

**REVISTA SEMESTRAL DE  
DIREITO EMPRESARIAL**

**Nº 14**

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da  
Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro  
**janeiro / junho de 2014**



Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Prof. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, Prof. Eduardo Henrique Raymundo Von Adamovich, Prof. Eduardo Takemi Dutra dos Santos Kataoka, Prof. Enzo Baiocchi, Prof. Ivan Garcia, Prof. João Batista Berthier Leite Soares, Prof. José Carlos Vaz e Dias, Prof. José Gabriel Assis de Almeida, Prof. Leonardo da Silva Sant'Anna, Prof. Marcelo Leonardo Tavares; Prof. Mauricio Moreira Menezes, Prof. Rodrigo Lychowski e Prof. Sérgio Campinho).

**Editores:** Sérgio Campinho e Mauricio Moreira Menezes.

**Conselho Editorial:** Alexandre Ferreira de Assumpção Alves (UERJ), António José Avelãs Nunes (Universidade de Coimbra), Carmem Tibúrcio (UERJ), Fábio Ulhoa Coelho (PUC-SP), Jean E. Kalicki (Georgetown University Law School), John H. Rooney Jr. (University of Miami Law School), Jorge Manuel Coutinho de Abreu (Universidade de Coimbra), José de Oliveira Ascensão (Universidade Clássica de Lisboa), Luiz Edson Fachin (UFPR), Marie-Hélène Bon (Université des Sciences Sociales de Toulouse), Paulo Fernando Campos Salles de Toledo (USP), Peter-Christian Müller-Graff (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg) e Werner Ebke (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg).

**Conselho Executivo:** Carlos Martins Neto, Enzo Baiocchi, Leonardo da Silva Sant'Anna, Mariana Campinho, Mariana Pinto e Viviane Perez.

**Pareceristas deste número:** Adem Bafti (UNIVAP), Caroline da Rosa Pinheiro (UFRJ), Davi Antônio Gouvêa Costa Moreira (SEUNE), Jacques Labrunie (PUC-SP), José Carlos Vaz e Dias (UERJ), José Gabriel Assis de Almeida (UERJ), Marcelo Lauar Leite (UFERSA), Milena Donato Oliva (UERJ) e Rodrigo Rocha Monteiro de Castro (Mackenzie - SP).

**PATROCINADORES:**



MOREIRA MENEZES . MARTINS . MIRANDA  
ADVOGADOS

ISSN 1983-5264

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte  
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

---

Revista semestral de direito empresarial. — n° 14 (Janeiro / Junho de 2014)  
. — Rio de Janeiro: Renovar, 2007-.

v.

UERJ  
Campinho Advogados  
Moreira Menezes, Martins, Miranda Advogados

Semestral

1. Direito — Periódicos brasileiros e estrangeiros.

94-1416.

CDU — 236(104)

---

\* Publicada no segundo semestre de 2015.

# A REPARAÇÃO INTEGRAL DO DANO À ATIVIDADE NEGOCIAL<sup>1</sup>

## THE INTEGRAL DAMAGE REPAIR TO BUSINESS ACTIVITY

*Alexandre Ferreira de Assumpção Alves  
Rodrigo de Oliveira Botelho Corrêa*

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

*Palavras-chave:* reparação integral – indenização – atividade negocial – empresa – falhas de mercado – custos de transação – custos sociais – externalidades.

*Abstract:* The article analyses the full compensation for damage caused to the negotiation activities. As the Brazilian theory of lia-

---

<sup>1</sup> Artigo recebido em 11.03.2015 e aceito em 04.12.2015.

bility is grounded in the classical liberal doctrine, compensation for damage often do not receive, by the doctrine and jurisprudence, the appropriate treatment to it's characteristics and market vicissitudes. The main objective is to address one of the aspects that the law plays in its role as broker of the so-called market failures. Analyzes the legal precepts of tort law in respect of such market failures and the implication this has in solving some legal issues involving the negotiation activity.

*Keywords:* full compensation — indemnization — negotiating activity — firm — market failures — transaction costs — social costs — externalities.

*Sumário:* 1 – Introdução. 2 – Atividade negocial. 3 – A empresa como mecanismo para redução dos custos de transação e instrumento para ganho de eficiência. 4 – O reconhecimento da importância da empresa pelo Direito. 5 – O dano à empresa e sua reparação. 5.1 – O dano material. 5.2 – Hipóteses emblemáticas e seu tratamento pelos tribunais. 5.2.1 – Concorrência desleal – contrafação de marca e patente. 5.2.2 – A responsabilidade das transportadoras aéreas. 5.2.3. O patrimônio de afetação nas incorporações imobiliárias. 5.2.4 – A desconsideração da personalidade jurídica como mecanismo para obtenção da reparação integral do dano na Justiça do Trabalho. 6 – Conclusão.

## **1 – INTRODUÇÃO**

O presente artigo tem o objetivo de estudar o alcance do princípio da reparação integral do dano à atividade negocial. O tema se revela importante, na medida em que se nota que a aplicação contenciosa do direito vem se afastando da essência desse fenômeno econômico, que é a atividade negocial, em especial a empresa.

Para tanto, será analisado, com supedâneo no método dedutivo, o conceito de atividade negocial, o que ele envolve, o dever de reparar os danos que o titular da empresa vier a incorrer por força de ato ilícito, bem como a correlata obrigação de reparar esses danos.

## 2 – A ATIVIDADE NEGOCIAL

Sem desprezar as demais, o negócio jurídico é a mais importante espécie de fato jurídico. Tanto assim, que o Código Civil de 2002, ao contrário do anterior, não possui títulos ou capítulos tratando especificamente sobre as outras espécies de fatos jurídicos, muito embora o Livro III tenha como título “Dos Fatos Jurídicos”. Isso não significa que o direito deixou de se ocupar das outras espécies, como os fatos jurídicos *stricto sensu* e os atos jurídicos de realização de vontade. Estes continuam a ser disciplinados pelo ordenamento. O Código Civil apenas deixou de normatizá-los em uma seção específica, preferindo tratar diretamente do negócio jurídico. Existem, porém, normas que versam sobre fatos jurídicos que não sejam negócios jurídicos, como o art. 147, que dispõe sobre dolo, o art. 191, que se refere à prescrição, o art. 212, que trata de prova.

A consequência mais importante dos negócios jurídicos é a obrigação. Nesse particular, houve o novel Código Civil de acolher grande mudança, com ainda mais relevo. Ele enveredou pela unificação do direito das obrigações. Ainda que isso não representasse, bem dizer, uma novidade – pois, o Código Comercial de 1850 já fazia remissão, no seu art. 121, à aplicação das regras do Código Civil aos contratos comerciais –, essa atitude do Código Civil de 2002 colocou uma pá de cal sobre o assunto.

Assim, o Código Civil se tornou o diploma de regência das obrigações de direito privado. E mais. Logo em seguida ao Livro dos Direitos das Obrigações, o Código trata do Direito de Empresa, fato também novo no Brasil.

Essa nomenclatura definitivamente não é feliz. Isso porque o Livro II da Parte Especial do Código Civil não foi concebido para tratar exclusivamente de empresa. Ele foi elaborado para disciplinar o fenômeno social caracterizado pela prática reiterada de negócios jurídicos interdependentes, que são celebrados de forma organizada, estável e com finalidade comum, por um mesmo sujeito. Seria a ativi-

dade desempenhada por aquela pessoa – física ou jurídica — que se dedica ao exercício de uma atividade econômica, seja uma atividade empresária ou não.

*Atividade negocial.* Este era o título do Livro II da Parte Especial constante do anteprojeto elaborado pela comissão de juristas constituída, em 1969, pelos juristas José Carlos Moreira Alves, Agostinho Alvim, Sylvio Marcondes, Clóvis Veríssimo do Couto e Silva, Herbert Chamoun e Torquato Castro, e presidida por Miguel Reale. Durante a tramitação do projeto de lei, esse título sofreu duas alterações. Primeiro, ele foi substituído por “atividade empresarial” e, depois, por “direito de empresa”, nomenclatura com a qual ele foi aprovado e sancionado.

O título original, contudo, traduz justamente o fenômeno, que provém do direito das obrigações, mas que foi erigido a uma categoria diferenciada, sujeita a um regime legal distinto<sup>2</sup>, e que é consentâneo ao exercício de atividade econômica por uma pessoa. A rigor, tanto faz se essa atividade econômica é exercida por pessoa física ou jurídica, ou se ela é ou não uma empresa. O aventado Livro II da Parte Especial do Código Civil não trata apenas de sociedade, nem só de empresário, nem, muito menos, se restringe às sociedades empresárias. Ele trata da atividade negocial, sendo que esta envolve as atividades econômicas de natureza intelectual, aquelas que não contam com organização empresarial e, evidentemente, as empresas.

Com razão está, assim, Luiz Gastão Barros de Paes Leães, ao afirmar que

*o nomen iuris* ‘atividade negocial’, fixada no anteprojeto, seria de maior rigor científico, na abrangência das matérias tratadas no tópico em questão, do que a denominação ‘atividade empresarial’ e ‘direito de empresa’, que foram, por fim, sufra-

---

2 LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. A disciplina do direito de empresa no novo Código Civil brasileiro. *Revista de Direito Mercantil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, n. 128. p. 12.



gradas no Código, já que ali não se trata apenas do exercício da atividade profissional praticado por empresários e sociedades empresárias<sup>3</sup>.

Conquanto este estudo parta da noção de atividade negocial para traçar suas conclusões, é necessário alertar que a empresa é o principal ponto da pesquisa. Isso porque, sem desprezar as demais atividades econômicas, fato é que ela tem maior relevância para o direito comercial. Além disso, em vista de sua organização, ela se constitui em um importante instrumento para redução de custos de transação, contribuindo, destarte, para a eficiência dos mercados.

