar conflitos na repartição de competência legislativa.

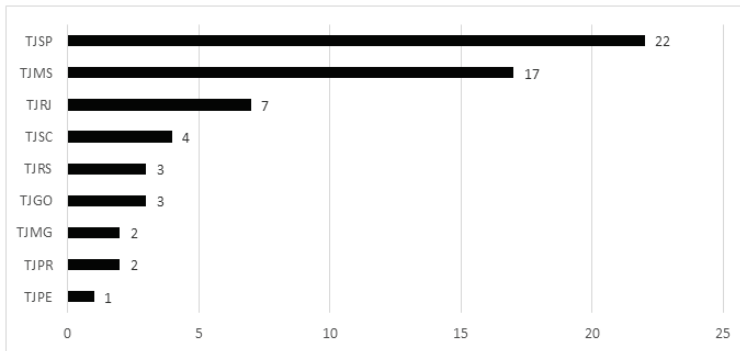
Estabelecida a metodologia utilizada, chega-se a 61 (sessenta e uma) amostras. Para demonstrar a expressividade desse número, se for aplicado apenas o recorte temporal e as palavras-chaves, obtém-se aproximadamente 14.837 (quatorze mil e oitocentos e trinta e sete) decisões, e os resultados relevantes equivalente a 0,41% do resultados.

Acredita-se que o baixo número de decisões relevantes possa refletir, sem a exclusão de outros fatores: a) dificuldade de acesso à justiça, considerando as regiões mais pobres ou remotas do nosso país; b) baixo valor dos produtos envolvidos; c) dificuldade na produção de provas; d) longa duração dos processos judiciais; e) baixo valor indenizatório, pois, em nosso ordenamento as indenizações por dano moral, encontram limite não só na repercussão do dano, mas também na condições financeiras da vítima do consumo, evitando-se o enriquecimento sem causa.

As decisões podem ser classificadas por ano, e assim observa-se o resultado de 39 (trinta e nove) decisões proferidas em 2017, 35 (trinta e cinco) decisões em 2018 e apenas 4 (quatro) em 2019, ressaltando que pesquisa de julgados terminou em 30 de abril de 2019. Embora em 2018 se tenha menos decisões, isso não revela um declínio no ajuizamento de demandas similares. Para analisar essa perspectiva, teria que ser considerada, talvez, a jurisprudência de dez ou vinte anos.

Outra informação relevante é a classificação quanto a origem do produto alimentício. Dessa forma, 55 (cinquenta) acórdãos tratavam sobre produtos nacionais, enquanto apenas 6 (seis) tratavam de produtos importados (ou ainda importados e envasados no Brasil, como azeites, por exemplo).

Gráfico 1 – Número de julgados por Tribunal de Justiça.



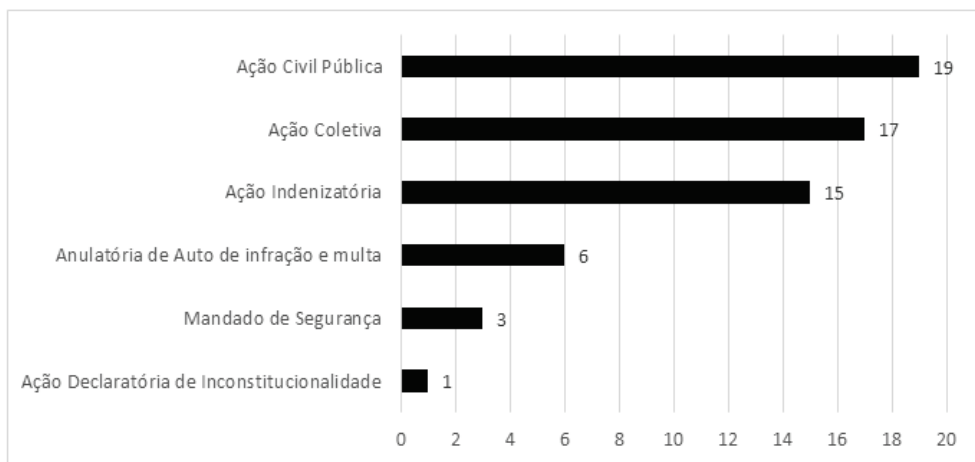
Fonte: Elaborado pelo próprio autor com base na pesquisa de julgados elaborada em 2017, 2018 e 2019.

Observando o gráfico acima, pode-se notar que 22 (vinte e duas) decisões foram proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, sendo este o maior índice encontrado. Em seguida, foram encontradas 17 (dezesete) decisões advindas do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Por outro lado, o Tribunal de Justiça de Pernambuco, apresentou apenas 1 (uma) decisão.

Deve ser destacado, oportunamente que não foram encontradas decisões nos Tribunais de Justiça dos seguintes Estados: Acre, Alagoas, Amapá, Amazonas, Bahia, Ceará, Distrito Federal, Espírito Santo, Maranhão, Mato Grosso, Pará, Paraíba, Piauí, Rio Grande do Norte, Rondônia, Roraima, Sergipe e Tocantins.

Considerando os Estados que não tiveram nenhuma decisão, pode se relacionar tal informação com o mapa da fome no Brasil⁴⁵, pois, estes Estados detém o maior número de pessoas com menor renda *per capita* por entidade familiar. Conclui-se nesse aspecto que há a insegurança alimentar, pelo não cumprimento do aspecto relacionado a *food security* (direito de todas as pessoas de estarem livre da fome, através do acesso regular e permanente à alimentos de qualidade).

Gráfico 2 – Tipos de ações mais manejadas em matéria de rotulagem de alimentos.



Fonte: Elaborado pelo próprio autor com base na pesquisa de julgados elaborada em 2017, 2018 e 2019

A análise da jurisprudência, ainda, revela um aspecto importante, voltado ao direito de ação. Podendo ser observado que entre os tipos de ações mais recorrentes destaca-se em primeiro lugar, a ação cível pública, demonstrando, principalmente a atuação do Ministério Público Estadual em matéria consumerista. Em segundo e terceiro lugar, estão as ações coletivas e as ações indenizatórias, com índices próximos.

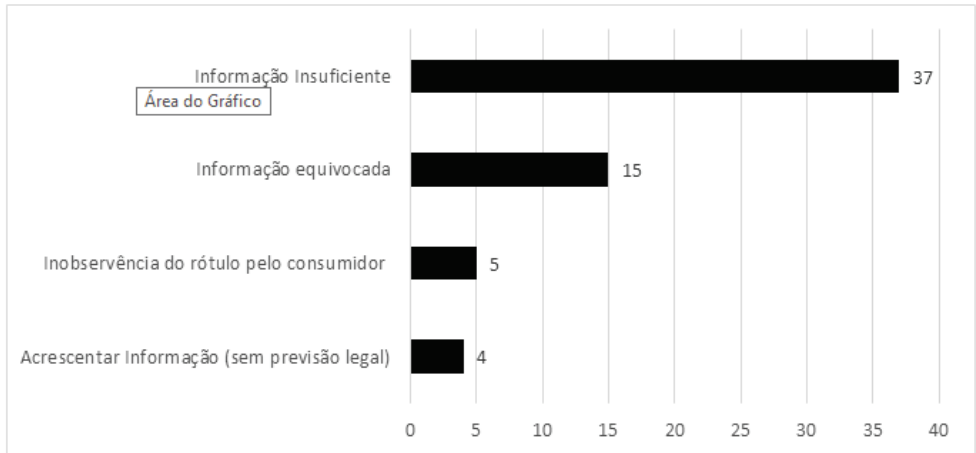
O fato das ações indenizatórias possuírem números aproximados a ação civil pública, nos indicam uma forte tendência de que os consumidores busquem o judiciário de forma individualizada. A esse respeito, agrega-se uma observação anterior, qual seja, que estes números poderiam ser maiores, caso não houvesse dificuldade de acesso à justiça; o baixo valor dos produtos envolvidos; a dificuldade na produção de provas; longa duração dos processos judiciais brasileiros; o baixo valor indenizatório; etc.

O baixo número de ações declaratórias de inconstitucionalidade, em nosso

⁴⁵Dados do IBGE (2013, p. 158/159), considerando a distribuição da renda mensal familiar per capita, ponderando as famílias que não possuem sem renda e quando esta for igual ou inferior a um quarto de salário mínimo, nos Estados do Brasil. Dessa fora, observa-se a seguinte ordem (classificada pelo maior número de famílias com menor rendimento): MA - 24,50%; AL - 21,10%; CE - 18,60%; PI - 17,40%; AM - 17,20%; PA - 16,70%; BA - 16,70%; PB - 15,90%; AC - 15,60%; RN - 14,70%; PE - 14,30%; AP - 13,20%; SE - 13,10%; RR - 12,50%; TO - 12,20%; RO - 9,10%; ES - 7,30%; MT - 6,60%; MG - 6,40%; RJ - 5,40%; MS - 5,10%; DF - 4,70%; GO - 4,60%; RS - 4,30%; SP - 3,90%; PR - 3,90%; SC - 3,00%.

entendimento reflete o baixo índice de invasão da repartição da competência legislativa, entre os entes federados. Ainda, deve ser considerado o tempo de tramitação desse tipo de ação, pois, como exemplo, a ADI nº 750, que tramitou durante 25 anos.

Gráfico 3 – Classificação da qualidade da informação nos rótulos dos produtos



Fonte: Elaborado pelo próprio autor com base na pesquisa de julgados elaborada em 2017, 2018 e 2019.

Como exposto no capítulo anterior, o direito à informação do consumidor, pode sofrer interferência, se considerada as informações impressas nos rótulos dos produtos alimentícios, dando causa a chamada racionalidade limitada, seja pela falta de informações essenciais (enganosidade por omissão); por problemas de interpretação das informações, pelo excesso de informação; ou ainda, a informação dos rótulos pode ser dúbia ou imprecisa.

Nesse sentido, analisando a jurisprudência nos moldes da pesquisa efetuada, pode ser verificado que:

a) 37 julgados, portanto, a maioria deles, foi constatada a insuficiência de informações essenciais nos rótulos dos produtos alimentícios. Tais informações podem impactar diretamente no direito de escolha do consumidor, repercutindo ainda em outras áreas, como a saúde do consumidor.

Entre as principais ocorrências, destaca-se: a necessidade de indicar a presença de glúten em alimentos, em atenção aos portadores da doença celíaca; rótulos sem indicação de origem (carnes e ovos); ausência da data de fabricação e validade (sanduíche); falta de indicação da presença de lactose, gordura trans, traços de leite e ovos; produtos integrais que não indicavam o percentual de farinha integral existente no produto; e, letra e espaçamento inadequado, configurando falta de ostensividade.

Em relação a produtos *in natura*, destaca-se os julgados relacionados a

comercialização de produtos sem data validade (brócolis e alface) e açougue que expunha à venda produtos rotulados, mas sem indicação de fornecedor.

Ainda, foram encontrados julgados referentes a leis que tinham intenção de completar as informações previstas em rótulos. É o caso de uma lei municipal de Goiânia que impunha a exigência de que fossem colocados fotos de acidente de trânsito (colisão de veículos) e estatísticas nos rótulos de bebidas alcoólicas, e de uma lei estadual do Paraná que, obrigava a manutenção do histórico dos preços de produtos e serviços em promoção.

b) 15 julgados tratavam de rótulos que continham informações equivocadas, dúbias, ou em desacordo com a lei, capazes de confundir o consumidor ou levá-lo a erro sobre informação essencial do produto.

Entre as principais ocorrências nos julgados estão: produtos que pesavam menos do que o indicado nos rótulos; advertências gerais sem o devido destaque; produtos que indicavam a presença de vitaminas e cálcio sem os possuir; produtos que diziam ser *light* sem preencher os requisitos; produtos que diziam ser “detox” sem comprovação terapêutica perante a ANVISA.

Em relação a óleos e azeites, observa-se os seguintes julgados: azeite sendo vendido como extravirgem, sendo que não se qualificaria como tal, por ter adição de outros óleos vegetais; óleos vegetais sendo vendidos como azeite; rótulos de óleo vegetal com imagens de azeitonas, dando a falsa impressão de que se tratavam de azeite.

Ainda, foram encontrados julgados em relação a bebidas, relatando: determinação para retirar do rótulo a expressão “sem álcool” em cervejas que continham álcool (ainda que em baixa concentração); bebida energética que continha álcool sem advertência no rótulo; rótulo de água adicionada de sais em embalagem gravada em relevo água mineral, podendo confundir o consumidor.

Por fim, foram descobertos problemas em relação a rótulos de produtos alimentícios com marca de indicação geográfica. Tais alimentos são fabricados de acordo com a tecnologia, receita, modo de preparo, típicos de determinada região, com a intenção de que o alimento tenha semelhança com o originalmente produzidos naquela região. Dessa forma, deve trazer a expressão “tipo” (por exemplo, sorvete tipo napolitano).

c) 5 julgados em que os consumidores não observaram os rótulos dos produtos, pois, estes traziam todas as informações exigidas em lei mas, o consumidor não se atentou ou ignorou as instruções dos rótulos.

Os julgados nos relevam: caso em que o consumidor confundiu maionese com

⁴⁶A lei municipal nº 9.374/2013 de Goiânia e lei estadual Nº 18.805/16 do Paraná foram declaradas inconstitucionais, por infringirem a repartição de competência.

reduzido teor de lipídeos com maionese light; consumidor colocou refrigerante no freezer e ao retirar colocando-o na pia, este explodiu, ignorando o aviso no rótulo, “não congelar”, “evitar choque físico”; ainda, consumidor que queimou a mão ao manusear forma plástica de pudim, utilizando-a para fazer a calda de açúcar, sendo que o rótulo advertia que a forma não poderia ser utilizada para essa finalidade.

d) 4 julgados em que se discutiam a necessidade de acrescentar informações nos rótulos, mas sem previsão legal. Nesse sentido, destaca-se uma ação civil pública, na qual foi feita a tentativa de que os rótulos de cervejas passassem a indicar a quantidade de calorias e sódio.

Ainda, foram encontradas quatro ações civis públicas do Estado de São Paulo, objetivando que determinadas empresas fizessem constar nos rótulos dos seus produtos a informação da presença de OGM, independentemente da quantidade, embora já se tenha lei regulamentando a matéria⁴⁷. Nesse sentido, o rótulo deve indicar a presença de OGM, quando este contiver acima do limite de 1% de sua composição.

Gráfico 4 - Classificação dos assuntos mais encontrados nos julga



Fonte: Elaborado pelo próprio autor com base na pesquisa de julgados elaborada em 2017, 2018 e 2019.

Considerando os assuntos mais recorrentes encontrados na pesquisa de julgados, observa-se que, em todos eles o direito à informação do consumidor foi ponderado pelo Tribunal, demonstrando a importância e a necessidade de mais estudos sobre o tema, considerando a fragilidade e interdisciplinaridade envolvida na área dos direitos dos consumidores. Em relação a inobservância dos rótulos pelos consumidores (5), reitera-se o dito anteriormente.

Assim, o segundo assunto mais ventilado foi a adequação dos rótulos dos alimentos (55), que pode ser interpretado conjuntamente com outras informações. Então, quando se trata de adequação dos rótulos, compreende-se que há a necessidade de implementar melhorias, como um dever geral de cautela do fornecedor de alimentos,

⁴⁷Referência ao decreto nº 4.680/03, em especial o artigo 2º que determina a informação da presença de OGM ao consumidor, quando este for superior ao limite de 1% do produto.

considerando a grande necessidade de acrescentar informações (33), correção de equívocos (14) e a ausência de rótulos (5).

Em outra perspectiva, quando se pondera o direito à saúde dos consumidores e problemas envolvendo a rotulagem dos alimentos, considerando a reparação por danos experimentados, pode ser considerado que o tema envolve: danos morais, podendo ser individuais (9), difusos (3) ou coletivos (2) e danos materiais (4).

Em apenas um julgado, foi suscitado o princípio dignidade da pessoa humana. Abordava alimentos expostos à venda (carnes e ovos), fora das especificações técnicas, pois, estavam sem a identificação de origem, sem registro de inspeção sanitária. Nesse caso ainda, o fornecedor foi condenado no pagamento de danos morais coletivos, reconhecendo-se o caráter transindividual do dano.

Quando se trata de conflito na repartição de competências para legislar (3), foram encontrados dois julgados envolvendo uma lei municipal e um julgado referente a uma lei estadual, ambas, legislando em matéria de consumidor, não refletindo interesse local ou regional, mas matérias de interesse nacional ou que exijam uniformidade de aplicação em todo território nacional. Trata-se da lei municipal nº 9.374/2013 de Goiânia e lei estadual Nº 18.805/16 do Paraná, já mencionadas.

Ainda, em apenas um desses julgados foi mencionado a ADI nº 750. Trata-se da ação direta de inconstitucionalidade nº 1.583.131-7 do Estado do Paraná. Nessa ação, foi questionada a constitucionalidade da lei estadual nº 18.506/16 que obrigava os fornecedores de produtos e serviços informarem o histórico dos preços de produtos e serviços em promoção. Foi considerado que os efeitos da lei extrapolam os limites do Estado do Paraná, sendo declarada sua inconstitucionalidade.

Analisando os reflexos negativos para o rotulagem de alimentos, em vista dos argumentos apresentados nos capítulos anteriores, cabe aos Estados-membros, respeitar a repartição da competência legislativa, editando leis sempre no interesse regional, ponderando que, sua atividade legislativa, não pode impor regras que ultrapassem os limites de suas fronteiras.

Ainda, pela observação dos resultados da pesquisa empírica, entende-se que o direito à informação dos consumidores, embora previsto na Constituição, CDC e demais instrumentos legais, ainda sofre com a negligência dos fornecedores de alimentos, que não cumprem a legislação. Por outro lado, falta uma regramento mais específico e com punições mais rígidas, para atender os anseios e necessidades da população.

Logo, deve ser mitigada as tentativas de redução dos direitos já conquistados, repudiando-se iniciativas, como o “Projeto de Lei nº 34 de 2015” que retira a obrigação dos produtores de alimentos de informar o consumidor sobre a presença de OGM se a concentração destes for inferior a 1% do produto, retirando ainda, dos rótulos de alimentos o símbolo indicativo da presença de transgênico, representado visualmente por um triângulo amarelo com a letra “T” em maiúsculo.

A alimentação não é apenas o ato de saciar a fome, envolve rituais e hábitos, peculiares e típicos de determinados grupos de pessoas ou de cada região do Brasil, evidenciando o aspecto cultural da alimentação. Nesse sentido, o respeito ao direito à informação só agrega valor, pois, é através do conhecimento que as pessoas podem se autodeterminar, fazendo escolhas conscientes, rumo ao consumo sustentável, garantindo assim, um mundo melhor para as futuras gerações.

REFERÊNCIAS

ALABRESE, Mariagrazia. **Il Regime Della Food Security Nel Commercio Agricolo Internazionale**: Dall'Havana Charter al processo di reforma dell'Accordo agricolo WTO. Torino: G. Giappichelli Editore, 2017.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **Direito Constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 8ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. E-book.

BEURLEN, Alexandra. **Direito Humano à Alimentação Adequada no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2008.

BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. **Rotulagem Nacional Obrigatória**: Manual de Orientação aos Consumidores. Brasília: Ministério da Saúde, 2005. 17 p. Disponível em: http://portal.anvisa.gov.br/documents/33916/396679/manual_consumidor.pdf/e31144d3-0207-4a37-9b3b-e4638d48934b. Acesso em: 01 fev. 2019.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 01 fev. 2019.

_____. Decreto nº 4.680, de 24 de abril de 2003. Regulamenta o direito à informação, assegurado pela Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, quanto aos alimentos e ingredientes alimentares destinados ao consumo humano ou animal que contenham ou sejam produzidos a partir de organismos geneticamente modificados, sem prejuízo do cumprimento das demais normas aplicáveis. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 25 abr. 2003. Seção 1, p. 2. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/d4680.htm. Acesso em: 01 jan. 2019.

_____. Decreto-lei nº 209, de 27 de fevereiro de 1967. Institui o Código Brasileiro de Alimentos, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 27 fev. 1967. Seção 1, p. 2352. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1965-1988/Delo209.htm. Acesso em: 01 jan. 2019.

_____. Decreto-lei nº 986, de 21 de outubro de 1969. Institui normas básicas sobre

alimentos. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 21 out. 1969. Seção 1, p. 8935. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0986.htm. Acesso em: 01 jan. 2019.

_____. Instrução normativa Interministerial nº 1, de 01 de abril de 2004. Aprova o regulamento técnico sobre a rotulagem de alimentos e ingredientes alimentares que contenham ou sejam produzidos a partir de organismos geneticamente modificados. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 02 de abr. 2004. Disponível em: <http://www.agricultura.gov.br/assuntos/insumos-agropecuarios/insumos-pecuarios/alimentacao-animal/arquivos-alimentacao-animal/legislacao/instrucao-normativa-interministerial-no-1-de-10-de-abril-de-2004.pdf/@download/file/INSTRU%C3%87%C3%83O%20NORMATIVA%20INTERMINISTERIAL%20N%C2%BA%201,%20DE%201%C2%BA%20DE%20ABRIL%20DE%202004.pdf>. Acesso em: 01 jan. 2019.

_____. Instrução Normativa – CNNPA nº 12, de 1978. Aprova os Padrões de Identidade e Qualidade para os alimentos (e bebidas) constantes desta Resolução. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 24 de jul. 1978. Disponível em: http://portal.anvisa.gov.br/documents/33916/394219/Resolucao_CNNPA_n_12_de_1978.pdf/4f93730f-65b8-4d3c-a362-eae311de5547. Acesso em: 01 jan. 2019.

_____. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 12 set. 1990. Seção 1, p. 1. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 01 jan. 2019.

_____. Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999. Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 27 jan. 1999. Seção 1, p. 1. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9782.htm. Acesso em: 01 jan. 2019.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 01 fev. de 2019.

_____. Lei nº 10.674, de 16 de maio de 2003. Obriga a que os produtos alimentícios comercializados informem sobre a presença de glúten, como medida preventiva e de controle da doença celíaca. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 19 mai. 2003. Seção 1, p. 1. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.674.htm. Acesso em: 01 jan. 2019.

_____. Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 10 do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei no 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória no 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 28 mar. 2005. Seção 1, p. 1. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 01 jan. 2019.

_____. Lei nº 11.346, de 15 de setembro de 2006. Cria o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – SISAN com vistas em assegurar o direito humano à alimentação adequada e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 18 set. 2006. Seção 1, p. 1. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11346.htm. Acesso em: 01 mar. 2019.

_____. Portaria ANVISA nº 29, de 13 de janeiro de 1998. Aprova o Regulamento Técnico referente a Alimentos para Fins Especiais. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, Poder Executivo, 30 mar. 1998. Disponível em: http://portal.anvisa.gov.br/documents/33916/394219/PORTARIA_29_1998.pdf/49240642-4002-48f4-8213-a1b74aa4bd32. Acesso em: 01 mar. 2019.

_____. Resolução ANVISA RDC nº 26, de 12 de julho de 2015. Dispõe sobre os requisitos para rotulagem obrigatória dos principais alimentos que causam alergias alimentares. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, Poder Executivo, 03 jul. 2015. Disponível em: http://portal.anvisa.gov.br/documents/10181/2694583/RDC_26_2015_.pdf/bo0a1e89b-e23d-452f-b029-a7bea26a698c. Acesso em: 01 mar. 2019.

_____. Resolução ANVISA RDC nº 135, de 08 de fevereiro de 2017. Altera a Portaria SVS/MS nº 29, de 13 de janeiro de 1998, que aprova o regulamento técnico referente a alimentos para fins especiais, para dispor sobre os alimentos para dietas com restrição de lactose. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, Poder Executivo, 09 fev. 2017. Disponível em: http://portal.anvisa.gov.br/documents/10181/2955920/RDC_135_2017_.pdf/ac21ecc5-b439-4872-8a11-01cbef2d3d51. Acesso em: 01 mar. 2019.

_____. Resolução ANVISA RDC nº 136, de 08 de fevereiro de 2017. Estabelece os requisitos para declaração obrigatória da presença de lactose nos rótulos dos alimentos. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, Poder Executivo, 09 fev. 2017.

Disponível em:

http://portal.anvisa.gov.br/documents/10181/2955920/RDC_136_2017_.pdf. Acesso em: 01 mar. 2019.

_____. Resolução ANVISA RDC nº 360, de 23 de dezembro de 2003. Aprova Regulamento Técnico sobre Rotulagem Nutricional de Alimentos Embalados, tornando obrigatória a rotulagem nutricional. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, Poder Executivo, 26 dez. 2003. Disponível em: http://portal.anvisa.gov.br/documents/33880/2568070/res0360_23_12_2003.pdf/5d4fc713-9c66-4512-b3c1-afee57e7d9bc. Acesso em: 01 mar. 2019.

_____. Resolução MERCOSUL/GMC/Res. Nº 10/91, de 16 de dezembro de 1991. Aprova as normas do Mercosul para rotulagem de alimentos embalados. Disponível em: https://gd.mercosur.int/SAM/GestDoc/pubweb.nsf/OpenFile?OpenAgent&base=SAM/GestDoc/DocOficoArch.nsf&id=832579C700726F0D832577C1004B256F&archivo=RES_0101991_PT_Normas%20MCS%20Rotulagem%20Alimentos%20Embalados_At%20_91.doc. Acesso em: 01 mar. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal Ação direta de inconstitucionalidade nº 750/RJ. Relator: Ministro Gilmar Mendes. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 09 mar. 2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em 01 fev. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal Ação direta de inconstitucionalidade nº 2.259-1/ES. Relator: Ministro Eros Grau. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 07 dez. 2006. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em 01 fev. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal Ação direta de inconstitucionalidade nº 2.730/SC. Relator: Ministro Cármen Lúcia. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 07 dez. 2006. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em 01 fev. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal Ação direta de inconstitucionalidade nº 2.832-4/PR. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 20 jun. 2008. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em 01 fev. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal Ação direta de inconstitucionalidade nº 3.098-1/SP. Relator: Ministro Carlos Velloso. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 10 mar. 2006. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em 01 fev. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal Ação direta de inconstitucionalidade nº 3.645/PR. Relator: Ministra Ellen Gracie. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 01 set. 2006. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em 01 fev. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal Ação direta de inconstitucionalidade nº 9.010-9/RJ. Relator: Ministro Maurício Corrêa. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 21 nov. 2003. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em 01 fev. 2019.

ESTORNINHO, Maria João. **Segurança alimentar e protecção do consumidor de organismos geneticamente modificados**. Coimbra: Almedina, 2008.

GONZALEZ, Douglas Camarinha. **Competência legislativa dos entes federados; conflitos e interpretação constitucional**. 2011. 176 f. Dissertação (mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-16082012-150740/publico/DOUGLAS_CAMARINHA_GONZALES_COMPLETA_CONFERIDA.pdf. Acesso em 01 mar. 2019.

GIUFFRIDA, Marianna. Il diritto fondamentale alla sicurezza alimentare tra esigenze di tutela della salute umana e promozione della libera circolazione delle merci. **Rivista di Diritto Alimentare**, Roma, ano IX, número 3, p. 34-44, jul/set. 2015. Trimestral. Disponível em: <http://www.rivistadirittoalimentare.it/rivista/2015-03/GIUFFRIDA.pdf>. Acesso em: 01 jan. 2019.

GRASSI NETO, Roberto. **Segurança alimentar: da produção agrária à proteção do consumidor**. 2011. 467 f. Tese (livre docência em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

LUCIFERO, Nicola. L'immissione in commercio di alimenti geneticamente modificati. **Rivista di Diritto Alimentare**, Roma, ano XI, número 2, p. 52-70, abr/jun. 2017. Trimestral. Disponível em: <http://www.rivistadirittoalimentare.it/rivista/2017-02/LUCIFERO.pdf>. Acesso em: 01 jan. 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MORINI, Claudia. Il diritto al cibo nel diritto internazionale. **Rivista di Diritto Alimentare**, Roma, ano XI, número 1, p. 35-47, jan/mar. 2017. Trimestral. Disponível em: <http://www.rivistadirittoalimentare.it/rivista/2017-01/MORINI.pdf>. Acesso em: 01 jan. 2019.

PASQUALOTO, Adalberto. Rótulo deve garantir informação necessária a uma alimentação adequada e saudável. In: **Revista Consultor Jurídico**, 3 de outubro de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-out-03/garantias-consumo-rotulo-garantir-informacoes-alimentacao-adequada>. Acesso em: 01 jan. 2019.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 11ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PIOVESAN, Flávia. Proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais e do direito à alimentação adequada: mecanismos nacionais e internacionais. In: PIOVESAN, Flávia; CONTI, Irio Luiz (Coord.). **Direito humano à alimentação adequada**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2007. p. 17 - 48.

PFEIFFER, Maria da Conceição Maranhão. **Direito à informação e ao consumo sustentável**. 2011. 166 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011.

RIO DE JANEIRO. Lei Estadual nº 1.939, de 30 de dezembro de 1991. Dispõe sobre a obrigatoriedade de informações nas embalagens dos produtos alimentícios comercializados no Estado do Rio de Janeiro e dá outras providências. **Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro**. Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, 31 dez. 1991. p. 01. Disponível em: http://www3.alerj.rj.gov.br/lotus_notes/default.asp?id=53&url=L2NvbnRsZWkubnNmL2lyNGEyZGE1YTA3NzgoN2MwMzI1NjRmNDAwNWQoYmYyLzYyNzExMwY5MjU1MTk5MjUwMzI1NjUxZTAwNzc1ZTFjPO9wZW5Eb2N1bWVudA==. Acesso em: 01 jan. 2019.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira. **A dimensão cultural do direito fundamental à alimentação**. 1ª Ed. Birigui, Boreal Editora, 2013.

A LEGITIMIDADE DO PROMITENTE VENDEDOR E DO PROMISSÁRIO COMPRADOR PARA FIGURAR NO POLO PASSIVO DE AÇÃO DE EXECUÇÃO DE DÉBITOS CONDOMINIAIS: ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

Juliana Pavarina Balieiro ¹

1 ACÓRDÃO PARADIGMA

O acórdão escolhido como paradigma trata-se de Recurso Especial (Resp. nº 1.345.331-RS) selecionado pelo Superior Tribunal de Justiça como representativo de controvérsia. No mencionado recurso foram firmados uma série de entendimentos acerca da responsabilidade do promitente vendedor e do promissário comprador sobre débitos condominiais em atraso.

O Recurso Especial mencionado foi interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que negou provimento ao recurso de apelação nos Embargos de Terceiro interposto pelos promissários compradores do bem.

Em breve síntese, o que sucedeu naquele processo foi que a falta de pagamento das despesas de condomínio fez com que o proprietário do imóvel fosse acionado por meio de ação de cobrança para realizar o pagamento das despesas em atraso. A referida ação foi julgada procedente e, em fase de execução, o imóvel que garantia o débito foi penhorado e por consequência foi designada hasta pública do mesmo.

Os promissários compradores do bem entraram com embargos de terceiro com o objetivo de desconstituir a penhora efetivada na execução, alegando, em resumo, que adquiriam o imóvel penhorado por meio de promessa de compra e venda não levada a registro.

Afirmaram ainda que eram adquirentes de boa-fé e que deveriam ter figurado no polo passivo da ação de cobrança, pois o condomínio tinha ciência de que estes além de serem os legítimos proprietários estavam na posse do bem imóvel.

A 2ª Vara Cível do Foro Central de Porto Alegre julgou improcedentes os embargos de terceiro movido pelos promissários compradores.

A improcedência foi mantida no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul sob os

¹ Advogada inscrita na OAB/SP com graduação em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto- UNAERP. Aluna do curso de pós-graduação lato sensu em "Direito Civil – Novos Paradigmas Hermenêuticos nas Relações Privadas" pela FDRP/USP. E-mail <juliana.pbalieiro@hotmail.com>

seguintes fundamentos: a) a ação de cobrança das cotas condominiais pode ser promovida contra o proprietário do imóvel que consta no registro imobiliário, contra o adquirente do imóvel ou mesmo contra ambos; b) sendo o débito *propter rem*, o próprio imóvel garante a dívida, independente da demanda ser promovida contra proprietário ou contra o adquirente; c) os embargantes não negaram a existência da dívida e tampouco a impugnam, sendo certo que o débito é posterior à promessa de compra e venda; d) não se aplica a impenhorabilidade do bem de família nesta situação por ser a dívida contribuição devida em função do próprio imóvel, fazendo-se incidir na ressalva do artigo 3º, inciso IV, da lei nº 8009/90.

