

ALINE DE MIRANDA VALVERDE TERRA
GISELA SAMPAIO DA CRUZ GUEDES
RENATA C. STEINER
| COORDENADORAS |

AGIRE

DIREITO PRIVADO EM AÇÃO

– EDIÇÕES 1 A 100 –





ALINE DE MIRANDA VALVERDE TERRA

Professora de Direito Civil da UERJ e da PUC-Rio. Mestre e Doutora em Direito Civil pela UERJ. Master of Laws em International Dispute Resolution pela Queen Mary University of London. Sócia de Aline de Miranda Valverde Terra Consultoria Jurídica. Árbitra e Parecerista.



GISELA SAMPAIO DA CRUZ GUEDES

Professora de Direito Civil da UERJ. Coordenadora do PPGD-UERJ. Doutora e mestre em Direito Civil pela UERJ. Sócia do Barbosa, Müssnich e Aragão Advogados. Diretora de arbitragem do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem – CBMA. Advogada, parecerista e árbitra.



RENATA C. STEINER

Professora de Direito Civil da FGV-SP. Doutora em Direito Civil pela USP. Mestre em Direito das Relações Sociais pela UFPR. Pesquisadora visitante, durante Doutorado, na Universidade Ludwig Maximilian (LMU - Munique). Árbitra independente (FCI Arb) e parecerista em Direito Privado.

AGIRE

DIREITO PRIVADO EM AÇÃO

Aline de Miranda Valverde TERRA
Gisela Sampaio da Cruz GUEDES
Renata C. STEINER
(COORDENADORAS)

AGIRE
DIREITO PRIVADO EM AÇÃO


EDITORA
PROCESSO
Rio de Janeiro
2024

EDITORA PROCESSO
Tels: (21) 3128-5531 / (21) 3889-8181 / (21) 2209-0401

www.editoraprocesso.com.br www.catalivros.com.br
Distribuição exclusiva da Catalivros Distribuidora Comércio LTDA ME

Copyright © 2024 - Aline de Miranda Valverde Terra, Gisela Sampaio da Cruz Guedes, Renata C. Steiner (Coordenadoras)

Todos os direitos reservados.

Conselho Editorial

Maria Celina Bodin de Moraes (*Presidente*)
Luiz Edson Fachin

Ana Carolina Brochado Teixeira
Ana Frazão
Antônio Augusto Cançado Trindade (*In memoriam*)
Antônio Celso Alves Pereira
Caitlin Sampaio Mulholland
Carla Adriana Comitri Giberton
Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho
Carlos Martins Neto
Cleyson de Moraes Mello
Eneas de Oliveira Matos
Eugênio Facchini Neto
Fernando de Almeida Pedrosa
Hélio do Vale Pereira
Joyceane Bezerra de Menezes
Marco Aurélio Lagreca Casamasso
Marco Aurélio Peri Guedes
Marcos Ehrhardt Jr.
Maria Cristina De Cicco
Mariana Pinto
Martonio Mont' Alverne Barreto Lima
Mauricio Moreira Menezes
Melhim Namem Chalhub
Sergio Campinho
Zeno Veloso (*In memoriam*)

Diagramação - Mariana Carvalho
Capa - Alexander Marins

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

T346a

Miranda, Valverde Terra Aline de, Gisela Sampaio da Cruz Guedes, Renata C. Steiner (Coordenadoras)

AGIRE - Direito Privado em Ação - Aline de Miranda Valverde Terra, Gisela Sampaio da Cruz Guedes, Renata C. Steiner (Coordenadoras)

Rio de Janeiro: Processo, 2024
716p. : 23cm
ISBN - 978655378151-1

1. AGIRE - Direito Privado em Ação. 2. Brasil. I. Título.

CDD 343.810922

Proibida a reprodução (Lei 9.610/98)
Impresso no Brasil
Printed in Brazil

SOBRE AS AUTORAS

Aline de Miranda Valverde Terra

Professora de Direito Civil da UERJ e da PUC-Rio. Mestre e Doutora em Direito Civil pela UERJ. Master of Laws em International Dispute Resolution pela Queen Mary University of London. Sócia de Aline de Miranda Valverde Terra Consultoria Jurídica. Árbitra e Parecerista.