### **3 – A EMPRESA COMO MECANISMO PARA A REDUÇÃO DOS CUSTOS DE TRANSAÇÃO E INSTRUMENTO PARA GANHO DE EFICIÊNCIA**

Com exceção dos contratos de execução imediata, nos quais as prestações são satisfeitas imediata e concomitantemente, a realização de um negócio jurídico envolve riscos. Os preços podem oscilar de tal maneira que impeçam a conclusão ou continuação do negócio a não ser que as bases contratuais originais sejam alteradas; existe o risco de a parte contrária não adimplir a sua obrigação ou de atrasar o seu cumprimento. Não se pode deixar de considerar o risco de uma falha humana ou tecnológica, ou mesmo de fatores não previstos que, de alguma maneira, atrasem ou impeçam o cumprimento de obrigações. Há o risco legal, ou seja, aquele que decorre da inadequação do arcabouço legal ou regulamentar, ou de falhas na formalização dos negócios, que os tornem questionáveis, inseguros ou mesmo inexecutáveis.

Conquanto a atividade negocial, que tem na celebração de negócios jurídicos uma constante, conviva diariamente com esses riscos, eles a atrapalham. Os economistas neoclássicos indicam que os agentes econômicos buscam maximizar o bem-estar, por meio de trocas que lhes sejam vantajosas. Se existe risco de essa troca não lhe

---

3 LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. op. cit, p. 12.

proporcionar o aumento de bem-estar esperado, o indivíduo poderá não se sentir encorajado para concluir o negócio e, assim, desistir de fazê-lo. Em outras palavras, o agente econômico tem aversão ao risco<sup>4</sup>. Conseqüentemente, ele se configura em um elemento que afeta a eficiência do mercado na concepção de Vilfredo Pareto<sup>5</sup>.

O direito comercial lida com eles desde o seu nascimento. Vários institutos jurídicos surgiram justamente com a missão de reduzir, mitigar ou mesmo eliminar esses riscos. O contrato de seguro e as sociedades com sócios de responsabilidade limitada são os exemplos mais reluzentes. Não à toa economistas como Douglas North<sup>6</sup> e Kenneth J. Arrow<sup>7</sup> consideram que o principal papel das instituições é o de reduzir a incerteza por meio do estabelecimento de uma ordem estável, que permita a interação entre os homens.

A solução para parte desses riscos é a sua transferência negociada, que ocorre no âmbito do mercado. É o caso do contrato de seguro. Em troca do recebimento de um prêmio, o segurador assume riscos que seriam do segurado. Também é o caso dos chamados derivativos. “Um derivativo constitui um contrato, ou mesmo dois contratos conexos, ou um título, cujo valor, em princípio, resulta da cotação de tais ações, que constituem, no elíptico jargão do artigo 2º, VIII, da Lei 6.385/76, os ‘ativos financeiros’”<sup>8</sup>.

---

4 YAZBEC, Otávio conceitua aversão ao risco como “a postura que faz com que os agentes econômicos, precisando definir seus planos de atuação, optem por aqueles nos quais exista um maior grau de certeza ou, olhando a questão pelo outro lado, uma menor possibilidade de perdas” (*Regulação do mercado financeiro e de capitais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 24).

5 PARETO, Vilfredo. *Manual de Economia Política*. Trad. de João Guilherme Vargas Netto. São Paulo: Nova Cultural, 1996, *passim*.

6 NORTH, Douglass C.. *Institutions, Institutional and Economic Performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990, *passim*.

7 ARROW, Kenneth J.. Economic welfare and the allocation of resources for invention. In: NELSON, Richard (ed.). *The rate and direction of inventive activity*. Princeton (N. J.): Princeton University Press, 1962, p. 609-626.

8 EIZIRIK, Nelson; GAAL, Ariádna B.; PARENTE, Flávia; HENRIQUES, Marcus de Freitas.  *Mercado de capitais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 112.

Há riscos, contudo, que dificilmente poderão ser atenuados por meio de transferências negociadas no âmbito do mercado. As chamadas falhas de mercado e os custos de transação são exemplos disso.

As falhas de mercado são geralmente supridas pela regulação. Assim, o Estado interveria na economia por meio da instituição de tributos com finalidade extrafiscal, através da outorga de subvenções ou subsídios, pela edição de atos normativos de cunho regulatório e pela criação de infraestrutura.

Já os custos de transação são geralmente supridos pelo controle dos fatores de produção. Isso porque eles decorrem justamente de falhas institucionais, da burocracia e, sobretudo, das assimetrias de informação. São os casos, por exemplo, dos chamados *moral hazard* ou risco moral e da seleção adversa.

O primeiro se refere à insuficiência de informação e da dificuldade de se acompanhar e de se fiscalizar a execução de contratos. O contraente pode não revelar certas informações que, ao longo da execução do contrato, podem se mostrar relevantes. Seria o caso do vendedor de um estabelecimento empresarial que deixa de comunicar ao comprador a existência de uma dívida trabalhista ou tributária que afete aquela universalidade de bens. Essa conduta, evidentemente, seria ilícita.

O segundo diz respeito às assimetrias de informação que afetam o mercado como um todo. O exemplo bem didático é aquele dado por AKERLOF, George A. no artigo intitulado *The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism* (1970). Nesse artigo, o economista se refere ao mercado de carros usados, apontando a dificuldade de os compradores aferirem as reais condições em que se encontram o bem, ou seja, se o automóvel está “em bom estado ou se apresenta defeitos (os chamados *lemons*, gíria norte-americana que designa os carros usados em más condições). Em vista dessa dificuldade, os compradores não aceitariam pagar um preço

mais alto por aqueles bens. Consequentemente, os proprietários de carros em boas condições ficariam desencorajados a vender seus bens enquanto tal, pois receberiam um preço inferior. Eles seriam, assim, afetados pela assimetria de informação, que dificultaria a tarefa de distinguir os carros em bom estado dos que assim não se encontram.

A empresa – como organização dos fatores de produção – teria o papel de eliminar ou reduzir esses custos de transação. Isso porque o empresário, ao controlar todos os recursos para a produção, deixaria de buscar bens no mercado, evitando negociações que gerassem os referidos custos de transação. O empresário está livre para organizar os fatores de produção da maneira como melhor lhe aprouver. Ele pode, por exemplo, licenciar uma marca, patentear um produto, contratar a sua produção a terceiro. Veja o caso da indústria da moda. Não é incomum se encontrar grandes empresários desse ramo que não possuem tecelagem nem confecção próprios. Eles possuem a marca e definem o design e o padrão de seus produtos. Contudo, eles encomendam os tecidos e a confecção das peças a outros empresários. Assim também o fazem quanto à distribuição dos produtos, que pode ficar a cargo de distribuidores, agentes e franqueados.

Esse padrão de organização favorece o surgimento de custos de transação. Isso porque a cadeia de produção não está totalmente sob o controle do empresário. Evidentemente, a celebração de contratos longos, de execução continuada e com cláusula de exclusividade podem abrandar esses custos de transação, gerando efeito análogo ao que ocorre na sociedade empresarial, em que há um único centro de imputação jurídica.

O fato é que a eliminação ou a mitigação desses custos de transação aumenta a eficiência dos mercados, motivo por que muitos economistas advertem que a intervenção do Estado, criando imbrincada rede de normas e obrigações legais, pode trazer mais malefícios do que benefícios, pois esse arranjo institucional pode provocar onerosos custos de transação. Essa vertente não será objeto de análise

neste trabalho, por ser afeita ao direito econômico. Limitar-se-á à análise da tutela jurídica da empresa pelo direito comercial e suas implicações no âmbito da responsabilidade civil.

#### **4 – O RECONHECIMENTO DA IMPORTÂNCIA DA EMPRESA PELO DIREITO**

O exercício da atividade empresarial é de tamanha importância, que o Direito não poderia deixar de lhe dar atenção. E de fato o faz. A empresa recebe a tutela dos ordenamentos jurídicos.

O Código Civil não só adotou a teoria da empresa, como lhe conferiu tratamento distinto, estabelecendo um regime jurídico próprio que cuida de inúmeros aspectos substanciais, como as condições para desfrutar desse regime, a capacidade para ser empresário, a contratação ou instituição de sociedades, a formação de seu patrimônio, a proteção de seus bens, a disciplina de seus atos, a organização de suas finanças, entre outros.

Conquanto o título original do Livro II fosse “Da Atividade Negocial”, conceito que abrange todas as atividades econômicas, sejam ou não empresariais, o Código Civil não trata, no aventado Livro, de outras atividades econômicas exercidas diretamente por pessoas naturais, como é o caso dos profissionais autônomos ou daqueles que possuem profissão regulamentada. Estas são disciplinadas pela parte geral das obrigações e dos contratos civis; por leis especiais e regulamentos editados por entidades de classe, como ocorre no caso das profissões regulamentadas por conselhos, ou pelo direito do trabalho.

O aventado Livro II, não obstante disciplinar a sociedade simples, tem como principal foco o empresário, seja ele pessoa física ou jurídica. Não há nisso nenhum demérito quanto às outras atividades econômicas, que não são empresariais. Estas são igualmente tuteladas pelo direito. A Constituição da República Federativa do Brasil elenca, entre os direitos fundamentais, o livre exercício de trabalho, ofício ou profissão (art. 5º, XIII). Nota-se também que, assim como a

propriedade imaterial empresarial recebe proteção jurídica, as atividades intelectuais também têm reconhecidos direitos autorais (Lei nº 9.610/98).

Esse fato de o Livro II não tratar dessas outras atividades econômicas exercidas profissionalmente por indivíduos<sup>9</sup>, apenas ilustra uma opção política do legislador, que preferiu, quanto a esse ponto, deixar a matéria a cargo de outros sistemas normativos. De toda sorte, ainda que involuntariamente, essa opção se justifica pelo fato de a empresa ter um papel notável para o mercado, constituindo-se em veículo para supressão de algumas de suas falhas e, conseqüentemente, gerando eficiência. Esse, por sinal, é o motivo de este trabalho, conquanto se referir a atividades negociais, centrar-se na empresa.