Foi negado provimento ao Recurso de Apelação e a sentença de 1º grau foi mantida em sua integralidade, portanto, o Tribunal decidiu que o bem pode ser objeto de constrição a fim de responder pelas dívidas que dele se originaram.

No Recurso Especial os compromissários compradores alegaram além de divergência jurisprudencial, ofensa ao artigo 535 e artigo 267, inciso VI do Código de Processo Civil, utilizando os seguintes argumentos: a) que o processo foi ajuizado contra pessoa que não era mais proprietária do imóvel; b) que a imissão na posse é o que define a legitimidade.

Requereram, por fim, a nulidade da execução pelo fato do condomínio ter ajuizado ação contra o promitente vendedor e não contra os promissários compradores que possuem a posse e a propriedade do imóvel.

O Tribunal de origem admitiu o recurso especial interposto que foi distribuído ao Ministro Relator Luís Felipe Salomão. Concedida a oportunidade ao Ministério Público Federal se manifestar por meio do Subprocurador Geral da República, João Pedro Saboia Bandeira de Mello Filho, este opinou pelo não provimento do recurso especial.

Quem presidiu o julgamento foi o Ministro Raul Araújo. Quanto à votação, os Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira, Ricardo Villas Boas Cueva, Marco Buzzi, Marco Aurélio Bellize, Moura Ribeiro e João Otávio de Noronha votaram com o Ministro Relator para negar provimento ao recurso especial.

O relator em seu voto afirmou que não verificou a alegada violação ao artigo 535 do Código de Processo Civil, uma vez que o tribunal de origem se pronunciou de forma clara e fundamentada sobre a questão dos autos.

No mérito, o relator delimitou que a controvérsia dos autos reside em saber se o promitente vendedor de imóvel objeto de compra e venda que não foi objeto de registro tem legitimidade para figurar no polo passivo da ação. Analisou a questão e apresentou como fundamentos para negar provimento ao recurso especial: a) as despesas condominiais são obrigações *propter rem*, ou seja, acompanham o imóvel e são de responsabilidade daquele que detém a propriedade do bem ou um dos aspectos dela, como a posse, gozo ou fruição, desde que tenha uma relação jurídica direta com o condomínio; b) o interesse quanto ao pagamento dos débitos é da coletividade, uma vez

que a inadimplência onera os demais condôminos, além de ser despesa necessária para manutenção do bem comum; c) ante a natureza *propter rem* da obrigação, a responsabilidade pelo pagamento pode recair tanto sobre o promissário comprador quanto sobre o promitente vendedor, a depender da análise do caso concreto e com quem foi estabelecida a relação jurídica material; d) A decisão sobre quem integrará o polo passivo não fica ao desejo do credor, uma vez que é necessário estabelecer com quem foi formada a relação jurídica material; e) não é relevante se o compromisso de compra e venda foi registrado ou não.

Ficou demonstrado que o promitente comprador se imitiu na posse do bem e que o condomínio tinha ciência inequívoca da transação, desta forma as despesas devem recair sobre os compromissários compradores, portanto, não há como afastar a penhora do imóvel que deu origem ao débito, mormente levando em consideração o fato dos débitos terem origem no período em que estes já ocupavam o imóvel. Foi negado provimento ao recurso especial e o Ministro relator encaminhou os seguintes entendimentos firmados no RESP 1.345.331 RS como representativos de controvérsia nos termos do art. 543-C do Código de Processo Civil:

- a) O que define a responsabilidade pelo pagamento das obrigações condominiais não é o registro do compromisso de compra e venda, mas a relação jurídica material com o imóvel, representada pela imissão na posse pelo promissário comprador e pela ciência inequívoca do condomínio acerca da transação.*
- b) Existindo compromisso de compra e venda não levado a registro, a responsabilidade pelas despesas de condomínio pode recair tanto sobre o promitente vendedor quanto sobre o promissário comprador, dependendo das circunstâncias de cada caso concreto.*
- c) Se ficar comprovado: (i) que o promissário comprador se imitiu na posse; e (ii) o condomínio teve ciência inequívoca da transação, afasta-se a legitimidade passiva do promitente vendedor para responder por despesas condominiais relativas a período em que a posse foi exercida pelo promissário comprador².*

O acórdão paradigma foi julgado no dia 08 de abril de 2015 e cadastrado no STJ sob o tema 886.

2 FUNDAMENTOS TEÓRICOS

2.1 NOÇÕES GERAIS DE CONDOMÍNIO

O condomínio ocorre quando mais de uma pessoa possui propriedade sobre a

² Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº1.345.331 (2012/0199276-4). Relator:Ministro Luis Felipe Salomão. Diário da Justiça Eletrônico - Dje. Brasília. 20 de abril de 2015. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1396734&num_registro=201201992764&data=20150420&formato=PDF. Acesso em: 24 de abril de 2019.

mesma coisa indivisível, em outras palavras, a cada condômino é assegurada uma quota ou fração ideal sobre o bem. Todos os condôminos podem exercer ao mesmo tempo todos os atributos da propriedade, desde que a exerçam de forma compatível com a situação de condômino respeitando que cada um dos proprietários possuem direitos qualitativamente iguais sobre a totalidade do bem, limitando-se, obviamente, à porcentagem de seu respectivo quinhão (TARTUCE, 2015, p. 987).

Para Rubens Limongi França o condomínio “é a espécie de propriedade em que dois ou mais sujeitos são titulares, em comum, de uma coisa indivisa (*pro indiviso*), atribuindo-se a cada condômino uma parte ou fração ideal da mesma coisa (FRANÇA, 1996, p. 497)”.

Para Luciano de Camargo Penteado o condomínio tradicional consiste:

*O condomínio tradicional consiste na situação jurídica em que, sobre a mesma coisa indivisa, de modo total, exercem diferentes sujeitos de direito, poderes jurídicos concomitantes e subjetivamente distintos, preservada a indivisão da coisa, que é dividida apenas em frações ideais. A indivisibilidade da coisa, o estado de indivisão (*status indivisionis*), pode resultar de diferentes causas, como a legal, a convencional ou a natural. Assim, poderá haver bens em si divisíveis, objeto de condomínio (PENTEADO, 2013, p. 230).*

O condomínio pode ser classificado levando em consideração os critérios de origem e divisão. Quanto à sua origem o condomínio pode ser dividido: a) Voluntário ou convencional quando advém de convenção das partes, ou seja, duas ou mais pessoas concordam em adquirir um bem em conjunto e passam a dividir a propriedade (TARTUCE, 2015, p. 988); b) Legal ou necessário quando resulta de determinação legal como consequência inevitável do estado de indivisão do bem. As situações típicas de condomínio necessário envolvem direito de vizinhança, como por exemplo, meação de paredes, valas, cercas e muros (TARTUCE, 2015, p. 988); c) Eventual ou fortuito que tem origem em motivos alheios à vontade, como por exemplo, do direito hereditário. (PENTEADO, 2013, p. 230).

Quanto à forma ou divisão o condomínio pode ser classificado em: a) *pro diviso*, no qual se pode determinar qual o direito de propriedade de cada comunheiro; (TARTUCE, 2015, p. 988); b) *pro indiviso*, no qual não se pode determinar de forma corpórea qual o direito de cada condômino sobre a fração ideal. (TARTUCE, 2015, p. 988)

A vida em condomínio é bastante complexa, tendo em vista que incidem sobre o mesmo bem indivisível interesses de pessoas distintas, o que, muitas vezes, instiga conflitos de toda natureza, pois os condôminos possuem concomitantemente direitos e deveres sobre a coisa comum³.

No caso dos condomínios voluntários os condôminos tem o direito de usar a coisa, respeitando sua finalidade podendo alienar ou gravar de ônus, reivindicá-la contra

³ Código Civil, art. 1.324: “O condômino que administrar sem oposição dos outros presume-se representante comum”

terceiros e defender sua posse (PENTEADO, 2013, p. 230).

A administração no condomínio voluntário poderá ser exercida por pessoa escolhida dentre os condôminos ou alheia ao condomínio e será de sua responsabilidade representar os interesses de todos. Se um dos condôminos administra o bem sem oposição dos demais se presume que este é o representante por concordância tácita, nos termos do que preceitua o artigo 1.324 do Código Civil (BRASIL, 2002).

No que concerne às deliberações acerca das questões que envolvem o condomínio, a maioria será calculada pelo valor do quinhão, de acordo com o descrito no artigo 1.325⁴ do Código Civil (BRASIL, 2002).

Quanto aos deveres, está expresso na lei que todos os condôminos têm que contribuir na proporção de sua fração ideal com as despesas para a conservação do bem, neste sentido o artigo 1.315⁵ do Código Civil (BRASIL, 2002).

No que tange às despesas, antes de tudo, é preciso averiguar quais condôminos se obrigaram pessoalmente aquela dívida: a) Caso todos os condôminos tenham se obrigado, cada um responderá correspondentemente a sua fração ideal, nos termos do artigo 1.315 e 1.317⁶ do Código Civil (BRASIL, 2002), salvo estipulação contrária em contrato ou cláusula de solidariedade, sendo garantido ao condômino lesado o direito de regresso contra os demais;

b) Já no caso de as dívidas serem isoladas e um condômino específico se obrigou a pagá-la sem a anuência dos demais, responderá sobre o débito somente o que se obrigou pessoalmente de acordo com o artigo 1.318⁷ do Código Civil (BRASIL, 2002), exceto os débitos que tem natureza *propter rem*.

2.2 CONDOMÍNIOS EDILÍCIOS

O Condomínio Edilício foi excluído da categoria de condomínio voluntário no Código Civil e tem um capítulo exclusivo a partir do artigo 1.331⁸. O condomínio edilício é instituído por ato entre vivos, que pode ser por destinação do proprietário do edifício ou por incorporação imobiliária, e por testamento, tudo registrado no Cartório de Registro de Imóveis (GOMES, 2012, p. 243), conforme preleciona o artigo 1.332⁹ do Código Civil (BRASIL, 2002).

De acordo com Luciano de Camargo Penteado, os condomínios edilícios são:

⁴Código Civil, art. 1.325 "A maioria será calculada pelo valor dos quinhões."

⁵Código Civil, art. 1.315 "O condômino é obrigado, na proporção de sua parte, a concorrer para as despesas de conservação ou divisão da coisa, e a suportar os ônus a que estiver sujeita. Parágrafo único: presumem-se iguais as partes ideais dos condôminos."

⁶Código Civil, art. 1.317 "Quando a dívida houver sido contraída por todos os condôminos, sem se discriminar a parte de cada um na obrigação, nem se estipular solidariedade, entende-se que cada qual se obrigou proporcionalmente ao seu quinhão na coisa comum."

⁷Código Civil, art. 1.318 "As dívidas contraídas por um dos condôminos em proveito da comunhão, e durante ela, obrigam o contratante; mas terá este ação regressiva contra os demais."

⁸Código Civil, art. 1.331 "Pode haver, em edificações, partes que são propriedade exclusiva, e partes que são propriedade comum dos condôminos."

⁹Código Civil, art. 1.332 "Institui-se o condomínio edilício por ato entre vivos ou testamento, registrado no Cartório de Registro de Imóveis, devendo constar daquele ato, além do disposto em lei especial."

O condomínio em unidades autônomas pressupõe algumas unidades imobiliárias independentes, enquanto outras áreas, compreendidas no complexo condominial, continuam como área de uso comum e de propriedade em fração ideal (por quinhão). (PENTEADO, 2013, p. 235)

No que tange a estrutura interna dos condomínios edilícios temos que, conforme preconiza o artigo 1.331 do Código Civil, em edificações existem as partes que são propriedades exclusivas e que podem ser gravadas ou alienadas livremente pelos proprietários, não existindo direito de preferência dos outros condôminos. E também as que são de uso comum dos condôminos como a estrutura do prédio e o solo, que podem ser utilizadas livremente por todos os condôminos conforme sua destinação, mas não podem ser vendidas separadamente, divididas ou fazer uso destas de forma que prejudique a boa convivência e os direitos dos demais condôminos. (TARTUCE, 2015, p. 995)

Os condôminos possuem concomitantemente direitos e deveres sobre a coisa comum. No que tange aos direitos, os proprietários tem o direito de usar, gozar e dispor de sua unidade, respeitando sua finalidade, podendo alienar ou gravar de ônus, reivindicá-la contra terceiros e defender sua posse de modo amplo. (PENTEADO, 2013, p. 230)

Também é seu direito a participar e votar nas deliberações das Assembleias Ordinárias e Extraordinárias, sendo o único requisito exigido estar quites com as contribuições condominiais.

Quanto aos deveres do condômino o artigo 1.336, do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002), dispõe que é seu dever contribuir para as despesas do condomínio na proporção de suas frações ideais, salvo disposição em contrário na convenção.

Para Orlando Gomes: “A obrigação de contribuir para as despesas com a conservação da coisa é de natureza real, mas a de concorrer para a satisfação de dívidas contraída por um deles ou pelo administrador em proveito da coisa comum tem natureza pessoal” (GOMES, 2012, p. 230)

Por fim, como forma de extinção dos condomínios edilícios o artigo 1.357 do Código Civil (BRASIL, 2002) prevê que se a edificação for destruída ou esteja ameaçada de ruína os condôminos deverão deliberar na assembleia qual o futuro do condomínio, se reconstrução ou venda.

2.3 DESPESAS CONDOMINIAIS:

Atualmente faz-se necessária a vida em condomínio, principalmente em grandes cidades, tendo em vista o grave problema de segurança pública que assola

nosso país.

Contudo, viver em condomínio significa a colisão de diversos interesses quanto ao mesmo bem comum, inevitavelmente acarretando conflitos, seja pela não preservação do espaço alheio, pela má utilização das áreas comuns ou pelas contribuições mensais para a manutenção.

Na prática, a questão que gera mais embate e mal-estar entre os condôminos é a inadimplência das despesas condominiais, que prejudica seriamente o funcionamento do condomínio e onera, por consequência, os demais condôminos.

A falta de pagamento de tais despesas prejudica o condomínio como um todo, uma vez que diminuem substancialmente os recursos para manutenção da coisa comum e que são necessários para a segurança, o pagamento dos salários dos funcionários do condomínio e conservação das áreas comuns o que implica em um problema de caixa que onera os demais condôminos.

Como mencionado acima, o condomínio necessita de recursos para manter a coisa comum e pagar por todos os serviços que o guarnecem e, apesar da inadimplência, as despesas chegam mensalmente, desta forma, na tentativa de cobrir o rombo no caixa e conseguir pagar as contas mensais, é necessário aumentar a contribuição mensal dos demais condôminos.

A vida em condomínio exige uma distribuição paritária dos ônus e dos bônus, ou seja, as benesses como segurança, limpeza e boa infraestrutura estão atreladas a obrigação de pagar as contas mensais. A inadimplência acaba por comprometer não só o caixa e o fundo de reserva do condomínio, mas também o relacionamento entre os condôminos, uma vez que estes não ficam nada satisfeitos em terem que pagar um valor maior mensalmente porque o vizinho não contribui com sua parte.

A questão das despesas condominiais é tão grave, que o novo código de processo civil, na tentativa de conferir mais celeridade ao recebimento das despesas condominiais atrasadas, inovou neste particular e passou a incluir entre os títulos executivos extrajudiciais o crédito referente às despesas ordinárias e extraordinárias de condomínio edilício, como podemos notar em seu artigo 784, X, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015), ou seja, a partir da vigência do novo código não é mais necessário entrar com a ação de cobrança podendo ir direto para a fase executiva.

O fato das despesas condominiais tornarem-se título executivo extrajudicial trouxe mais celeridade ao recebimento do crédito e aliado a isto, temos ainda que as despesas condominiais tem natureza de obrigações reais, ou *propter rem* o que significa que elas surgem em razão da titularidade de um direito real, nos termos do

previsto no artigo 1.345¹⁰ do Código Civil (BRASIL, 2002).

Enquanto o direito obrigacional tem como objeto as relações humanas, o direito real é exercido sobre a coisa, ou seja, sobre um objeto corpóreo e concede o direito de uso, gozo e fruição dos bens. Uma das características dos direitos reais é o chamado direito de seqüela, que nas palavras de Sílvio de Salvo Venosa “o chamado direito de seqüela é corolário do caráter absoluto do direito real: seu titular pode perseguir, ir buscar o objeto de seu direito com quem quer que esteja” (VENOSA, 2008, p. 6)

As obrigações *propter rem*, provêm sempre de um direito real e seguem o bem independente de quem seja o seu titular, em outras palavras, o adquirente do bem assumirá automaticamente toda dívida, independente de qualquer manifestação de vontade do adquirente ou do credor. (DINIZ, 1989, p. 11)

Quanto à natureza jurídica das obrigações *propter rem* Orlando Gomes ensina:

A natureza jurídica de tais obrigações in rem scriptae, ob, ou propter rem não está definida, para determiná-la tomando posição no debate que se trava, necessário se faz defini-las. Tais obrigações existem quando o titular de um direito real é obrigado, devido a essa condição, a satisfazer determinada prestação. O direito de quem pode exigí-la é subjetivamente real. Quem quer que seja o proprietário da coisa, ou titular de outro direito real é, ipso facto, devedor da prestação. Pouco importa, assim, a pessoa em quem surgiu pela primeira vez. A obrigação está vinculada a coisa. Dentre outras, são obrigações ob rem ou propter rem as dos condôminos de contribuir para a conservação da coisa comum (...). (GOMES, 2012, p. 25)

Neste sentido, o entendimento do professor Luciano de Camargo Penteado é que “A obrigação *propter rem* é uma situação jurídica de direito pessoal, de natureza patrimonial, cuja causa de surgimento – causa debendi- é a titularidade de uma situação jurídica de Direito das coisas” (PENTEADO, 2013, p. 242)

Para Sílvio de Salvo Venosa, as obrigações *propter rem*:

A rotulação bem explica o conteúdo dessa obrigação: propter rem, ob rem ou reipersecutória. Trata-se, pois, de obrigação relacionada com a res, a coisa. Como essa obrigação apresenta-se sempre ligada a um direito real, como um acessório, sua natureza fica no meio do caminho entre o direito obrigacional e o direito real, embora sua execução prenda-se no primeiro aspecto (VENOSA, 2008, p. 15)

¹⁰Código Civil, art. 1345 “O adquirente de unidade responde pelos débitos do alienante, em relação ao condomínio, inclusive multas e juros moratórios”

Assim, é da essência da obrigação *propter rem* que esta esteja sempre atrelada a coisa, ou seja, que ela nasça automaticamente com a titularidade do direito real e somente se extinga com extinção do direito ou a transferência da titularidade. Ou seja, um ato de vontade do titular do direito real não é capaz extinguir a obrigação, pois sua fonte é a situação jurídica do direito real e não a manifestação de vontade.

E mais, por conta das despesas condominiais terem caráter *propter rem* obrigam solidariamente todos os proprietários do bem, caso a unidade autônoma tenha mais de um proprietário, todos estes são solidariamente responsáveis pelo débito condominial.

2.4 PROPRIEDADE DE BEM IMÓVEL E COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA:

O artigo 1.245¹¹ do Código Civil (BRASIL, 2002) prevê expressamente que a propriedade é transferida entre vivos mediante o registro do título no Cartório de Registro de Imóveis, ou seja, é necessário além do contrato de compra e venda que seja lavrada à escritura pública e que seja procedido seu registro perante o Cartório de Registro de Imóveis. Além disso, o parágrafo 1º do artigo 1245 (BRASIL, 2002) é claro quando destaca que enquanto não realizado o registro, o alienante permanece dono do imóvel.

Ao contrário dos direitos obrigacionais que vinculam somente as partes que fizeram parte do negócio jurídico e possuem efeitos *inter partes*, os direitos reais podem ser dotados de publicidade e tornarem-se oponíveis *erga omnes*. Para que seja dada publicidade, ou seja, conhecimento a terceiros que não participaram do negócio jurídico é imprescindível que se proceda ao registro da compra do imóvel na matrícula do bem.

Desta forma, antes do registro no Cartório existe entre as partes somente uma relação pessoal entre o alienante e o adquirente, ou seja, o efeito se dá apenas *inter partes*, pois não dotado de publicidade e eficácia contra terceiros. Observando a realidade social do país e os custos provenientes da lavratura da escritura e do registro do imóvel, que não são nada acessíveis para parte esmagadora da população, a grande maioria dos contratos são “de gaveta” e as propriedades são transferidas várias vezes sem que ocorra o registro do bem, o que acarreta uma enorme insegurança jurídica (VENOSA, 2008, p. 178).

Para Silvio de Salvo Venosa o compromisso de compra e venda:

¹¹Código Civil, art. 1245 “Art. 1.245. Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis. § 1º Enquanto não se registrar o título translativo, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel. § 2º Enquanto não se promover, por meio de ação própria, a decretação de invalidade do registro, e o respectivo cancelamento, o adquirente continua a ser havido como dono do imóvel.”

Pelo compromisso de compra e venda de imóvel, tal como figurado na legislação citada, os poderes inerentes ao domínio, ius utendi, fruendi et abutendi são transferidos ao promissário comprador. O promitente vendedor conserva tão somente a nua propriedade, até que todo preço seja pago. Nota-se que nessa situação o ius abutendi, direito de dispor não é transferido de todo, mas vai se esmaecendo e esvaindo-se à medida que o preço é pago até desaparecer com a quitação integral. Pago o preço, os poderes do domínio enfeixam-se no patrimônio do adquirente. (...) Todavia, enquanto não pago o preço total, a garantia permanece íntegra (VENOSA, 2008, p. 495)

O intuito das partes quando celebram este contrato é claramente a compra e a venda de um bem de forma definitiva, portanto o compromisso enquadra-se em uma verdadeira modalidade de compra e venda e por esta razão o legislador conferiu eficácia real a promessa de compra e venda de imóveis (VENOSA, 2008, p. 493).

No que tange aos condomínios edifícios o artigo 1334 do Código Civil (BRASIL, 2002) o Código Civil equiparou aos proprietários os promitentes compradores e os cessionários de direitos relativos às unidades autônomas, independentemente do compromisso de compra e venda estar registrado na matrícula do imóvel.

O registro do compromisso de compra e venda na matrícula do imóvel, portanto, garante publicidade ao contrato, desta forma inevitavelmente terceiros terão ciência do negócio celebrado, no entanto, se tal compromisso não for registrado, este não poderá ser oponível contra terceiros, pois não foi lido publicidade, o que implica em reconhecer que este instrumento tem validade somente entre as partes.

É muito comum que pessoas adquiram imóveis através do famoso “contrato de gaveta”, sem proceder ao registro da transferência da propriedade no Cartório de Registro de Imóveis, o que não garante a publicidade do negócio.

No caso dos condomínios edifícios como explicado acima, os promissários compradores são equiparados aos proprietários, desta forma, ainda que conste na matrícula do imóvel um titular específico, os direitos da unidade podem ter sido cedidos e pertencerem a outrem sem que o condomínio tenha conhecimento do negócio.

Neste caso, surge uma intensa discussão acerca de quem tem legitimidade para integrar no polo passivo de ação para cobrança das despesas condominiais se o titular do domínio no registro ou se o promissário comprador do bem.

Não se pode imputar ao condomínio o dever de tomar conhecimento de contrato entabulado entre as partes e que não adquiriu publicidade por meio do registro, pois o mesmo não tem condições de saber sobre a que título o morador reside no imóvel, ou seja, se este é agora proprietário ou apenas locador do mesmo; ou se o compromisso de compra e venda foi quitado, ou se pende na justiça ação de rescisão do compromisso

de compra e venda cumulada com reintegração de posse.

Na maioria das vezes o condomínio além de não ter conhecimento sobre quem é, de fato, o proprietário do imóvel, este não tem acesso ao compromisso de compra e venda celebrado, o que impossibilita além da cobrança, a penhora do imóvel, uma vez que ainda que o condomínio tenha ciência de que a unidade foi vendida, no registro do imóvel ainda figura como proprietário o antigo dono.

No momento em que o condomínio for selecionar quem integrará o polo passivo da execução, o correto seria indicar o promissário comprador, já que este adquiriu a unidade autônoma, sendo então responsável pelos débitos condominiais, no entanto, na maioria das vezes o condomínio não tem nem ao menos ciência desta venda.

Desta forma surgem os seguintes questionamentos, como então comprovar a legitimidade do promissário comprador na ação? E mais, como penhorar o imóvel em Juízo sem ter em mãos o contrato de compra e venda?

Sem ter acesso ao compromisso de compra e venda não há como comprovar a legitimidade do promissário comprador em ação de execução e tampouco é possível o deferimento da penhora do imóvel em Juízo. E mais, tendo em vista o princípio da continuidade dos atos registrares seria ainda impossível averbar esta penhora no registro de imóveis a fim de conferir publicidade ao ato.

A questão da legitimidade do promitente vendedor e do promissário comprador para integrar a lide em ação de execução de débitos condominiais é delicada e precisa ser analisada minuciosamente de forma a evitar mais prejuízos para o condomínio.

Caso o condomínio coloque o promitente vendedor no polo passivo de forma indevida outro problema será deflagrado, uma vez que o promitente vendedor irá alegar ser parte ilegítima por já ter vendido o imóvel e se tal alegação for acatada pelo magistrado, poderá acarretar honorários de sucumbência, custas e despesas processuais.

Veja que, por qualquer lado que se analise tal questão, o condomínio será ainda mais onerado e não conseguirá receber seu crédito, isto sem contar na possibilidade de pender em Juízo ação de rescisão contratual entre promitente vendedor e promissário comprador, que por ser ação de conhecimento, demora mais tempo a transitar em julgado, podendo acarretar nulidades em futura hasta pública do bem no processo de execução.

Diante desta problemática e do entendimento firmado em sede de recursos

repetitivos pelo STJ no Resp. nº 1.345.331-RS este trabalho se propõe a analisar a jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo, a fim de analisar a posição do Colendo Tribunal acerca da legitimidade do promitente comprador e promissário vendedor para integrar o polo passivo de ações que visam receber as despesas de condomínio.

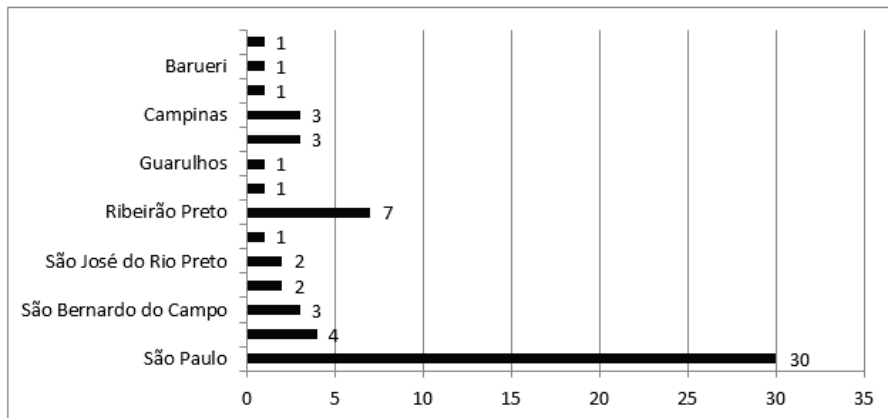
3 PESQUISA EMPÍRICA

O presente trabalho teve como escopo fazer uma análise da jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo diante dos entendimentos firmados em sede de Recursos Repetitivos pelo Superior Tribunal de Justiça no Resp 1.345.331-RS.

O recorte temporal utilizado pela autora foi o período de dois meses antes de 08/04/2015 (data do julgamento do acórdão paradigma) e dois meses após o julgamento, ou seja, de 08/02/2015 a 08/06/2015, tendo obtido como resultado 60 (sessenta) acórdãos.

Os primeiros dados colhidos foram as comarcas em que tramitavam os processos, com o intuito de determinar em quais cidades os litígios envolvendo condomínios eram maiores e analisando os dados colhidos obtive os resultados abaixo:

Gráfico1: Número de Julgados por comarca



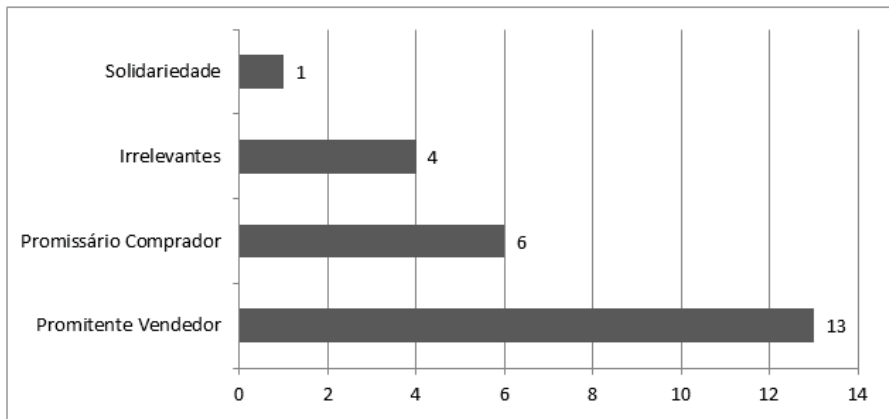
Fonte: Elaborado pelo próprio autor com base nas informações do TJSP

O gráfico elaborado pela autora demonstra que os litígios em condomínios são predominantemente maiores em grandes capitais como São Paulo, o que é razoável diante do número de habitantes e a quantidade de edifícios, no entanto, curiosamente, a cidade de Ribeirão Preto que fica localizada no interior de São Paulo foi a 2ª cidade com mais processos durante o período analisado, ficando a frente de cidades mais populosas como Campinas.

Em um segundo momento os acórdãos foram divididos em: a) antes do julgamento do paradigma, no recorte temporal de 08/02/2015 a 08/04/2015; b) após o julgamento do paradigma de 08/04/2015 a 08/06/2015.

No segundo gráfico, que corresponde ao período anterior ao julgamento do acórdão, os acórdãos foram separados segundo os seguintes critérios: a) legitimidade do promitente vendedor; b) legitimidade do promissário comprador; c) acórdãos irrelevantes; d) responsabilidade solidária entre promitente vendedor e promissário comprador.

Gráfico 2: Decisões dos desembargadores utilizando o recorte temporal de 08/02/2015 a 08/04/2015



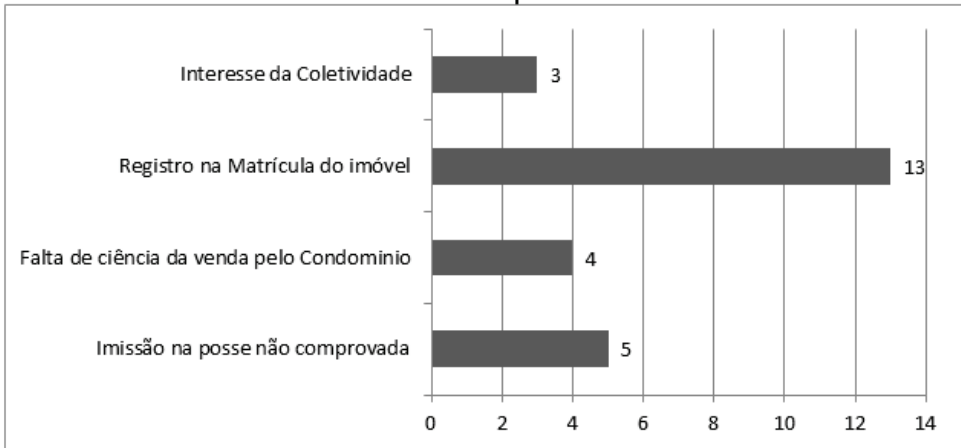
Fonte: Elaborado pelo próprio autor com base nas informações do TJSP

Neste recorte temporal foram analisados 25 (vinte e cinco) acórdãos e os seguintes resultados foram obtidos: a) Em 13 (treze) acórdãos os Desembargadores decidiram que o promitente vendedor era parte legítima para figurar no polo passivo da demanda e, portanto, responsável pelos débitos condominiais em atraso; b) Em 6 (seis) acórdãos os Desembargadores definiram que a legitimidade não era do promitente vendedor, mas sim dos promissários compradores responsabilizando-os pelo pagamento do débito; c) Quatro acórdãos tratavam de temas como a regularidade de penhoras das unidades condominiais considerados irrelevantes para a pesquisa; d) Em 1 (um) acórdão o desembargador definiu que tanto o promitente vendedor como o promissário comprador eram partes legítimas para figurar no polo passivo da demanda.