Gisela Sampaio da Cruz Guedes

Professora de Direito Civil da UERJ. Coordenadora do PPGD-UERJ. Doutora e mestre em Direito Civil pela UERJ. Sócia do Barbosa, Müssnich e Aragão Advogados. Diretora de arbitragem do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem – CBMA. Advogada, parecerista e árbitra.

Renata C. Steiner

Professora de Direito Civil da FGV-SP. Doutora em Direito Civil pela USP. Mestre em Direito das Relações Sociais pela UFPR. Pesquisadora visitante, durante Doutorado, na Universidade Ludwig Maximilian (LMU - Munique). Árbitra independente (FCI Arb) e parecerista em Direito Privado.

Convidados da coluna *Em Debate*

Ana Carolina Brochado Teixeira

Doutora em Direito Civil pela UERJ. Mestre em Direito Privado pela PUC Minas. Professora do Centro Universitário UNA. Coordenadora editorial da Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil. Advogada.

Ana Carolina Weber

Advogada. Atua em procedimentos arbitrais como árbitra. Doutora em Direito Comercial pela USP. Mestre em Direito Internacional pela UERJ.

Caitlin Mulholland

Professora Associada e Diretora do Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro - PUC-Rio. Doutora e Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ.

Carlos Eduardo Stefen Elias

Bacharel, Mestre e Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo. Atua como árbitro, consultor e parecerista em disputas societárias, de construção, contratos empresariais e de compra e venda de empresas (M&A). Autor do livro “A Imparcialidade dos Árbitros”, publicado pela Editora Almedina.

Carmen Tiburcio

Professora Titular de Direito Internacional Privado da UERJ. LL.M. e S.J.D. University of Virginia. Advogada.

Catarina Monteiro Pires

Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Concluiu o Doutorado em Direito (Impossibilidade da Prestação, 2016), o Mestrado em Direito (Alienação em Garantia, 2008) e a Licenciatura em Direito (2001). Autora de vários livros. Advogada e árbitra.

Daniel Gruenbaum

Professor Adjunto de Direito Internacional Privado e Vice-Chefe do Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Bacharel (2004) e Doutor em Direito (2010) pela Faculdade de Direito da

Universidade de São Paulo (USP). Sócio de Gruenbaum Advocacia.

Eduardo Nunes de Souza

Doutor e mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor adjunto de Direito Civil da Faculdade de Direito da UERJ e professor permanente dos cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Civil do Programa de Pós-Graduação em Direito da UERJ.

Fernanda Mynarski Martins-Costa

Doutora em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Sócia do escritório Judith Martins-Costa Advogados.

Fredie Didier Jr.

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia e Diretor Geral da Faculdade Baiana de Direito. Tem pós-doutorado pela Universidade de Lisboa (2009) e é livre-docente pela Universidade de São Paulo (2012). Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2005) e Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia (2002).

Giovanni Ettore Nanni

Livre-Docente, Doutor e Mestre em Direito Civil pela PUC-SP. Professor de Direito Civil nos Cursos de Graduação e de Pós-Graduação Stricto Sensu na PUC-SP, na qual também atua em atividades ligadas à Arbitragem e à Mediação. Advogado e Consultor Jurídico em São Paulo.

Guilherme Carneiro Monteiro Nitschke

Doutor em Direito Civil pela USP, Mestre em Direito pela UFRGS, Diretor do CBar, Secretário-Executivo da Comissão de Arbitragem e Mediação da ICC Brasil, Sócio de Contencioso e

Arbitragem de TozziniFreire Advogados, professor de direito civil e arbitragem em cursos de Pós-Graduação, autor de livros e artigos nas áreas do direito civil e da arbitragem.