O que é empresa? Empresa é uma atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços. Se ela é apenas uma atividade, deve existir uma pessoa que a exerça. Essa pessoa é o empresário. Ele é, então, o titular da empresa. É quem “exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços”, na exata dicção do art. 966 do Código Civil de 2002. É o sujeito de direito, a quem cabe dirigir a atividade, que, assim, constitui-se em objeto de direito.

Verifica-se, portanto, que o direito reconhece a importância da atividade profissional exercida pelo empresário, seja ele pessoa jurídica ou pessoa física, tanto que a tutela por meio de normas que disciplinam sua constituição, desenvolvimento e extinção, assim como as relações jurídicas das quais ela participa ou possui interesse.

## **5 – O DANO À EMPRESA E A SUA REPARAÇÃO**

Chegado o momento de apreciar a reparação do dano às atividades negociais. O objetivo não é o de analisar conceitos sedimen-

---

<sup>9</sup> O Código Civil trata dos ofícios auxiliares da empresa (arts. 1.177 e 1.178), mas de forma complementar e não exaustiva.

tados, mas sim de levantar hipóteses relacionadas à reparação ou até mesmo à reparação de danos causados à atividade negocial, em especial à empresa.

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

Há um custo para que o indivíduo participe do mercado. Ele é justamente o de cumprir com os deveres previstos no ordenamento do mercado. Trata-se de custo que não foi considerado pela teoria econômica neoclássica. Esta se baseava em um modelo segundo o qual os custos de produção de um determinado bem e os benefícios decorrentes de sua negociação caberiam ao produtor ou vendedor, enquanto que os custos para a aquisição do bem seriam de quem o adquirisse. Esses seriam os limites da relação de mercado. No entanto, além dos já referidos, existem outros custos que o indivíduo tem de incorrer para participar do mercado. Ademais, determinadas situações geram custos ou benefícios que transcendem os aventados limites, afetando terceiros, sem que para esses novos custos se tenha estabelecido preços, de modo que a sua circulação seria, assim, externa ao mercado<sup>10</sup>.

Sucedem que a teoria da responsabilidade civil, que preceitua tanto o inadimplemento de uma obrigação, quanto o descumprimento de um dever legal, foi edificada sobre os fundamentos da teoria neoclássica. Ela também não considerou, especificamente no tocante à reparação dos danos, a questão dos custos de transação e dos custos sociais.

---

10 YAZBEC, Otávio, op. cit., p. 47.

A omissão quanto a esses pontos reverbera nas relações negociais. A concepção neoclássica entra em choque com a visão pós-moderna da sociedade, com a tutela da livre iniciativa, da livre concorrência e da empresa. Torna-se necessário o lançamento de outras luzes sobre essa questão.

## 5.1 — O dano material

Dano, como anota Agostinho Alvim, é a lesão do patrimônio<sup>11</sup>, sendo que esse é o conjunto das relações jurídicas de uma pessoa apreciáveis economicamente. Ele deve ser avaliado subjetivamente. Não à toa, o coautor do Código Civil, responsável pelo Livro do Direito das Obrigações, prefere a expressão “danos e interesses” a “perdas e danos”<sup>12</sup>. Isso porque perda e dano tem o mesmo significado, ao passo que a palavra interesse, tal como ocorre com a expressão francesa *dommages et intérêts*, traduz a subjetividade do dano. No entanto, o citado jurista conformou-se ao costume já arraigado e manteve aquela expressão no anteprojeto, que foi aprovado com essa mesma expressão, que hoje figura no Código Civil de 2002.

Para apuração do dano material, adota-se o princípio da diferença, segundo o qual o dano é estimado pela redução do patrimônio da vítima. Esse princípio não traduz apenas uma perda imediata. Ou seja, não basta uma simples conta de subtração entre o valor do patrimônio original e o que restou após a ocorrência do dano para se apurar o valor da reparação. Devem ser considerados também aqueles lucros que, conquanto ainda não integrassem o patrimônio, a vítima tinha como justa a expectativa de receber, isto é, não devem ser computados apenas o lucro que se estancou, como, por exemplo, o

---

11 ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 4ª ed. Saraiva: São Paulo, 1972., p. 172.

12 *Ibidem*, p. 175.



que alguém normalmente obtinha, em sua profissão, e não mais poderá obter, em virtude de descumprimento de dever legal ou de inexecução de obrigação por parte de outrem. Lucro cessante é isso, mas também é aquele que o credor não obterá, ainda que não viesse obtendo antes<sup>13</sup>.

Dispõe o Código que “ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual” (art. 403).

É fato, assim, que o dano deve compreender apenas os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dele direto e imediato. Advirta-se que, uma vez demonstrada essa relação de causa e efeito, a reparação há de ser completa, integral. Ela deverá compreender todo o prejuízo arcado. Em outras palavras, não é a extensão do dano que se submete àquela relação de causa e efeito com o ato que o ocasionou. Uma vez causado o dano, a reparação deverá ser total.

A extensão da reparação encontra limite na repercussão que o dano teve no patrimônio da vítima. O causador do dano não está obrigado a indenizar nada mais do que a perda efetivamente experimentada e apurada segundo o princípio da diferença. Tanto assim, que o referido art. 403 do Código Civil diz textualmente que “as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato”. Logo, não há espaço para indenização de caráter punitivo. Confirma essa assertiva, o parágrafo único do art. 944, que autoriza apenas a redução da indenização e não a sua majoração, em casos onde houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano.

Pode ocorrer de haver indenização sem dano. Isso se dá em casos, nos quais a lei dispensa a prova quanto à perda. Ou seja, quan-

---

13 Ibidem, p. 174.

do o prejuízo é estimado previamente. São casos tais: a cláusula penal (CC, artigos 408 a 416) e os juros moratórios (CC, artigos 406 e 407).

Ainda que a vítima não experimente um dano efetivo, a indenização pelo descumprimento total ou parcial da obrigação será devida. Se a cláusula penal for estipulada para o caso de inadimplemento absoluto, poderá ser convertida em indenização em benefício do credor, que, assim, não poderá exigir o cumprimento da obrigação (CC, art. 410). Contudo, se ela se referir à mora ou em segurança especial de outra cláusula determinada, o credor terá a faculdade de exigir a satisfação da pena cominada, juntamente com o desempenho da obrigação principal (CC, art. 411).

Da mesma forma, as perdas e danos, nas obrigações de pagamento em dinheiro, são pagas com atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, abrangendo juros, custas e honorários de advogado, sem prejuízo de pena convencional (CC, art. 404).

O Código Civil procurou dar o máximo de efetividade ao princípio da reparação do dano. Ao contrário do diploma anterior, que não admitia a discussão sobre o valor de indenizações já preestabelecidas, como eram os casos dos juros moratórios e da cláusula penal, o atual permite indenização suplementar, quando preenchidos os requisitos para tal.

O art. 1.061 do Código Civil de 1916 dispunha que “as perdas e danos, nas obrigações de pagamento em dinheiro, consistem nos juros da mora e custas, sem prejuízo da pena convencional”. Ele nada referia para o caso de os juros moratórios não cobrirem integralmente o dano. Agostinho Alvim considerava essa regra injusta<sup>14</sup>. Logo, o Código Civil de 2002 previu a possibilidade de, “provado que os juros

---

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

de mora não cobrem o prejuízo, e não havendo pena convencional, pode o juiz conceder ao credor indenização suplementar”.

O mesmo se dá com a cláusula penal. O art. 927 do Código Civil estabelecia uma limitação para ela, qual seja, a de que o valor da multa não poderia ser superior ao da obrigação principal. Todavia, ele não previa o pagamento de indenização suplementar para a hipótese de a cominação prevista na cláusula penal ser inferior ao dano. Isso também foi superado pelo Código Civil em vigor, que, conquanto tenha mantido a limitação acerca do valor da cominação nela imposta – que não pode exceder ao da obrigação principal –, admite o pagamento de indenização suplementar, desde que as partes tenham assim convencionado. Nesse caso, a pena vale como mínimo da indenização, competindo ao credor provar o prejuízo (Código Civil, art. 416, parágrafo único).

Para a hipótese aventada neste estudo, é necessário considerar que a Constituição da República Federativa do Brasil erigiu como princípio nuclear de seu sistema a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III). Donde se pressupõe que ela assegura a autonomia e a capacidade de autodeterminação das pessoas, observados os limites legais. Ela protege, assim, o direito de a pessoa procurar maximizar seu bem-estar.

Isso pode ser feito pela sua participação no mercado, até porque este é, sobretudo numa economia capitalista, o caminho que ordinariamente os indivíduos tomam para alcançar esse desiderato. Não é de se estranhar, assim, que a Constituição da República Federativa do Brasil também tutele a livre iniciativa (art. 170, *caput*), o livre exercício de profissão (art. 5º, XIII), a propriedade privada (art. 5º, XXII c/c art. 170, II) e a livre concorrência (art. 170, IV). Esses são institutos que remetem ao sistema liberal neoclássico do mercado. Sem embargo, a Constituição da República Federativa do Brasil não os prevê despidos de uma complementação necessária, pois faz alusão a valores da pós-modernidade. Fala-se, assim, em função social

da propriedade, em defesa do consumidor, em proteção do meio ambiente e em redução de desigualdades.

O ordenamento jurídico não só reconhece a empresa como um fenômeno que favorece o mercado, como a tutela. Por outro lado, ele prevê, como remédio para a violação de deveres legais e descumprimento de obrigações, o direito de a vítima obter a reparação integral do dano sofrido.

Ora, se é assim, então danos causados por falhas do mercado devem ser reparados. Não há por que o credor de uma obrigação deixar de obter uma indenização que não contemple todos os custos de transação por ele incorridos para viabilizar o negócio jurídico, que deixou de ser cumprido pela contraparte.

Conclui-se com Eduardo Tomasevicius Filho, que

os danos a serem indenizados compreendem as despesas efetivadas nas negociações ou custos de transação na negociação, que abrangem o tempo perdido em face do desvio de seu trabalho, as despesas realizadas com estudos, viagens, redação de minutas, projetos, assistência de advogados, notários, a imobilização do capital, e como lucros cessantes a perda da oportunidade de negociar com outrem. Além disso, pode compreender eventualmente a perda real da ocasião de concluir o contrato, bem como na perda da ocasião de concluir outro contrato de conteúdo diverso<sup>15</sup>.