No terceiro gráfico elaborado com o mesmo recorte temporal foram avaliados quais foram os fundamentos mais utilizados pelos Desembargadores ao definir que o promitente vendedor era parte legítima para figurar no polo passivo da demanda e

responder pelos débitos condominiais.

Gráfico 3: Principais fundamentos adotados para declarar o promitente vendedor como parte legítima



Fonte: Elaborado pelo próprio autor com base nas informações do TJSP

O critério mais adotado pelos desembargadores foi o fato do promitente vendedor ser titular do domínio do imóvel no Cartório de Registro de Imóveis aliado ao fato de não ter sido comprovada a imissão na posse do promissário comprador e ainda pela falta de ciência inequívoca dos condomínios acerca do contrato de compra e venda.

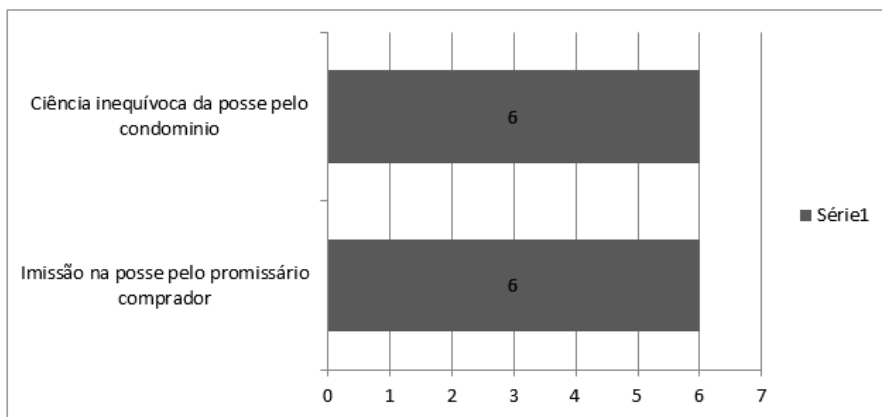
Desta forma, pode-se observar que mesmo antes dos entendimentos solidificados no acórdão paradigma, já era realizada pelo Tribunal à análise da comprovação da imissão na posse do promissário comprador e a ciência inequívoca dos condomínios acerca da transação.

Importante destacar também que em 3 (três) acórdãos o Tribunal levou em consideração ao analisar a legitimidade do interesse da coletividade de condôminos o interesse da coletividade no recebimento do crédito, uma vez que a inadimplência de alguns condôminos onerou os demais e prejudicou de forma substancial a manutenção dos condomínios.

O quarto gráfico foi elaborado utilizando os fundamentos adotados pelos Desembargadores para considerar legítimo o promissário comprador e consequentemente afastando a legitimidade do promitente vendedor sobre os débitos

condominiais.

Gráfico 4: Principais fundamentos adotados para declarar o promissário comprador como parte legítima.



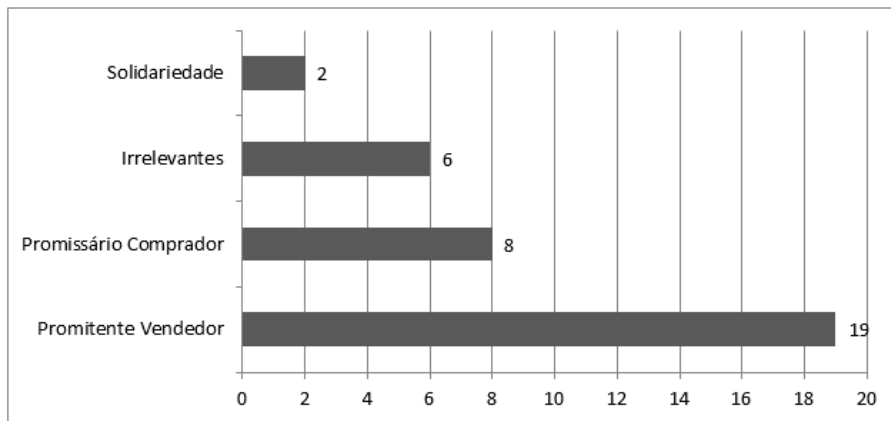
Fonte: Elaborado pelo próprio autor com base nas informações do TJSP

É importante destacar que principais fundamentos para justificar a legitimidade do promissário comprador no polo passivo da demanda eram os mesmos adotados pelo acórdão paradigma, quais sejam: a) a imissão do promissário comprador na posse do imóvel; b) ciência inequívoca dos condomínios acerca da transação.

Nos casos em que tais situações ficavam evidenciadas, a responsabilidade pelos débitos deixava de recair sobre o promitente vendedor passando para o promissário comprador. E mais, foi possível observar que o Tribunal definiu na grande maioria dos acórdãos que o ônus de demonstrar a efetiva posse da promissária compradora sobre o imóvel em discussão e a ciência inequívoca do condomínio sobre a transação, normalmente recaia sobre o promitente vendedor.

Após, foram analisadas as decisões proferidas após o julgamento do acórdão paradigma, ou seja, as decisões do período de 08/04/2015 a 08/06/2015, e os julgados foram novamente separados segundo os seguintes critérios: a) legitimidade do promitente vendedor; b) legitimidade do promissário comprador; c) acórdãos irrelevantes; d) responsabilidade solidária entre promitente vendedor e promissário comprador.

Gráfico 5: Decisões dos desembargadores utilizando o recorte temporal de 08/04/2015 a 08/06/2015

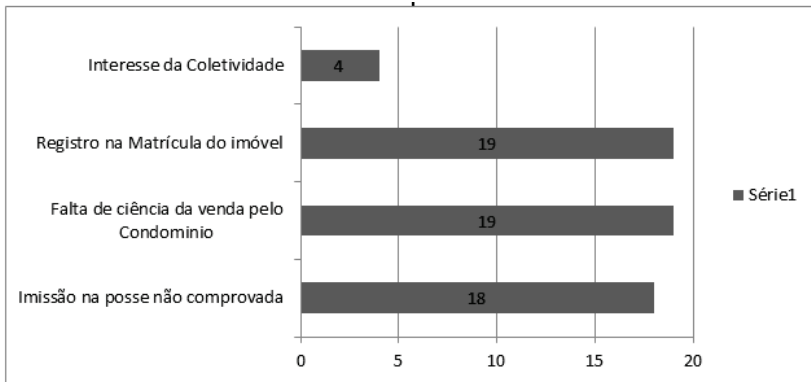


Fonte: Elaborado pelo próprio autor com base nas informações do TJSP

Neste recorte temporal foram analisados 35 (trinta e cinco) acórdãos e os seguintes resultados foram obtidos: a) Em 19 (dezenove) acórdãos os Desembargadores decidiram que o promitente vendedor era parte legítima para figurar no polo passivo da demanda e, portanto, responsável pelos débitos condominiais em atraso; b) Em 8 (oito) acórdãos os Desembargadores definiram que a legitimidade não era do promitente vendedor, mas sim dos promissários compradores responsabilizando-os pelo pagamento do débito; c) Seis acórdãos tratavam temas considerados irrelevantes para a pesquisa; d) Em 2 (dois) acórdãos os desembargadores definiram que tanto o promitente vendedor como o promissário comprador eram partes legítimas para figurar no polo passivo da demanda.

No sexto gráfico elaborado com o mesmo recorte temporal foram analisados quais foram os fundamentos mais utilizados pelos Desembargadores ao definir que o promitente vendedor era parte legítima para figurar no polo passivo da demanda e responder pelos débitos condominiais.

Gráfico 6: Principais fundamentos adotados para declarar o promitente vendedor como parte legítima
(Recorte Temporal: 08/04/2015 a 08/06/2015)

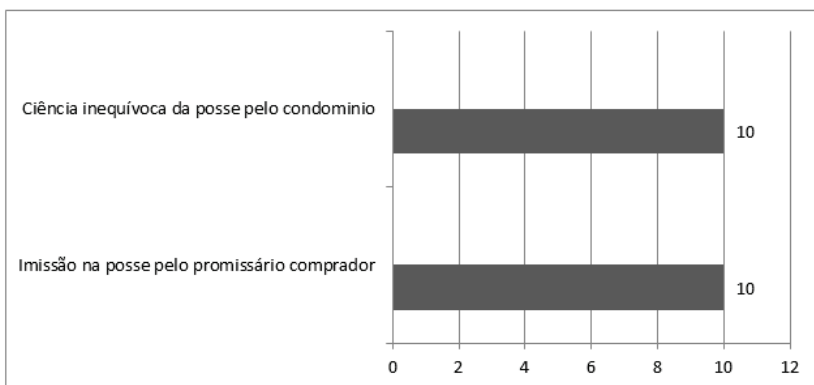


Fonte: Elaborado pelo próprio autor com base nas informações do TJSP

Pode-se notar que houve um aumento substancial nas decisões amparadas na falta de ciência inequívoca da venda pelo condomínio e da imissão na posse não comprovada para justificar a legitimidade de o promitente vendedor figurar no polo passivo da demanda, após terem sido firmados em sede de recurso especial repetitivo tal entendimento pelo Superior Tribunal de Justiça.

O último gráfico foi elaborado com os principais fundamentos utilizados pelos Desembargadores para considerar legítimo o promissário comprador.

Gráfico 7: Principais fundamentos adotados para declarar o promissário comprador como parte legítima
(Recorte Temporal: 08/04/2015 a 08/06/2015)



Fonte: Elaborado pelo próprio autor com base nas informações do TJSP

Todos os acórdãos que entenderam que o promissário comprador é parte legítima para figurar no polo passivo das ações de cobrança de débitos condominiais fundamentaram sua decisão no Resp. 1.345.331-RS, e utilizaram para análise do caso concreto os critérios da imissão na posse pelo promissário comprador e também a ciência inequívoca do condomínio acerca da transação.

Desta forma, ao analisar os acórdãos do Tribunal de Justiça de São Paulo verificou-se que as decisões do Tribunal vinham convergindo para solidificar o entendimento jurisprudencial de que o que define a responsabilidade pelo pagamento das despesas condominiais não é o registro do compromisso de compra e venda e tampouco ser titular do domínio no cartório de registro, mas a relação jurídica com o imóvel.

Nos casos em que há o compromisso de compra e venda não levado a registro, a responsabilidade pelos débitos condominiais em aberto pode recair tanto sobre o promitente vendedor como sobre o promissário comprador a depender da análise do caso concreto. Portanto, a responsabilidade do promitente vendedor pode ser afastada desde que comprovada à imissão na posse do promissário comprador e também a existência da ciência inequívoca do condomínio acerca de tal transação.

Não se verificou significativas alterações acerca do entendimento do Tribunal no período analisado, o que ficou demonstrado ao longo da pesquisa foi que, a partir do julgamento do Recurso Especial, o Tribunal passou a analisar mais profundamente a ocorrência da imissão na posse e se havia ciência inequívoca do condomínio acerca da venda do bem.

A fundamentação dos acórdãos para a responsabilização do promitente vendedor mudou consideravelmente, uma vez que, antes do acórdão paradigma eram fundadas primordialmente na titularidade do registro do imóvel e o fato de ser o débito obrigação *propter rem* e, após a decisão em sede de recursos repetitivos, passou a serem fundamentadas em sua maioria na falta de ciência inequívoca do condomínio acerca do contrato de compra e venda e também na ausência de comprovação da imissão na posse.

Ademais, os acórdãos analisados pouco explicam o que seria a ciência inequívoca do condomínio acerca da venda do bem, na maioria dos acórdãos analisados os desembargadores afirmam que não houve a ciência inequívoca da transação pelo condomínio, mas não explicam como se daria tal ciência.

Nos acórdãos em que foi reconhecida a legitimidade do promissário comprador, identificou-se que o Tribunal considerou como ciência inequívoca: a) a existência de boletos emitidos em nome do promissário comprador do bem; b) o grande

decorso de tempo entre a venda do bem e a cobrança das despesas, ocasião em que o Tribunal entendeu que presumia-se que o condomínio tivesse ciência da venda; c) o nome do promissário comprador na planilha de cobranças anexada aos autos; d) Informações acerca da venda do imóvel em atas de assembleia; e) notificação escrita do promitente vendedor ao condomínio ou sua administradora informando a venda do bem.

No que tange a imissão na posse a única referência encontrada nos acórdãos analisados foi à existência de termo de entrega das chaves, o que o Tribunal entendeu presunção de que o promissário comprador já estivesse na posse do bem, no entanto, consignou que tal fato pode ser elidido por qualquer prova em contrário.

Conclui-se então que a questão da legitimidade, embora tenha sido um pouco mais uniformizada e solidificada com o julgamento do Recurso Especial utilizado como acórdão paradigma, ainda acarreta grandes dúvidas e incertezas.

Sendo a dívida de natureza *propter rem*, retirar a responsabilidade do promitente vendedor sobre o débito em determinadas situações, além de causar uma enorme insegurança jurídica, faz com que inadimplentes arrastem a irregularidade registral por mais tempo de forma a dificultar a cobrança dos débitos condominiais.

REFERÊNCIAS

AVVAD, P. E. **Condomínio em Edificações no Novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

———. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**, Brasília, 10 jan 2002.

———. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**, Brasília, 16 mar 2015.

———. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº1.345.331 (2012/0199276-4). Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Diário da Justiça Eletrônico – Dje. Brasília. 20 de abril de 2015. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1396734&num_registro=201201992764&data=20150420&formato=PDF. Acesso em: 24 de abril de 2019.

DINIZ, M. H. **Curso de Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, v. II, 1989.

FRANÇA, R. L. **Instituições de Direito Civil**. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

GOMES, O. **Direitos Reais**. 21ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

LOPES, J. B. **Condomínio**. 8ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MIRANDA, P. D. **Tratado de Direito Privado. Direito das Coisas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PENTEADO, L. D. C. **Manual de Direito Civil**. 1ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

PEREIRA, C. M. D. S. **Instituições de Direito Civil**. 22ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. IV, 2014.

TARTUCE, F. **Manual de Direito Civil**. 5ª. ed. São Paulo: Método, 2015.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/>

VENOSA, S. D. S. **Direitos Reais**. 8ª. ed. São Paulo: Atlas, v. V, 2008.

VENOSA, S. D. S. **Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 12ª. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

A IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR NOS CONTRATOS DE LOCAÇÃO COMERCIAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N° 605.709/SP: ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

Marcos Tadeu Gambera ¹

1 ACÓRDÃO PARADIGMA

Trata-se de Recurso Extraordinário (RE) n° 605.709-SP (BRASIL, 2018) interposto em 14/09/2005, perante o Supremo Tribunal Federal (STF) contra acórdão da 32ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), publicado em 31/08/2005, que havia negado provimento a Recurso de Apelação em Ação de Embargos à Arrematação, mantendo a penhora do bem de família do fiador em contrato de locação comercial.

O TJSP, no acórdão impugnado, havia decidido que a Lei n° 8.245/1991 (Lei de Locações) prevê a possibilidade de penhora do bem de família do fiador, e tal situação não foi alterada pelo art. 6° da Constituição Federal (CF), que incluiu a moradia como direito social, pela Emenda Constitucional n° 21/2000.

De acordo com o Tribunal de Justiça, o direito social de moradia do art. 6° da CF é norma programática, não modificando as hipóteses legais de exceção da impenhorabilidade do bem de família. E por ser programática, é destituída de eficácia plena e imediata (não é autoaplicável), e corresponde a uma prestação do Estado aos cidadãos, não entre particulares.

Os Apelantes ainda alegavam nulidade na fiança prestada em razão de haver dupla garantia locatícia, fiança e contrato de seguro, além do que passavam precária dificuldade financeira e por problemas graves de saúde de seu filho. Tais teses argumentativas foram afastadas pelo TJSP, respectivamente, fundamentando que não havia outra modalidade de garantia locatícia, mas sim contrato de seguro contra incêndio que é diverso do seguro fiança, e que os problemas pessoais vividos não possuíam qualquer fundamento jurídico.

Por fim, o Tribunal de Justiça negou provimento ao Recurso de Apelação, mantendo a sentença de 1° grau, possibilitando a penhora do bem de família do fiador em contrato de locação.

Foi interposto o Recurso Extraordinário, em 14/09/2005, impugnando referida

¹ Advogado. Especialista em Direito Contratual pela Escola Paulista de Direito – EPD. Pós-graduando em Direito Civil: Novos paradigmas hermenêuticos nas relações privadas pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto –USP. mtgambera@usp.br

decisão do TJSP, alegando violação ao direito social de moradia, previsto no art. 6º da CF. Por meio de decisão monocrática, o Ministro Relator Dias Toffoli negou seguimento ao RE nº 605.709-SP, fundamentando na jurisprudência pacífica firmada pelo STF, especialmente pelo julgamento do RE nº 407.688-SP de relatoria do Ministro Cezar Peluso, publicado em 06/10/2006, que havia considerado como legítima a penhora do bem de família pertencente a fiador de contrato de locação em virtude da compatibilidade da exceção prevista no art. 3º VII da Lei nº 8.009/1990, com o direito à moradia consagrado no art. 6º da CF, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 26/2000.

Os recorrentes interpuseram Agravo Regimental contra a decisão que havia negado seguimento ao RE, com a finalidade de levar à julgamento ao colegiado da 1ª Turma Julgadora do STF, e que foi provido pela maioria dos votos, vencido apenas o Ministro Relator Dias Toffoli.

Diante do provimento do Agravo Regimental, foi conferida oportunidade ao Ministério Público Federal (MPF), que por meio do Subprocurador Geral da República, Odim Brandão Ferreira, opinou pelo provimento do Recurso Extraordinário, fundamentando que foi arbitrária a exclusão do fiador da proteção legal do bem de família pelo legislador ordinário.

Designada data para julgamento, após pedidos de vistas dos Ministros Luis Roberto Barroso e da Ministra Rosa Weber, deram provimento ao Recurso Extraordinário por maioria de votos, tendo como favoráveis ao provimento os Ministros Marco Aurélio, Ministra Rosa Weber e Ministro Luiz Fux, e contrários ao provimento os Ministros Luis Roberto Barroso e o Ministro Relator Dias Toffoli.

Tendo em vista que o Relator ficou vencido, nos termos do art. 38, II do Regimento Interno do STF, foi designada a Ministra Rosa Weber como redatora do acórdão. O julgamento, ocorrido na 1ª Turma em 12 de Junho de 2018, não teve a presença, justificada, do Ministro Alexandre de Moraes, sendo substituído pelo Ministro Dias Toffoli para julgar os processos a ele vinculados.

Os fundamentos para reconhecer a impenhorabilidade do bem de família do fiador, em contrato de locação comercial, que podem ser extraídos do julgamento, são os seguintes, de acordo com cada julgador:

1.Ministra Rosa Weber: a) violação da dignidade da pessoa humana e da proteção à família; b) violação do princípio da isonomia; c) violação do princípio da proporcionalidade; d) limitação da autonomia da vontade e da liberdade contratual diante de normas de ordem pública; e) a livre iniciativa não se sobrepõe ao direito de moradia, à dignidade da pessoa humana e à proteção à família; f) mínimo existencial; g) o art. 6º da CF, na redação dada pela Emenda Constitucional nº 26/2000, tem aplicação imediata; h) a jurisprudência consolidada do STF (Tema nº 295 – Repercussão Geral) tratava de locação residencial, portanto inaplicável ao caso;

2. Ministro Marco Aurélio: a) princípio da isonomia; b) a livre iniciativa não se sobrepõe a direito fundamental, o direito à moradia e a proteção da própria família;
3. Ministro Luiz Fux: a) princípio da isonomia;

Já, por outro lado, os fundamentos para manter a penhorabilidade do bem de família do fiador foram, de acordo com cada julgador:

1. Ministro Dias Toffoli: a) precedentes do STF, inclusive em repercussão geral, RE nº 612.360-SP (tema nº 295); b) constitucionalidade do art. 3º, inciso VII, da Lei nº 8.009/1990; c) o art. 6º da CF não tem aplicação imediata; d) ausência de distinção do dispositivo legal a depender natureza contratual (residencial ou comercial); e) irrelevância da natureza contratual (residencial ou comercial) em todos os precedentes do STF;
2. Ministro Luis Roberto Barroso: a) a exceção legal é proporcional e razoável; b) direito a livre iniciativa; c) autonomia da vontade; d) a possibilidade de penhora do bem de família do fiador impulsiona o empreendedorismo ao viabilizar concretamente o exercício da livre iniciativa do locatário e a celebração de contratos de locação empresarial em termos mais favoráveis; e) proporcionalidade e razoabilidade da exceção legal à impenhorabilidade do bem de família;

Em razão do RE nº 605.709/SP ter sido interposto (em 14/09/2005) antes da inclusão do art. 543-A no então Código de Processo Civil (1973) e da Emenda Regimental nº 21 do STF, de Março de 2007, não houve a atribuição do regime de repercussão geral, portanto, não vinculando processos semelhantes ainda não transitados em julgados.

Antes de adentrar na pesquisa empírica por meio da jurisprudência do TJSP acerca do tema, em especial sobre o atual entendimento do referido Tribunal após o julgamento do RE nº 605.70/SP, necessária a abordagem teórica e bibliográfica dos conceitos jurídicos aqui tratados.

2 FUNDAMENTOS TEÓRICOS

2.1 LOCAÇÃO: ASPECTOS HISTÓRIOS, CONCEITOS, NATUREZA E MODALIDADES DE GARANTIA

A locação “*lato sensu*” tem importância destacada desde o Direito Romano, incluído junto com a compra e venda, sociedade e mandato como as modalidades de contratos consensuais, constantes das Instituições de Gaio, jurista do século II d. C (ZANETTI, 2008, p. 3-4).

O contrato de locação, em suas origens históricas romanas, remetia a três tipos de relações jurídicas das quais, a locação de coisas (“*locatio conductio rei*”), a locação de serviços (“*locatio conductio operarum*”) e locação de obra ou empreitada (“*locatio conductio operis faciendi*”).

Apesar dos romanos conceituarem em forma de unidade três contratos distintos, com a denominação de locação, o tratamento que davam a cada uma das espécies era diferente, especialmente à “*locatio rei*” que possuía a temporariedade e a obrigação de restituir a coisa.

A confusão conceitual romana talvez tenha como base o fato de não ter, à época, diferenciação clara entre contratos de natureza pessoal, ou direito de crédito (como é a cobrança dos aluguéis), e de natureza real (restituição da coisa, alienação da coisa à terceiro), apesar de inserido dentre os contratos consensuais.

O próprio Código Civil (CC) de 2002, revelando a influência romana, ainda manteve a nomenclatura locação de coisas, no Capítulo V, como se ainda houvesse outro tipo de locação que não fosse a de coisas (móveis ou imóveis, corpóreas ou incorpóreas, etc.).

Antonio Menezes Cordeiro (1980, p. 7-8) define a locação como um ato jurídico de natureza negocial, bilateral com três elementos específicos e necessários para configuração do pacto locativo dos quais, a obrigação de proporcionar o gozo de uma coisa, um prazo e uma retribuição, citando o art. 1022 do Código Civil Português de 1966..

No tocante à sua natureza jurídica, como preceitua Orlando Gomes (1998, p. 272-275) o contrato de locação é: a) bilateral ou sinalagmático, pois confere direitos e obrigações recíprocas; b) oneroso, pois se gratuito configura a hipótese do comodato; c) consensual, conferindo direito obrigacional e não real; d) comutativo, há correspondência entre a prestação e a contra prestação portanto não aleatório; e) não personalíssimo ou “*intuitu personae*”, já que não extingue com a morte dos contratantes e admite cessão ou sublocação, salvo em contratos como o “*built-to-suit*” em que o locador constrói imóvel sob medida e de acordo com as necessidades do locatário (SCAVONE JUNIOR, 2017, p. 1.253); f) não solene, desnecessária a forma, podendo ser inclusive verbal, salvo quando estipulada garantia como a fiança; g) trato sucessivo ou execução continuada.

O contrato de locação geral, regido pelo atual CC nos artigos 565 a 578, abrange bens imóveis e móveis. Quanto aos móveis, somente de coisas infungíveis porque a cessão do uso e do gozo de coisas fungíveis (como é o dinheiro por exemplo) integra a figura do mútuo, previsto nos artigos 586 a 592 do diploma legal, salvo quando a coisa apesar de fungível possui natureza de infungibilidade, exemplo quando alguém aluga uma coleção de garrafas de vinhos para figurarem em decoração de uma festa de casamento, neste caso há locação de coisa móvel e não mútuo.

Outro detalhe é que a cessão ou empréstimo do uso e gozo de coisa não

fungível a título gratuito, não oneroso, configura o contrato de comodato, art. 579 a 585. No entanto, após a promulgação da Lei de Locações, houve uma substancial modificação quanto à tipicidade contratual, já que a referida legislação regula somente às locações de imóveis urbanos.

Continuaram regidos pelo CC o arrendamento mercantil, em qualquer de suas modalidades, e as locações de: a) imóveis de propriedade da União, dos Estados e dos Municípios, de suas autarquias e fundações públicas; b) vagas autônomas de garagem ou de espaços para estacionamento de veículos; c) espaços destinados à publicidade; d) apart-hotéis, hotéis, residência ou equiparados, assim considerados aqueles que prestam serviços regulares a seus usuários e como tais sejam autorizados a funcionar.

A locação de imóveis por meio de aplicativos ou plataformas digitais, como o Airbnb, ainda que por curta temporada, gera incertezas quanto à aplicação da Lei n 8.245/1991 havendo discussão na doutrina e jurisprudência a respeito, motivo pelo qual há dois projetos de Leis que buscam regulamentar tal relação jurídica.

O Projeto de Lei n° 748/2015 (BRASIL, 2015), em trâmite perante o Senado Federal, pretende incluir a locação de imóveis via aplicativos online dentro da locação por temporada. Já, o Projeto de Lei n° 2.474/2019 (BRASIL, 2019), também no Senado Federal, pretende vedar a locação por temporada por meio de aplicativo ou plataformas de intermediação em condomínios edilícios de uso exclusivamente residencial, salvo se for aprovado em convenção de condomínio.

Nos municípios, duas cidades foram pioneiras na fiscalização e tributação destas relações, o Município de Caldas Novas-GO promulgou uma Lei Municipal Complementar n° 99/2017, que obriga os proprietários a pagarem a taxa anual de funcionamento e o ISS sobre os serviços decorrentes da locação (CALDAS NOVAS, 2017).

Já, o Município de Ubatuba-SP, por meio da Lei Municipal n° 4.140/2019, obriga os proprietários a cadastrarem o imóvel junto ao Cadastro Municipal de Contribuintes (CMC), e fixarem a licença de funcionamento em sua entrada, semelhante às cidades estrangeiras que regulamentaram a locação por meio de aplicativos (UBATUBA, 2019).

Em um conceito amplo, as garantias são obrigações acessórias às principais e podem ser legais, judiciais ou convencionais. A prestação da garantia pode ser voluntária (convencional), oferecida em negócio jurídico, como pode ser necessária (legal ou judicial), imposta pela lei ou pelo juiz (PACHECO, 1994, p. 279-281).

A Lei de Locações autoriza os contratantes a estipularem as seguintes modalidades de garantia contratual: a) caução, que pode ser de bem móvel (registrada no Cartório de Títulos e Documentos) ou imóvel (registrada no Cartório de Registro de Imóveis), e dinheiro, neste último caso deverá ser depositada em caderneta de poupança não poderá exceder o equivalente a três meses de aluguel; b) fiança; c) seguro de fiança locatícia, que não se confunde com o seguro contra incêndio que não é modalidade de garantia; d) cessão fiduciária de quotas de fundo de investimento.

A caução é a garantia real do exato cumprimento dos deveres decorrente da locação até a devolução do imóvel ao locador, ainda que realizada mediante bem móvel, imóvel ou dinheiro. Fiança é garantia pessoal “prestada por uma terceira pessoa perante o locador, para garantir as obrigações assumidas pelo devedor. Consiste na outorga ao credor do direito pessoal contra devedor subsidiário, isto é, a pessoa que presta caução.” (DINIZ, 2006, p. 154-155).

O art. 40² da Lei de Locações traz as hipóteses em que o locador poderá exigir do locatário novo fiador ou a substituição da modalidade da garantia, dentre eles destaca-se a exoneração do fiador, que se dá por razões especiais que será objeto de análise em tópico separado.

Por fim, importante ressaltar a regra de que não é permitida a estipulação de mais de uma modalidade de garantia em um contrato de locação sob pena de causar nulidade.

2.2 FIANÇA: ASPECTOS GERAIS E PROCESSUAIS

A fiança é a modalidade de garantia locatícia mais utilizada por não haver necessidade de disposição de dinheiro previamente por parte do locatário, diferente da caução ou do seguro-fiança.

Apesar das especificidades trazidas pela Lei de Locações sobre a fiança locatícia, ainda há normas gerais, que orientam o sistema de direito privado, sobre referido instituto tão comum e utilizado em diversas espécies contratuais.

Ao prestar fiança, que é um contrato acessório entre o locador e o fiador, este se compromete a satisfazer as obrigações do locatário, seja do pagamento dos aluguéis bem como dos encargos locativos.

Além de acessório e ter a forma escrita (art. 819³, CC), não admitindo interpretação extensiva, é contrato unilateral pois o fiador se obriga perante o locador, mas este não assume nenhum compromisso em relação àquele. É oneroso em relação ao locador, mas gratuito, em regra, referente ao locatário (MONTEIRO, 2013, p. 433).

Pode ser fiador toda pessoa que tenha a livre disposição de seus bens, no entanto, se casado (salvo no regime de separação absoluta) necessária a anuência do cônjuge sob pena de nulidade relativa da fiança prestada (art. 1.647, III e 1.649 CC).

² “Art. 40. O locador poderá exigir novo fiador ou a substituição da modalidade de garantia, nos seguintes casos: I - morte do fiador; II - ausência, interdição, falência ou insolvência do fiador, declaradas judicialmente; III - ausência, interdição, recuperação judicial, falência ou insolvência do fiador, declaradas judicialmente; III - alienação ou gravação de todos os bens imóveis do fiador ou sua mudança de residência sem comunicação ao locador; IV - exoneração do fiador; V - prorrogação da locação por prazo indeterminado, sendo a fiança ajustada por prazo certo; VI - desaparecimento dos bens móveis; VII - desapropriação ou alienação do imóvel; VIII - exoneração de garantia constituída por quotas de fundo de investimento; IX - liquidação ou encerramento do fundo de investimento de que trata o inciso IV do art. 37 desta Lei; X - prorrogação da locação por prazo indeterminado uma vez notificado o locador pelo fiador de sua intenção de desoneração, ficando obrigado por todos os efeitos da fiança, durante 120 (cento e vinte) dias após a notificação ao locador.”

³ “Art. 819. A fiança dar-se-á por escrito, e não admite interpretação extensiva.”

⁴ “Art. 1.647. Ressalvado o disposto no art. 1.648, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta: I - alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis; II - pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens ou direitos; III - prestar fiança ou aval;”

⁵ “Art. 1.649. A falta de autorização, não suprida pelo juiz, quando necessária (art. 1.647), tornará anulável o ato praticado, podendo o outro cônjuge pleitear-lhe a anulação, até dois anos depois de terminada a sociedade conjugal.”

Além da classificação da fiança em convencional, legal e judicial já exposta nas espécies de garantias, há ainda a classificação da fiança entre civil e comercial, caso venha garantir obrigação civil ou mercantil como aponta Washington de Barros Monteiro (2013, p. 435).

Por conta do contrato de fiança não admitir interpretação extensiva, reforçada ainda mais pela norma geral de interpretação dos negócios jurídicos que determina a interpretação estrita dos contratos benéficos (art. 114⁶, CC), é que não se pode estender aquilo que não está consignado no instrumento, nem mesmo a totalidade da dívida quando contratada a fiança somente em parte dela (MONTEIRO, 2013, p. 436).

Assim, o fiador só responde de forma limitada quando expressamente constar no instrumento o parâmetro limitador a que se vincula (tempo, valor, condição), sob pena de responder pela totalidade dos débitos principais e seus acessórios, inclusive cláusula penal, frutos, juros, correção monetária, custas e outras despesas judiciais.