Gustavo Ferraz de Campos Monaco

Professor Titular de Direito Internacional Privado da Faculdade de Direito da USP e Professor Doutor da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Gustavo Tepedino

Professor Titular de Direito Civil e Ex-Diretor da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Doutor em Direito Civil pela Universidade de Camerino (Itália). Livre-Docente pela Faculdade de Direito da UERJ. Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Civil (IBDCivil). Advogado. Consultor e Parecerista em Direito Privado.

João Pedro Biazzi

Mestre e Doutor em Direito Civil pela USP. Mestre em Direito Privado pela Università degli Studi di Roma "Tor Vergata". Professor de Direito Civil. Advogado.

Judtih Martins-Costa

Presidente do Instituto de Estudos Culturalistas. Livre Docente pela Universidade de São Paulo. Foi Professora de Direito Civil na UFRGS. Membro da Academia Brasileira de Direito, dentre outras instituições e autora de livros de doutrina jurídica.

Lidia Spitz

Professora de Direito Internacional Privado da PUC-Rio. Doutora e Mestre em Direito Internacional pela UERJ. LL.M. com especialização em International Business Regulation, Litigation and Arbitration pela NYU. Sócia de Nadia de Araujo Advogados.

Marcelo Junqueira Calixto

Doutor em Direito Civil (UERJ). Professor Adjunto da PUC-Rio (Mestrado e Graduação). Advogado, parecerista e árbitro.

Mariana Conti Craveiro

Mestre e Doutora em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo. Sócia de Conti Craveiro Advogados. Árbitra independente.

Nadia de Araujo

Doutora em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo (1996). Mestrado em Direito Comparado pela George Washington University (1984). Professora Associada de Direito Internacional Privado na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Advogada e árbitra em arbitragens domésticas e internacionais.

Nelson Rosenvald

Professor Permanente do PPGD do IDP/DF e Procurador de Justiça do MP-MG. Presidente do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil – IBE.

Olivia de Quintana Figueiredo Pasqualetto

Professora da FGV Direito SP. Doutora e Mestre em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela USP. Foi consultora externa da Organização Internacional do Trabalho. Autora do livro "Proteção da saúde e segurança do trabalhador: influência do direito internacional" (Almedina, 2021).

Pablo Renteria

Professor de Direito Civil da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Doutor e Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, bem como Mestre em Direito Internacional pela Universidade Paris II – Panthéon-

Assas. Secretário Geral do Comitê Brasileiro da Association Henri Capitant de Direito Comparado. Sócio fundador do escritório Renteria Advogados, atuando como advogado, parecerista e árbitro. Foi Diretor e Superintendente de Processos Sancionadores da Comissão de Valores Mobiliários.

Pedro Marcos Nunes Barbosa

Sócio de Denis Borges Barbosa Advogados. Professor do Departamento de Direito da PUC-Rio. Vascaíno e Músico Amador.

Rafael Villar Gagliardi

Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Pesquisador Visitante da London School of Economics and Political Science. Fellow do Chartered Institute of Arbitrators (CIArb). Sócio de Xavier Gagliardi Inglês Verona Schaffer Advogados. Advogado e árbitro.

Ricardo Ramalho Almeida

Doutor e Mestre em Direito Internacional pela USP. Advogado e árbitro.

Roberta Mauro Medina Maia

Mestre e Doutora em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Professora da Graduação e do Mestrado Profissional em Direito Civil e Prática Jurídica da Puc-Rio. Advogada e parecerista.

Thiago Junqueira

Doutor em Direito Civil pela UERJ. Mestre em Ciências Jurídico-Civilísticas pela Universidade de Coimbra. Professor convidado da FGV Direito Rio, da FGV Conhecimento e da Escola de Negócios e Seguros. Advogado.

AGIRE | DIREITO PRIVADO EM AÇÃO

ALINE TERRA | GISELA SAMPAIO | RENATA STEINER

AGIRE | Direito Privado em Ação é fruto da união de três professoras de Direito Civil em torno de um ideal comum: a academia e a prática podem ser leves, sem perder o rigor técnico. Somos uma *newsletter* jurídica pela qual compartilhamos ideias e fomentamos reflexões acerca de temas contemporâneos de Direito Privado, uma vez por semana, via plataforma *Substack*, em três diferentes colunas.