Assim também deve ocorrer no caso de responsabilidade civil extracontratual: um empresário que foi prejudicado por um concorrente pela prática de uma infração à ordem econômica, deve obter o ressarcimento pelos danos suportados. O mesmo deve acontecer no caso de um investidor do mercado de capitais, que sofre danos pela prática de *insider trading*.

---

15 TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. *Informação assimétrica, custos de transação, princípio da boa-fé*. 2007. 494f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007 f. 442.

## **5.2 – Hipóteses emblemáticas e o seu tratamento pelos tribunais**

Por fim, serão analisadas quatro hipóteses de litígio envolvendo a discussão sobre a prevenção ou a reparação de danos relacionados a custos de transação e o seu tratamento pela jurisprudência.

### **5.2.1 – Concorrência desleal – contrafação de marca e patente**

A marca, assim como a patente, é um bem imaterial, que compõe o estabelecimento empresarial. Aliás, no tocante a este, é necessário destacar a existência de confusão terminológica, sobretudo entre os não iniciados, acerca dos conceitos de empresa, empresário e estabelecimento. Não é incomum ver pessoas se referirem a uma sociedade empresarial como empresa ou estabelecimento, assim como chamarem de empresário alguém que é sócio ou administrador de sociedade empresária. Essas referências são equivocadas. A empresa é uma atividade econômica – ela é, portanto, um objeto de direito –, que é exercida por um sujeito de direito, que pode ser tanto uma pessoa física, o empresário individual, ou jurídica, EIRELI ou sociedade empresária. O empresário exerce essa atividade por meio de um complexo de bens denominado estabelecimento empresarial. Ele não se confunde, portanto, com a sociedade empresária ou com o local físico onde a atividade do empresário é exercida.

Segundo o art. 1.142 do Código Civil, “considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária”. O Código se refere a estabelecimento como complexo de bens, não necessariamente bens de propriedade do empresário. Eles podem envolver bens de terceiros, que estão na posse do titular do estabelecimento por força de algum título. Assim, integram esse complexo o imóvel onde a atividade é exercida, ainda que alugado, equipamentos adquiridos por arrendamento mercantil, bens cedidos por comodato, licenças e direitos de propriedade intelectual, *know how*, etc. Não se deve

confundir estabelecimento com patrimônio do empresário, pois, como salienta Marlon Tomazette,

no patrimônio, estão reunidas todas as relações jurídicas economicamente apreciáveis de uma pessoa, ainda que não guardem relação entre si. Já no estabelecimento o essencial é que esse complexo de bens seja organizado pelo empresário para o exercício de empresa<sup>16</sup>.

Esses bens são organizados pelo empresário, com vistas ao atendimento de uma mesma finalidade. O que os distingue de outros quaisquer, ainda que pertencentes ao empresário, é justamente a organização e a finalidade comum. São esses elementos, inclusive, que lhes conferem um sobrevalor, quando alienados em conjunto. Ou seja, se os bens que compõem o estabelecimento fossem avaliados separadamente, o resultado dessa soma seria um valor menor do que o da avaliação atribuída ao conjunto organizado.

O empresário produz a partir dos fatores de produção. Para tanto, ele precisa organizá-los, pois, isoladamente, esses bens não geram nenhuma riqueza. Cite-se o exemplo de um supermercado. Se avaliados isoladamente os bens que compõem o estabelecimento, tal como estantes, carrinhos de compra, luminárias, geladeiras, estes não terão nenhum valor sobressalente. Eles valerão o preço que o mercado lhes confere. Agora, se esses bens forem organizados, de maneira a atrair clientes, eles serão capazes de, em conjunto, criar riqueza, de gerar lucro. Essa organização é a mais importante variável da atividade negocial. O sucesso ou o fracasso da empresa está a depender dela. Ela está diretamente relacionada ao risco do negócio.

Essa organização tem um valor econômico. Por isso o valor do estabelecimento tende a ser superior ao da soma de todos os bens que o compõem se avaliados isoladamente. A esse sobrevalor ou

---

<sup>16</sup> TOMAZETTE, Marlon, *Curso de direito empresarial*, v. 1, 6ª ed.. São Paulo: Atlas, 2014, p. 96.

mais valia decorrentes da organização dos bens e direitos relacionados ao exercício da atividade comercial dá-se o nome de aviamento.

O aviamento não se confunde com a clientela. Ele é, na verdade, o resultado da organização que possibilita ao empresário a sua captação. Logo, ele pode ser medido pela clientela do empresário. Em princípio, quanto maior for a clientela, maior será o valor atribuído ao aviamento.

O aviamento não pertence ao empresário titular do estabelecimento. Ele é um atributo da empresa. Trata-se do valor econômico atribuído à organização dos fatores combinados que compõem o estabelecimento. Assim, ele não pode ser tratado de forma separada. Não é possível se alienar apenas o aviamento. Isso não significa que o direito deve desprezá-lo. Pelo contrário. Como uma situação jurídica, o aviamento há de ser considerado, sobretudo em casos de resolução de sociedades em relação a um sócio, nos casos de alienação de controle ou de compra de estabelecimento (Código Civil, art. 1.187, parágrafo único, III) e em casos de responsabilidade civil.

Como dito acima, entre os bens que podem aderir ao estabelecimento está a marca. Trata-se de bem imaterial que tem como finalidade distinguir um produto ou um serviço. Nas palavras de João da Gama Cerqueira, cuidam-se de sinais que

*marcam*, efetivamente, o produto, que passa a ser um produto diferente, na multidão dos produtos congêneres. A marca individualiza o produto, identifica-o, distingue-o dos outros similares, não pela sua origem, mas pelo seu próprio emblema ou pela denominação que a constitui<sup>17</sup>.

Com a evolução da atividade empresarial e do próprio direito marcário, este sinal foi ganhando tamanha importância que, muitas

---

17 CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado de propriedade industrial*, atual. por Newton Silveira e Denis Borges Barbosa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, v. 1, p. 242.

vezes, destacam-se do fornecedor do produto ou serviço, assumindo uma individualidade própria e objetiva<sup>18</sup>.

Para se alcançar essa expressão econômica, são necessários muitos esforços por parte do empresário, seja ele pessoa física ou jurídica. Isso vem acompanhado de muitos gastos, sobretudo com questões legais e de registro. Logo, a violação à marca tem um potencial de dano muito elevado e envolve custos que os juristas estão pouco familiarizados.

A contrafação de marca, em princípio, provoca perdas e danos, sobretudo porque, ao vulgarizá-la, o contrafator prejudica a imagem do empresário e confunde os consumidores, que acabam se afastando, mesmo os considerados fiéis. Enfim, essa conduta tem como consequência a depreciação do estabelecimento, desvalorizando o aviamento. Além disso, o contrafator obtém lucros injustos às custas do titular da marca, enriquecendo-se ilicitamente.

Nada obstante, a jurisprudência, embora reconhecesse a ilicitude da contrafação, à luz do que dispõe a Lei nº 9.279/96, não conferia indenização por perdas e danos ao titular da marca violada, em razão da dificuldade de comprovação do dano. Isto porque nem sempre a vítima dessa conduta ilícita experimenta um prejuízo que possa ser apurado, contabilmente, pelo princípio da diferença. Em muitos casos, o titular da marca não chega a alcançar uma redução expressiva de seu faturamento, uma vez que o consumidor do produto falsificado não é o mesmo que adquire o produto original. Assim, a posição inicial dos tribunais era pela improcedência do pedido indenizatório<sup>19</sup>.

---

18 Ibidem, p. 250.

19 Cf. BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70013028709. Relatora: Desembargadora Marilene Bonzanini. Porto Alegre, 7 de mai. de 2008. Disponível em: [www.tjrs.jus.br](http://www.tjrs.jus.br). Acesso em: 19 de jun. 2014; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 115.088-RJ. Brasília, DF, 3 de ago. 1999. Disponível em: [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em: 19 de jun. 2014; BRASIL. Recurso Especial n. 316.275-PR. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Brasília, DF, 18 de set. 2001. Disponível em: [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em: 19 de jun. 2014.



Houve, por bem, uma guinada nesse entendimento. No julgamento do recurso especial n. 466.761-RJ, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu que

na hipótese de contrafação de marca, a procedência do pedido de condenação do falsificador em danos materiais deriva diretamente da prova que revele a existência de contrafação, independentemente de ter sido, o produto falsificado, efetivamente comercializado ou não.

Nesses termos considerados, a indenização por danos materiais não possui como fundamento tão somente a comercialização do produto falsificado, mas também a vulgarização do produto, a exposição comercial (ao consumidor) do produto falsificado e a depreciação da reputação comercial do titular da marca, levadas a cabo pela prática de falsificação.

A prática de falsificação, em razão dos efeitos que irradia, fere o direito à imagem do titular da marca, o que autoriza, em consequência, a reparação por danos morais<sup>20</sup>.

Note que o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do aventado recurso especial, afastou-se da orientação tradicional, conferindo ao princípio da reparação integral um espectro mais abrangente, na linha da subjetividade do dano. A Corte considerou justamente a violação a direitos materiais integrantes do estabelecimento e que não refletem a simples utilidade marginal. São elementos que devem ser valorados a partir de uma análise econômica mais rebuscada, que considere também custos de transação, custos sociais e os custos de oportunidade. É importante destacar que esta passou a ser a orientação adotada por aquela Corte<sup>21</sup>.

---

20 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.372.136/SP. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. Brasília, DF, 04 de ago. 2003. Disponível em: [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em: 24 de abr. 2015.