A primeira causa de extinção da fiança, como contrato acessório que é, ocorre pela extinção das obrigações principais, seja qual for seu modo, tal como a remissão, o pagamento, a compensação, a transação ou qualquer outro modo de extinção das obrigações. Por conta da acessoriedade da fiança, não há prosseguimento contra o fiador de débito locatício extinto.

Discorre Pontes de Miranda: *“Se a dívida se extingue depois da fiança, como, por exemplo, se ocorre impossibilidade superveniente, sem culpa, da prestação, ou pela remissão da dívida, ou pela compensação, extingue-se o contrato de fiança.”* (1984, p. 215).

O CC de 2002 (especialmente no art. 838⁷) elenca as hipóteses de extinção⁸ da fiança. O primeiro caso é o da moratória concedida pelo locador ao locatário sem consentimento do fiador. A moratória é a concessão de novo prazo para cumprimento das obrigações, mas não é considerada a simples tolerância ou inércia em recebimento do seu crédito.

Neste caso assemelha-se à novação, que também é modalidade de extinção⁹ da fiança, e, nos termos do art. 360 do CC, ocorre quando o devedor contrai com o credor nova dívida para extinguir e substituir a anterior, quando novo devedor sucede ao antigo, ficando este quite com o credor, e quando outro credor é substituído ao antigo em virtude de obrigação nova, ficando o devedor quite com este.

A segunda hipótese legal decorre da impossibilidade da sub-rogação do fiador nos direitos e preferências, por fato do próprio locador. Washington de Barros Monteiro

⁶“Art. 114. Os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente.”

⁷“Art. 838. O fiador, ainda que solidário, ficará desobrigado: I - se, sem consentimento seu, o credor conceder moratória ao devedor; II - se, por fato do credor, for impossível a sub-rogação nos seus direitos e preferências; III - se o credor, em pagamento da dívida, aceitar amigavelmente do devedor objeto diverso do que este era obrigado a lhe dar, ainda que depois venha a perdê-lo por evicção.”

⁸“Art. 366. Importa exoneração do fiador a novação feita sem seu consenso com o devedor principal.”

(2013, p. 446) cita como exemplo: “quando o credor concorre para degradar a garantia no caso de pagamento da dívida afiançada.”

Em terceira hipótese, quando o credor aceitar amigavelmente do devedor objeto diverso do que este era obrigado a lhe dar em pagamento da dívida, ainda que venha a perdê-lo por evicção.

Ainda há a prerrogativa do fiador de opor ao credor as exceções que lhe forem pessoais bem como as extintivas das obrigações que competem ao devedor principal, se não decorrerem de incapacidade pessoal, tal como é o caso das obrigações nulas que não são passíveis de fiança.

Outra possibilidade de exoneração do fiador, à qual a lei denomina desoneração, é a notificação do locador em contrato de locação cuja prorrogação se deu por tempo indeterminado, ficando ainda o fiador responsável durante 120 (cento e vinte) dias após a notificação do locador.

A estipulação de garantia contratual, seja qual for sua modalidade, tem como consequência processual a não concessão de despejo liminar por falta de pagamento de acordo com o art. 59, IX da Lei de Locações⁹, o que em tese autorizaria o locatário a permanecer no imóvel até a sentença, já que esta não possui efeito suspensivo¹⁰ (RESTIFFE, 2009, 84-85).

Considerando que o processo judicial é relativamente moroso¹¹, a não concessão de medida liminar de desocupação pode elevar em demasia os prejuízos do locador, já que o locatário e os fiadores respondem pelos débitos até a efetiva desocupação do imóvel, ainda que prorrogada a locação por prazo indeterminado.

Outro aspecto processual relevante às garantias se dá em relação à legitimidade e interesse processual, porque o art. 62 da Lei dispõe que o locatário será citado para responder ao pedido de rescisão e ao pedido de cobrança, enquanto que o fiador será citado para responder ao pedido de cobrança somente.

No prazo de 15 (quinze) dias o locatário e o fiador poderão evitar a rescisão contratual realizando o pagamento o débito locatício com todos seus acréscimos legais e convencionados. Neste caso, se o fiador pagar o débito locatício ocorre a sub-rogação nos direitos do credor originário, transferindo todos os direitos, ações, privilégios e garantias¹².

⁹ “Art. 59, IX – a falta de pagamento de aluguel e acessórios da locação no vencimento, estando o contrato desprovido de qualquer das garantias previstas no art. 37, por não ter sido contratada ou em caso de extinção ou pedido de exoneração dela, independentemente de motivo.”

¹⁰ “Art. 58, V – os recursos interpostos contra as sentenças terão efeito somente devolutivo.”

¹¹ Segundo dados do CNJ – Justiça em números 2018 – o tempo médio de tramitação do processo até a sentença de 1º grau é de 3 anos e 5 meses no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

¹² “Código Civil. Art. 349. A sub-rogação transfere ao novo credor todos os direitos, ações, privilégios e garantias do primitivo, em relação à dívida, contra o devedor principal e os fiadores.”

Em caso de pagamento da dívida pelo fiador, em razão de sua sub-rogação, o devedor ainda responde por eventuais perdas e danos pagas pelo fiador ao locador ou terceiro, bem como pelas próprias perdas e danos que o fiador sofrer decorrentes do inadimplemento.

O próprio fiador também possui o direito de dar andamento à execução iniciada pelo locador em face do locatário e paralisada ou demorada sem justo motivo. O fiador ainda tem a prerrogativa processual do benefício de ordem, de acordo com o art. 827¹³ do CC, que consiste na obrigatoriedade do locador, na fase de execução ou cumprimento de sentença, esgotar todas as tentativas de penhorar bens e direitos do locatário antes de expropriar bens do fiador, assemelhando-se à responsabilidade subsidiária.

O benefício processual somente é admitido se arguido até a contestação e desde que o fiador indique bens passíveis de penhora do locatário, livres e desembargados e situados no Município competente para processar e julgar a causa.

No entanto, o fiador não poderá utilizar do benefício de ordem se houver renunciado expressamente, se assumiu a obrigação como principal pagador ou devedor solidário, se o devedor principal for insolvente ou falido.

Caso não haja a exoneração ou desoneração do fiador, por qualquer razão, a responsabilidade do fiador se estende até o dia de sua morte, momento em que se extingue a fiança prestada. No entanto, até tal data, as obrigações são exigíveis dos seus herdeiros no limite do patrimônio deixado pelo Espólio, de acordo com o art. 836 do CC.

2.3 BEM DE FAMÍLIA: CONCEITO E LEI N° 8.009/1990

Analisados os institutos da locação e da fiança, passa-se agora a adentrar no tema objeto do presente trabalho, iniciando com o conceito do bem de família e sua impenhorabilidade.

O instituto do bem de família tem origem no direito norte-americano, pela sistema da “*common-law*”, na Constituição do Texas de 1836 e regulamentada pela “*Homestead Exemption Act de 1839*”, ainda que originalmente a proteção se destinada à propriedade do devedor e posteriormente sendo incluída a proteção à família (VILLAÇA, 2010, p. 12).

O projeto do Código Civil de Clóvis Beviláqua não continha originalmente a proteção ao bem de família, posto que os juristas da época realizaram movimentos para sua inclusão no texto legal, bem sucedida por sinal que incluiu no Código promulgado em 1º de janeiro de 1916 o art. 70¹⁴

¹³ “Art. 827. O fiador demandado pelo pagamento da dívida tem direito a exigir, até a contestação da lide, que sejam primeiro executados os bens do devedor.”

¹⁴ “Art. 70. É permitido aos chefes de família destinar um prédio para domicílio desta, com a cláusula de ficar isento de execução por dívidas, salvo as que provierem de impostos relativos ao mesmo prédio.”

Os artigos 71¹⁵, 72¹⁶ e 73¹⁷ terminaram de regulamentar o bem de família, que era instituído pelos chefes da família mediante instrumento público a ser registrado no Cartório de Registro de Imóveis, quando não possuíssem dívidas no ato da instituição, e abrangiam todas as dívidas futuras salvo aquelas provenientes do próprio imóvel.

Ana Marta Cattani de Barros Zilveti discorrendo sobre a situação da época que precedeu a promulgação do Código de Beviláqua, recorda do exagero de gastos destinados ao mero deleite, o endividamento excessivo, a avultação do número de hipotecas, com a dissipação de heranças e do patrimônio pessoal. Como ocorreu nos EUA, houve uma crise econômica a ensejar o nascimento do instituto (2006, p. 170).

A sua fórmula inicial consistia na proteção dos bens dos devedores, pelos chefes de família, que continham em sua essência o patriarcalismo sob influência da agricultura, e visava proteger as pequenas propriedades rurais da miséria diante das crises econômicas.

O bem de família pode ser instituído pelos interessados, mediante ato de disposição de vontade, ou pode ser reconhecido judicialmente ainda que não tenha sido instituído previamente. Álvaro Villaça Azevedo classifica em voluntário e involuntário, ou legal (2010, p. 94).

O Decreto-lei nº 3.200/1941 trouxe disposições formais e procedimentais complementando o disposto no CC de 1916, não limitava o valor do bem de família mas exigia que o imóvel fosse residência dos interessados por mais de dois anos (art. 19).

Quanto bem de família rural houve a extensão de sua proteção aos utensílios de uso doméstico, gado e instrumentos de trabalho, que deveriam ser descritos na escritura pública instituidora (art. 22).

Por fim, o Decreto ainda trazia isenção fiscal ao imóvel bem de família, que apesar de estar em vigor resta totalmente ineficaz diante da limitação a valores em contos de réis (trinta a cinquenta contos de réis), vide art. 23.

O CC de 2002 manteve todas as disposições legais somente revogou tacitamente o art. 19 do Decreto-lei, haja vista que limitou o patrimônio apto a instituição do bem de família à 1/3 do patrimônio líquido ao tempo da instituição. Os demais dispositivos permaneceram vigentes.

Posteriormente ao Decreto-lei, a Lei de Registros Públicos, Lei nº 6.015/1973, nos artigos 260 a 265 regulamentou o procedimento para registro da escritura pública

¹⁵ "Art. 71. Para o exercício desse direito é necessário que os instituidores no ato da instituição não tenham dívidas, cujo pagamento possa por ele ser prejudicado."
Parágrafo único. A isenção se refere a dívidas posteriores ao ato, e não às anteriores, se verificar que a solução destas se tornou inexequível em virtude de ato da instituição."

¹⁶ "Art. 72. O prédio, nas condições acima ditas, não poderá ter outro destino, ou ser alienado, sem o consentimento dos interessados e dos seus representantes legais."

¹⁷ "Art. 73. A instituição deverá constar de instrumento publico inscrito no registro de imóveis e publicado na imprensa e, na falta desta, na da capital do Estado."

realizada pelo instituidor do bem de família.

O Código de Processo Civil de 1973 disciplinou sobre a impenhorabilidade de determinados bens e direitos, dentre eles, aqueles inalienáveis e os declarados inalienáveis por ato voluntário, bem como a pequena propriedade rural desde que trabalhada pela família. Não houve uma modificação substancial para o Código de Processo Civil de 2015.

Atente-se para o fato de que a legislação processual vigente, pelas duas hipóteses citadas acima, reconheceu a impenhorabilidade diversa daquela instituída posteriormente pela Lei 8.009/1990.

A pequena propriedade rural (definida em lei), se for trabalhada pela família, e os bens instituídos como de família por ato voluntário de disposição, mediante escritura pública (nos termos do Decreto nº 3.200/41, Lei nº 6.015/73 e Código Civil de 2002) constituem, em tese, hipóteses autônomas de impenhorabilidade.

A mais importante lei sobre o tema foi promulgada em 29 de março de 1990, a Lei nº 8.009/1990, que regulamentou sobre a impenhorabilidade do bem de família. A denominada Lei do Bem de Família disciplinou sobre a impenhorabilidade do bem de família, não como ato voluntário de disposição (mediante escritura pública), mas sim norma de ordem pública processual, destinados aos processos de natureza civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza.

Em síntese, após as alterações legislativas destacadas bem como após a construção dogmática e jurisprudencial, pode-se descrever como bem de família o imóvel residencial próprio, seja do casal ou da entidade familiar (as várias espécies de família, inclusive a família homoafetiva, monoparental, anaparental, etc.), por dívidas contraídas por qualquer um de seus membros.

Excetua-se à regra da impenhorabilidade do bem de família, segundo a própria lei (art. 3^o¹⁸), dentre outros motivos, por obrigações decorrentes de fiança em contrato de locação.

À esta última exceção legal, será abordado a seguir em tópico destacado, objeto principal do presente estudo.

¹⁸Art. 3º A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido: I - revogado; II - pelo titular do crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos constituídos em função do respectivo contrato; III - pelo credor da pensão alimentícia, resguardados os direitos, sobre o bem, do seu coproprietário que, com o devedor, integre união estável ou conjugal, observadas as hipóteses em que ambos responderão pela dívida; IV - para cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar; V - para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar; VI - por ter sido adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens; VII - por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação; e VIII - para cobrança de crédito constituído pela Procuradoria-Geral Federal em decorrência de benefício previdenciário ou assistencial recebido indevidamente por dolo, fraude ou coação, inclusive por terceiro que sabia ou deveria saber da origem ilícita dos recursos."

2.4 A CONSTITUCIONALIDADE DA PENHORA DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR EM CONTRATO DE LOCAÇÃO COMERCIAL

A Lei de Locações, Lei nº 8.245/91, passou a regular a locação de imóveis urbanos e dentre as especificidades inerentes modificou a Lei nº 8.009/90, Lei do Bem de Família, introduzindo o inciso VII que trata da exceção da impenhorabilidade legal do bem de família do fiador.

Ainda que o texto legal do art. 3º, VII, tenha sido expressamente claro quanto à penhorabilidade do bem de família do fiador, doutrinadores e a jurisprudência divergiram quanto à constitucionalidade do dispositivo, especialmente após a Emenda Constitucional nº 26/2000, que introduziu o direito social à moradia.

Quem defende a constitucionalidade argumenta que o direito social à moradia não é auto-aplicável, é norma programática que orienta o Estado na sua atuação com os indivíduos (por meio de políticas públicas de moradia, por exemplo), não nas relações entre particulares, que é atuação do Direito Privado.

Segundo este entendimento, direitos sociais previstos no art. 6º da CF, como a educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, transporte, lazer, segurança, vestuário, higiene entre outros, servem para orientar as políticas públicas do Estado, diferente dos direitos fundamentais previstos no art. 5º, como dispõe o §1º¹⁹.

Exemplo que a doutrina dá, no caso do direito à moradia, *“se concretiza por meio da construção de casas populares, da outorga de financiamento habitacional à população, da implementação de ações visando facilitar o aluguel.”* (ZILVETI, 2006, p. 298).

A norma constitucional programática visa a atender aqueles que não possuem propriedade, haja vista que grande maioria da população vive em imóveis alugados ou em comunidades irregulares, sem saneamento básico, rede elétrica e outras condições mínimas para existência.

A parcela da população que possui propriedade, geralmente classe média a alta, sempre será bem inferior às demais que nunca terão condições de adquirir imóvel próprio, nem por isto que não possui o direito à moradia digna. Direito à moradia e direito à propriedade, portanto, não são sinônimos.

¹⁹“§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

Assim, neste caso a dignidade da pessoa humana se presta para preservar o mínimo existencial, no tocante ao direito social à moradia se concretizaria através de assistência aos desamparados, mediante alimentação, vestuário e abrigo (BARCELLOS, 2011, p. 337-338).

Tem, portanto, amplitude conceitual diferente do direito de propriedade (ainda que servível para concretude da moradia da família).

Argumentam também que a exceção legal é proporcional e razoável haja vista que o fiador, como toda pessoa capaz, é livre para dispor de seu patrimônio como bem entender, utilizando de sua liberdade contratual, assumindo os riscos de prestar fiança em contrato de locação.

Já, por outro lado, quem defenda a inconstitucionalidade argumenta que o contrato de fiança é acessório ao principal (locação) e em razão do bem de família do devedor principal (locatário) estar coberto pela proteção da impenhorabilidade, não poderia o contrato acessório ser mais gravoso do que o principal.

Continuando, argumentam que eventualmente o fiador que realize o pagamento ao credor, sub-rogando-se aos direitos e preferências deste, não poderá prosseguir à cobrança em face do bem de família do locatário, ainda que seu imóvel bem de família tenha sido expropriado.

Os demais argumentos situam-se entre a dignidade da pessoa humana, a violação à isonomia, à proporcionalidade e razoabilidade da exceção legal.

Interessante reflexão doutrinária de Rita Vasconcelos (2015, p. 91) que entende aplicável à exceção à impenhorabilidade somente à locação de imóveis regida pela Lei de Locações, já que foi esta lei (em seu art. 82²⁰) que incluiu a exceção legal à proteção do bem de família.

Ainda que não reconhecida a impenhorabilidade do bem de família do fiador, entende-se que a pequena propriedade rural, desde que trabalhada pela família, seria apta a afastar a penhora, pois é hipótese autônoma prevista no art. 833, VIII²¹ do Código de Processo Civil de 2015.

Portanto, é impenhorável o bem de família rural do fiador, se for pequena propriedade e trabalhada pela família.

²⁰“Art. 82. O art. 3º da Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990, passa a vigorar acrescido do seguinte inciso VII: ‘Art. 3º VII - por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.’”

²¹“Art. 833. São impenhoráveis: VIII - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família.”

Quanto à jurisprudência, parecia pacificado o tema, em favor da penhorabilidade do bem de família do fiador em contrato de locação, no âmbito dos tribunais estaduais, no Superior Tribunal de Justiça (STJ) e mesmo no STF, salvo raros julgados como o RE nº 352.940/SP, de Relatoria do Ministro Carlos Velloso.

Para ilustrar, neste julgado houve o reconhecimento da impenhorabilidade do bem de família do fiador no contrato de locação em razão do art. 3º, VII da Lei nº 8.009/90 violar o princípio isonômico e, portanto, ser inconstitucional diante do direito social à moradia.

O STJ, após diversas decisões a respeito, no sentido da penhorabilidade do bem de família do fiador no contrato de locação, resolveu em 12/11/2014 julgar em Recurso Repetitivo o Tema 708 (Recurso Especial nº 1.363.368-MS), fixando o seguinte entendimento: *“É legítima a penhora de apontado bem de família pertencente a fiador de contrato de locação, ante o que dispõe o art. 3º, inciso VII, da Lei nº 8.009/1990.”*

Posteriormente veio a editar a Súmula nº 549 em 14/10/2015: *“É válida a penhora de bem de família pertencente a fiador de contrato de locação.”*

O STF, por sua vez, excluindo as decisões esparsas como o citado RE nº 352.940-SP (Rel. Carlos Velloso), possuía o entendimento majoritário e pacífico representado pelo RE nº 407.688-SP, de Relatoria do Ministro Cezar Pelluso, julgado em 06/10/2006, em que havia fixado o entendimento por maioria dos votos que: *“A penhorabilidade do bem de família do fiador do contrato de locação, objeto do art. 3º, inc. VII, da Lei nº 8.009, de 23 de março de 1990, com a redação da Lei nº 8.245, de 15 de outubro de 1991, não ofende o art. 6º da Constituição da República”*

Posteriormente, em 14/09/2010, o STF julgou o RE nº 612.360-SP, de Relatoria da Ministra Ellen Gracie, por meio de Repercussão Geral, Tema 295, em que sedimentou-se pela constitucionalidade da penhora do bem de família do fiador, mesmo após a Emenda Constitucional nº 26/2000.

Nota-se que nenhum dos julgados apresentados dão relevância para a natureza do contrato de locação, ou seja, se é oriundo de locação residencial ou comercial, apesar de haver ambas espécies nos diversos julgados de ambas as cortes superiores.

Quando parecia totalmente pacificado o tema, especialmente no Supremo, eis que a 1ª Turma do STF julgou em 12/06/2018 o RE nº 605.709-SP, de Relatoria do Ministro Dias Toffoli, decidindo pela impenhorabilidade do bem de família do fiador nos contratos

de locação comercial.

Passa-se agora à análise jurisprudencial do TJSP e após a referida decisão, para verificar se o entendimento e os fundamentos utilizado pelo STF durante o julgamento do RE nº 605.709/SP estão sendo aplicados nos casos concretos julgados pelo Tribunal paulista.

3 PESQUISA EMPÍRICA

Nesta última parte, realiza-se a análise dos acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo após o julgamento do Recurso Extraordinário nº 605.709/SP pelo Supremo Tribunal Federal em 12/06/2018, procura-se identificar se o Tribunal selecionado está julgando no mesmo sentido do acórdão paradigma, ou seja, pela impenhorabilidade do bem de família do fiador nos contratos de locação comercial.

A ferramenta de pesquisa utilizada foi a própria busca de jurisprudência fornecida pelo Tribunal de Justiça em meio eletrônico, por meio da pesquisa livre mediante as seguintes palavras-chave na respectiva ordem e caracteres: “bem de família” “fiador” “locação comercial” penhora OU impenhorabilidade.

O lapso temporal dos acórdãos pesquisados, de acordo com a data do julgamento, ocorreu entre 18/02/2019 a 22/05/2019, considerando que a pesquisa foi realizada em 23/05/2019. Adverte-se que poderá haver divergências nos resultados se a pesquisa for replicada em data posterior àquela realizada, ainda que selecionado o mesmo lapso temporal, porque os acórdãos somente são incluídos nos resultados da pesquisa após a publicação no Diário Oficial, que pode demorar dias ou até meses da data do seu julgamento.

A escolha do termo inicial, 18/02/2019, se deu em razão de ser a data em que foi publicado o inteiro teor do acórdão do RE nº 605.709/SP. Em pesquisa prévia, com data anterior, foram encontrados vários acórdãos que se furtaram de decidir o tema por conta de não haver conhecimento do teor dos fundamentos e circunstâncias do julgamento feito pelo STF, por não ter sido publicado o interior teor do acórdão, portanto, interferiria no resultado final apresentado.

Foram descartados os acórdãos que não tratavam do tema escolhido, seja por não haver fiança, não ser locação comercial, não haver discussão sobre impenhorabilidade do bem de família do fiador, ou tratar exclusivamente de questões processuais alheias do objeto de pesquisa tais como: efeito suspensivo de embargos à execução, matéria preclusa, incompetência recursal da Câmara julgadora, inadequação da via eleita, indeferida petição inicial de ação rescisória e gratuidade da justiça.

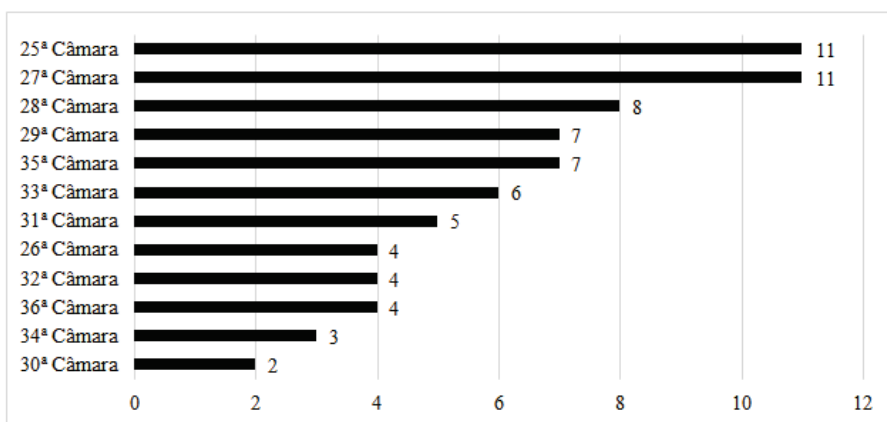
Do mesmo modo, também foram descartados os acórdãos que tratavam de Embargos de Declaração e Agravo Interno, em razão de tais recursos impugnarem os próprios acórdãos do Tribunal de Justiça, o que poderia causar duplicidade de resultados finais, já que poderiam incluir 2 (dois) ou mais acórdãos sobre um mesmo caso concreto, por este motivo foram excluídos da pesquisa.

Alguns poucos acórdãos encontrados não traziam em seu conteúdo qual a natureza contratual do caso, mas em razão da tese da alegação recursal (impenhorabilidade do bem de família do fiador em locação comercial) aventada pelo próprio julgador, é que pode-se inferir que se tratavam de locações comerciais ou não residenciais como alguns preferem anotar. Foram excluídos aqueles acórdãos que continham expressamente a natureza residencial do contrato de locação.

Durante o lapso temporal escolhido (18/02/2019 à 22/05/2019) foram encontrados 110 (cento e dez) ocorrências, e após os descartes já indicados, chegou-se ao final a 72 (setenta e dois) acórdãos, que foram analisados detalhadamente conforme os gráficos abaixo.

A pesquisa encontrou resultados em todas as Câmaras competentes para julgamentos de ações relativas à locação de bem imóvel, compostas pelas 25ª a 36ª Câmaras, integrantes da Subseção de Direito Privado III, segundo o quadro de competências do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, conforme gráfico abaixo.

Gráfico 1 – Resultado por Câmaras do TJSP



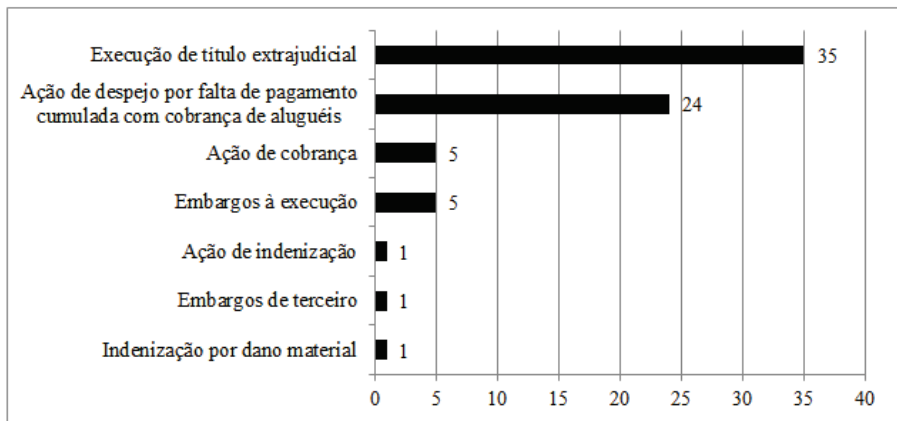
Fonte: Elaborado pelo próprio autor com base nos julgados do TJSP (2019).

O gráfico 1 demonstra que cada Câmara julgou ao menos 2 (dois) casos sobre o

tema, sendo que a 25ª e a 27ª Câmara foram as que tiveram mais ocorrências de julgados, 11 (onze) cada uma delas. Os recursos interpostos se subdividem em Agravo de Instrumento, com 67 (sessenta e sete) acórdãos, e Apelação, com 5 (cinco) acórdãos. Desta última espécie recursal, 4 (quatro) foram interpostas em Embargos à Execução e 1 (uma) foi interposta em Embargos de Terceiro.

Com relação aos tipos processuais, há predominância absoluta de discussão do tema em fase executiva, seja por meio de execução por quantia certa (Execução de título extrajudicial) ou cumprimento de sentença (todas as ações de conhecimento indicadas estavam em fase de cumprimento de sentença), e as demais são ações autônomas próprias desta fase executiva que visam afastar a penhora de bem imóvel (Embargos à Execução e Embargos de Terceiro).

Gráfico 2 – Tipos processuais



Fonte: Elaborado pelo próprio autor com base nos julgados do TJSP (2019).

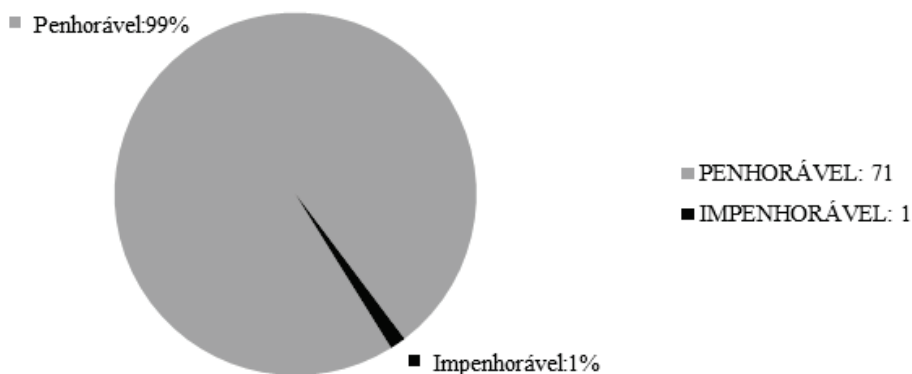
Quanto ao tema central da pesquisa, de todos os 72 (setenta e dois) acórdãos selecionados após os descartes, somente 1 (um) julgou pelo reconhecimento da impenhorabilidade do bem de família do fiador nos contratos de locação comercial. Foi o Agravo de Instrumento nº 2266500-06.2018.8.26.0000 julgado em 23/04/2019 pela 34ª Câmara de Direito Privado de Relatoria do Desembargador Nestor Duarte de origem da Comarca de São Bernardo do Campo (SÃO PAULO, 2019).

O único acórdão que decidiu pela impenhorabilidade do bem de família do fiador adotou como fundamentos àqueles constantes do RE nº 605.709/SP, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, inclusive citando parte do voto da Ministra Rosa Weber em sua fundamentação, reforçando a tese de interpretação conforme à Constituição Federal e não de simples inconstitucionalidade do art. 3º, VII da Lei nº 8.009/90 diante do art. 6º da CF, em razão de estar configurada a natureza de locação comercial no caso

concreto.

Portanto, de acordo com a pesquisa, após realizados os descartes já mencionados, conforme demonstra o gráfico 3 abaixo, 99% dos acórdãos (71 casos) não adotaram o entendimento firmado pela 1ª Turma do STF no julgamento do RE nº 605.709/SP, e mantiveram a penhora do bem de família do fiador, ainda que em locação comercial.

Gráfico 3 – Resultado da pesquisa

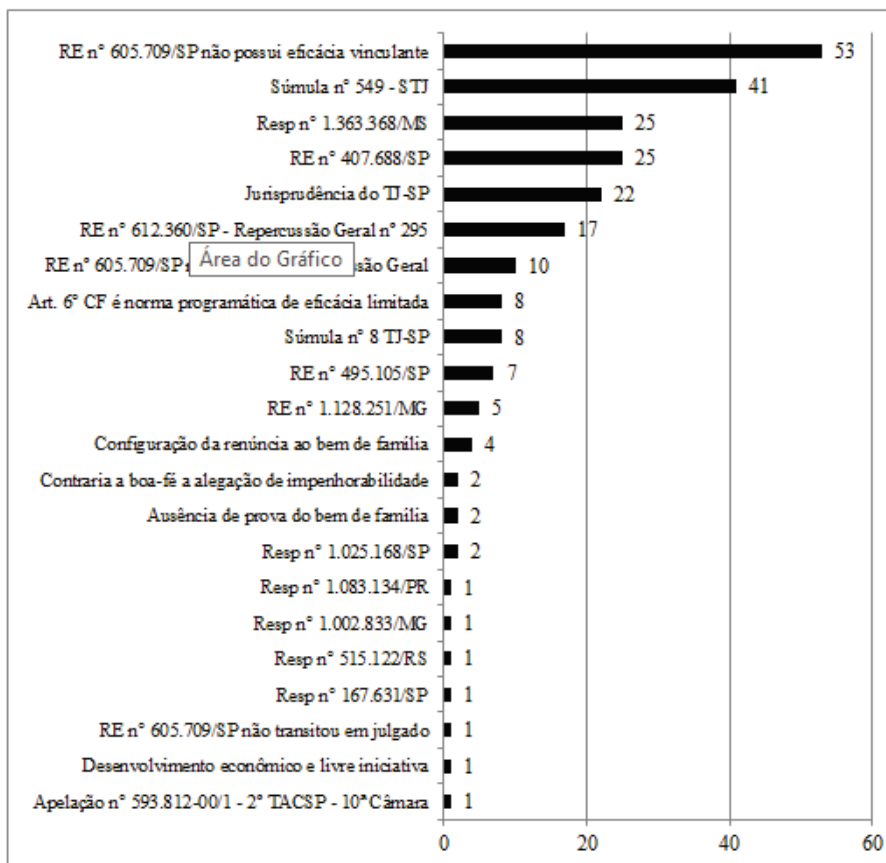


Fonte: Elaborado pelo próprio autor com base nos julgados do TJSP (2019).

No gráfico 4 foram incluídos todos os fundamentos constantes dos acórdãos que decidiram pela penhorabilidade do bem de família do fiador. Dentre os fundamentos escolhidos optou-se por excluir da lista o próprio art. 3º, VII da Lei nº 8.009/90 por ser o dispositivo legal atacado pelo Supremo e portanto, presente em todos os acórdãos, mais de uma vez em alguns casos.

Os fundamentos foram selecionados pelo número de vezes que apareceram nos casos, sendo que cada tipo de fundamento foi contabilizado uma única vez em cada acórdão, mas sem limite de fundamentos diversos por acórdão. É possível, portanto, que um único acórdão contenha quantos fundamentos possíveis dentre os constantes do

Gráfico 4 – Fundamentos utilizados para a penhora do bem de família



De todos os fundamentos, aquele que teve mais ocorrência foi que o Recurso Extraordinário nº 605.709/SP não possui eficácia vinculante, portanto, não vincula o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo a julgar no mesmo sentido, autorizando o Tribunal a julgar pela penhorabilidade do bem de família do fiador, como já era a própria jurisprudência pacífica e majoritária dos Tribunais Brasileiros.

Ressalte-se, dentre os demais fundamentos o Recurso Especial nº 1.363.368/MS julgado pelo Superior Tribunal de Justiça e que veio a originar o outro fundamento também elencado que é a Súmula nº 549 do mesmo Tribunal.

Por fim, é possível concluir, diante dos dados obtidos na pesquisa, que o RE nº 605.709/SP julgado pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal não influenciou nos

julgados do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que manteve a posição dominante na jurisprudência pátria no sentido da possibilidade da penhora do bem de família do fiador nos contratos de locação (independente se residencial ou comercial), rechaçando o posicionamento do julgado paradigma em razão da ausência de repercussão geral e, portanto, não vinculante.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Bem de família**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 748, de 2015**. Altera a Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991 para atualizar o regime da locação para temporada, disciplinando a atividade de compartilhamento de imóveis residenciais por meio de sítios eletrônicos ou aplicativos. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/124165>. Acesso em: 10 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 605.709/SP**. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, 12 de junho de 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339527780&ext=.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2019.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 2.474, de 2019**. Altera a Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991, para disciplinar a locação de imóveis residenciais por temporada por meio de plataformas de intermediação ou no âmbito da economia compartilhada. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/136443>. Acesso em: 10 jun. 2019.

CALDAS NOVAS (Município). **Lei Municipal Complementar nº 99, de 18 de dezembro de 2017**. Que regulamenta a exploração de imóveis residenciais como meio de hospedagem remunerada no município de Caldas Novas/GO, e dá outras providências. Caldas Novas, GO, Disponível em: <https://www.caldasnovas.go.gov.br/wp-content/uploads/2018/08/Lei-Complementar-099-2017.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2019.

CORDEIRO, Antonio Menezes. **Da natureza do direito do locatário**. Lisboa: Revista da Ordem dos Advogados, 1980.

GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

DINIZ, Maria Helena. **Lei de locações de imóveis urbanos comentada: (Lei n.8.245, de 18-10-1991)**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil, 5: Direito das obrigações 2ª parte**. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais,

1984. V. 44.

PACHECO, José da Silva. **Tratado das locações, ações de despejo e outras**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais: 1994.

RESTIFFE NETO, Paulo; RESTIFFE, Paulo Sérgio. **Locação – questões processuais e substanciais**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Agravo de Instrumento nº 2266500-05.2018.8.26.0000**. Relator: Desembargador Nestor Duarte. São Paulo, 23 de abril de 2019. Disponível em:

<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=12425253&cdForo=0>. Acesso em: 10 jun. 2019.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Direito imobiliário – teoria e prática**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

UBATUBA (Município). **Lei Municipal nº 4.140, de 25 de janeiro de 2019**. Disciplina a instalação e funcionamento do meio de hospedagem remunerado em residência com prestação de serviços no município de Ubatuba/SP, e dá outras providências. Ubatuba, SP, Disponível em: https://www.ubatuba.sp.gov.br/diariooficial/lei_2019_4140/. Acesso em: 10 jun. 2019.

ZANETTI, Cristiano de Sousa. **Direito contratual contemporâneo: A liberdade contratual e sua fragmentação**. São Paulo: Método, 2008.

ZILVETI, Ana Marta Cattani de Barros. **Bem de Família**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

DO PRAZO PRESCRICIONAL PARA AS PRETENSÕES ORIUNDAS DE INADIMPLEMTO CONTRATUAL: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E TRIBUNAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

Rafael Santos de Medeiros ¹

1 ACÓRDÃO PARADIGMA

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.280.825 - RJ (2011/0190397-7)

Preliminarmente cabe esclarecer que o caso em tela gira em torno de clube de investimentos (CLUBE DE INVESTIMENTO DOS EMPREGADOS DA VALE INVESTVALE – para efeito deste trabalho, denominado simplesmente “CLUBE”) criado para que os funcionários adquirissem as ações da companhia (ASSOCIAÇÃO DOS APOSENTADOS PENSIONISTAS EMPREGADOS ATIVOS E EX-EMPREGADOS DA COMPANHIA VALE DO RIO DOCE SUAS EMPREITEIRAS CONTROLADAS E COLIGADAS – denominado “APEVALE”) , contudo ocorre que a companhia foi privatizada e um dos diretores (FRANCISCO VALADARES PÓVOA – ou apenas “FRANCISCO”) foi condenado a indenizar os cotistas por valores pagos a menor. De acordo com o processo, os cotistas foram levados a vender ações por preços módicos a outros que sabiam que elas valiam mais e logo estariam liberadas para venda no exterior.

Portanto, a ação inicial proposta pela APEVALE contra o CLUBE e FRANCISCO (Processos Originários do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO nº 01275148420078190001, 20070011241382, 200900134306, 201101903977) era de indenização por danos materiais em razão dos prejuízos causados aos cotistas na administração fraudulenta dos investimento e portanto do descumprimento do estatuto social do clube de investimentos, o que eventualmente ocasionou lesão aos investidores das ações e, portanto, uma situação de responsabilidade por inadimplemento contratual.

Deste modo, o acórdão objeto desta análise, trata de Embargo de Divergência em Recurso Especial (1.280.825-RJ) contra acórdão em Embargos de Declaração da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça proferido em 24/06/17, cujo propósito recursal consistiu em determinar qual o prazo de prescrição aplicável às hipóteses de pretensão fundamentadas em inadimplemento contratual, especificamente, se nessas hipóteses o período é trienal (art. 206, §3, V, do CC/02) ou decenal (art. 205 do CC/02).

Em sede de Recurso Especial, o CLUBE alegou ofensa aos arts. 127, 128, 295, 332, 333, 396, 397, 460, 535 e 536 do CPC/73; aos arts. 123, 124, 125, 188, 189 e 927 do CC/02; ao

¹ Aluno do curso de pós-graduação lato sensu em “Direito Civil o Novos Paradigmas Hermenêuticos nas Relações Privadas” pela FDRP/USP. MBA em Gerenciamento de Projetos pela FGV. Advogado. rafael.smedeiros@hotmail.com.

art. 82 do CDC; aos arts., 2º, 4º e 31 da Lei 6.385/76; ao art. 6º da Instrução CVM nº 358/02 e ao art. 14 da Instrução CVM nº 40/84. O CLUBE alegou ainda cerceamento de defesa, por ter o tribunal de origem julgado desnecessária a prova documental e oral postulada. Pontuou-se ainda a ausência de legitimidade ativa da APEVALE, sob o fundamento de que nem todos os associados da apelada fazem jus ao direito pleiteado.

E por fim, ao que interessa nesta apreciação, quanto à prescrição, afirmaram que o início do prazo prescricional não pode depender de fatos exógenos à relação de direito material, mas da lesão ao direito inerente ao conceito de prescrição. Sustentaram, ainda, a existência de dissídio jurisprudencial.

A Quarta Turma do STJ deu parcial provimento ao recurso especial interposto pelo CLUBE e negou provimento àquele interposto por FRANCISCO, julgando que o CC/02, assim como já pontuava o Código Civil de 1916, adota orientação de cunho objetivo, estabelecendo a data da lesão de direito, a partir de quando a ação pode ser ajuizada, como regra geral para o início da prescrição, excepcionando os demais casos em dispositivos especiais. Assim, não se deve adotar a ciência do dano como o termo inicial do prazo se a hipótese concreta não se enquadra nas exceções. Portanto o prazo de prescrição de pretensão fundamentada em ilícito contratual, não havendo regra especial para o contrato em causa, é o previsto no art. 205 do Código Civil.

Avaliou ainda a 4ª Turma que não corre o prazo de prescrição no tocante à parte do pedido indenizatório cuja causa de pedir é conduta em persecução no juízo criminal e portanto o Recurso Especial do CLUBE foi conhecido em parte e, na parte conhecida, provido em parte para declarar a prescrição da pretensão relativa ao pedido 46.a da inicial unicamente para as operações realizadas anteriormente a 27/08/1997.

Em Embargos de Divergência tanto CLUBE como FRANCISCO, pugnaram pelo reconhecimento do dissídio e pelo provimento dos embargos, a fim de que prevaleça a solução adotada em julgados paradigmas e para isto levaram 04 (sete) julgados paradigmas quanto à prescrição, quais sejam:

- REsp 1281594/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/11/2016, DJe 28/11/2016;
- REsp 1577229/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/11/2016, DJe 14/11/2016;
- REsp 1361182/RS, Rel. Ministro MARCO BUZZI, Rel. p/ Acórdão Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 10/08/2016, DJe 19/09/2016;
- REsp 1360969/RS, Rel. Ministro MARCO BUZZI, Rel. p/ Acórdão Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 10/08/2016, DJe 19/09/2016.

De maneira geral, o CLUBE e FRANCISCO procuravam fundamentar a prescrição do caso da pretensão sob a égide do novo paradigma do Código Civil de 2002 para que se observasse o prazo comum de três anos. Pleiteavam a aplicação do art. 2.028 do CC/02 o qual rege que “serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada”.

Os Embargos de Divergência foram admitidos e considerando que a 4ª Turma do STJ aplicou à hipótese o prazo decenal de prescrição, nos termos do art. 205 do CC/02 para o CLUBE, e, em relação ao FRANCISCO, afirmou incidente a causa de interrupção prescricional prevista no art. 200 do CC/02, decidiu-se dividir a abordagem no julgamento, abordando primeiramente a causa que nos interessa que é a questão do prazo prescricional (arts. 205 ou 206 do CC/2002) e, a *posteriori*, a alegação de divergência quanto à causa interruptiva (art. 200 do CC/02).

Cabe elucidar que o feito foi levado a julgamento pela Segunda Seção do STJ em 09/05/2018, que é composta por 1. Nancy Andrighi, 2. Luis Felipe Salomão, 3. Raul Araújo, 4. Paulo de Tarso Sanseverino, 5. Isabel Gallotti, 6. Antonio Carlos Ferreira, 7. Villas Bôas Cueva, 8. Marco Buzzi, 9. Marco Aurélio Bellizze e 10. Moura Ribeiro.

Após o voto da Ministra Relatora Nancy Andrighi, que conheceu parcialmente os Embargos de Divergência e negou-lhes provimento, pediu vista antecipadamente o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva o qual, como voto-vista preliminar apenas discordou parcialmente da Relatora e não conheceu os Embargos de Divergência tanto do CLUBE quanto de FRANCISCO.

A Relatora dos Embargos de Divergência opostos contra a decisão, Ministra Nancy Andrighi, afirmou que considerando a relevância da controvérsia em julgamento e as diferentes orientações jurisprudenciais do STJ, o recurso em julgamento impôs ao Tribunal Superior nova reflexão e aprofundamento sobre o tema.

Deste modo passou então a analisar os subsídios essenciais para a correta interpretação da prescrição por inadimplemento contratual, passando a detalhar de modo sistemático e amplo o tema em (i) Do elemento normativo-literais, (ii) Do elemento lógico-sistemático e (iii) Do elemento de igualdade.

Por fim, a Ministra Nancy Andrighi concluiu que o instituto da prescrição tem por finalidade conferir certeza às relações jurídicas, na busca de estabilidade, porquanto não seria possível suportar uma perpétua situação de insegurança.

Ainda para a Ministra Relatora, nas controvérsias relacionadas à responsabilidade contratual aplica-se a regra geral do art. 205 CC/02 que prevê 10 anos

de prazo prescricional e, quando se tratar de responsabilidade extracontratual aplica-se o disposto no art. 206, §3º, V, CC/02, com prazo de 03 anos.

Por fim e em continuidade, após o voto-vista do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva o qual não conheceu os Embargos de Divergência, a Seção, por maioria e preliminarmente, conheceu parcialmente os Embargos de Divergência, sendo vencidos o já citado Ministro Villas Bôas Cueva bem como os Ministros Maria Isabel Gallotti e Antonio Carlos Ferreira quanto ao conhecimento.

No mérito, a Seção, por maioria, negou provimento aos embargos de divergência para manter o acórdão embargado que aplicou a prescrição decenal, nos termos do voto da Ministra Relatora sendo vencidos, portanto os Srs. Ministros Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro.

Na preliminar de conhecimento, votaram com a Ministra Relatora os Ministros Marco Buzzi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF da 5ª Região) e no mérito, votaram com a Ministra Relatora Nancy Andrichi, os Ministros Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira, Marco Buzzi e Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF da 5ª Região), estando impedido o Sr. Ministro Luis Felipe Salomão².

2 FUNDAMENTOS TEÓRICOS

Cumprime primeiramente, tecer alguns comentários conceituais a despeito do instituto da Prescrição.

A prescrição visa ao atendimento de um interesse jurídico-social, qual seja o de proporcionar segurança às relações de direito, por isso afirmar-se ser a mesma um instituto de ordem pública. A prescrição ocorre quando há perda da exigência da pretensão, ou seja, determinado direito subjetivo é lesionado, o que gera em consequência um direito de exigir do Estado-juiz, através da prestação jurisdicional, a restauração da ordem jurídica que foi violada com a lesão³.

Contudo, obviamente que à esta estabilidade e/ou restauração do direito aludido não pode e não deve se perpetuar no tempo, e por isso, nos parece razoável que exista certa e determinada limitação temporal para que os agentes e detentores do direito evoquem estes eventuais direitos de modo não deixar a mercê do infinito os outros sujeitos da relação jurídica.

² Foi apresentada a medida cautelar nº 18364/RJ, que teve decisão liminar deferida pelo Ministro Luis Felipe Salomão, para se conceder efeito suspensivo ao recurso especial. Posteriormente, o Ministro Luis Felipe Salomão declarou suspeição por motivo superveniente, dando ensejo à redistribuição (REsp 1280825 (2011/019039707 de 29/08/2016).

³ BARROS, Ana Lucia Porto de Barros [et al.]. O novo código civil: comentado. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002. v.1; p. 134.

Neste sentido, ensinam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho que a existência de prazo para o exercício de direitos e pretensões é uma forma de disciplinar a conduta social, sancionando aqueles titulares que se mantêm inertes, numa aplicação do brocardo latino *dormientibus non succurrit jus*. Afinal, quem não tem a dignidade de lutar por seus direitos não deve sequer merecer a sua tutela⁴.

Posto de forma breve o acima, cabe ressaltar que a questão disciplinada no acórdão analisado está relacionada quanto a aplicação do art. 205 ou do 206, § 3º, V, ambos do CC/02.

Enquanto o primeiro rege que “*A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor*”, o segundo diz que prescreve em três anos a pretensão de reparação civil.

E especificamente ao termo “reparação civil” está a tônica do debate, pois enquanto alguns ainda pretendem aduzir que o CC/02 não faz qualquer distinção quanto à origem ou natureza da pretensão reparatória, compreendendo, portanto, qualquer dano a ser indenizado e devendo ser lido de maneira ampla para abarcar tanto a responsabilidade contratual como a extracontratual, outros tantos afirmam que a reparação civil se aplica tão somente àquelas condições da responsabilidade extracontratual⁵.

Segundo CAVALIERI FILHO⁶ (2010, p. 1-16 apud DE OLIVEIRA, 2016, p.4-5.)

*“a responsabilidade civil constitui-se no dever de reparar o dano causado pela violação de um dever jurídico. A responsabilidade civil extracontratual, aquiliana ou absoluta é oriunda do desrespeito a um dever geral de não causar danos, conhecido desde o Direito Romano pela expressão *neminem laedere*. Não há, a princípio, qualquer relação jurídica prévia entre causador do dano e vítima, emanando diretamente da lei o dever de reparação. A responsabilidade contratual ou relativa, por sua vez, resulta de uma relação jurídica obrigacional preexistente entre as partes.”*

O CC/02 acolheu essa clássica distinção, tratando da responsabilidade contratual no título do inadimplemento das obrigações⁷ e da extracontratual nos títulos dos atos ilícitos e da responsabilidade civil⁸. Como bem ressaltado por CAVALIERI FILHO, tal distinção não é estanque, uma vez que existem regras previstas para uma determinada espécie que também são aplicáveis à outra⁹.

⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. Novo curso de direito civil, volume 1: parte geral - 21.ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 559.

⁵ portanto, neste caso, limitado ao art. 206, §3º, V do CC/02.

⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

⁷ Art. 389 e ss. do CC/02.

⁸ Art. 186 e ss. do CC/02.

⁹ Art. 927 e ss. do CC/02.

¹⁰ DE OLIVEIRA, Rafael Mansur. O prazo prescricional da pretensão indenizatória na responsabilidade civil contratual. Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação Lato Sensu da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. 2016. P. 4-5.

Nesta orientação e nas palavras da Ministra Relatora Nancy Andrichi do caso em tela, “para o efeito da incidência do prazo prescricional, o termo “reparação civil” não abrange a composição da toda e qualquer consequência negativa, patrimonial ou extrapatrimonial, do descumprimento de um dever jurídico, mas apenas as consequências danosas do ato ou conduta ilícitos em sentido estrito e, portanto, apenas para as hipóteses de responsabilidade civil extracontratual.”

Por isso, afirma a Ministra Relatora, que no direito privado brasileiro, a responsabilidade extracontratual é historicamente tratada de modo distinto daquela contratual, por um motivo muito simples: são fontes de obrigações muito diferentes, com fundamentos jurídicos distintos e sem qualquer ofensa ao princípio da isonomia.

Ratifica ainda que há muitas diferenças de ordem fática, de bens jurídicos protegidos e regimes jurídicos aplicáveis entre responsabilidade contratual e extracontratual que largamente justificam o tratamento diferente atribuído pelo legislador no CC/02.

Por fim, corroborando a todo acima exposto, Judith Martins Costa e Cristiano Souza Zanetti ratificam que por mais de 10 anos o STJ tem firmado este entendimento da prescrição decenal em desfavor da trienal no tocante as pretensões oriundas de inadimplemento contratual.

Nas palavras deles, afirmam que:

a viragem jurisprudencial pretendida pelo aresto não tem razão de ser. Em primeiro lugar, sua leitura não encontra abrigo no texto normativo, que somente emprega “reparação civil” no âmbito da responsabilidade extracontratual. Em segundo lugar, sua orientação põe em xeque a coerência do ordenamento, ao sugerir que o credor disporia do prazo de dez anos para reclamar a execução específica, a execução pelo equivalente ou, se cabível, a resolução, mas apenas de três para exigir o pagamento de indenização devida pela mora ou pelo inadimplemento definitivo. Em terceiro lugar, a equiparação de regime por ele proposta desrespeita as escolhas valorativas levadas a efeito pelo legislador que, na esteira da tradição, diferencia a responsabilidade contratual da extracontratual, fundadas que são em suportes fáticos distintos¹¹.

Os autores ainda concluem que no período compreendido entre 2006 e 2016, foram proferidos 22 acórdãos nesse sentido - de que a pretensão indenizatória fundada na responsabilidade contratual estava sujeita à prescrição de 10 anos - contra apenas 04 em sentido oposto. Descontados os casos em que a prescrição trienal foi mantida por

¹¹ COSTA, Judith Martins; ZANETTI, Cristiano de Souza. **Responsabilidade Contratual: Prazo Prescricional De Dez Anos**. Revista do Tribunais. 2017. vol. 979/2017. p. 215-241.

não ter sido objeto de recurso, a incidência da regra especial somente foi acolhida pela Corte em dois julgados, datados de 2006 e 2009. Não há dúvidas, portanto, sobre a constância e firmeza do entendimento segundo o qual a pretensão indenizatória, quando reportada a danos advindos da violação de um negócio jurídico, obedecia ao prazo decenal¹².

Por fim, apoiando este entendimento, Paulo Lôbo, afirma que:

Entendemos que, na responsabilidade civil negocial, a reparação por dano está intrinsecamente vinculada ao inadimplemento das obrigações contraidas em negócio jurídico, razão por que a prescrição da pretensão respectiva está sujeita ao mesmo prazo geral de dez anos incidente sobre aquelas, não se aplicando a regra do art. 201, §3º, V. Não faz sentido que a prescrição para o adimplemento da prestação negocial seja uma e para as consequências do inadimplemento seja outra¹³.

O renomado autor, ao analisar o mesmo acórdão objeto desta pesquisa, conclui que:

Depois de decisões divergentes em suas turmas, a Segunda Seção do STJ (REsp 1.280.825) fixou o entendimento de que o mesmo prazo prescricional de dez anos deve ser aplicado a todas as pretensões do credor nas hipóteses de inadimplemento contratual, incluindo o da reparação de perdas e danos por ele causados. Para o Tribunal não parece haver sentido jurídico nem lógico na afirmação segundo a qual o credor tem um prazo para exigir o cumprimento da obrigação e outro para reclamar o pagamento de perdas e danos¹⁴.

Na esteira, portanto do Acórdão pesquisado, percebe-se a rápida atuação de renomados estudiosos do Direito Civil no intuito de ratificar esta recente orientação do STJ de maneira a afastar a suposta guinada hermenêutica jurisprudencial em virtude de julgado do ano de 2016 - REsp 1.281.594-SP¹⁵; que entendeu pela prescrição trienal para as pretensões oriundas de inadimplemento contratual.

Cabe por último pontuar que, enquanto era elaborada esta pesquisa, em 15/05/2019¹⁶, houve o julgamento pela Corte Especial do STJ de Embargos de Divergência interpostos contra o acórdão proferido no ano 2016 supracitado, quando a Egrégia Corte Especial do STJ fixou, por maioria, o entendimento do prazo de dez anos para prescrição de reparação civil contratual em detrimento do prazo trienal.

¹² Ibidem.

¹³ LÔBO, Paulo. Direito civil: volume 1: parte geral - 8.ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 378.

¹⁴ Ibidem. p.379.

¹⁵ Em 28/11/2016, a 3ª Turma do STJ julgou o REsp. 1.281.594-SP, negando provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator Marco Aurélio Bellizze, no sentido de que, o prazo prescricional de três anos para a pretensão de reparação civil aplica-se tanto à responsabilidade contratual quanto à responsabilidade extracontratual, em linha com o Enunciado 419 da V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal e do Superior Tribunal de Justiça, realizada em novembro de 2011.

¹⁶ A Corte Especial do STJ, em sede de Embargos de Divergência em REsp. 1.281.59, por maioria, deu provimento ao Recurso Especial até então negado pela 3ª Turma.

Ressalta-se que, no julgamento acima citado, a Corte Especial do STJ utilizou o Acórdão aqui analisado - Embargos de Divergência em REsp N° 1.280.825-RJ - como acórdão paradigma na fundamentação do julgado, ratificando portanto o entendimento da Corte bem como demonstrando a relevância e prestígio do Acórdão paradigma, objeto desta pesquisa, para com o entendimento e pacificação jurisprudencial sobre o tema.

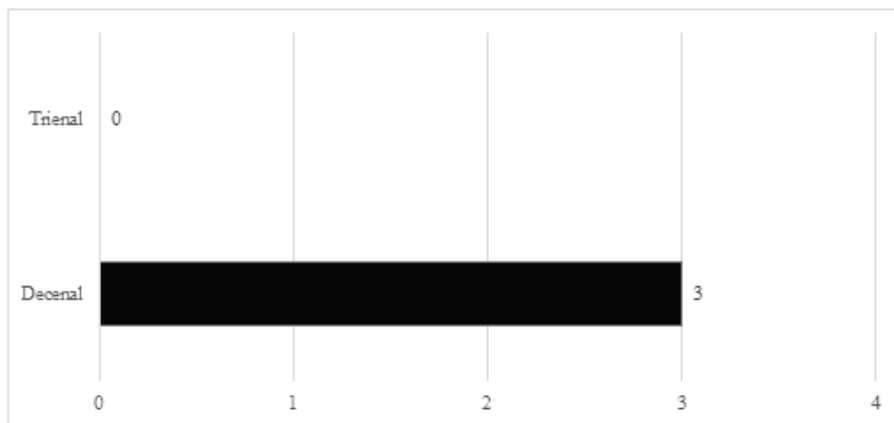
3 PESQUISA EMPÍRICA

Neste diapasão, apresentam-se neste capítulo as pesquisas realizadas junto ao Superior Tribunal de Justiça bem como ao Tribunal de Justiça de São Paulo, com o objetivo de expor como estes tribunais tem se posicionado quanto ao entendimento e aplicação da prescrição decenal nas pretensões oriundas de inadimplemento contratual.

A pesquisa foi efetuada no lapso temporal de 01/01/2010 a 01/06/2019, utilizando-se como palavras chaves: “prescrição”, “decenal”, “trienal”, “reparação civil” e “inadimplemento contratual”.

Em relação à pesquisa efetuada no sítio eletrônico do STJ, foram encontrados 03 (três) acórdãos, todos no sentido de aplicabilidade do prazo prescricional decenal quando discutida a pretensão de reparação civil por danos decorrentes de inadimplemento contratual, entre eles o Acórdão paradigma objeto desta pesquisa, bem como o REsp 1.281.594 acima citado, em que a Corte Especial acabou por modificar o entendimento anteriormente afirmado pela 3ª Turma do STJ no ano de 2016.

Gráfico 1 – Acórdãos sobre o tema



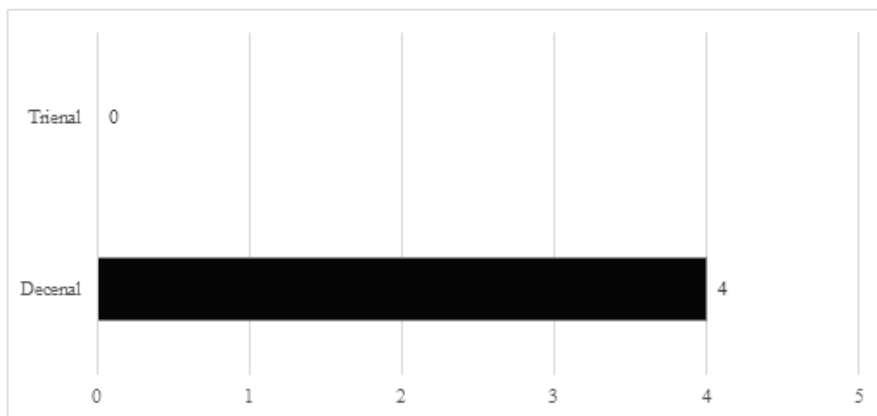
Fonte: Elaborado pelo próprio autor com base nos acórdãos do STJ (2019).

Em relação à pesquisa efetuada no sítio eletrônico do TJ/SP, devido a mensagem de que “a faixa entre data de início e data de fim deveria ser de no máximo 1 ano”, a pesquisa foi inicialmente efetuada com lapso temporal menor do que aquela realizada no STJ, ou seja, analisamos o espaço de tempo entre 01/07/2018 e 01/06/2019, utilizando-se as mesmas palavras chaves acima citadas e como resultado obteve-se portanto 163 (cento e sessenta e três) acórdãos.

Desta feita, optou-se por restringir a pesquisa às 1ª e 2ª Câmaras Reservada de Direito Empresarial do TJ/SP, quando foram encontrados 04 (quatro) acórdãos.

Todos os quatro acórdãos (três foram em sede de Apelação e um em Agravo de Instrumento), reformaram a sentença de primeiro grau afastando a prescrição trienal e reafirmando que o prazo prescricional na hipótese de responsabilidade civil contratual, segundo o entendimento pacificado do STJ, é o decenal à luz do art. 205 do Código Civil.

Gráfico 2 – Acórdãos sobre o tema



Fonte: Elaborado pelo próprio autor com base nos acórdãos do TJ/SP (2019).

REFERÊNCIAS

BARROS, Ana Lucia Porto de Barros [et al.]. **O novo código civil**: comentado. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002. v.1; p. 134.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. EREsp nº 1280825 / RJ (2011/0190397-7). Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201101903977&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 30jun2019.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. EREsp nº 1281594 / SP (2011/0211890-7). Relator: Ministro Benedito Gonçalves – Corte Especial. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201102118907. Acesso em: 23mai2019.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=PRESCRI%C7%C3O++E+DECENAL+E+TRIAL+E+REPARA%C7%C3O+ADJ1+CIVIL++E++INADIMPLEMTO+ADJ1+CONTRATUAL&data=%40DTDE+%3E%3D+20100101+E+%40DTDE+%3C%3D+20190601&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 09jun2019

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsq/resultadoCompleta.do>. Acesso em: 09jun2019.

BRASIL. **Constituição federal, código civil, código de processo civil** / Organizador Yussef Said Cahali; obra coletiva de autoria da Editora Revista dos Tribunais com a coordenação de Giselle de Melo Braga Tapai. 5. Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003 – (RT-mini-códigos).

COELHO, Gabriela. **STJ fixa em dez anos prazo para prescrição de reparação civil contratual**. Revista Consultor Jurídico – ConJur, 15/05/2019, 16h07. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-15/reparacao-civil-contratual-prescreve-dez-anodecide-stj>. Acesso em: 15mai2019.

COSTA, Judith Martins; ZANETTI, Cristiano de Souza. **Responsabilidade contratual**: prazo prescricional de dez anos. Revista do Tribunais. 2017. vol. 979/2017. p. 215-241.

DE OLIVEIRA, Rafael Mansur. **O prazo prescricional da pretensão indenizatória na responsabilidade civil contratual**. Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação Lato Sensu da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: EMRJ, 2016. Disponível em:

http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2016/pdf/RafaelMansurdeOliveira.pdf Acesso em: 25mai2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil**, volume 1: parte geral. 21.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LÔBO, Paulo. **Direito civil**: volume 1: parte geral. 8.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 1999. v.1 Parte Geral. 29 ed. rev.; p.317.

O SUICÍDIO NOS DOIS PRIMEIROS ANOS DE VIGÊNCIA DO CONTRATO DE SEGURO DE VIDA: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tiago Gouveia Tibério ¹

1 ACÓRDÃO PARADIGMA

Trata-se de Recurso Especial nº 1.334.005 – GO (BRASIL, 2015), interposto em 06/10/2011, perante o Superior Tribunal de Justiça, de ação originária de cobrança de seguro de vida ajuizada pelas recorridas, sucessoras e beneficiárias de apólice de seguro de vida de seu genitor, que faleceu em 14/05/2005.

Pretendem o pagamento da indenização securitária no valor de R\$ 303.000,00 (trezentos e três mil reais), em virtude de o evento suicídio, no caso, enquadrar-se como morte acidental, pois não configurada a hipótese de premeditação.

Em 1ª Instância, o pedido foi julgado improcedente, sob fundamentação que o contrato de seguro de vida havia sido celebrado em 19/04/2005 e a morte, através de suicídio se deu em 13/05/2005, desatendido, pois, o prazo estabelecido no artigo art. 798 do Código Civil.

Os beneficiários do seguro interpuseram recurso de apelação, que foi provida por decisão monocrática, ao entendimento de que o art. 798 do Código Civil deve-se interpretar no sentido de que, cabendo a seguradora demonstrar que o segurado agiu de forma premeditada, exclusivamente para obter em favor de terceiro o pagamento da cobertura contratada.

Desta decisão monocrática que deu provimento ao recurso de apelação, o banco segurador opôs agravo regimental, que foi conhecido, mas negado provimento, mantendo incólume a decisão agravada pelos seus próprios fundamentos.