21 Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.207.952-AM. Quarta Turma. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Brasília, DF, 23 de ago. 2011; BRASIL. Superior Tribunal

### **5.2.2 – A responsabilidade das transportadoras aéreas**

A problemática da responsabilidade decorrente do descumprimento de obrigações relacionadas ao transporte aéreo de passageiros e de carga ainda não encontrou nos tribunais brasileiros uma solução definitiva. Há, sobretudo quanto ao transporte aéreo internacional, um impasse referente às normas que devem ser aplicadas. De um lado, postam-se a Convenção de Varsóvia, promulgada pelo Decreto-lei nº 20.704/31 (alterada pelo Protocolo de emenda da Convenção para a unificação de certas regras relativas ao transporte aéreo internacional, promulgado pelo Decreto nº 56.463/65, e pelo Convênio complementar ao Convênio de Varsóvia, promulgado pelo Decreto nº 60.967/67), a Convenção de Montreal, promulgada pelo Decreto nº 5.910/2006, que, na dicção do artigo 55, prevalece sobre os tratados anteriormente citados, a Lei nº 7.565/86 (Código Brasileiro de Aeronáutica – CBAr) e o Código Civil. Do outro lado, fica a Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor).

Esse aparente conflito de normas – diz-se aparente, porque o Direito, como um sistema, não pode acolher antinomias, motivo pelo qual eventuais conflitos devem ser superados em prol de sua harmonia – se dá em razão de dúvidas acerca da qualidade e da extensão da tutela de direitos do consumidor. Ele se concentra basicamente em quatro questões: (i) o tipo de responsabilidade do transportador aéreo – se objetiva ou subjetiva –; (ii) os fatores que poderão excluir a responsabilidade desse transportador; (iii) o prazo de prescrição; (iv) a extensão da reparação dos danos.

---

de Justiça. Recurso Especial n. 710.376/RJ. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Quarta Turma. Brasília, DF, 15 de dez. 2009; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 978.200/PR. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. Brasília, DF, 19 de nov. 2009; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.372.136/SP. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. Brasília, DF, 12 de nov. 2013. Disponíveis em: [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em: 20 de jun. 2014.

Conquanto o Código de Defesa do Consumidor seja posterior às normas acima mencionadas, com exceção da Convenção de Montreal, que ingressou no ordenamento jurídico brasileiro em 2006, estas – com exceção do Código Civil – tratam de matérias especiais. Em outras palavras, o Código de Defesa do Consumidor disciplina os aspectos gerais das relações de consumo, ao passo que a Convenção de Varsóvia, a Convenção de Montreal e o Código Brasileiro de Aeronáutica dispõem sobre as relações contratuais entre fornecedor do serviço de transporte aéreo e o consumidor desse serviço, além de outros assuntos relacionados a essa atividade econômica.

Há, assim, uma corrente que defende a prevalência das aventadas Convenções e do Código Brasileiro de Aeronáutica sobre o Código de Defesa do Consumidor, em vista do disposto no artigo 2º, § 2º, do Decreto-lei nº 4.657/42 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), que dispõe sobre o princípio da especialidade das normas. No tocante ao transporte aéreo internacional, acrescenta-se a esse argumento o contido no artigo 178 da Constituição da República Federativa do Brasil, o qual determina a observância dos acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade.

Nesse passo, o Supremo Tribunal Federal, em mais de uma oportunidade, entendeu pela aplicação das convenções internacionais a casos envolvendo a responsabilidade civil de transportadores aéreos<sup>22</sup>.

O Superior Tribunal de Justiça, por seu turno, possui inúmeros precedentes em sentido diametralmente oposto, entendendo pela aplicação do Código de Defesa do Consumidor em casos envolvendo a responsabilidade civil decorrente de contrato de transporte aéreo<sup>23</sup>.

---

22 Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 297.901-RN. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Segunda Turma. Brasília, DF, 7 de mar. 2006. Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em: 18 de jul. 2014.

23 Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo nº 957.245-RJ. Relator: Ministro Aldir Passarinho Júnior. Quarta Turma. Brasília, DF, 5 de ago. 2008. Disponível

Em apertada síntese, essa segunda corrente fundamenta seu entendimento na proteção que a Constituição da República Federativa do Brasil confere ao consumidor (artigo 5º, XXXII e artigo 170, V) e também no princípio constitucional da plena reparação dos danos materiais e morais (artigo 5º, incisos V e X). Esses argumentos levaram o Supremo Tribunal Federal a reconhecer que essa questão possui repercussão geral. O recurso que trata sobre essa questão ainda não foi julgado pela Corte Suprema do Brasil<sup>24</sup>.

Além das questões já suscitadas, revela-se importante pesar, no exame desse problema jurídico, aspectos econômicos, notadamente aqueles orientados pela eficiência. Com efeito, um dos objeti-

---

em: [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em: 18 de jul. 2014; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo nº 959.403-RJ. Relator: Ministro Aldir Passarinho Júnior. Quarta Turma. Brasília, DF, 10 de jun. 2008. Disponível em: [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em: 18 de jul. 2014; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 277.541-SP. Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa. Quarta Turma. Brasília, DF, 16 de ago. 2007. Disponível em: [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em: 18 de jul. 2014; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 552.553-RJ. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Quarta Turma. Brasília, DF, 12 de dez. 2005. Disponível em: [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em: 18 de jul. 2014; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 257.297-SP. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. Terceira Turma. Brasília, DF, 15 de fev. 2005. Disponível em: [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em: 18 de jul. 2014; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 151.401-SP. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. Terceira Turma. Brasília, DF, 17 de jun. 2004. Disponível em: [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em: 18 de jul. 2014; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 602.014-RJ. Relator: Ministro César Asfor Rocha. Quarta Turma. Brasília, DF, 18 de dez. 2003. Disponível em: [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em: 18 de jul. 2014; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Agravo nº 464.549-RJ. Relator: Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Quarta Turma. Brasília, DF, 10 de jun. 2008. Disponível em: [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em: 18 de jul. 2014; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 316.280-SP. Relator: Ministro Aldir Passarinho Júnior. Quarta Turma. Brasília, DF, 6 de fev. 2003. Disponível em: [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em: 18 de jul. 2014; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos no Recurso Especial nº 269.353-SP. Relator: Ministro Castro Filho. Segunda Seção. Brasília, DF, 24 de abr. 2002. Disponível em: [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em: 18 de jul. 2014; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 394.519-RO. Relator: Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Terceira Turma. Brasília, DF, 21 de mar. 2002. Disponível em: [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em: 18 de jul. 2014.

24 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no Agravo de Instrumento nº 762184-RJ. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, DF, 22 de out. 2009. Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em: 18 de jul. 2014.

vos da análise econômica do direito é buscar soluções para problemas jurídicos que atendam ao critério de eficiência sob o ponto de vista econômico. Uma solução que não atente para esse objetivo, sequer será justa. De que adianta um mecanismo de resolução de conflitos, que imponha custos superiores aos possíveis ganhos; que obrigue uma das partes a tomar cuidados para prevenir danos tão onerosos, que inviabilize a atividade ou a torne tão cara, que, quando esta for indispensável para o convívio em sociedade, transfira para todos os riscos de alguns poucos.

O transporte aéreo, por mais seguro que seja, está exposto a certos riscos imprevisíveis ou inevitáveis. À guisa de exemplo, somente no ano de 2014, dois acidentes aéreos catastróficos, envolvendo a mesma companhia aérea, causaram enorme comoção e estardalhaço. As circunstâncias que motivaram esses acidentes eram impensadas, sendo certo que eles não poderiam ter sido evitados. Um, o do desaparecimento do voo MH 370 da Malaysia Airlines, até o momento não conseguiu ser totalmente explicado. O outro, o voo MH 17 da mesma companhia, caiu na Ucrânia, possivelmente atingido por um míssil.

Não seria justo impor às sociedades de transporte aéreo o encargo de tomar providências para prevenir todo tipo de dano durante a prestação do serviço, o que incluiria até mesmo a força de intempéries ou a ação de homicidas e terroristas, como também não seria adequado relegar aos consumidores o risco de arcarem com danos dessa natureza.

A Convenção de Montreal deu uma solução adequada a essa questão. Ela admitiu a responsabilidade objetiva das sociedades de transporte aéreo internacional nos casos de morte ou lesões a passageiros, desde que os danos não sejam superiores a 100.000 (cem mil) Direitos Especiais de Saque (cujo valor é definido pelo Fundo Monetário Internacional). Acima dessa quantia, o transportador não será responsável pelos danos, se provar que: a) o dano não se deveu a negligência ou a outra ação ou omissão do transportador ou de seus

prepostos; ou b) o dano se deveu unicamente a negligência ou a outra ação ou omissão indevida de um terceiro (Convenção de Montreal, artigo 21).

Já em caso de transporte de bagagem, a responsabilidade do transportador em caso de destruição, perda, avaria ou atraso se limita a 1.000 (mil) Direitos Especiais de Saque por passageiro, a menos que o passageiro haja feito ao transportador, ao entregar-lhe a bagagem registrada, uma declaração especial de valor da entrega desta no lugar de destino, e tenha pagado uma quantia suplementar, se for cabível. Nesse caso, o transportador estará obrigado a pagar uma soma que não excederá o valor declarado, a menos que prove que este valor é superior ao valor real da entrega no lugar de destino (Convenção de Montreal, artigo 22.2).

Em sentido semelhante, no transporte de carga, a responsabilidade do transportador em caso de destruição, perda, avaria ou atraso se limita a uma quantia de 17 (dezesete) Direitos Especiais de Saque por quilograma, a menos que o expedidor haja feito ao transportador, ao entregar-lhe o volume, uma declaração especial de valor de sua entrega no lugar de destino, e tenha pago uma quantia suplementar, se for cabível. Neste caso, o transportador estará obrigado a pagar uma quantia que não excederá o valor declarado, a menos que prove que este valor é superior ao valor real da entrega no lugar de destino (Convenção de Montreal, artigo 22.3).

A Convenção de Montreal estabelece, contudo, que os limites prescritos não constituem obstáculo para que a Justiça conceda, de acordo com a lei nacional, uma quantia que corresponda a todo ou parte dos custos e outros gastos que o processo haja acarretado ao autor, inclusive juros. Isso, contudo, não vigorará, quando o valor da indenização acordada, excluídos os custos e outros gastos do processo, não exceder a quantia que o transportador haja oferecido por escrito ao autor, dentro de um período de seis meses contados a partir do fato que causou o dano, ou antes de iniciar a ação, se a segunda data é posterior (Convenção de Montreal, artigo 22.6).