O mesmo banco segurador opôs embargos de declaração sob argumento de omissão do julgado, todavia, os embargos foram rejeitados, por não restar configurada a presença de qualquer omissão, contradição ou obscuridade.

Foi interposto recurso especial, com fundamento nas alíneas a e c do permissivo constitucional, bem como ofensa ao artigo 798 do Código Civil, visto que o suicídio

¹ Graduado pela Faculdade de Direito de Franca – FDF (2009); Pós - Graduado em Direito Processual Contemporâneo pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” – UNESP (2012); Pós - Graduado em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – USP (2014); Pós - Graduando em Direito Civil: novos paradigmas hermenêuticos nas relações pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – USP. e-mail: tiagotiberio@hotmail.com

ocorreu dentro do prazo (25 dias após a assinatura do contrato de seguro) de carência estabelecida pelo citado artigo 798 CC.

O Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino negou seguimento ao recurso especial, sob o fundamento que a irresignação não merece acolhida, estando efetivamente atraídos os enunciados sumulares n. 7 e 83/STJ, bem como no AgRg no Ag nº 1244022/RS, que teria pacificado o entendimento no sentido de que o suicídio nos dois primeiros anos do contrato, por si só, não autoriza a seguradora a eximir-se do dever de indenizar, cabendo a ela comprovação inequívoca da premeditação, conforme Súmulas 105/STF e 61/STJ.

Foi interposto agravo regimental à terceira turma do STJ e na sessão de 16/09/2014, foi provido o agravo regimental, e desta forma, afetando o julgamento à Segunda Seção.

Em 08/04/2015 foi aberta a sessão para julgamento do recurso analisado, onde houve sustentação oral dos advogados das partes, bem como da parte interessada (Federação Nacional de Previdência Privada e Vida – FENAPREVI).

Posteriormente, votou o Ministro Relator Paulo de Tarso Sanseverino, que negou provimento ao recurso especial. Iniciada a divergência, votou a Ministra Maria Isabel Gallotti pelo provimento ao recurso especial e foi acompanhada pelos demais componentes da Segunda Seção, os Ministros Antonio Carlos Ferreira, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Buzzi, Marco Aurélio Bellizze, João Otávio de Noronha e Raul Araújo e ausente, justificadamente, o Ministro Moura Ribeiro.

Deste modo, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, deu provimento ao recurso especial. Como foi vencido o voto o Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, ficou designada a Ministra Maria Isabel Gallotti para lavratura do acórdão.

A Ministra relatora para o acórdão, Maria Isabel Gallotti, fundamentou seu voto no sentido de que após a entrada em vigor do Código Civil de 2002, o suicídio não é risco coberto nos dois primeiros anos de vigência do contrato de seguro de vida e após esses dois anos, por outro lado, em caso de suicídio, a seguradora terá de pagar a indenização, mesmo diante da prova mais cabal de premeditação. Ainda consignou que o artigo 797 CC não beneficiou nem a seguradora nem ao segurado, mas conferido objetividade à disciplina legal do contrato de seguro de vida.

Os beneficiários do contrato de seguro de vida interpuseram recurso extraordinário, que foi admitido e remetido os autos ao Supremo Tribunal Federal, que em decisão monocrática do Ministro Celso de Mello, não foi conhecido o recurso extraordinário sob o argumento que ausente o indispensável prequestionamento da matéria constitucional, bem como não se trata de conflito direto e frontal com o texto da Constituição, como exigido pela jurisprudência do STF, torna-se inviável o trânsito do recurso extraordinário.

Interposto agravo regimental e negado pela segunda turma do STF, por votação unânime, nos termos do voto do relator. Não participou, justificadamente, do julgamento o Ministro Teori Zavascki, sendo presidida pelo Ministro Dias Toffoli e presentes à sessão os Ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia e Teori Zavascki.

O acórdão publicado no dia 01/02/2016 transitou em julgado em 17/02/2016, dia subsequente ao término do prazo recursal.

2 FUNDAMENTOS TEÓRICOS

Feita a descrição do acórdão, o escopo deste tópico é analisar e discorrer sobre os fundamentos jurídicos que serviram de alicerce para os votos dos Ministros e paralelamente fazer apontamentos, que apesar de não explicitados na Decisão, entende-se que merecem destaques, citando a doutrina congruente ao caso.

Serão explorados os argumentos e motivos que levaram o Superior Tribunal de Justiça, modificar seu entendimento quanto ao assunto contrato de seguro de vida e suicídio.

Antes do julgamento do acórdão analisado, o STJ valia-se do entendimento de que era ônus da seguradora comprovar que seu segurado havia agido de má-fé, premeditando o suicídio antes de completado dois anos da assinatura do contrato, e após o julgamento do acórdão estudado e agora sumulado - Súmula 610² - ocorrendo o suicídio nos dois primeiros anos de vigência do contrato, não há que se falar em ônus de comprovar a premeditação, ou má-fé do segurado, perdendo o beneficiário o direito de recebimento da indenização securitária.

No julgamento do REsp 1.334.005/GO, que por sete votos a um, deu provimento ao recurso especial, os Ministros que votaram pelo provimento alicerçam seus votos principalmente no fundamento de que o artigo 798 Código Civil³, que trata sobre o tema, traz em seu texto, critério temporal objetivo, que não dá margem a interpretações subjetivas quanto à premeditação, má-fé ou boa-fé do segurado.

O ministro Paulo de Tarso Sanseverino, que foi o voto vencido, iniciou sua fundamentação, primeiramente invocando que seguia a linha jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, que até então, era no sentido de que *“o fato de o suicídio ter ocorrido no período inicial de dois anos de vigência do contrato de seguro, por si só, não autoriza a companhia seguradora eximir-se do dever de indenizar, sendo necessária a comprovação inequívoca da premeditação por parte do segurado, ônus que cabe à Seguradora, conforme as Súmulas 105/STF e 61/STJ expressam em relação ao suicídio durante o período de carência”*.

² Súmula 610: O suicídio não é coberto nos dois primeiros anos de vigência do contrato de seguro de vida, ressalvado o direito do beneficiário à devolução do montante da reserva técnica formada. (BRASIL, 2018).

³ Art. 798. O beneficiário não tem direito ao capital estipulado quando o segurado se suicida nos primeiros dois anos de vigência inicial do contrato, ou da sua recondução depois de suspenso, observado o disposto no parágrafo único do artigo antecedente. Parágrafo único. Ressalvada a hipótese prevista neste artigo, é nula a cláusula contratual que exclui o pagamento do capital por suicídio do segurado. (BRASIL, 2002).

Mas, além da sustentar que a orientação jurisprudencial deveria ser mantida, fundamentou que não se pode fazer uma interpretação literal pura e simples do enunciado normativo do artigo 798 do CC, mas que o método literal, que foi utilizado pelos outros Ministros, seria apenas o início do processo hermenêutico de um texto legal, devendo-se considerar ainda outros critérios como o histórico, o lógico, o sistemático e o teleológico.

O antagonismo de fundamento entre os votos ocorreu principalmente quanto ao critério de interpretação do artigo 798 do Código Civil. Neste ponto, o voto do Ministro vencido, Paulo de Tarso Sanseverino, consta que a lei deve ser interpretada através do “círculo hermenêutico⁴”, e para tanto, cita Karl Larenz. Todavia, necessário contextualizar os motivos que levam certa parte da doutrina e jurisprudência a sustentarem que o artigo 798 deve ser interpretado através de métodos hermenêuticos⁵.

O Supremo Tribunal Federal, em 1963, editou a súmula 105, que prescrevia: “*Salvo se tiver havido premeditação, o suicídio do segurado no período contratual de carência não exime o segurador do pagamento do seguro*”. Tempos depois, em 1992, o STJ editou a súmula 61, cujo enunciado era: “O seguro de vida cobre o suicídio não premeditado”.

Quando da edição das súmulas citadas, ainda vigia o Código Civil de 1916, que tratava do tema aqui debatido em seu artigo 1440, e possibilitava o seguro por morte involuntária, afastando a cobertura de morte voluntária, como o suicídio premeditado por pessoa em seu juízo.

O Ministro Marco Aurélio Bellizze, em seu voto, fez constar que as Súmulas supracitadas foram editadas sob a égide do CC de 1916: “*Ocorre que esses entendimentos sumulares citados foram firmados sob o paradigma do Código Civil de 1916.*”, para mais adiante, alegar que “ (...) *sob o novo paradigma do Código Civil de 2002, considero que as orientações jurisprudenciais anteriormente firmadas não mais se sustentam diante do novo critério temporal objetivo de 2(dois) anos de carência*”.

Assim, até o advento do Código Civil de 2002, nosso ordenamento jurídico possibilitava a celebração de contrato de seguro de vida com previsão do risco morte, mas desde que involuntária, razão pela qual, existia toda uma discussão em averiguar se houve

⁴Por tal, dizendo de modo simplificado, pretende expressar-se o seguinte: uma vez que o significado das palavras em cada caso só pode inferir-se da conexão de sentido do texto e este, por sua vez, em última análise, apenas do significado – que aqui seja pertinente – das palavras que o formam e da combinação de palavras, então terá o intérprete – e, em geral, todo aquele que queria compreender um texto coerente ou um discurso – de, em relação a cada palavra, tomar em perspectiva previamente o sentido da frase por ele esperado e o sentido do texto em seu conjunto; e a partir daí, sempre que surjam dúvidas, retroceder ao significado da palavra primeiramente aceite e, conforme o caso, retificar este ou a sua ulterior compreensão do texto, tanto quanto seja preciso, de modo a resultar uma concordância sem falhas. (LARENZ, 1997).

⁵A Hermenêutica Jurídica tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito. (MAXIMILIANO, 2011)

⁶Art. 1.440. A vida e as faculdades humanas também se podem estimar como objeto segurável, e segurar, no valor ajustado, contra os riscos possíveis, como o de morte involuntária, inabilitação para trabalhar, ou outros semelhantes. Parágrafo único. Considera-se morte voluntária a recebida em duelo, bem como o suicídio premeditado por pessoa em seu juízo. (BRASIL, 1916).

premeditação, cabendo as seguradoras o ônus de tal prova.

Concernente a este ônus *probandi*, Ayrton Pimentel (2017, p.10), em obra sobre o tema, comenta:

Desnecessário discorrer sobre a dificuldade da prova da premeditação que, por excluir direito do beneficiário, competia ao segurador. Não por outra razão, passou a ser conhecida como prova diabólica, o que, na prática, significava ter sempre o segurador a obrigação de pagar o capital contratado.

O Ministro João Otávio de Noronha, também reprovava e crítica à antiga posição majoritária doutrinária e jurisprudencial:

(...) impunha-se às seguradoras, por construção jurisprudencial, pagamento da respectiva indenização; se premeditado, isentas estariam da respectiva indenização. Todavia, cabia a elas a prova de tal excludente, prova que reputo praticamente impossível de ser realizada por uma seguradora, que pode apenas levantar dados objetivos (como laudos médicos, etc) para comprovar algo extremamente subjetivo.

Já no Código Civil de 2002, quando tratou do suicídio no contrato de seguro de vida, o legislador optou por regular a matéria de maneira completamente distinta (art. 798) ao do antigo Código.

Claramente, o legislador tentou acabar com a polêmica a respeito do tema, quando no artigo 797 do CC⁷ regulou a possibilidade do estabelecimento de um prazo de carência no seguro de vida em caso de morte, e especificamente no artigo seguinte, o prazo de dois anos no caso de suicídio.

Assim, o critério do novo Código Civil foi puramente objetivo, acabando com a difícil tarefa de provar a premeditação, ou seja, a premeditação do suicídio passou a ser irrelevante, ou pelo menos deveria ser.

Nas palavras do Ministro Marco Aurélio Bellize:

A adoção deliberada deste critério objetivo pelo novo Código Civil torna desimportante a perquirição acerca da motivação do suicídio, se voluntário ou involuntário, premeditado ou não, seja antes ou depois do período de carência.

Aliás, este é um dos principais argumentos explorado nos votos, bem como na doutrina, já que que pela letra do artigo 798 do Código Civil, não existe a necessidade de averiguar sobre a premeditação.

⁷ Art. 797. No seguro de vida para o caso de morte, é lícito estipular-se um prazo de carência, durante o qual o segurador não responde pela ocorrência do sinistro. (BRASIL, 2002).

Neste ponto, Sílvio de Salvo Venosa (2016, p. 308) anota: “*O atual Código procurou solucionar de forma mais prática e objetiva a questão, estatuidando que o suicídio não gerará indenização, se ocorrido nos primeiros dois anos de vigência inicial do contrato(...)*” e finaliza que “*Sob tal prisma, afastar-se-á a discussão acerca da premeditação.*”

Para chegar-se ao atual artigo 798, diversas redações foram apresentadas, inclusive, algumas bem divergentes da que acabou por ser aprovada.

Em 1963, Caio Mario da Silva Pereira, responsável pelo Anteprojeto do Código Civil relativo ao título Obrigações, apresentou a seguinte redação: *Art. 798. Depois de emitida a apólice, o segurador não pode recusar o recebimento do prêmio, nem o pagamento do seguro de vida, salvo se provar a má-fé do segurado, ou que a morte ou incapacidade tenha resultado de duelo, ou suicídio premeditado, por pessoa em seu juízo perfeito.*

A proposta de Caio Mario era totalmente subjetivista, e bem semelhante a do Código Civil de 1916. Todavia, o Projeto de Caio Mario não logrou êxito. Em 1969, foi criada nova Comissão de Revisão do Código Civil, agora capitaneada pelo jurista Miguel Reale.

Segundo Fábio Konder Comparato, rompendo com a tradicional doutrina, sugeriu uma brusca alteração em relação ao capítulo do contrato de seguros, que seria decisiva para chegarmos a letra do artigo 798.

Em um primeiro momento, ele criticou o antigo Anteprojeto, já que seguia orientação do Código Civil de 1916 ao estipular a premeditação como critério de análise do suicídio, para depois propor um critério objetivo, que é o prazo de carência legal de dois anos, alheio à análise das condições que deram causa ao sinistro, ou seja, o único fato de relevância era o tempo decorrido entre a contratação do seguro e o suicídio.

Fábio Konder Comparato, em notas explicativas⁸ ao substitutivo, estabeleceu

⁸O atual Código Civil exclui a garantia em se tratando de 'suicídio premeditado' (art. 1.440, parágrafo único). O projeto de 1965, após reproduzir essa disposição, acrescenta que passados dois anos da conclusão do contrato 'o suicídio do segurado, qualquer que seja a sua causa, não obsta ao pagamento do seguro.' Como é sabido, a fim de evitar a probatio diabólica da premeditação do suicida segurado, as companhias seguradoras brasileiras sempre inseriram em suas apólices de seguro de vida a cláusula de exclusão da garantia quando o suicídio, qualquer que seja o grau de voluntariedade do ato, ocorre dentro dos dois primeiros anos de vigência do contrato. Essa cláusula, porém, não foi admitida nos tribunais (Súmula do Supremo Tribunal Federal, n. 105). A orientação do Projeto de 1965, copiada do Código Civil, não parece a melhor. Ao falar em suicídio premeditado, o legislador abre ensejo a sutis distinções entre premeditação e simples voluntariedade do ato, tornando na prática sempre certo o direito ao capital segurado, pela impossibilidade material de prova de fato extintivo, o que não deixa de propiciar a fraude. Preferimos seguir neste passo o Código Civil italiano (art. 1927), excluindo em qualquer hipótese o direito ao capital estipulado se o segurado se suicida nos primeiros dois anos de vigência inicial do contrato, ou da sua recondução depois de suspensão, e proibindo em contrapartida a estipulação de não pagamento para o caso de o suicídio ocorrer após esse lapso de tempo. O único fato a ser levado em consideração é, pois, o tempo decorrido desde a contratação ou renovação do seguro, atendendo-se a que ninguém, em sã juízo, contrata o seguro exclusivamente com o objetivo de se matar dois anos após. Na hipótese de exclusão do direito à garantia, o segurador deve devolver ao beneficiário o montante da reserva técnica já formada, analogamente ao disposto para o caso de sinistro durante o prazo de carência contratual. (COMPARATO, 1972).

um novo paradigma ao assunto em comento, sendo inclusive denominado de Substitutivo Comparato.

Ocorre que, mesmo após a entrada em vigor do novo Código Civil, que pelo texto do artigo 798 deveria pacificar o tema, surgiram algumas teses que iam contra a vontade do legislador.

A primeira corrente defende a leitura e interpretação do artigo 798 em conjunto com as súmulas 105 do STF e 61 do STJ, que como já exposto, trazem a necessidade das seguradoras fazerem prova da premeditação do suicídio (SENE, 2009, p.183).

Já uma segunda corrente argumenta a presunção relativa de premeditação do suicídio, quando ocorrido no prazo de carência de dois anos estipulado pelo artigo 798, cabendo ao beneficiário o ônus *probandi* que o suicídio não foi premeditado, lhe dando o direito de receber a indenização (TZIRULNIK; CAVALCANTI; PIMENTEL, 2003, p.285).

E por fim, uma terceira posição, dominante atualmente, sustenta que após a entrada em vigor do Código Civil de 2002, não cabe mais examinar se o segurado agiu com boa-fé ou não, já que a questão não se coloca para o exame do dispositivo em destaque, tratando agora de carência legalmente instituída (CAMPOY, 2014, p.149).

Antes da decisão estudada, a primeira corrente era a majoritária nos Tribunais, ou seja, em caso de suicídio, cabiam as Seguradoras a prova da premeditação para se eximirem do pagamento do capital segurado, já após o julgamento do REsp nº 1.334.005/GO, o entendimento jurisprudencial se inverteu totalmente, já que consagrou o critério objetivo, ante o prazo de carência estipulado no artigo no art. 798 do CC.

A Ministra relatora para o acórdão, Maria Isabel Galloti, deixou assentado em seu voto, que no Código Civil de 2002, não há menção de premeditação ou não do suicídio, claramente para evitar a árdua prova do suicídio premeditado:

(...) ao contrário do Código Civil revogado, não há previsão na lei ao caráter premeditado ou não do suicídio. A intenção do novo código é precisamente evitar a difícilíssima prova da premeditação e da sanidade mental e capacidade de autodeterminação no momento do suicídio.

Ocorre que, mesmo utilizando métodos hermenêuticos, como defendido pelo Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, estes não podem afastar o próprio texto da lei, posto que, os métodos de interpretação também acabam por prestigiar a literalidade do artigo 798 CC.

Utilizando-se da interpretação gramatical, “suicídio é gênero de que são espécies o suicídio premeditado e o não premeditado, do que se pode

concluir que o dispositivo em comento (art. 798 do CC/2002) alcança indistintamente todas as espécies de suicídio” (CAMPOY, 2014, p.137).

Tem-se também a interpretação lógica e a sistemática, que se utilizando das palavras de Francisco Amaral (2000, p. 87-88), para expor que a interpretação lógica é aquela que “*utiliza as regras de raciocínio para compreender o significado da norma, procurando coerência, a conexão com outros preceitos*” e a sistemática “*se relaciona a norma visada com as que se compõem o mesmo instituto jurídico, levando-se em conta o contexto legal em que a norma se inscreve (...)*”.

Como o artigo 798 faz menção e se relaciona diretamente com o artigo anterior, já que in fine de seu texto consta “*observado o disposto no parágrafo único do artigo antecedente*”, temos que interpretação lógica e sistemática se faz presente e estão em perfeita harmonia.

Ilustrando acerca da interpretação sistemática, extrai-se do voto do Ministro João Otávio Noronha:

No que diz respeito à interpretação sistemática, não vejo como possa contribuir para a questão já que inexistente ambiguidade ou obscuridade no conteúdo da norma que demande esse tipo de análise. E, se for realizada, a constatação é a de que a norma não se opõe a nenhuma outra no direito positivado brasileiro.

Adiante, o Ministro ainda deixou consignado a necessidade de interpretar de forma conjunta os artigos 797 e 798 do Código Civil: “*O artigo seguinte, 798, se interpretado de forma a retirar-lhe o caráter objetivo, tornerà-se praticamente inócuo diante da norma contida no artigo anterior*”.

Por sua vez, a interpretação histórica, indaga sobre as circunstâncias, condições e momento que a lei foi editada, bem como causas pretéritas, onde o legislador atua para solucionar lacunas ou corrigir distorções do ordenamento.

Neste passo, como acima já anotado, o substitutivo Comparato estampa bem a interpretação histórica e justifica a guinada interpretativa a respeito do tema.

Já a interpretação teleológica, concentra suas preocupações no fim a que a norma se dirige. Entende-se que com o prazo de carência estabelecido, o legislador se preocupou em desestimular o suicídio.

E não há que se falar em injustiça, ou benesse para as seguradoras, pois é certo que se o suicídio ocorrer nos dois primeiros anos, não há indenização, por outro lado,

passado os dois anos, mesmo que premeditado, o suicídio será indenizado, é um sistema de contrapeso?

Outro ponto sustentado pelos contrários ao critério temporal objetivo do Código, é o porquê do prazo de dois anos. Ocorre que este prazo se justifica pelo fato de que é inimaginável que alguém celebre contrato de seguro “premeditando” o suicídio para dois anos à frente. (TZIRULNIK; CAVALCANTI; PIMENTEL, 2003, p.188).

Mesmo se assim não fosse, entende-se que foi vontade do legislador, e essa vontade/escolha essa legítima, já que em nosso ordenamento existem outros casos de critério puramente objetivo, como os prazos prescricionais, decadenciais, ou então, a idade de 18 anos para atingir a maioridade.

Feitas essas considerações, mesmo sob o prisma hermenêutico, o artigo 798, conforme Adilson José Campoy (2014, p.149) “*não traz em seu texto nenhum conceito jurídico indeterminado a permitir que se lhe dê interpretação absolutamente contrária aos seus termos*”.

Analisados os processos interpretativos, acredita-se que o acórdão deixou de abordar o suicídio como tema de saúde pública e passou ao largo de questões polêmicas, mas importantes sobre o assunto, e, deste modo, necessário se faz tecer algumas considerações, ainda mais nos dias atuais, onde, infelizmente, as estáticas de morte por suicídio só aumentam.

O tema suicídio é filosófico por natureza, e desperta o interesse e estudo pelos mais diversos ramos na ciência, religião, psicologia, etc. Não se tem a pretensão nem expertise para uma abordagem filosófica sobre o caso, mas é inconteste que aquele que se suicida, ou premedita o suicídio, certamente não está em seu melhor estado psicológico.

Se o indivíduo não se encontra saudável psicologicamente, o suicídio coberto por um contrato de seguro lhe pode ser um alento, além de encorajá-lo e confortá-lo, pois sua morte possibilitaria a indenização securitária ao seu beneficiário, e de alguma forma sua morte traria proveito a um terceiro.

Entende-se que é papel do Estado, sem interferir em direitos e na autonomia da vontade das partes, desestimular o suicídio. Antes do Código Civil de 2002 e do julgamento da Decisão estudada, a jurisprudência não contribuiu para isso, já que se preocupava mais com a proteção dos beneficiários, em detrimento das seguradoras, sendo que a preocupação deveria ser com o próprio segurado.

⁹Neste sentido o voto do Ministro João Otávio de Noronha.

Adriano Ferriani (MIGALHAS, 2019), em artigo sobre o tema, analisa o suicídio sobre outro viés:

Porém, o equívoco dessa "justiça" decorre da despreocupação em relação à situação do próprio suicida, que sabedor da viabilidade jurídica de indenização, pode se sentir não propriamente estimulado, mas sim despreocupado com o aspecto econômico que sua morte pode gerar, em relação a seus entes queridos.

O lado benéfico, e mesmo os que são contrários ao critério objetivo da lei não podem negar, é que o prazo estabelecido no artigo 798 do Código Civil estimula o segurado a permanecer vivo, e neste ínterim, circunstâncias ou tratamento podem fazer com que ele não ceife a própria vida.

Outro ponto positivo, é que adotando o critério objetivo, exclusivamente temporal, não há mais espaço para presunções, sendo desnecessário investigar sobre a motivação do suicídio, prestigiando a segurança jurídica, já que o segurador poderá taxar o prêmio, sabendo que morte em razão de suicídio só estará coberta após os dois anos da carência legal.

Se o artigo 798 do Código Civil não passasse a ser cumprido, certamente o prêmio dos seguros de vida seriam bem mais onerosos, ante a insegurança jurídica, já que um segurado poderia contratar um seguro, e no dia seguinte suicidar-se e ainda assim seu beneficiário receber todo o capital segurado. Deste modo, a decisão estudada certamente repercute também no aspecto econômico da contratação dos seguros de vida.

Apesar de uma matéria tipicamente contratual, os votos não seguiram pelo caminho da discussão sobre função social do contrato, boa-fé, ou princípios, e acredita-se que realmente não deveria ser, como bem asseverado em uma passagem do voto do voto do Ministro Antonio Carlos Ferreira:

Sr. Presidente, o legislador, no meu entendimento, conferiu ao art. 798 do novo Código uma redação muito clara, bastante objetiva e precisa que, data venia, dispensa, para sua interpretação, a invocação de teorias como a da função social do contrato, da boa-fé objetiva ou de princípios como o da Dignidade da Pessoa Humana, aludidos da tribuna. É clara, é claríssima a vontade do legislador.

O acórdão estudado tornou-se paradigmático, servido de norte para os Tribunais Estaduais, sofrendo pontuais relutâncias de alguns Desembargadores (as), todavia, a matéria tornou-se pacificada no Superior Tribunal de Justiça, inclusive, com a edição da já citada Súmula 610.

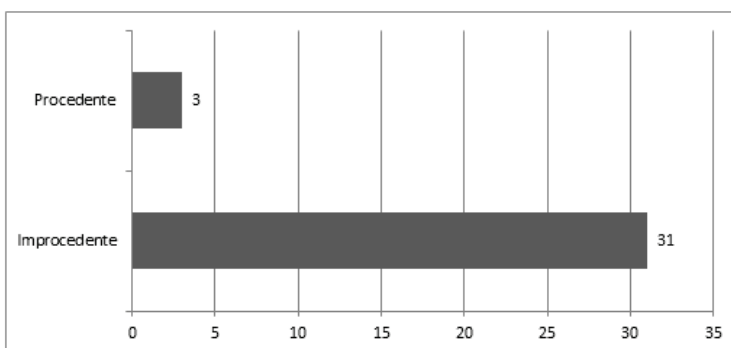
3 PESQUISA EMPÍRICA

Neste último tópico, apresenta-se pesquisa realizada junto ao Tribunal de Justiça de São Paulo, a fim de expor amostra como se posicionou este Tribunal de Justiça após o trânsito em julgado do REsp 1.334.005/GO.

Com o trânsito em julgado do acórdão paradigma ocorrido em 17.02.2016, à pesquisa foi efetuada no lapso temporal de 18.02.2016 a 17.02.17, utilizando-se como palavras chaves: “critério objetivo”, “suicídio” e “seguro de vida”.

Foram encontrados 40 (quarenta) julgados, todavia, adotou-se o critério de analisar somente os julgamentos de recursos de apelações. Deste modo, apresenta-se a pesquisa e análise de 34 (trinta e quatro) acórdãos, sendo que destes, 03 (três) demandas foram julgadas procedentes e 31 (trinta e uma) foram julgadas improcedentes.

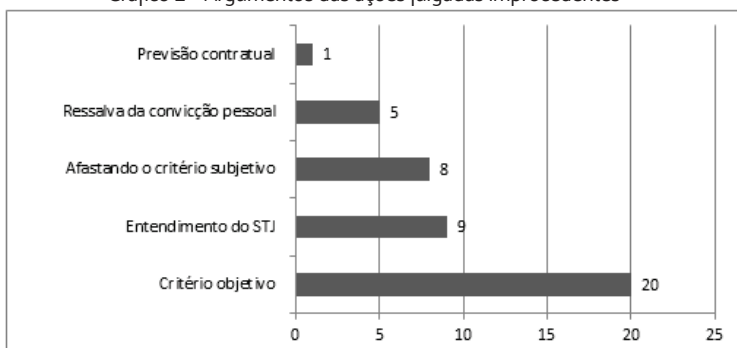
Gráfico 1 – Ações judiciais sobre o tema



Fonte: Elaborado pelo próprio autor com base nos julgados do TJSP (2019).

Apresentado o gráfico de ações julgadas procedentes e improcedentes, identificam-se os principais argumentos utilizados nos acórdãos, começando com as ações julgadas improcedentes:

Gráfico 2 – Argumentos das ações julgadas improcedentes



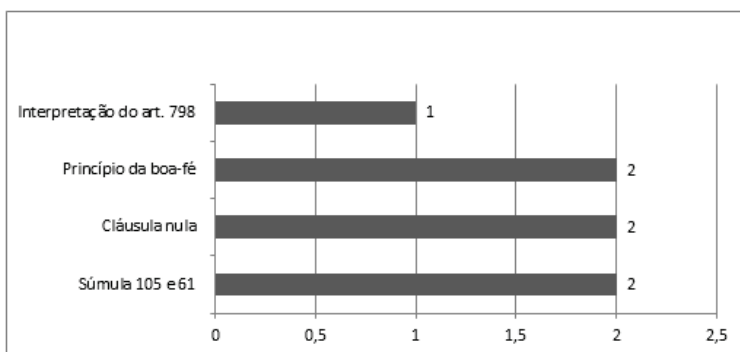
Fonte: Elaborado pelo próprio autor com base nos julgados do TJSP (2019).

Concernente às ações julgadas improcedentes, a grande maioria das decisões foram alicerçadas no critério objetivo adotado pelo legislador no artigo 798 do Código Civil.

Destaque-se 05 (cinco) acórdãos onde os Desembargadores, apesar de entendimento pessoal contrário, curvaram-se ao sistema constitucional, no sentido de que a jurisprudência das cortes de sobreposição (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça) seja observada pelos tribunais e juízos hierarquicamente inferiores, ao escopo de se outorgar unidade e segurança jurídica na aplicação do Direito.

Mesmo com o acórdão paradigma pacificando o tema, no período analisado, 03 (três) ações foram julgadas procedentes no Tribunal de Justiça de São Paulo:

Gráfico 3 – Argumentos das ações julgadas procedentes



Fonte: Elaborado pelo próprio autor com base nos julgados do TJSP (2019).

Dentre os argumentos utilizados para o provimento das ações, destacamos alguns como: “(...) não prospera a alegação da apelante acerca da existência de limitação no contrato de seguro, uma vez que é nula a cláusula que exclui o pagamento na hipótese dos autos, consoante o disposto no Código Civil”, e ainda “entende-se que a cláusula excludente de pagamento de indenização em caso de suicídio do segurado não premeditado é abusiva e não encontra amparo no ordenamento jurídico pátrio”.

A nosso entender, totalmente equivocados, já que o Código Civil é claro ao regular que o beneficiário não tem direito ao capital estipulado quando o segurado se suicida nos primeiros dois anos de vigência inicial do contrato.

Por fim, a importância da decisão estudada é latente, tanto que em vários acórdãos analisados do Tribunal de Justiça de São Paulo, os Desembargadores fazem

referência a ela, como neste excerto:

*Mesmo com o Código Civil de 2002, a jurisprudência vinha mantendo o mesmo entendimento anterior, invocando as mesmas súmulas já citadas (...)
Acontece que a jurisprudência a respeito do art. 798 sofreu profunda modificação, com a interpretação dada pela Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça. A primeira, do recurso especial 1.334.005/GO, relatora Maria Isabel Gallotti, 8.4.2015.*

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. **Direito civil – introdução**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. P. 87-88.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**

<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=resp+1334005+&aplicacao=processo.s.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>.

Acesso em: 20/03/2019.

. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em:

http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Segunda-Se%C3%A7%C3%A3o-aprova-nova-s%C3%BAmula-sobre-cobertura-de-seguro-de-vida-em-caso-de-suic%C3%ADdio. Acesso em: 02/05/2019.

_____. **Código Civil de 1916**. Lei nº 3071, de 1ª de janeiro de 1916. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em 03/05/2019.

_____. **Código Civil de 2002**. Lei nº 10406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 10/05/2019.

CAMPOY, Adilson José. **Contrato de seguro de vida**. São Paulo: RT, 2014.