Essas disposições da aventada Convenção de Montreal, ratificada pelo Brasil, ao prever mecanismos que assegurem a comutatividade das obrigações contraídas pelas partes no contrato de transporte, asseguram o equilíbrio econômico-financeiro daquele negócio jurídico, evitando que surjam externalidades negativas e custos de transação, que afetassem a formação do preço. Em outras palavras, ao estabelecer que as sociedades que prestam esse tipo de serviço respondem até um determinado teto pelos danos suportados pelos passageiros, sendo que, acima desse limite, sua responsabilidade será subjetiva ou mesmo quando condiciona ao aumento do teto de indenização ao pagamento de um prêmio, a aventada convenção internacional equilibra as obrigações das partes envolvidas. Com isso, a transportadora não precisará repassar para os demais passageiros os custos extraordinários surgidos em um determinado contrato de prestação de serviço de transporte. Ou seja, ela poderá oferecer passagens aéreas pelo seu custo marginal, suprimindo, assim, as falhas decorrentes de custos de transação e externalidades.

Portanto, além dos aspectos levantados pelas duas correntes acima mencionadas, seria importante que essas circunstâncias relacionadas à análise econômica fossem consideradas na resolução desse imbróglio.

### ***5.2.3 – O patrimônio de afetação nas incorporações imobiliárias***

O mercado de venda de imóveis a construir ou em construção possui acentuados riscos de inadimplência pelos contraentes. O incorporador pode não obter os recursos financeiros necessários para concluir a obra. Há o risco de ele não atender às exigências legais e demorar a legalizar a construção ou mesmo não o lograr fazer; existe também a possibilidade de o imóvel ser entregue com vícios. Por seu turno, os titulares do direito à aquisição das unidades autônomas em edificação sob regime condominial podem não conseguir saldar o preço do imóvel.

A consequência danosa decorrente da inadimplência dos titulares do direito à aquisição das unidades autônomas em edificação sob regime condominial é reduzida pelo fato de o imóvel a construir ou em construção representar uma garantia real dessa dívida. Assim, o credor dessa obrigação não encontrará maiores dificuldades para recuperar o seu crédito, no caso de inadimplemento do adquirente do imóvel.

Quando, porém, a parte faltante for o incorporador? Como as pessoas que adquiriram frações ideais de terreno vinculadas a unidades autônomas em edificação sob regime condominial poderão obter o ressarcimento dos danos causados pelo inadimplemento de obrigações contraídas por ele?

Para responder a essas perguntas, deve-se, inicialmente, conceituar incorporador, para que se possa identificar as obrigações por ele assumidas e que, portanto, estão passíveis de não ser cumpridas. Isto é necessário para se estimar os riscos envolvidos nesse negócio.

A Lei nº 4.591/64, que dispõe sobre o condomínio edilício e incorporação imobiliária, em seu artigo 29, considera incorporador a pessoa física ou jurídica, empresário ou não, que,

embora não efetuando a construção, compromissse ou efetive a venda de frações ideais de terreno objetivando a vinculação de tais frações a unidades autônomas, em edificações a serem construídas ou em construção sob regime condominial, ou que meramente aceite propostas para efetivação de tais transações, coordenando e levando a termo a incorporação e responsabilizando-se, conforme o caso, pela entrega, a certo prazo, preço e determinadas condições, das obras.

Em resumo, o incorporador é quem negocia a venda dos imóveis que virão a ser construídos, captando os recursos necessários para a construção do empreendimento imobiliário, e assume a obrigação de concluir as obras e entregar as aventadas unidades autônomas. O incorporador não será necessariamente o construtor. Ele pode



contratar a empreitada a terceiros, ficando responsável pela captação dos recursos e pela coordenação do empreendimento.

Conquanto existam normas estabelecendo deveres e obrigações ao incorporador, com vistas à proteção dos adquirentes das unidades autônomas, como são exemplos a própria Lei nº 4.591/64, a Lei de Parcelamento do Solo Urbano (Lei nº 6.766/79), o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil, é inegável que as partes não têm acesso às mesmas informações. O adquirente não tem como exercer uma fiscalização efetiva do contrato durante a construção. Além disso, ele não tem pleno acesso à situação patrimonial e financeira do incorporador e do construtor (que, como visto, podem ou não ser a mesma pessoa). Trata-se, portanto, de um mercado que conta com a falha da assimetria das informações.

Essa falha atinge muito mais os consumidores desse mercado do que os fornecedores. Isto porque, como dito acima, as obrigações contraídas pelos consumidores são garantidas pelo próprio imóvel a construir ou em construção, o que, a toda evidência, reduz o risco de perdas por inadimplência. Existe, obviamente, a preocupação de se conferir efetividade a essa garantia. Por isso o direito prevê alguns institutos que podem salvaguardar o crédito dos incorporadores, entre os quais, destacam-se a alienação fiduciária em garantia de bem imóvel, disciplinada pela Lei nº 9.514/97, e a hipoteca, tratada nos artigos 1.419 a 1.430 e 1.473 a 1.505 todos do Código Civil.

O mesmo ocorre em relação aos consumidores desse mercado. Ressalta-se, à guisa de exemplo, que a Lei nº 4.591/64 dispõe que, quando o incorporador contrata a entrega da unidade a prazo e preços certos, determinados ou determináveis, ele responde civilmente pela execução da incorporação, devendo indenizar os adquirentes ou compromissários, dos prejuízos que a estes advierem do fato de não se concluir a edificação ou de se retardar injustificadamente a conclusão das obras. Será, contudo, possível o incorporador demandar ação regressiva contra o construtor, se for o caso e se a este couber a culpa (art. 43, II).

Existe, como dito acima, o risco de o incorporador atrasar a entrega das unidades autônomas ou mesmo de ele não concluir a construção da edificação sob regime condominial. Neste caso, o patrimônio do incorporador será a garantia do ressarcimento dos danos aos adquirentes das unidades imobiliárias.

O problema se dá quando esse patrimônio não é suficiente para resguardar esses riscos. A Lei nº 4.591/64 dispõe, no inciso III do artigo 43, que

em caso de falência do incorporador, pessoa física ou jurídica, e não ser possível à maioria prosseguir na construção das edificações, os subscritores ou candidatos à aquisição de unidades serão credores privilegiados pelas quantias que houverem pago ao incorporador, respondendo subsidiariamente os bens pessoais deste.

É possível notar que, mesmo antes da Lei nº 10.931/2004, que instituiu o patrimônio de afetação nas incorporações imobiliárias, a aventada Lei de Condomínios Edilícios e Incorporações Imobiliárias já reconhecia a função social desse tipo de atividade negocial, tanto que previa a possibilidade de a maioria dos adquirentes das unidades imobiliárias prosseguir na construção da edificação. Se eles, contudo, não o pudessem fazer, teriam, então, o direito de habilitar seus créditos, como privilegiados, na massa falida.

Sucedo que o revogado Decreto-lei nº 7.661/45 (antiga Lei de Falências) não tinha nenhuma norma específica para as incorporações imobiliárias, que excluísse da arrecadação dos bens do falido, aqueles destinados a esse tipo de empreendimento. Assim, as unidades autônomas que não tivessem sido vendidas ou aquelas pertencentes a pessoas que preferiram requerer a resolução do contrato de compra e venda ou de promessa de compra e venda celebrado com o incorporador, deveriam, a rigor, serem arrecadadas e alienadas para o pagamento dos credores do falido.

Essa solução não é a mais adequada para o incremento desse mercado, porque dificulta a conclusão das edificações, causando da-

nos aos adquirentes das unidades em construção. Ela traz mais incertezas e riscos para esse mercado, o que afeta, em última análise, o preço dos imóveis e a sua eficiência.

Além disso, ela reverbera negativamente na sociedade, pois grande parte desses imóveis a construir ou em construção são destinados a moradia, direito que encontra amparo na Constituição da República Federativa do Brasil (artigo 6º, *caput*). Soma-se a isso, o fato de que muitas cidades brasileiras têm déficit de imóveis, sobretudo daqueles destinados à moradia. A incorporação imobiliária, por seu turno, é um importante instrumento para alavancar a construção de imóveis. Tanto assim, que é crime contra a economia popular promover incorporação, fazendo, em proposta, contratos, prospectos ou comunicação ao público ou aos interessados, afirmação falsa sobre a construção do condomínio, alienação das frações ideais do terreno ou sobre a construção das edificações (Lei nº 4.591/64, artigo 65). Conseqüentemente, uma solução inadequada para o caso de falência do incorporador produz efeitos nocivos para esse tipo de mercado e também para a sociedade como um todo.

Isso foi bastante sentido, quando da falência da Encol S.A. Engenharia, Comércio e Indústria. A Encol S.A. foi uma das maiores sociedades empresárias brasileiras com atuação no setor de construção civil, tendo promovido inúmeras incorporações imobiliárias. Na década de 90, ela entrou em processo de decadência, após problemas administrativos ocasionados, principalmente, pela gestão temerária de seus administradores, que redundou com a decretação de sua falência, no ano de 1999, com dívidas superiores a R\$ 1 bilhão.

Com isso, vários edifícios em construção foram abandonados. Estima-se que, com essa falência, mais de 700 (setecentas) obras foram paralisadas, o que causou danos a cerca de 23.000 (vinte e três mil) empregados e 42.000 (quarenta e dois mil) clientes.

Para impedir que essas edificações a construir ou em construção fossem arrecadas pela massa falida, o que atrasaria ou mesmo inviabilizaria a conclusão das obras, o juiz da falência proferiu deci-

sões deferindo pedidos formulados por adquirentes organizados em comissões, para autorizar que as “unidades estoque” (aquelas não comercializadas pela Encol) e as “unidades dos não aderentes” (daquelas que não quiseram aderir à comissão) fossem excluídas de qualquer vinculação com a massa falida, propiciando a retomada e conclusão da edificação, independentemente de qualquer compensação financeira. Além disso, ele também autorizou, após a realização de assembleia geral, a substituição da Encol no registro imobiliário.