COMPARATO, Fabio Konder. **Substitutivo ao capítulo referente ao contrato de seguro no Anteprojeto de Código Civil**. Revista Direito Mercantil. n.5. ano XI. Nova Série. São Paulo: Ed. RT, 1972.

FERRIANI, Adriano. **O seguro de vida, o suicídio e o STJ**. [S.l.] 2011. Disponível em:

<https://www.migalhas.com.br/Civilizalhas/94,Ml144733,61044-+seguro+de+vida+o+suicidio+e+o+STJ>. Acesso em: 20/05/2019.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Ed.Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**.20.ed. Rio de Janeiro:

Forense, 2011.

PIMENTEL, Ayrton. **Beneficiário no Seguro de Vida**. 1. ed. São Paulo: Roncarati, 2017.

SENE, Leone Trida. **Seguro de pessoas: negativas de pagamento das seguradoras**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2009.

TZIRULNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flávio de Queiroz; PIMENTEL, Ayrton. **O contrato de seguro de acordo com o código civil brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: contratos em espécie**. São Paulo: Atlas, 6 ed. vol. III, 2006.

A APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL AOS CONTRATOS DE COMPROMISSO DE VENDA E COMPRA DE BENS IMÓVEIS: UMA ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Victor Novais Buriti ¹

1 ACÓRDÃO PARADIGMA

O julgado paradigma a ser analisado trata-se do Recurso Especial nº 1.581.505-SC, julgado pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) em 18 de agosto de 2016 (BRASIL, 2016). O cerne da questão objeto de análise se refere a possibilidade da incidência da chamada “Teoria do Adimplemento Substancial”, obstando a possibilidade de resolução do contrato.

Dentro os acórdãos existentes no Superior Tribunal de Justiça que tratam da teoria do adimplemento substancial um dos mais relevantes, em especial se tratando do contrato de compromisso de venda e compra de bens imóveis, é o citado Recurso Especial.

São poucas as decisões proferidas pelo STJ em que se tenha enfrentado de forma exauriente a teoria do adimplemento substancial, grande parte dos casos que chegam para julgamento esbarram na falta de delimitação do conjunto fático-probatório, impossibilitando a análise de fundo, sendo negado seguimento de plano, com fundamento na Súmula 7 do próprio STJ. Os casos julgados são em geral relacionados aos contratos de seguro, de alienação fiduciária ou de leasing, sendo ainda mais raros os casos relacionados aos contratos de compra e venda (ou compromisso de compra e venda).

Cabe ressaltar que o acórdão ainda elucida toda construção doutrinária e jurisprudencial, inclusive do próprio STJ, e traz certas balizas para a aplicação da teoria do adimplemento substancial. Portanto, se mostra relevante a verificação das premissas construídas pelo acórdão e de como estas estão sendo aplicadas pelos tribunais de uma forma geral.

Conforme consta do relatório do acórdão foi firmado um instrumento particular de promessa de venda e compra de um imóvel entre as partes. Ocorre que a promissária compradora deixou de pagar a dívida contraída e após notificada para purgar a mora, nada fez.

¹ Pós-graduado em Direito Notarial e Registral pela Universidade Anhanguera - UNIDERP. Pós-graduado em Direito Imobiliário pela Escola Paulista de Direito. Pós-graduando em Direito Civil: Novos paradigmas hermenêuticos nas relações privadas pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP (FDRP/USP). Oficial de Registro Civil das Pessoas Naturais em Cravinhos/SP. E-mail: vnburiti@gmail.com

Desta forma, a promitente vendedora ajuizou a ação com o pedido de rescisão de contrato, reintegração da posse, indenização pela ocupação do imóvel e ainda pelo pagamento da cláusula penal. A ré não negou a inadimplência apenas contestou os pedidos condenatórios e pediu a devolução dos valores pagos.

Em primeiro grau o juiz julgou improcedente a ação por entender que houve adimplemento substancial em razão da ré ter cumprido com 84,36% da obrigação, devendo a autora apenas exigir o valor não pago por meio de ação de cobrança. Em segundo grau verificou-se que em verdade a ré havia deixado de pagar mais de 30% do contrato (tendo confessado mais tarde nas razões do recurso especial ter pago apenas 69,49% da dívida). Desta forma, ficou afastada a aplicação da Teoria do Adimplemento Especial.

A promissária compradora interpôs então o Recurso Especial alegando principalmente as violações à função social dos contratos e a boa-fé. Demonstrou que existem julgados do Tribunal de Justiça do Paraná e do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em que foi mantida a relação contratual apesar de ter o devedor cumprido apenas 60% das obrigações.

No julgamento do recurso o Ministro relator elucida que a Teoria do Adimplemento Substancial tem origem no Direito Inglês e remonta ao século XVIII. Segundo ele um caso paradigmático da aplicação da *substantial performance* é o caso *Boone vs. Eyre* (1777). O caso citado pelo Ministro se refere a um contrato pelo qual se transferia uma fazenda e seus escravos mediante o pagamento de 500 libras e mais 160 libras em caráter perpétuo. Ocorre que apesar de Boone ter alienado a propriedade da fazenda, ele não pode transferir os escravos. Eyre então deixou de pagar as prestações anuais.

No entanto foi decidido que Eyre não poderia deixar de pagar as prestações pois a obrigação de dar os escravos não era uma condição precedente em face das prestações anuais. Assim, a entrega dos escravos foi considerada uma obrigação secundária, sendo possível a Eyre apenas reivindicar perdas e danos.

Apesar de ter sido moldado pelo direito inglês o referido instituto também foi incorporado pelo *civil law*, um exemplo típico é o artigo 1.455 do Código Civil italiano².

Em razão de não haver expressa previsão legislativa no direito pátrio do instituto há dúvidas sobre qual seria a base teórica para a sua aplicação. Conforme citado pelo relator ela pode basear-se no princípio da função social do contrato, na boa-fé objetiva, na vedação ao abuso de direito e no enriquecimento sem causa, porém, há uma tendência de sua aplicação se basear na boa-fé objetiva.

Um dos primeiros magistrados a tratar do assunto foi o então desembargador

² “Art. 1455 (Importância da inexecução) O contrato não pode ser resolvido se a inexecução de uma das partes tiver mínima importância levando em consideração o interesse da outra” (DINIZ, 1961).

Ruy Rosado de Aguiar Júnior, no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul³. Após ser nomeado Ministro trouxe a discussão para o Superior Tribunal de Justiça. Foi ele o relator do primeiro acórdão do STJ relativo ao tema:⁴

Pode-se verificar, porém, que ainda não existe uma grande quantidade de recursos em que foi realmente feita uma análise da teoria do adimplemento substancial no STJ. Isso se deve ao fato de que em muitos casos o contexto fático não está adequadamente delineado, não sendo possível o julgamento do mérito, conforme prescrevem as Súmulas n. 5 e 7 do STJ. Apesar disso, nos poucos acórdãos prolatados em que se chegou a análise do mérito podem ser observados certos requisitos da teoria em estudo.

Conforme apontado pelo relator não basta o mero exame do critério quantitativo para dizer se uma obrigação foi substancialmente adimplida ou não, também se faz necessária a análise de elementos qualitativos.

Existem certos requisitos que devem ser respeitados para que seja possível a aplicação da teoria do adimplemento substancial. O primeiro deles é a existência de expectativas legítimas geradas pelo comportamento das partes, o exemplo citado é da aceitação do pagamento em atraso no contrato de seguro e havendo uma mudança de atitude somente no último pagamento, o que demonstra um comportamento contraditório. Outro requisito é que o pagamento faltante deve ser ínfimo considerando o total do negócio. Por fim ressalta-se que deve ser possível a preservação do negócio e a possibilidade do credor de exigir o restante devido.

Porém, também é trazido no acórdão que os autores ingleses ressaltam outros três requisitos: a) insignificância do inadimplemento; b) satisfação do interesse do credor; c) diligência por parte do devedor no cumprimento da obrigação, ainda que se ela tenha sido cumprida imperfeitamente, conforme mencionado por Otávio Luiz Rodrigues Júnior (2006, p. 72)

No voto-vogal do Ministro Raul Araújo é destacada a diferença entre o que o STJ estabelece como requisitos e o que os tribunais ingleses defendem. Para o referido Ministro há nítida diferença entre a exigência de satisfação do interesse do credor e a possibilidade deste buscar o ressarcimento pelos prejuízos através dos meios ordinários.

Para o referido Ministro deve-se assim buscar a satisfação dos interesses do credor na própria ação em julgamento como, por exemplo, a possibilidade de abertura do prazo de 30 dias para pagamento nos próprios autos.

Passando para a análise do caso trazido para exame o Ministro relator considera que não houve adimplemento substancial, sendo possível chegar a essa conclusão somente pela análise do critério quantitativo, em razão da qual se quer se chega a

³ Vide Apelação Cível n. 589016534, da 5ª Câmara Cível do TJRS, julgada em 02 de maio de 1989.

⁴Recurso Especial n. 76.362/MT, julgado em 11 de dezembro de 1995 pela Quarta Turma, publicado no Diário da Justiça em 01 de abril de 1996.

analisar os demais elementos do negócio e de sua execução. Para ele a falta de pagamento de mais um terço do contrato não pode ser considerada irrelevante.

A aplicação da teoria somente deve ocorrer de maneira excepcional, somente nos casos em que a resolução poderá se demonstrar evidentemente desproporcional. Conforme ressaltado pelo Ministro Antônio Carlos Ferreira: “O uso do instituto da *substantial performance* não pode ser estimulado a ponto de inverter a ordem lógico-jurídica que assenta o integral e regular cumprimento do contrato como meio esperado de extinção das obrigações” (BRASIL, 2016).

E ainda acrescenta que: “A longo prazo, seus efeitos colaterais podem encarecer os custos da contratação, socializando os prejuízos da inadimplência praticada por alguns em detrimento de todos.” (BRASIL, 2016) Portanto, fica evidenciado a preocupação em que seja aplicada a teoria apenas em casos pontuais em que seja evidente o inadimplemento ínfimo, visando assim evitar a socialização dos prejuízos.

Desta forma, ficou mantida a decisão de segundo grau com a resolução do contrato e reintegração da posse, além da incidência da cláusula penal estipulada e indenização pela ocupação gratuita do imóvel pela devedora.

Apontados os principais aspectos do acórdão paradigma serão agora analisados os fundamentos teóricos da teoria do adimplemento substancial, começando pela análise da própria teoria do adimplemento e depois da teoria do adimplemento substancial em si.

2 FUNDAMENTOS TEÓRICOS

Para se ter uma noção exata do que venha a ser o adimplemento é necessário recordar que este constitui uma das fases do denominado processo obrigacional (SILVA, 2018, p. 43). Se na primeira fase são estipuladas as prestações, direitos e responsabilidades, na segunda fase é onde ocorre o adimplemento, ou seja, trata-se da ocasião em que é realizado aquilo que expressamente foi estipulado na primeira fase (BUSSATA, 2007, p. 12).

E dentro deste contexto deve ser analisada a relação jurídica obrigacional em sua totalidade que deriva do “conceito de vínculo como uma ordem de cooperação, formadora de uma unidade que não se esgota na soma dos elementos que a compõem.” (SILVA, 2018, p. 19) Nesta ordem de ideias não se concebe mais credor e devedor em posições contrárias, de embate, mas em posição de cooperação para a obtenção dos interesses derivados do vínculo obrigacional. Desta forma, em razão da transformação do “status em que se encontravam, tradicionalmente, devedor e credor, abriu-se espaço ao tratamento da relação obrigacional como um todo.” (SILVA, 2018, p. 19)

Aponta Claudio Godoy (2011, p. 301) que “em renovado modelo obrigacional, não

mais importa apenas o cumprimento da prestação principal, mas, também, a verificação de como ele se dá.” Portanto, dentro da visão da obrigação em sua totalidade, não se pode conceber o adimplemento como apenas a realização da prestação principal, devem ser observados também outros deveres para que o adimplemento possa ser considerado perfeito.

Conforme esclarece Emilio Betti (2005, p. 33):

(...) quando se diz que a relação obrigacional se funda na correlação de crédito e débito, de garantia e responsabilidade, com isso não se exclui que, na relação, se deve considerar também o momento funcional. A relação não é um fim em si própria, é instrumento para um fim de convivência, e esse fim é a tutela e a satisfação de um interesse do credor na cooperação do devedor.

Portanto, fica evidente o caráter de cooperação existente na relação obrigacional. Mais do que o devedor ser sujeito a uma prestação estabelecida, deve, em verdade, cooperar para que sejam satisfeitos os interesses do credor. Conforme se constata, o fim último da relação obrigacional não é a prestação em si, mas os interesses do credor que devem ser satisfeitos com a cooperação do devedor.

2.1 DA APLICAÇÃO DA BOA-FÉ AO ADIMPLEMENTO

O dever de cooperação possui relação com o princípio da boa-fé. Conforme aponta Judith Martins-Costa (2018, p. 574) trata-se de uma cooperação qualificada pela finalidade, já que a cooperação tem como fim alcançar o adimplemento satisfatório, mas também é axiologicamente orientada, já que também prescreve uma conduta correta, que se traduz em ser leal ao fim comum estabelecido.

É dentro deste conjunto de prévias considerações que o princípio da boa-fé ganha uma relevância singular na figura do adimplemento. Como ressaltado por Eduardo Bussata, não basta que a prestação principal seja satisfeita de forma integral e perfeita pelo devedor, o mero descumprimento de um dever lateral, pautado pelo princípio da boa-fé objetiva, tanto pelo credor como pelo devedor, poderá ocasionar o inadimplemento da obrigação (BUSSATA, 2007, p. 22).

Apesar de não ser expressamente previsto no campo do adimplemento, como ocorre nos contratos (MARTINS-COSTA, 2006, p. 130), o princípio da boa-fé tem estrita relação com o adimplemento na medida que cria deveres outros que não meramente o dever de prestação (dar, fazer ou não fazer), Judith Martins-Costa (2018, p. 239) ressalta que “(...) como fonte de deveres, exercendo a sua função monogenética, a boa-fé gera deveres anexos aos deveres de prestação e *deveres de proteção*.” A depender do interesse envolvido (interesse de prestação ou interesse de proteção) existem deveres a serem observados para consecução do adimplemento, que não meramente o dever de prestação primário.

Claudio Godoy (2011, p. 299) nos traz um importante exemplo de como o inadimplemento pode ocorrer mesmo quando a prestação principal foi cumprida. O

autor cita o caso do advogado que após ter cumprido todo o serviço acordado quebra o dever de sigilo do seu cliente. Fica claro neste caso a relevância do dever de proteção para que haja o adimplemento satisfatório.

E por estes fatores que Judith Martins-Costa (2006, p. 130) caracteriza o princípio da boa-fé como um “superprincípio” por fazer parte do próprio conceito de adimplemento e relação obrigacional. Nesta medida ele também se conecta com os demais princípios do adimplemento que serão analisados abaixo.

Outro princípio que também têm influência na figura do adimplemento é o princípio da função social na medida que no exercício das posições jurídicas de credor e devedor estes devem exercê-las com a observação da concreta finalidade econômica-social do negócio estipulado, devendo ainda ter em mente um menor gravame à posição jurídica de terceiros que possam a ser afetados pelo negócio (MARTINS-COSTA, 2006, p. 132). Desta forma o princípio da função social também exerce o papel fundamental de limitar a autonomia privada visando evitar prejuízos para a coletividade.

O princípio da correspondência, identidade ou pontualidade se refere a noção de que o devedor deve prestar qualitativamente aquilo que foi estipulado. Ressalta-se que a pontualidade referida não está ligada somente a questão temporal, mas a conduta do devedor que corresponda exatamente a aquilo que foi estipulado (MARTINS-COSTA, 2006, p. 135). É nesta medida que o Código Civil prevê que o credor não é obrigado a receber a prestação diversa, ainda que mais valiosa (art. 313).

Pelo princípio da integralidade é instituído a não-divisibilidade da prestação, em razão do princípio fica vedado ao devedor adimplir em partes, ou seja, deve o devedor entregar ao credor a prestação de forma integral, salvo se estipulado de forma diversa (MARTINS-COSTA, 2006, p. 136).

Porém, o referido princípio admite exceções. Segundo aponta Eduardo Bussata (2007, p. 20) o próprio princípio da boa-fé limita que o princípio da integralidade seja levado as últimas consequências. Não se pode conceber que o credor recuse receber quase que a integralidade daquilo que foi estipulado, ainda mais quando não houver motivo razoável para fazê-lo e ser danoso em grande medida para o devedor. Outra exceção apontada pelo mesmo autor é a possibilidade de recebimento parcial de obrigação estampada em título de crédito, por haver expressa previsão no Código Civil (art. 902, §1º).

2.2 EFEITOS DO INADIMPLEMENTO

O adimplemento é a regra para a extinção do vínculo obrigacional, já o inadimplemento é exceção que, segundo Maria Helena Diniz (2008, p. 378), trata-se de uma patologia no direito obrigacional, gerando diversos efeitos e criando meios para o credor satisfazer o seu crédito. Ruy Rosado de Aguiar Júnior (2003, p. 93) aponta que o credor sofre duplo prejuízo com o inadimplemento já que além de sofrer por não receber

a prestação almejada ainda pode vir a perder a contraprestação que já adiantou.

Diversas são as formas que podem ser classificados o inadimplemento. Quanto a causa pode ser classificado em imputável ou não imputável ao devedor (AGUIAR JUNIOR, 2003, p. 94). Dentro desta classificação pode ser destacado ainda que o inadimplemento pode ser doloso quando o descumprimento da obrigação é intencional, ou ainda ser culposo, quando derivar de negligência, imprudência ou imperícia (DINIZ, 2008a, p. 379).

Quanto aos efeitos pode ser classificado em incumprimento definitivo, quando a prestação não pode ser mais realizada, exigida ou não possui mais utilidade para o credor; ou em incumprimento não-definitivo (também chamado de inadimplemento relativo ou simplesmente mora), se caracteriza pelo não cumprimento da prestação no tempo, modo ou lugar convencionados (AGUIAR JÚNIOR, 2003, pp. 94-95), mas que ainda possua utilidade para o credor (MARTINS-COSTA, 2018, p. 745).

Eduardo Bussata (2007, p. 25) esclarece que ao contrário de outros ordenamentos jurídicos, como por exemplo o português, em que a mora apenas se refere ao não cumprimento da prestação no tempo devido, no Direito brasileiro a mora se demonstra caracterizada tanto com relação ao aspecto temporal, como também se refere ao descumprimento relativo ao lugar e ao modo que a obrigação deve ser cumprida.

Portanto, no direito pátrio, mora é sinônimo de inadimplemento relativo, caracterizado por toda prestação que não sendo cumprida no tempo, lugar e modo devidos, ainda possa ser considerada útil segundo os interesses do credor.

Conforme aponta Judith Martins-Costa (2018, p. 746), deve ser destacado o caráter transitório da mora já que ou ela é sanada, extinguindo a situação de mora, ou não é sanada, mas ainda com utilidade para o credor, neste caso podendo este exigir o cumprimento da obrigação e/ou perdas e danos, ou ainda pode não ser sanada e também não haver mais utilidade para o credor, situação em que se transformara em adimplemento absoluto definitivo. Neste mesmo sentido esclarece Araken de Assis (2004, p. 123) ser pressuposto da mora a viabilidade do cumprimento da obrigação de forma útil para o credor, ressaltando o “caráter transformista da mora”.

Deve ser observado que o interesse do credor no recebimento fora do prazo deve ser analisado de forma objetiva.⁵ Neste sentido foi assentado o Enunciado n. 162 da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal que expressamente dispõe que: “A inutilidade da prestação que autoriza a recusa da prestação por parte do credor deverá ser aferida objetivamente, consoante o princípio da boa-fé e a manutenção do sinalagma, e não de acordo com o mero interesse subjetivo do credor.” (BRASIL)

É exatamente o que preceitua Emilio Betti (2008, pp. 123-124) ao estabelecer que

⁵ Para uma análise mais aprofundada do interesse do credor no recebimento tardio ver Judith Martins-Costa (2018, pp. 748-758)

o julgador deve se pautar pelo princípio da boa-fé a fim de avaliar se há ou não interesse do credor no recebimento de um adimplemento tardio ou parcial.

O incumprimento definitivo pode ser ainda dividido em incumprimento definitivo total, quando todos os deveres objetos da obrigação não forem cumpridos, e incumprimento definitivo parcial, que ocorrerá quando a prestação for divisível e se referir apenas a parte do que deve ser adimplido. Em razão do próprio princípio da integralidade pode se afirmar que o credor não é obrigado a receber em parte a prestação devida, ainda que a obrigação seja divisível, portanto, cabível a resolução mesmo na hipótese de adimplemento parcial definitivo (MARTINS-COSTA, 2003, p. 149)

Ainda quanto aos efeitos também pode ocorrer o chamado cumprimento defeituoso, quando apesar de realizada a prestação, esta ter se realizado de modo imperfeito. O cumprimento defeituoso ou imperfeito pode ocorrer quando desatende aquilo que era exigível em razão das circunstâncias, acarretando a inexecução da prestação quanto ao modo ou então porque a prestação realizada pelo devedor produz danos ao credor (AGUIAR JÚNIOR, 2003, pp. 95 e 124), esta última hipótese se traduz na denominada violação positiva do contrato “expressiva do descumprimento de deveres relacionados imediatamente a interesses de proteção (laterais), e não a interesses de prestação.” (MARTINS-COSTA, 2018, p. 745). É o exemplo apontado por Claudio Godoy (2011, p. 299) do pintor que faz toda a pintura de determinada parede, porém, apesar de a ter feito perfeitamente causa danos ao mobiliário da casa.

Havendo o inadimplemento da obrigação abre-se a possibilidade de resolução. A palavra resolução provém do “latim *resolutio*, de *resolvere* (resolver, deliberar, romper, rescindir, satisfazer, pagar) (...) tem a função de destruir ou desfazer os efeitos do contrato ou ato jurídico” (SILVA, 2012, p. 1217).

Para Emilio Betti (2008, p. 701) a resolução é meio de defesa e atua de forma a manter o equilíbrio contratual, mas não atua no momento da celebração do contrato, mas no seu desenvolvimento, dirigindo-se não contra o contrato em si, mas contra a própria relação jurídica. Já Araken de Assis (2004, p. 77) ressalta que a resolução promove a extinção da relação contratual em virtude de um fato superveniente, desta forma se caracteriza como um direito formativo extintivo, sendo uma exceção a princípio da estabilidade do vínculo.

A resolução se destina a extinguir os efeitos do negócio jurídico e retornar as partes ao estado anterior à sua formação. Outro fato a ser apontado que é a resolução sempre se dá pela existência de um fator superveniente a formação do negócio jurídico, a existência de um evento superveniente é um fator essencial que a diferencia de outros institutos correlatos.

Conforme aponta Araken de Assis (2004, p. 46) o dispositivo atual do Código Civil (art. 475) não delimita o instituto da resolução aos contratos bilaterais sendo que, desta forma, amplia o seu campo de atuação. E também não prescreve de modo textual a teoria da “condição tácita”, apesar de estar inserida na seção denominada cláusula

resolutiva, o que para o referido autor demonstra um retrocesso.

O referido autor (2004, p. 63) acrescenta ainda que não é possível se entender que o direito a resolução se deve a uma condição resolutive implícita já que, se assim o fosse, a resolução deveria ocorrer de forma automática assim como ocorre na condição expressamente estabelecida pelas partes. E além do mais o autor argumenta que nesta hipótese também seria inconcebível a opção de escolha do credor entre a satisfação da obrigação ou sua resolução, já que o negócio estaria automaticamente resolvido.

Ainda quanto ao fundamento da resolução pode ser citado o posicionamento de Antônio Junqueira de Azevedo (2002, p. 60) que, baseando-se na teoria da causa, esclarece que ainda que determinando negócio venha a existir, valer e produzir efeitos, poderá ocorrer que por uma causa superveniente o negócio venha a se tornar ineficaz, sendo que haverá ineficácia superveniente do negócio, ou seja, a resolução do negócio.

O autor referido faz uma importante distinção ao determinar que a inexistência de causa, quando esta for causa pressuposta, afetará a validade do negócio jurídico, porém quando a causa se referir a causa final, gerará apenas a ineficácia superveniente do negócio (AZEVEDO, 2002, p. 152)

Nos contratos bilaterais a prestação é a causa da contraprestação, desta forma, o não cumprimento posterior da prestação autoriza a resolução, já que não é possível a parte cumprir a sua contraprestação pois esta não possui mais causa (AZEVEDO, 2002, p. 155).

Araken de Assis (2004, p. 69-70) se opõe a aplicação da teoria da causa como fundamento do instituto da resolução. Para o autor se o inadimplemento fosse capaz de gerar a falta de eficácia do negócio então seria possível a ambos os contratantes solicitar a resolução e não apenas o prejudicado. Argumenta ainda que se a causa fosse elemento essencial do negócio então sua falta causaria uma invalidade superveniente do negócio, gerando nulidade absoluta, não sendo necessária se quer a demanda resolutória neste caso.

Desta forma Araken de Assis (2004, p. 75) entende que o fundamento da resolução se baseia na teoria da equidade. Para o autor o próprio adágio *fraganti fidei, fides non est servanda*, ou seja, quem não cumpre sua parte no acordo, não pode requerer a tutela para a sua contraprestação, ajuda a esclarecer esse posicionamento.

Neste mesmo sentido aponta Ruy Rosado de Aguiar Júnior (2003, p. 16) que a resolução se fundamenta na “necessidade de defesa do interesse do credor e, igualmente, na necessária manutenção do equilíbrio das partes no contexto do contrato, com a equivalência entre as correspectivas prestações, a ser garantida também na fase funcional.” Portanto, o autor aponta que a resolução se revela em verdadeira expressão da justiça comutativa, garantindo o desfazimento da relação e a retomada do justo equilíbrio.

A resolução é modo de extinção dos contratos bilaterais, porém certas ressalvas devem ser feitas. Deve se ressaltar que há uma tendência, principalmente no direito comparado, da ampliação da aplicação da resolução não só para os contratos bilaterais, mas também para os bilaterais imperfeitos e os unilaterais onerosos (AGUIAR JÚNIOR, 2003, p. 83).

E isso se deve ao fato a resolução se ligar a ideia de sinalagma, ou seja, de reciprocidade de obrigações, e não somente a bilateralidade do contrato. Neste sentido:

Em larga síntese, o campo operativo da resolução se revela menor que o do inadimplemento das obrigações no contrato bilateral, pois nem todas se colocam em função recíproca e, ao mesmo tempo, maior que essa categoria abstrata, porque em outras avenças, unilaterais na aparência, se convencionou a resolução ou se criou, ainda que em parte acessória ou lateral, a bilateralidade, de resto imprescindível a aplicabilidade da resolução. (ASSIS, 2004, p. 30)

Portanto, pode haver obrigações dentro de um contrato bilateral que não são recíprocas, como uma reciprocidade em outros tipos de contratos que não só os bilaterais. Por isso seria possível a resolução em nos contratos bilaterais imperfeitos, por exemplo, em razão da reciprocidade de obrigações, ainda que o contrato não se encontre dentro da categoria dos contratos bilaterais.

Diversos são as hipóteses em que é cabível a resolução, podemos ter o exercício do direito de resolução nos casos de impossibilidade superveniente imputável ao devedor ou no caso de resolução por onerosidade excessiva, apesar da relevância destas hipóteses, o presente trabalho focará na análise da resolução por falta de interesse do credor. Esta opção se deve ao fato de que esta última hipótese estar mais relacionado a resolução nos contratos de compromisso de compra e venda.

Conforme aponta Ruy Rosado de Aguiar Júnior (2003, p. 120) é pacífico que a mora simples não pode ser fundamento para a resolução já que a lei somente prevê a resolução somente será possível se a prestação se tornar inútil para o credor. Apenas se admite o pedido de resolução no caso da chamada mora qualificada quando o negócio tiver um “termo essencial”, ou seja, se somente for possível a execução da prestação em um momento específico. O exemplo citado pelo autor é a obrigação de confeccionar o vestido de noiva até o dia da celebração do casamento.

Mesmo que já proposta a ação de resolução, havendo a simples mora ainda assim poderá o devedor prestar a obrigação, cabendo o juiz analisar se é possível o cumprimento do contrato (AGUIAR JÚNIOR, 2003, p. 121).

O mero retardamento poderá se transformar em incumprimento definitivo sempre que o credor ao conceder um prazo suplementar razoável para que o devedor cumpra com a obrigação este nada faz (COSTA, 2016, p. 1054). A mora não pode se estender indefinidamente sem que seja possível a resolução, esta solução se baseia

inclusive do próprio princípio da boa-fé objetiva (BUSSATA, 2007, p. 30).

2.3 TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL

Verificado o inadimplemento definitivo da obrigação surge para o credor a faculdade de desfazer o vínculo jurídico através do instituto da resolução. A resolução tem efeito retroativo na medida que repõe as partes nas circunstâncias que estavam antes do momento da celebração, acarretando ainda o dever de restituir a propriedade ao dono originário daquilo que eventualmente tenha sido transferido (AGUIAR JÚNIOR, 2003, p. 257-260).

Ocorre que esses efeitos da resolução podem ser extremamente danosos ao devedor. Invariavelmente poderá sofrer com a indenização pelos prejuízos causados ao credor em razão do descumprimento do contrato e com a incidência de eventual cláusula penal. A resolução poderá acarretar ainda a restituição e a retomada de bens móveis e imóveis de seu uso habitual.

Por isso sempre se deve ter em vista que a resolução não é a única via para o credor satisfazer os seus interesses previstos em um contrato e, por esse motivo, este não pode causar prejuízos ao devedor por meio da resolução quando esta não for apta a lhe trazer maiores benefícios. Ressalta-se que muitas vezes a resolução poderá até trazer prejuízos ao credor superiores aos prejuízos que teria que suportar com a manutenção do contrato, isto em razão principalmente dos custos necessários para o retorno das partes a situação anterior (SILVA, 2010, p. 160). Conforme citado por Eric Posner (2010, p. 23) podemos mencionar até mesmo o problema existente de se estipular o valor devido pelos prejuízos causados pela quebra do contrato e fixação das perdas e danos, sendo que em caso de manutenção do contrato e execução específica do montante devido não haveria esse problema.

Nesta medida é que a teoria do adimplemento substancial ganha relevância em razão de impor certos limites ao direito à resolução. O adimplemento substancial se caracteriza por “um adimplemento tão próximo ao resultado final, que, tendo-se em vista a conduta das partes, exclui-se o direito de resolução, permitindo tão somente o pedido de indenização.” (SILVA, 1997, p. 45)

Portanto, para a citada teoria não é possível a parte adimplente pedir a resolução se o descumprimento for ínfimo, sempre tendo em vista a conduta das partes. Há um adimplemento insatisfatório, conforme aponta Araken de Assis (2004, p. 134) “ao invés de infração a deveres secundários, existe discrepância qualitativa e irrelevante na conduta do obrigado.”

A referida teoria tem previsão expressa em diversos ordenamentos jurídicos, podendo ser citados o art. 1.455 do Código Civil italiano, o art. 802 do Código Civil português, o §323 do Código Civil Alemão (BGB), além da previsão na Convenção das Nações Unidas sobre os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias. Porém, no ordenamento brasileiro não há nenhum dispositivo que expressamente

preveja a teoria do adimplemento substancial, sendo sua aplicação sempre baseada em princípios, como se passa a expor.

2.3.1 Fundamentos para a sua aplicação

A autonomia da vontade garante tanto a liberdade contratual (*Gestaltungsfreiheit*), que se refere a possibilidade de determinar o conteúdo do contrato, como a liberdade de contratar (*Abschlussfreiheit*), que está relacionada a possibilidade de escolher com quem contrata e se quer contratar ou não (DINIZ, 2008b, p. 23).

Em uma visão Oitocentista estando os contratantes livres para estipularem o que melhor lhes aprouvessem ao Estado cabia apenas garantir o cumprimento dos acordos firmados. Conforme aponta Otávio Luiz Rodrigues Junior (2006, p. 22) a autonomia da vontade fornecia elementos para o princípio da força obrigatória dos contratos. E mais do que isso, em virtude deste último princípio haveria três consequências fundamentais, o dever recíproco do cumprimento dos contratos, a irretatibilidade ou intangibilidade do acordado e, em casos excepcionais, havendo extinção anormal do contrato, esta situação somente seria declarada pelo juiz.

Conforme ressaltado por Luiz Fernando Amaral (2019, p. 12-13), não haveria sentido em conceder ampla autonomia para que os particulares firmassem os contratos segundo a sua própria vontade se não fossem garantidos os instrumentos para que essa autonomia fosse tornada obrigatória. Neste sentido é que se pode afirmar que o princípio da força obrigatória dos contratos deriva de forma lógica da própria autonomia da vontade, já que haverá sempre um vínculo com aquilo que foi acordado (NORONHA, 1995, p. 42).

Porém, a autonomia da vontade não conseguiu se manter firme em decorrência de diversos fatos ocorridos no Século XX, como a Primeira Guerra Mundial, a Revolução Russa e o desenvolvimento do chamado capitalismo financeiro. Também é nesse período que ocorre o aumento da intervenção do Estado na economia e surgem as Constituições do México de 1917 e da República de Weimar de 1919 (RODRIGUES JUNIOR, 2006, p. 26)

Nas palavras de Otávio Luiz Rodrigues Junior (2006, p. 27):

A autonomia da vontade cedia espaço à autonomia privada. Todos esses movimentos deram ensanchas a que se evidenciasse uma nova óptica sobre a autonomia da vontade, tão peculiar que o repúdio do termo vontade, com todos os comprometimentos individualistas do século XIX, determinou sua substituição pelo adjetivo privada. Desaparece o que se chamou de versão francesa e evidencia-se a autonomia privada, sua correlativa italiana, com o sentido de dar normas a si mesmo no âmbito das relações jurídicas de Direito Privado.

Cabe ressaltar a lição de Emilio Betti (2008, p. 86) ao expressar que:

Se os particulares, nas relações entre eles, são senhores de procurar atingir, graças a sua autonomia, os escopos que melhor correspondam aos seus interesses; a ordem jurídica continua, porém, a ser o árbitro para valorar tais escopos, segundo os seus tipos, de acordo com a relevância social, tal como ela a compreende, de harmonia com a sociabilidade da sua função ordenadora.

Assim, há uma transformação da noção da autonomia da vontade, ainda que os sujeitos possam buscar os seus próprios interesses, estes devem sempre estar em harmonia com os valores sociais.

Cabe ao ordenamento jurídico impor certos limites a autonomia dos indivíduos para que estes possam contratar, mas sempre em harmonia com todo o sistema e pautados pelos interesses sociais. A autonomia privada não constitui um valor em si mesmo, mas poderá ser na medida em que corresponder a um interesse digno de proteção pelo ordenamento jurídico, porém, sempre dentro de determinados limites (PERLINGIERI, 2007, p. 279).

Se a autonomia privada sofre diversas limitações em razão de valores socialmente protegidos, o mesmo acontece com o princípio da força obrigatória dos contratos que dela deriva. Cabe destacar que próprio ordenamento jurídico prevê certos “desvios justificados” ao mandamento da *pacta sunt servanda*, podendo estes desvios derivarem da própria lei, da vontade das partes ou por intervenção judicial (COSTA, 2016, p. 316), podendo ser citadas as figuras da resolução, revogação e denúncia.

E é dentro deste contexto que as cláusulas gerais têm uma grande relevância, já que são elas que irão estabelecer os modelos e os limites ao ordenamento jurídico como um todo e em especial à autonomia privada. As cláusulas gerais servem como verdadeiras orientações aos aplicadores do direito e, ao mesmo tempo que vinculam o julgador para que siga os seus ditames, também garante uma maior liberdade para julgamento, o que pode acarretar grandes perigos se não aplicada de forma correta (WIEACKER, 1980, pp. 545-547). As ditas cláusulas gerais exercem verdadeira função de ressystematização e criação de novos institutos, sendo uma das principais delas a boa-fé.

2.3.1.1 Da boa-fé

A boa-fé “(...) resulta na sua configuração como um instituto ou modelo jurídico, porque (i) implica, no momento aplicativo, a agregação de outras normas e princípios e (ii) resulta na formação de outras estruturas normativas.” (MARTINS-COSTA, 2018, p. 184). Um dos exemplos de instituto derivado a partir da cláusula geral da boa-fé é o instituto ora em estudo do adimplemento substancial.

A boa-fé pode ter diversas acepções, pode ser encarada como qualificadora de um comportamento correto (ex. posse de boa-fé, casamento putativo, etc), como crença

na aparência da legitimação (ex. adquirente de boa-fé), dever de lealdade e de probidade nas negociações (boa-fé contratual) e ainda como princípio hermenêutico e conduta de cooperação (BETTI, 2006, pp. 87-125),

Cabe aqui fazer uma distinção da denominada boa-fé objetiva e da boa-fé subjetiva. A boa-fé subjetiva é caracterizada como um “estado psicológico, isto é: estado de consciência caracterizado pela ignorância de se estar a lesar direitos ou interesses alheios (...); ou a convicção de estar agindo em bom direito.” (MARTINS-COSTA, 2018, p. 279). Portanto, está ligada ao foro íntimo da pessoa, a um estado de crença, a uma convicção, a subjetividade do indivíduo. Está relacionado principalmente as acepções apontadas por Betti, acima referidas, da boa-fé como qualificadora de um comportamento correto e como crença da aparência de legitimação.

A boa-fé objetiva diverge na medida que não está ligada a um estado psicológico do indivíduo, mas se caracteriza por ser tanto modelo jurídico, bem como ser um modelo comportamental e um princípio jurídico (MARTINS-COSTA, 2018, pp. 281-282). Como modelo comportamental, se liga a ideia de conduta de cooperação e de dever de lealdade e de probidade nas negociações. A boa-fé objetiva pode ser caracterizada como um princípio pois, “direciona os comportamentos aos valores ético-jurídicos de probidade, honestidade, lealdade e da consideração às legítimas expectativas do parceiro contratual.” (MARTINS-COSTA, 2018, p. 283). Também é modelo jurídico no sentido de ter papel normativo, impondo condutas e também possibilitando a criação de novos institutos.

Dentre as funções desempenhadas pela boa-fé destacam-se a função interpretativa, a função integrativa e a função corretora. A função corretora pode ser vista sobre dois aspectos. O primeiro aspecto se refere a função corretora de ajustamento do conteúdo patrimonial, incide sobre o conteúdo, principalmente nos casos em que um dos polos é vulnerável ou há situação de evidente desequilíbrio. O segundo aspecto, de grande relevância para o presente estudo, diz respeito função corretora do exercício jurídico, evitando o exercício de direitos subjetivos, formativos, faculdades e posições jurídicas em caráter claramente contraditório, exacerbado ou irregular. (MARTINS-COSTA, 2018, p. 625).

A análise dessa segunda função sempre será feita tendo em vista o caso concreto, pois é impossível definir de forma abstrata qual seria um comportamento adequado ou não. E é por essa razão que o próprio princípio da boa-fé também poderá incidir mais ou menos intensamente dependendo do tipo contratual e da forma da sua execução, conforme o nível de confiança que determinado contrato exija (MARTINS-COSTA, 2018, pp. 346-347). Neste sentido aponta Clóvis do Couto e Silva (2018, p. 34) que os deveres provenientes da boa-fé “ordenam-se, assim, em graus de intensidade, dependendo da categoria dos atos jurídicos a que se ligam”.

A boa-fé age assim em dois momentos distintos em um momento genérico sobre o conteúdo do contrato evitando a inserção de cláusulas abusivas e um momento dinâmico evitando que as partes possam agir de forma inútil ou desproporcional. (BUSSATA, 2007, p.81) Desta forma o “princípio relativiza a aplicação do instituto da resolução por uma questão de justiça substancial e de equidade, evitando-a se houver o preenchimento dos requisitos do adimplemento substancial.” (SILVA, 2010, p. 159)

A boa-fé objetiva protege o devedor perante uma conduta inflexível do credor, limitando o seu direito de resolução (BECKER, 1993, p. 70). Porém, o referido princípio não age somente como um meio de impedir o exercício arbitrário do direito de resolução, mas também pode servir como um critério balizador do interesse do credor (SILVA, 2010, p.160).

Como se pode perceber, há uma relação estrita entre o boa-fé e o abuso de direito, principalmente na denominada função de controle da boa-fé. O “controle” do direito à resolução vai se amoldar principalmente na figura do chamado exercício desequilibrado de direito em que há uma desproporção entre o benefício auferido pelo titular do direito e o prejuízo sofrido pela parte contrária (NORONHA, 1995, pp. 167 e 177), ou nas palavras de Menezes Cordeiro (2017, p. 853) um “despropósito entre o exercício do direito e os efeitos dele derivados”. Uma das hipóteses desse exercício abusivo de direito se caracteriza pelo exercício de poderes-sanção por faltas insignificantes. Menezes Cordeiro (2017, p. 858) cita alguns exemplos:

Há desencadear de poderes-sanção por faltas insignificantes quando o titular-exercente mova a exceção do contrato não cumprido por uma falha sem relevo de nota na prestação da contraparte, em termo de causar, a esta, um grande prejuízo ou quando resolva o contrato alegando o seu desrespeito pela outra parte, em termos, também, sem peso.

Cabe destacar o posicionamento do Luiz Fernando do Amaral (2019, p. 101-104) que nega possibilidade do fundamento da teoria do adimplemento substancial se basear somente na boa-fé pela falta de segurança que a aplicação desse princípio aos casos concretos pode ocasionar, assim defende a aplicação da figura do abuso de direito, em razão inclusive deste estar positivado no Código Civil.

2.3.1.2 Função Social dos Contratos

A função social dos contratos traduz a noção de que todo o contrato deve obedecer às normas de ordem pública e que todo o contrato tem um papel social relevante. Maria Helena Diniz (2008b, p.25-26) preceitua que:

A liberdade contratual é reconhecida, mas seu exercício está condicionado à função social do contrato e implica valores de boa-fé e probidade (CC, art. 422). Logo, a função social do contrato, dirigida à satisfação de interesses sociais, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz seu alcance, quando estiverem presentes interesses metaindividuais ou interesse individual coletivo relativo à dignidade da pessoa humana.

Desta forma a função social dos contratos limita a autonomia dos indivíduos sempre que os interesses sociais devam prevalecer. Pode ocorrer até mesmo da falta da função social ocasionar ineficácia superveniente do contrato, podendo ser citadas três hipóteses: a ofensa a interesses coletivos, a lesão a dignidade da pessoa humana e a impossibilidade de obtenção do fim último visado pelo contrato. Nesta última hipótese é recorrente o exemplo dos cidadãos da Inglaterra que alugaram sacadas e terraços para assistirem à passagem do Rei Eduardo VII, que acabou por ser cancelada, sendo que o contrato acabou se tornando inútil devendo ser resolvido por falta de função social (GOMES, 2008, p. 50-51).

Em sentido diverso pode ocorrer que a função social imponha a conservação dos contratos em razão da relevância social que eles possuam, principalmente por ser instrumento de circulação de riqueza, forma de promoção da dignidade humana e do chamado solidarismo social (GODOY, 2004, p. 167).

Um dos exemplos de imposição da conservação do contrato por meio da função social é a teoria do adimplemento social. Se veda ao credor a resolução por se reconhecer não somente o interesse da parte, mas também o interesse social na manutenção do contrato, em especial quando atingido quase que a totalidade do ajuste contratual (GODOY, 2004, p. 171).

2.3.2 Critérios para a sua aplicação

Apresentados os fundamentos teóricos da teoria do adimplemento substancial busca-se agora definir os critérios para a sua aplicação no caso concreto. Se a definição dos critérios para a aplicação da teoria não se demonstra uniforme pela doutrina, também a sua aplicação nem sempre é feita de forma exauriente pela jurisprudência.

Ainda assim pode se afirmar que um critério que é sempre manifestado tanto pela doutrina como pela jurisprudência é o critério quantitativo, baseado na insignificância do inadimplemento. Este critério define que somente será considerado adimplemento substancial se descumprida uma parcela ínfima daquilo que se tinha estipulado.

Deve-se verificar se as obrigações foram cumpridas de forma considerável em relação aquilo que havia sido estipulado, ressaltando que o que se deve analisar é o

conjunto das obrigações e os reflexos do inadimplemento como um todo, para que se possa verificar se houve quebra do sinalagma e prejuízos graves para o credor (SILVA, 2010, pp. 168-169).

Este juízo de proporcionalidade somente se dará na análise do caso concreto, não sendo possível estabelecer modelos matemáticos ou estatísticos que possam ser aplicados a todos os casos. Os interesses existentes em cada contrato firmado são únicos, desta forma: “A teoria do adimplemento substancial não é aplicável mediante uma análise axiomático-dedutiva.” (BUSSATA, 2007, p. 101) A apreciação judicial destes casos “pressupõe uma mudança no próprio método de aplicação do direito, ou seja, a superação do raciocínio lógico subsuntivo pelo da concreção” (BECKER, 1993, p. 63)

Como apontado por Anderson Schreiber (2007, p. 139), muitas vezes as decisões judiciais apenas se baseiam nesta abordagem quantitativa sem se atentar aos demais critérios.

A valoração da insignificância do inadimplemento pode ser feita de diversas maneiras. A análise pode se dar através da aplicação de um critério subjetivo, baseada na vontade hipotética daquele que cumpriu sua parte no contrato. Por esse critério é verificado se a parte não inadimplente realizaria o contrato mesmo sabendo ou suspeitando que poderia ocorrer o inadimplemento. (BUSSATA, 2007, p.102)

A grande questão é como definir se essa vontade hipotética estaria satisfeita ou não, já que há um grande grau de incerteza em como definir isto. Teríamos ainda o problema de definir se a vontade hipotética seria uma vontade geral e abstrata, vinculada ao critério do homem médio, ou uma vontade hipotética concreta, vinculada ao próprio indivíduo. (BUSSATA, 2007, p. 103)

Por esses motivos o critério objetivo tem tido mais aceitação. Por este critério a valoração é feita por uma análise da economia do contrato, da relação jurídica de uma forma global e das consequências do inadimplemento, verificando-se aquilo que foi programado e o que foi realmente efetivado. (BUSSATA, 2007, p. 103)

O interesse do credor em relação a manutenção do contrato também é um dos requisitos apontados para a verificação do adimplemento substancial. A análise desse interesse não deve se pautar pela valoração subjetiva que o credor faz de seu próprio interesse, mas de acordo com a função econômico social do contrato. Se conservada a utilidade da prestação para o credor e cumprida a função do contrato de transmissão de riquezas fica impedida a resolução, cabendo ao credor apenas a execução específica. (BUSSATA, 2007, p. 105-107). Se a prestação for inexata, mas se mostrar útil para o credor, não será possível a resolução, já que o exercício deste direito iria contra ao princípio da boa-fé objetiva (SILVA, 2010, p. 167).

Ruy Rosado de Aguiar Júnior (2003, p. 132-133) ao definir o interesse do credor para fins de utilidade da prestação e caracterização do inadimplemento definitivo explícita que existem duas ordens de elementos a serem avaliados, os primeiros ditos “objetivos” derivam da própria regulação contratual e verificados de acordo com a natureza de cada prestação, e ainda o elemento “subjetivo”, que está ligado a legítima expectativa que o credor tinha de receber determinada prestação. Porém, referido autor adverte que este elemento subjetivo não está ligado aos motivos ou desejos do credor, mas derivam da expectativa resultante dos elementos do próprio contrato firmado.

Para a caracterização do adimplemento substancial o benefício auferido pelo credor deve ser muito próximo àquele que tinha expectativa de auferir em razão do acordo firmado, sempre verificado dentro dos elementos objetivo e subjetivo anteriormente mencionados (SILVA, 2010, p. 170-171).

Conforme observa Eduardo Bussata (2007, p. 113) sempre haverá interesse do credor no recebimento da prestação em dinheiro, por esse motivo sempre que a prestação em dinheiro se aproximar do valor devido haverá adimplemento substancial, sendo vedada a resolução.

Por outro lado, dependendo da relação contratual e dos interesses envolvidos, um descumprimento mesmo que ínfimo poderá justificar a resolução. Um exemplo desta situação é citado por Anelise Becker (1993, p. 64) em que contratado um buffet para uma festa programada para as vinte horas, mas que somente começa a ser servido à meia noite, claramente retira a utilidade da prestação, podendo dar ensejo à resolução.

A conduta das partes deve ser ainda pautada pela boa-fé. Conforme já exposto a boa-fé influencia no adimplemento na medida que poderá ocorrer o inadimplemento por descumprimento dos deveres anexos derivados da boa-fé. Também é substrato da teoria do adimplemento substancial na medida que veda o comportamento do credor que apesar de ter o seu interesse satisfeito se utiliza da resolução em prejuízo ao devedor. Além disso, a boa-fé exige que os comportamentos de ambas as partes sejam pautados por condutas corretas, também evitando comportamentos contraditórios.

Em razão da necessidade de se exigir também do devedor um comportamento tendente ao cumprimento do contrato é que Luiz Antônio Scavone Junior (2016, p. 223), esclarece que o devedor não pode simplesmente impedir o credor de requerer a resolução se não demonstrar que têm condições, ainda que mediatas, de cumprir o que estava estabelecido em contrato. O citado autor acrescenta que se assim não o fosse o devedor estaria se prestigiando de um enriquecimento ilícito. E mesmo a penhora poderia eventualmente recair sobre o bem adquirido por meio do contrato em que houve o inadimplemento, não havendo sentido em impedir a resolução neste caso, que teria o mesmo efeito.

Esse posicionamento em certa medida coaduna com o requisito exposto no julgado paradigma que determina que deve ser possível a conservação do contrato e a possibilidade do credor exigir o restante devido, já que caso o devedor não demonstre meios de adimplir com o restante devido, não seria possível a aplicação da teoria.

A boa-fé exige do devedor um comportamento de cooperação a fim de satisfazer os interesses do credor, havendo um dever de diligência na execução do contrato, devendo haver um esforço para que seja cumprido o contrato. Porém, cabe destacar a ressalva feita por Anelise Becker (1993, p. 64-65):

Parece mais conveniente, porém, deixar a cargo do julgador, frente às circunstâncias do caso concreto, a decisão acerca da necessidade ou não de exigir tal conduta, para permitir-lhe fazer justiça, o que, afinal, é o objetivo maior. Muitas vezes, ainda que o devedor não se tenha esforçado devidamente em cumprir o contrato com exatidão, poderá ser ainda mais injusto resolvê-lo se efetivamente satisfeito o interesse do credor.

Assim, ainda que não tenha sido cumprido o dever de diligência se o julgador verificar que o interesse do credor foi satisfeito poderá entender que houve o adimplemento substancial.

Conforme apontado por Anderson Schreiber (2007, p. 141) o adimplemento substancial pode ter um papel mais abrangente sendo o pedido de resolução analisado através um ponderação judicial entre “(i) a utilidade da extinção da relação obrigacional para o credor e (ii) o prejuízo que adiviria para o devedor e para terceiros a partir da resolução.” Portanto, mais do que analisar o interesse do credor, a diligência do devedor no cumprimento e a insignificância do inadimplemento, cabe ao juiz verificar quais as consequências da resolução do contrato e quais os benefícios e prejuízos que ambos teriam com a extinção da relação obrigacional.

Fica evidenciado que a análise do adimplemento substancial não se baseia apenas no valor pago frente ao valor total contratado, mais do que isso, se demonstra necessária verificação os interesses envolvidos e o comportamento das partes. O adimplemento somente poderá ser considerado substancial se cumpridos os critérios quantitativos e qualitativos, este último pautado pelo comportamento das partes conforme a boa-fé objetiva e pela noção de utilidade da prestação para o credor, além da noção de proporcionalidade na verificação dos eventuais prejuízos da resolução.

3 PESQUISA EMPÍRICA

A fim de se verificar como se dá a aplicação da teoria do adimplemento substancial pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) buscou-se analisar as decisões sobre um contrato específico, qual seja, o contrato de compromisso de venda e venda. A abordagem foi feita desta maneira principalmente para evitar que o fator “tipo de

Primeiramente foi feita a pesquisa⁶ apenas pela ementa⁷ e se utilizando das palavras-chave “adimplemento E substancial E compromisso E venda”, com data de julgamento entre 31/01/2018 a 31/12/2018 e apenas em acórdãos, tendo sido obtidos 76⁸ resultados. Ainda se utilizando das palavras-chave “adimplemento E substancial E promessa E venda” no mesmo período e parâmetro, foram encontrados mais 4 resultados. Foi utilizado o ano de 2018 por tentar buscar o entendimento mais atual do TJSP e ainda para se verificar se os parâmetros estabelecidos pelo acórdão paradigma já haviam se consolidado na justiça bandeirante.

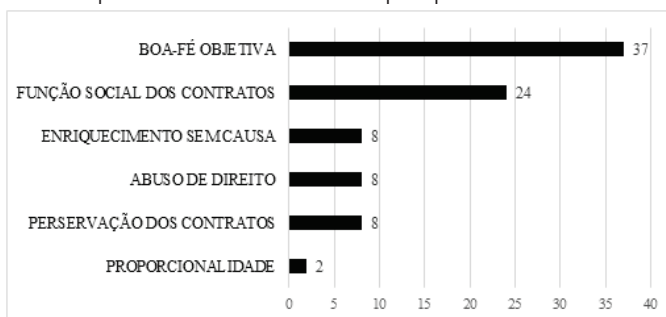
Foram descartados 13 acórdãos por se tratar de agravos de instrumento ou de decisões em que não se tratava da hipótese de pedido de resolução por inadimplemento do devedor em compromisso de venda e compra.

Dos acórdãos restantes observou-se um equilíbrio nas decisões já que em 34 acórdãos se constatou que houve adimplemento substancial, enquanto em outros 33 acórdãos foi concedida a resolução.

Outro fator relevante é que das 67 decisões analisadas em 53 delas pelo menos uma das partes era uma Pessoa Jurídica. Ainda que este dado mereça uma pesquisa mais aprofundada leva a crer que as Pessoas Jurídicas se utilizam mais desta espécie contratual em exame (em especial incorporadoras e loteadoras), além de também serem mais frequentes os pedidos de resolução feitos por elas.

O principal fundamento utilizado para a aplicação da teoria foi o princípio da boa-fé objetiva, sendo citado em mais da metade das decisões (37), enquanto a função social dos contratos também foi outro fundamento recorrente nos acórdãos (24). Além desses fundamentos foram mencionados ainda as figuras do abuso de direito (8), princípio da preservação dos contratos (8), enriquecimento sem causa (8) e proporcionalidade (2).

Gráfico 1 – Número de decisões em que o fundamento é citado



Fonte: Elaborado pelo próprio autor com base nos julgados do TJSP (2018)

⁶Pesquisa realizada em 26/05/2019 no site do próprio tribunal.

⁷A pesquisa se deu apenas na ementa já que a busca utilizando o parâmetro “pesquisa livre” somente utilizando essas palavras-chave são obtidos 561 resultados, o que torna inviável neste momento a análise de todos os resultados.

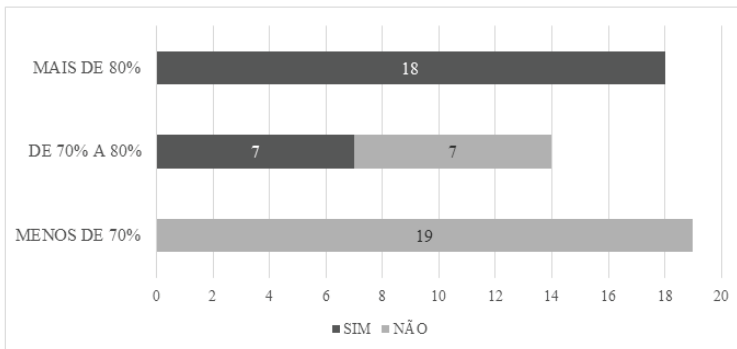
Na pesquisa de jurisprudência no site do TJSP são encontrados 77 resultados, porém são dados dois resultados para o mesmo processo (Processo digital nº. 1012378-88.2016.8.26.0590). O acórdão referente ao citado processo datado de 13/03/2018 foi anulado por decisão da relatora em 12/06/2018, sendo novamente julgado em 18/09/2018. Por esses motivos o primeiro

Fica evidente que o TJSP tem se baseado na boa-fé e na função social dos contratos como substratos da teoria do adimplemento substancial, que são os dois principais fundamentos apontados também na doutrina brasileira. Em razão do tipo de contrato analisado poderia se imaginar que o tribunal se basearia também na função social da propriedade, direito à moradia ou até mesmo dignidade da pessoa humana para vedar a resolução, o que não ocorreu em nenhum dos julgados analisados, apesar da função social da propriedade ter sido alegada como matéria de defesa em duas das apelações, tendo sido rejeitadas pelo relator.

Outra observação preliminar é que em muitos julgados não se estabelecia de forma clara qual era o percentual pago, assim para uma melhor análise sempre que estabelecidas parcelas pagas e faltantes (ex. pagas 70 parcelas de 100) para melhor demonstração dos resultados se entendeu que as parcelas seriam iguais, se determinando um percentual pago (no exemplo 70% pago). Porém, em alguns casos (16) não há uma informação precisa do que efetivamente foi pago, algumas vezes por haver discussão quanto a esse montante ou simplesmente em razão do relator não especificar o quanto o devedor pagou, o que impediu uma análise mais detalhada de algumas decisões.

Separadas as decisões pelo percentual efetivamente pago pelo devedor e ainda agrupadas as decisões em que foi considerado ou não o adimplemento substancial pode ser obtido os resultados constantes do gráfico a seguir:

Gráfico 2 – Número de decisões por percentual pago



Fonte: Elaborado pelo próprio autor com base nos julgados do TJSP (2018)

Percebe-se que o TJSP apresenta dois percentuais chaves em relação ao que é considerado adimplemento substancial ou não. Todas as decisões analisadas em que foi adimplido um valor inferior a 70% este valor não foi entendido como adimplemento substancial. Da mesma forma, todos os julgados em que o valor pago foi maior que 80% do contrato o tribunal entendeu que estava impedida a resolução.

Fica evidente que há uma certa objetividade por parte das decisões analisadas

tendo em vista o critério quantitativo do adimplemento. Mesmo que o julgado paradigma tenha sido pouco citado nas decisões analisadas (somente em dois acórdãos) foi verificado que o TJSP não considera que um pagamento abaixo de 70% possa ser considerado substancial, assim como também ocorreu no julgamento do STJ (naquele caso uma dívida de 69%), de certa forma corroborando o entendimento daquele tribunal.

Porém, a discussão sobre o efetivo comportamento das partes e a análise do critério qualitativo acaba se tornando irrelevante se admitirmos esses parâmetros de valores como absolutos (abaixo de 70% ou acima de 80%). Essa posição não é a mais correta, já que ainda que pago mais de 80% do valor contrato a boa-fé das partes deveria ser analisada, podendo ser autorizada a resolução, não se resumindo a discussão ao critério quantitativo.

Mesmo na faixa em que haveria uma maior discussão (entre 70% e 80%), verificou-se que apenas em oito das catorze decisões houve uma análise mais detalhada do comportamento das partes.

O principal comportamento analisado (fundamental em cinco decisões) foi a demonstração por parte do devedor da intenção de efetuar o pagamento do saldo devedor, podemos citar como exemplos, a tentativa de se efetuar novos acordos em relação ao saldo devedor ou o devedor efetuar a consignação em pagamento do que entendia devido. Outras duas decisões citaram como fator preponderante a falta de diligência por parte da credora que deixou que a situação se arrastasse por anos antes de entrar com a ação ao invés de ter tomado as medidas cabíveis logo no início do descumprimento.

De acordo com os dados analisados verificou-se que o fator preponderante para o julgamento foi o valor efetivamente pago. Em regra, o comportamento das partes não tem sido fator relevante para a decisão. Como se viu em alguns casos o comportamento se quer é analisado. A doutrina explícita que sempre devem ser analisados o comportamento das partes e os interesses envolvidos em razão destes fatores poderem interferir de modo concreto na figura do adimplemento, por isso o acórdão deveria verificar e delimitar como foi o comportamento das partes durante a execução do contrato, o que nem sempre ocorreu.

Se há uma certa objetividade nos julgamentos isto se deve ao TJSP seguir uma regra em relação ao critério quantitativo, sendo que houve uma certa divergência nas decisões apenas em uma faixa pequena de percentual pago (de 70% a 80%).

O que se verificou na pesquisa empírica é que apesar do TJSP de certa forma seguir o julgado paradigma no que diz respeito a critério quantitativo ainda não tem sido a regra a aplicação do critério qualitativo exposto no acórdão do STJ. Não é feita uma análise profunda conforme os critérios estabelecidos, por exemplo, através da

verificação das expectativas legítimas geradas pelo comportamento das partes.

Essa falta de análise qualitativa pode se dar por diversos fatores. Uma análise qualitativa invariavelmente irá demandar um esforço maior do julgador em razão da necessidade da verificação mais detalhada de como as partes atuaram durante a execução do contrato, nem sempre isto poderá ocorrer em razão do grande número de processos a serem julgados. O comportamento também pode deixar de ser verificado se a aplicação da teoria do adimplemento substancial for uma questão lateral em um processo em que são decididas diversas outras questões. Esta análise poderá ser prejudica até mesmo por falta de elementos nos autos que indiquem como foi a atuação do credor e devedor.

Assim, ainda que análise qualitativa seja necessária para a melhor aplicação da teoria do adimplemento substancial, verificou-se que na jurisprudência ela ainda não se mostra como fator relevante para as decisões. Porém, é importante ressaltar que o TJSP tem aplicado a teoria com certa uniformidade se for levado em conta o critério quantitativo o que também garante uma certa segurança jurídica para as relações contratuais como um todo, o que não é de se desconsiderar.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Extinção dos contratos por incumprimento do devedor: resolução. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide Editora, 2003.

AMARAL, Luiz Fernando. Contrato e a teoria do adimplemento substancial. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2019.

ASSIS, Araken de. Resolução do contrato por inadimplemento. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Negócio jurídico: existência, validade e eficácia. 4. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

BECKER, Anelise. A doutrina do adimplemento substancial no Direito brasileiro e em perspectiva comparatista. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, v. 9, n. 1, p. 60-77, nov., 1993.

BETTI, Emilio. Teoria geral das obrigações. Tradução de Francisco José Galvão Bruno. Campinas: Bookseller, 2005.

----- Teoria geral do negócio jurídico. Tradução: Servanda Editora. Campinas, SP: Servanda Editora, 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.581.505 / SC. Recorrente: Marina Cristhiane de Freitas Faoro. Recorrida: Adibens Administradora de Bens Ltda. Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira. Brasília, DF, 18 de agosto de 2016. Diário da Justiça Eletrônico. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1531880&num_registro=201502887137&data=20160928&formato=PDF. Acesso em: 09 jun. 2019.

----- Conselho da Justiça Federal. III Jornada de Direito Civil: Enunciado 162. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/283>. Acesso em: 09 jun. 2019.

BUSSATTA, Eduardo Luiz. Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial. São Paulo: Saraiva, 2007.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. Direito das obrigações. 12. ed. Coimbra: Almedina, 2016.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações. v. 2.

23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008a.

----- Curso de direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações contratuais e extracontratuais. v. 3. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2008b.

DINIZ, Souza (trad.). Código Civil Italiano. Rio de Janeiro: Record, 1961.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Função social do contrato: os novos princípios contratuais. São Paulo: Saraiva, 2004.

GOMES, Orlando. Contratos. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2018.

----- Comentários ao novo Código Civil brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. V. 5, t.1.

----- Comentários ao novo Código Civil brasileiro. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. V. 5, t.2.

MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. Da boa-fé no direito civil. Coimbra: Almedina, 2017.

NORONHA, Fernando. O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994.

PERNINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

POSNER, Eric. Análise econômica do direito contratual após três décadas: sucesso o fracasso? In: SALAMA, Bruno Meyrhoof (Org.). Análise econômica do direito contratual: sucesso ou fracasso?. São Paulo: Saraiva, 2010.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. Direito imobiliário: teoria e prática. 10. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva e o adimplemento substancial. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (coord.). Direito

contratual: temas atuais. São Paulo: Método, 2007. p. 125-146.

SILVA, Clóvis V. do Couto e. A obrigação como processo. 1. ed. 13. reimpressão. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2018.

SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

WIEACKER, Franz. História do direito privado moderno. Trad. de A. M. Botelho Hespanha. 2.ed. rev. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.