Muito embora a antiga Lei de Falências (Decreto-lei nº 7.661/45) não previsse uma exceção que excluísse da arrecadação dos bens do falido esse tipo de bem, o juiz daquela falência proferiu decisão que, conquanto fosse, a princípio, *de lege ferenda*, prestigiava a finalidade social e econômica da norma.

O Superior Tribunal de Justiça chegou a analisar, ainda que indiretamente, a legalidade dessa decisão judicial. Isso ocorreu no julgamento de um recurso especial<sup>25</sup>, em que se discutia se a sociedade empresária que sucedeu a Encol na condição de incorporador imobiliária – após o juízo falimentar ter deferido o pedido da comissão de adquirentes para excluir da falência as unidades em estoque e aquelas que foram adquiridas por pessoas que não aderiram à aventada comissão – teria legitimidade para figurar no polo passivo da demanda, na qual adquirente de unidade junto à Encol pretendia obter indenização pela resolução do contrato. A Corte Especial, no aventado julgamento, afirmou que

Embora o art. 43, III, da Lei nº 4.591/64 não admita expressamente excluir do patrimônio da incorporadora falida e transferir para comissão formada por adquirentes de unidades a propriedade do empreendimento, de maneira a viabilizar a continuidade da obra, esse caminho constitui a melhor maneira de assegurar a funcionalidade econômica e preservar a função social do contrato de incor-

---

25 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.115.605/RJ. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. Brasília, DF, 7 de abr. 2011. Diário de Justiça eletrônico, Brasília, DF, 18 de abr. 2011. Disponível em: [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em: 22 de jul. 2014.

poração, do ponto de vista da coletividade dos contratantes e não dos interesses meramente individuais de seus integrantes.

Nota-se, portanto, que o Superior Tribunal de Justiça, conquanto reconhecesse se tratar de uma interpretação *de lege ferenda*, admitiu como correta a aludida decisão judicial que permitiu a exclusão das aventadas unidades da massa falida, por ter assegurado a funcionalidade econômica e preservado a função social do contrato de incorporação, “do ponto de vista da coletividade dos contratantes e não dos interesses meramente individuais de seus integrantes”.

A reação da jurisprudência não foi solitária. Ela foi acompanhada por mudanças legislativas. A primeiro veio com a Lei nº 9.514/97, que instituiu a figura da alienação fiduciária em garantia de bens imóveis.

De fato, numa incorporação imobiliária em que a comercialização das unidades se faça com alienação fiduciária, os adquirentes gozam de proteção contra os efeitos da falência do incorporador. Por efeito do negócio fiduciário, ao celebrar com o adquirente o contrato de alienação fiduciária, o incorporador se desprende do domínio sobre a fração ideal e acessões negociadas e torna-se proprietário fiduciário delas, pelo que daí em diante vincula-se à propriedade não mais como titular do domínio, mas tão somente para cumprimento da uma função fiduciária, que implica a entrega da unidade imobiliária ao adquirente. Assim, é possível afirmar que as frações ideais e acessões que constituirão as unidades imobiliárias passa a constituir um patrimônio individualizado, afetado a esse negócio jurídico. Logo, por estar destinado especificamente à consecução da incorporação, ele não poderia responder pelas dívidas que o incorporador tenha com terceiros, nem seria alcançado pelos efeitos da falência<sup>26</sup>.

Em relação à incorporação imobiliária, essa proteção é apenas indireta. Isso porque ela não afasta o risco de descontinuidade da

---

26 CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio fiduciário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, 4. ed. p. 297-298.

construção da edificação, na medida em que a separação patrimonial decorrente do negócio fiduciário não produz efeito sobre as unidades não vendidas ou sobre aquelas que foram retomadas pelo incorporador, em virtude da resolução do contrato de compra e venda celebrado com o adquirente.

A Lei nº 10.931/2004, que alterou a Lei nº 4.591/64, trouxe uma solução para esse problema. Para que a proteção dos adquirentes alcançasse maior eficácia e abrangência, essa lei autorizou que se atribuísse a cada incorporação imobiliária o caráter de patrimônio de afetação, de modo que todo o conjunto de direitos e obrigações do empreendimento ficasse vinculado à consecução desse negócio, especificamente.

Por meio da afetação, o empreendimento imobiliário passa a constituir um patrimônio autônomo. Assim, todos os créditos – seja qual for a sua natureza — trabalhistas, previdenciários, fiscais, com garantia real, etc. – ficam vinculados especificamente ao empreendimento imobiliário, não se comunicando com os créditos vinculados ao patrimônio geral do incorporador ou com os créditos vinculados aos outros patrimônios separados<sup>27</sup>. Conseqüentemente, ele não é alcançado pelos efeitos da falência<sup>28</sup>.

---

27 O Projeto de Lei nº 2.109/1999, de autoria do Deputado Ayrton Xêrez, que se converteu na mencionada Lei nº 10.931/2004 apresenta, como justificção, o fato de que, “na hipótese de quebra, o concurso dos credores há de circunscrever-se ao empreendimento a que os créditos estiverem vinculados, de modo que seus valores não sejam diminuídos por efeito de intercomunicação de dívidas constituídas pelo incorporador para finalidades diversas daquela incorporação específica. A segregação se justifica porque, em regra, parte ponderável de uma incorporação imobiliária sustenta-se com os recursos financeiros entregues ao incorporador pelos adquirentes ou por eventual financiador da obra. Por essa razão, é de todo recomendável a delimitação dos riscos desse negócio, para que, na hipótese de falência do incorporador, os adquirentes possam assumir a obra e, assim, fazendo, estejam seguros de que credores estranhos àquele empreendimento não poderão agredir aquele patrimônio” (BRASIL. Câmara dos Deputados. Justificção do Projeto de Lei nº 2.109/1999. *Diário da Câmara dos Deputados*. Brasília, DF, 25 de nov. 1999, p. 57105).

28 Neste sentido, destaca-se o disposto no *caput* do artigo 31-F, da Lei nº 4.591/64, acrescentado pela Lei nº 10.931/2004: Os efeitos da decretação da falência ou da insolvência civil do

A constituição de patrimônio de afetação nas incorporações imobiliárias gera, por certo, novos custos de transação. Provavelmente por isso, o legislador o estabeleceu de forma facultativa. Isto é, cumpre ao incorporador escolher entre constitui-lo ou não.

A constituição pelo incorporador do patrimônio de afetação, conquanto possa aumentar os custos do empreendimento, dar-lhe-á mais solidez em virtude da redução dos riscos. Da mesma forma que a assimetria de informações tende a reduzir o valor dos bens negociados, como demonstrou AKERLOF, George, no seu *The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism* (1970), a instituição de uma garantia idônea pode suprir essa falha de mercado. A consequência seria a valorização do produto e o ganho de eficiência pelo mercado.

Por outro lado, o fato de a instituição do patrimônio de afetação acrescentar novos custos de transação pode trazer efeitos inversos. Assim, notadamente por se tratar de um mercado bastante competitivo, revela-se adequada a opção do legislador de delegar ao incorporador a decisão de instituir ou não o patrimônio de afetação. Caberá a este, em vista das condições de mercado, tomar a decisão que entender mais adequada, da mesma forma que os consumidores terão melhores condições de avaliar os riscos de se adquirir uma unidade autônoma: eles saberão que, se o incorporador tiver instituído o patrimônio de afetação, os seus riscos serão menores, de modo que tenderão a pagar mais caro pelo imóvel, ao passo que, se o incorporador não o tiver instituído, então os riscos serão maiores, e a tendência é que o preço do imóvel seja mais baixo.

---

incorporador não atingem os patrimônios de afetação constituídos, não integrando a massa concursal o terreno, as acessões e demais bens, direitos creditórios, obrigações e encargos objeto da incorporação. A Lei de Falências e Recuperação (Lei nº 11.101/2005), ratificando o disposto acima, determina, no inciso IX, do artigo 119, que “os patrimônios de afetação, constituídos para cumprimento de destinação específica, obedecerão ao disposto na legislação respectiva, permanecendo seus bens, direitos e obrigações separados dos do falido até o advento do respectivo termo ou até o cumprimento de sua finalidade, ocasião em que o administrador judicial arrecadará o saldo a favor da massa falida ou inscreverá na classe própria o crédito que contra ela remanescer”.

#### **5.2.4 – A desconsideração da personalidade jurídica como mecanismo para obtenção da reparação integral do dano na Justiça do Trabalho**

Já se tornou lugar comum o conflito entre capital e trabalho. Trata-se de relação que provoca animosidades e manifestações dos mais variados matizes; ela vai de discursos exaltados a análises técnicas e criteriosas. É, portanto, tema bastante sensível.

O direito do trabalho se ocupa exatamente da relação contratual, na qual se encontram, em polos opostos, o proprietário de capital e a pessoa que oferece seu trabalho em troca de remuneração. A experiência demonstra que essa relação não costuma se desenvolver de forma equilibrada. O empregador tende a possuir mais poder de barganha do que o empregado. A própria Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, promulgada pelo Decreto-Lei nº 5.452/43, reconhece ao empregador a prerrogativa de dirigir a prestação pessoal de serviço (art. 2º, *caput*).

Como meio de equilibrar essa relação, o direito do trabalho busca tutelar a parte mais fraca, o empregado. Para tanto, a doutrina e a jurisprudência, baseados nos princípios da proteção do trabalhador e da primazia da realidade, desenvolveram soluções para questões sensíveis para essa área do Direito.

Uma dessas questões sensíveis diz respeito à reparação integral do dano. Não é incomum a situação de um empregado que, diante do inadimplemento de obrigações trabalhistas pelo seu empregador, encontra dificuldades de receber seu crédito.

Há casos em que o empregado encontra dificuldade de haver seus créditos, pelo emprego de ardis por parte do empregador. Existem, entretanto, outros tantos, nos quais essa dificuldade não decorre da prática de atos ilícitos pelo empregador, mas por insuficiência patrimonial, consequência do insucesso de sua empresa.

Não obstante tratar-se de hipóteses muito distintas, percebe-se, da leitura de precedentes jurisprudenciais, que a Justiça do Traba-



ho tende a dar um tratamento uniforme a essas duas situações. Inspirados em dispositivos legais previstos no Código Tributário Nacional e no Código de Defesa do Consumidor, os tribunais trabalhistas costumam responsabilizar diretamente sócios de sociedades empresárias.

Já se afirmou que nas sociedades com sócios de responsabilidade limitada, estes devem responder diretamente por créditos trabalhistas, por força do disposto no art. 135, III, do Código Tributário Nacional<sup>29</sup>, que, por sua vez, seria aplicável às relações contratuais trabalhistas, em vista da previsão contida no art. 889, da Consolidação das Leis Trabalhistas<sup>30</sup>, que prevê a aplicação subsidiária da Lei de Execuções Fiscais (Lei nº 6.830/80) às execuções no âmbito do processo do trabalho<sup>31</sup>.

Também existem precedentes judiciais em que invocam a chamada “teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica”, amparados no artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor, para justificar o redirecionamento da execução contra sócios de responsabilidade limitada<sup>32</sup>. Há, ainda, casos em que o art. 2º, § 2º da Consoli-

---

29 BRASIL. Código Tributário Nacional. Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos: [...] III — os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

30 BRASIL. Código Consolidação das Leis Trabalhistas. Art. 889. Aos trâmites e incidentes do processo da execução são aplicáveis, naquilo em que não contravierem ao presente Título, os preceitos que regem o processo dos executivos fiscais para a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública Federal.

31 BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região. Agravo de Petição em Embargos de Terceiro nº 00966-2009-017-02-00-4. Relator: Desembargador do Trabalho Antero Arantes Martins. Terceira Turma. Agravante: Maria Pia Esmeralda Matarazzo. Agravado: Lourivaldo Lima de Santana. São Paulo, SP, 13 de ago. 2010. Disponível em: [www.trt2.jus.br](http://www.trt2.jus.br). Acesso em: 25 de jul. 2014.

32 BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região. Agravo de Petição em Embargos de Terceiro nº 0000932-76.2013.5.02.0090. Décima Sétima Turma. Relator: Desembargador do Trabalho Riva Fainberg Rosenthal. Agravante: Jaques Puga Abes. Agravado: Ademir Francisco

dação das Leis Trabalhistas é suscitado como fundamento para a desconsideração da personalidade jurídica, o que é um equívoco, pois esta não trata de hipótese de desconsideração da personalidade jurídica, mas apenas de ampliação do polo passivo da responsabilização pelos débitos existentes e não pagos ao empregado<sup>33</sup>.

A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, de forma desorientada, recebe críticas da doutrina. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, ao comentar o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho, manifestado no julgamento do Recurso Ordinário n.º 531.680<sup>34</sup>, defende que

[...] há que se verificar se não há outra via para a reparação integral do empregado e não pressupor a culpa de todos os quotistas pelo não pagamento das obrigações trabalhistas. A decisão em comento desconsiderou a pessoa jurídica, isto é, eliminou completamente a separação patrimonial e tornou a sociedade e os sócios solidariamente responsáveis, sem perscrutar quem foram os responsáveis pelo encerramento irregular das atividades. Por conseguinte, sob a denominação “desconsideração” da personalidade jurídica, aplicou-se outro instituto – o da responsabilidade subsidiária<sup>35</sup>.

De fato, ainda que se considere a hipossuficiência do empregado, chega a ser intuitiva a conclusão de que o empregador que

---

de Campos. São Paulo, SP, 24 de jan. 2014. Disponível em: [www.trt2.jus.br](http://www.trt2.jus.br). Acesso em: 25 de jul. 2014.

33 AMARO, Luciano. Desconsideração da pessoa jurídica no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 5, p. 171, jan./mar., 1993.

34 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Subseção II. Recurso Ordinário nº 531.680. Relator: Ministro Ronaldo Leal. Brasília, DF, 26 de out. 1999. Disponível em: [www.tst.jus.br](http://www.tst.jus.br). Acesso em: 25 de jul. 2014.

35 ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. *A desconsideração da personalidade jurídica à luz do direito civil-constitucional: o descompasso entre as disposições do Código de Defesa do Consumidor e a disregard doctrine*. 2003. 418f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2003, f. 162.

deixa de adimplir obrigações decorrentes de contrato de trabalho pelo insucesso de sua empresa, não pode sofrer o mesmo tratamento e as mesmas consequências daquele que age contrariamente ao direito, por meio da prática de condutas ilícitas.

A análise econômica do direito pode auxiliar na tarefa de justificar o tratamento diferenciado dessas duas situações. Com efeito, para essa linha doutrinária, deve-se avaliar se os custos para se prevenir um determinado dano são superiores às perdas eventualmente suportadas pela vítima. Se esses custos para prevenção forem superiores às perdas, então não seria eficiente se atribuir ao causador do dano a responsabilidade pela reparação. O risco de dano se situaria, nesse caso, na órbita da imprevisibilidade ou da inevitabilidade. Se ocorrer o contrário, *i. e.*, se os custos de prevenção forem inferiores aos possíveis danos, então seria eficiente imputar ao agente a responsabilidade pela reparação da perda.

A exploração de empresa envolve riscos. O empregado sabe disso. Ele sabe que o empresário pode quebrar; que ele pode ter uma crise de iliquidez ou mesmo de solvabilidade. Tanto isso é verdade, que a lei assegura ao empregado uma série de benefícios e privilégios, com vistas à facilitação de seu crédito trabalhista. Porém, a lei não o exime de todos os riscos relacionados ao recebimento desses créditos. Em outras palavras, o empregado também tem o risco de não receber os créditos decorrentes de contrato de trabalho. Isso é algo natural, que pode acontecer, sem que se reste configurado abuso do direito ou fraude à lei por parte do empregador inadimplente.

Obviamente, empresário tem como prevenir ou evitar a prática de abuso do direito ou de fraude à lei. Isso depende exclusivamente da sua própria conduta. Muitas vezes, contudo, ele não tem como prevenir ou evitar o insucesso de sua empresa e uma crise de solvabilidade.

Por isso, é necessário que a desconsideração da personalidade jurídica seja aplicada de forma criteriosa, seguindo os parâmetros legais, pois existe riscos de serem causados danos ainda maiores.

## 6 – CONCLUSÃO

O direito, por tutelar a empresa e repelir os danos que esta sofra pela prática de atos ilícitos ou antijurídicos, deve procurar suprir as chamadas falhas de mercado. Isso pode se dar de várias formas: da atuação direta do Estado na economia ao estabelecimento de normas que disciplinam a atividade econômica.

Este texto se ocupou da reparação dos danos à atividade negocial. O instituto da responsabilidade civil pode servir como um importante instrumento para reduzir ou mesmo suprir as falhas de mercado, notadamente por meio da imposição do dever de reparar os custos sociais e os custos de transação. Em outras palavras, a indenização não pode ficar limitada apenas às perdas ligadas ao processo de produção de bens e serviços. Ela deverá compreender também outras perdas que o empresário vier a sofrer.

Por uma incompreensão desse fenômeno, os tribunais vêm oscilando quanto a esse tema. Admite-se a reparação desse tipo de dano em determinados casos, excluindo essa possibilidade em outros. Procurou-se demonstrar que não existe um fundamento razoável para que situações análogas recebam tratamento tão díspares. O direito deve tutelar o mercado e a empresa. Portanto, não há motivo legítimo para que se deixe de reparar integralmente os danos sofridos pelo empresário, sobretudo porque esses danos afetam o próprio desenvolvimento e dinamismo do mercado. A jurisprudência precisa adotar um critério que torne uniforme o tratamento da reparação desse tipo de dano, de maneira a não excluir perdas efetivamente incorridas.

Admite-se, entretanto, que nem todo custo de transação deve ser reparado. Apenas aqueles diretamente ligados ao bem jurídico tutelado devem compor a equação que resultará no valor da indenização. Ou seja, há de se perquirir se o dano – no caso, o custo de transação ou externalidade – é efeito direto e imediato do ato ilícito ou antijurídico, isto é, se existe nexo de causalidade entre o avertido custo de transação e o ato combatido.

Trata-se de tarefa árdua, pois, pelo fato de a atividade negocial ser muito dinâmica, é praticamente impossível estabelecer uma classificação taxativa de seus atos.

Muitos custos de transação são incorridos para que o empresário se estabeleça no mercado; outros tantos guardam relação direta com determinada negociação. A posição do empresário no mercado pode ser afetada por práticas ilícitas, como são os casos de concorrência desleal. Em casos tais, todos os custos de transação incorridos pelo empresário para alcançar determinada posição devem ser considerados, notadamente os investimentos para a formação do estabelecimento empresarial, tais como o desenvolvimento de marcas e dos segredos de negócios (*know how*). O empresário também sofre perdas, quando obrigações contratuais deixam de ser cumpridas. Essas perdas podem ser mais graves ainda, em casos de violação positiva do contrato, quando as obrigações decorrentes do princípio da boa-fé deixam de ser cumpridas. Em todos esses casos, os custos de transação devem ser considerados no cálculo da indenização.

Foi analisado o tratamento dado pela jurisprudência a quatro hipóteses relacionadas à atividade negocial: a contrafação de marca, a indenização por danos decorrentes de transporte aéreo e a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica como mecanismo de facilitação para a recuperação de créditos trabalhistas.

Intenciona-se, com este estudo, oferecer bases para essa tarefa de definir como os danos podem ser prevenidos e a extensão de sua reparação na atividade negocial. Trata-se de questão muito importante, pois se refere não só à isonomia, como também ao equilíbrio das relações de mercado. Conclui-se, assim, que é preciso compreender o funcionamento do sistema de mercado, o papel da empresa, a gravidade e a extensão do dano a essa atividade, para que sejam encontradas soluções justas e legítimas para as lides que envolvam a responsabilidade civil por danos provocados a atividade negocial.