A coluna “Em pauta” comenta decisões recentes do Superior Tribunal de Justiça, de modo objetivo e descritivo, buscando explicar as suas consequências práticas. Os textos se propõem a oferecer visão panorâmica e ao mesmo tempo aprofundada sobre decisões cuidadosamente selecionadas, a fim de permitir ao leitor conhecer a evolução da jurisprudência e a construção do Direito Privado pelas mãos da Corte.

A coluna “Em foco” analisa questões controvertidas de Direito Privado. Os textos são assinados individualmente por uma de nós, e analisam de forma opinativa temas atuais. Não pensamos igual, somos independentes e é isso que nos aproxima.

A coluna “Em debate” apresenta a reflexão de um convidado sobre tema objeto de seu estudo. Somos uma curadoria de conteúdo: aqui você encontra a AGIRE para além da AGIRE.

Nossa primeira edição foi ao ar no dia 7 de fevereiro de 2022. Ao logo desses dois anos de publicação semanal ininterrupta, recebemos o apoio inestimável de inúmeras pessoas, tanto dos nossos convidados da coluna “Em debate”, que contribuíram com

reflexões riquíssimas e conferiam à AGIRE uma feição ainda mais plural, quanto dos nossos leitores, que nos incentivam a buscar o constante aprimoramento da nossa *newsletter* e nos estimulam a refletir sobre os mais diversos e desafiadores temas de Direito Privado.

Chegamos, então, à edição nº 100, e decidimos celebrar reunindo toda a nossa produção nesta publicação impressa. O conteúdo não é diverso daquele divulgado na plataforma *Substack*, pelo que nosso leitor não encontrará nas páginas que seguem textos novos ou com o conteúdo alterado. A decisão de veicular nosso conteúdo em formato impresso – que poderia parecer anacrônica frente à modernidade do formato digital original da *newsletter* – revela, no fundo, o espírito AGIRE: a evolução do Direito e o desenvolvimento de novas teorias, assim como dos meios de comunicação, jamais dispensará a volta ao clássicos.

Desejamos a todos ótima leitura em papel!

Agradecimentos especiais...

à Bruna de Brito André dos Santos, leitora fiel, sem a ajuda de quem o livro não teria saído do plano das ideias; e ao Matheus Marcos Salles de Oliveira, o primeiro estagiário da AGIRE.

SUMÁRIO

1. NA PAUTA DO STJ: CLÁUSULA RESOLUTIVA EXPRESSA E O CAMINHO DA DESJUDICIALIZAÇÃO 27
Aline de Miranda Valverde Terra
2. O TERMO INICIAL DOS LUCROS CESSANTES 31
Gisela Sampaio da Cruz Guedes
3. O QUE TERIAM EM COMUM DANOS CONSEQUENTES E OS *CONSEQUENTIAL DAMAGES?* (OU: NOTA BREVÍSSIMA SOBRE AS ARMADILHAS DA LINGUAGEM JURÍDICA NA RESPONSABILIDADE CIVIL)35
Judith Martins-Costa
4. NA PAUTA DO STJ: SEGURO DE RESPONSABILIDADE CIVIL – EFEITOS DO ACORDO ENTRE SEGURADO E VÍTIMA SEM PARTICIPAÇÃO DO SEGURADOR 41
Renata C. Steiner
5. IMPOSSIBILIDADES COMO PERTURBAÇÕES ESTRUTURAIS E FUNCIONAIS DO NEGÓCIO JURÍDICO 47
Aline de Miranda Valverde Terra
6. AUTONOMIA MATERIAL E AUTONOMIA CONFLITUAL: FRONTEIRA ENTRE O DIREITO PRIVADO E O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO . 51
Gustavo Ferraz de Campos Monaco
7. NA PAUTA DO STJ: ARMAZENAMENTO DE REGISTROS NO MARCO CIVIL DA INTERNET 57
Gisela Sampaio da Cruz Guedes

8. DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL: CUMPRIMENTO ESPECÍFICO DA OBRIGAÇÃO (I)	63	18. AS CLÁUSULAS DE DECLARAÇÕES E GARANTIAS: CONCEITO E FUNÇÕES	111
<i>Renata C. Steiner</i>		<i>Caitlin Mulholland</i>	
9. A CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM COMO NEGÓCIO JURÍDICO: BREVÍSSIMAS REFLEXÕES	69	19. NA PAUTA DO STJ: BEM DE FAMÍLIA – PENHORAR OU NÃO PENHORAR, EIS A QUESTÃO	115
<i>Carmen Tiburcio</i>		<i>Aline de Miranda Valverde Terra</i>	
10. NA PAUTA DO STJ: EXCLUSÃO DOS CRÉDITOS GARANTIDOS POR ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DO REGIME RECUPERACIONAL	73	20. ENTRE A ASSINATURA E O FECHAMENTO: A IMPORTÂNCIA DAS CHAMADAS “CONDIÇÕES PRECEDENTES”	121
<i>Aline de Miranda Valverde Terra</i>		<i>Gisela Sampaio da Cruz Guedes</i>	
11. O TERMO FINAL DOS LUCROS CESSANTES	77	21. DANOS CAUSADOS PELOS ADMINISTRADORES AOS ACIONISTAS: LIMITES À REPARAÇÃO	127
<i>Gisela Sampaio da Cruz Guedes</i>		<i>Ana Carolina Weber</i>	
12. A RESPONSABILIDADE PELA CONFIANÇA NAS LENTES DO CONTRATO DE SEGURO	81	22. NA PAUTA DO STJ: AVISO PRÉVIO E INVESTIMENTOS – O PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 473, CC	133
<i>Nelson Rosenvald</i>		<i>Renata C. Steiner</i>	
13. NA PAUTA DO STJ: CESSÃO DE CRÉDITO – CITAÇÃO SUPRE A AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO DO DEVEDOR	85	23. ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA POR LUCRO DA INTERVENÇÃO E RESPONSABILIDADE CIVIL: FUNÇÕES DISTINTAS, MAS COMPLEMENTARES	141
<i>Renata C. Steiner</i>		<i>Aline de Miranda Valverde Terra</i>	
14. PROTESTO CONTRA A ALIENAÇÃO DE BENS EM ARBITRAGEM ..	91	24. INTERPRETAÇÃO CONTRATUAL NA LEI DA LIBERDADE ECONÔMICA, TRÊS ANOS DEPOIS	147
<i>Aline de Miranda Valverde Terra</i>		<i>Guilherme Carneiro Monteiro Nitschke</i>	
15. AUTONOMIA DA POSSE – ENTRE ESTRUTURA E FUNÇÃO	95	25. NA PAUTA DO STJ: O PARADOXO DA DECISÃO PROFERIDA NO RESP N.º 1965982/SP – PATRIMÔNIO COMUM PODE RESPONDER POR DÍVIDA INDIVIDUAL?	153
<i>Gustavo Tepedino</i>		<i>Gisela Sampaio da Cruz Guedes</i>	
16. NA PAUTA DO STJ: O ARTIGO 200 DO CÓDIGO CIVIL NA PAUTA DO STJ.....	99	26. CUMPRIMENTO PELO EQUIVALENTE, ESSE DESCONHECIDO (I).159	
<i>Gisela Sampaio da Cruz Guedes</i>		<i>Renata C. Steiner</i>	
17. DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL: CUMPRIMENTO ESPECÍFICO DA OBRIGAÇÃO (II)	105		
<i>Renata C. Steiner</i>			

27. PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO: ALGUMAS REFLEXÕES PRÁTICAS.....	167	36. NEGÓCIO PROCESSUAL: BREVE APRESENTAÇÃO	221
<i>Ana Carolina Brochado Teixeira</i>		<i>Fredie Didier Jr.</i>	
28. NA PAUTA DO STJ: INTERRUPÇÃO DA PRESCRIÇÃO – QUANDO O CREDOR SAI DA INÉRCIA EM DEFESA DA SUA PRETENSÃO	171	37. NA PAUTA DO STJ: QUITAÇÃO “AMPLA, GERAL E IRREVOGÁVEL”.....	225
<i>Aline de Miranda Valverde Terra</i>		<i>Aline de Miranda Valverde Terra</i>	
29. ENTRE A ASSINATURA E O FECHAMENTO: A APARENTEMENTE INOFENSIVA CLÁUSULA QUE IMPÕE O CURSO ORDINÁRIO DOS NEGÓCIOS.....	177	38. “ATRASOS CONCORRENTES E SIMULTÂNEOS” EM CONSTRUÇÃO: UM PROBLEMA PURAMENTE DE CAUSALIDADE	233
<i>Gisela Sampaio da Cruz Guedes</i>		<i>Gisela Sampaio da Cruz Guedes</i>	
30. A AUTONOMIA DA VONTADE NO DIREITO DE FAMÍLIA INTERNACIONAL.....	183	39. SATISFAÇÃO DAS EXIGÊNCIAS AO FECHAMENTO EM OPERAÇÕES DE M&A	241
<i>Nadia de Araujo</i>		<i>Fernanda Mynarski Martins-Costa</i>	
31. NA PAUTA DO STJ: CONTRATO DE SEGURO E SUB-ROGAÇÃO NA PAUTA DO STJ.....	189	40. NA PAUTA DO STJ: LIMITE À CONTRATAÇÃO DE JUROS REMUNERATÓRIOS	245
<i>Renata C. Steiner</i>		<i>Renata C. Steiner</i>	
32. QUANTO VALE O LUCRO DA INTERVENÇÃO?	195	41. QUAL A RELEVÂNCIA DOS DANOS SOFRIDOS PELO CREDOR PARA O REGIME DA CLÁUSULA PENAL COMPENSATÓRIA?	253
<i>Aline de Miranda Valverde Terra</i>		<i>Aline de Miranda Valverde Terra</i>	
33. OS ENUNCIADOS DA IX JORNADA DE DIREITO CIVIL SOBRE A ESPECIALIZAÇÃO DAS GARANTIAS REAIS: RESSIGNIFICAÇÃO DA REGRA A PARTIR DA SUA FUNÇÃO	201	42. OPERATIVIDADE DA CLÁUSULA RESOLUTIVA TÁCITA: O DOGMA QUANTO À NECESSIDADE DE INTERVENÇÃO JUDICIAL PARA RESOLUÇÃO CONTRATUAL POR INADIMPLENTO	259
<i>Pablo Renteria</i>		<i>Giovanni Ettore Nanni</i>	
34. NA PAUTA DO STJ: O DENOMINADO “DANO MORAL PRESUMIDO”.....	207	43. NA PAUTA DO STJ: CARTEL, PRESCRIÇÃO E INDENIZAÇÃO.....	263
<i>Gisela Sampaio da Cruz Guedes</i>		<i>Gisela Sampaio da Cruz Guedes</i>	
35. PROTEÇÃO A INVESTIMENTOS: DESAFIOS PARA O PREENCHIMENTO DO ART. 473, PARÁGRAFO ÚNICO, CC.....	213	44. INTERESSE POSITIVO E INTERESSE NEGATIVO: O QUE SÃO (E O QUE NÃO SÃO)	271
<i>Renata C. Steiner</i>		<i>Renata C. Steiner</i>	

45. A CONVENÇÃO DA HAIA DE 1970 SOBRE OBTENÇÃO DE PROVAS NO EXTERIOR E AS CONTRIBUIÇÕES DO GUIA DE BOAS PRÁTICAS PARA O USO DE VÍDEO.....	277
<i>Nadia de Araujo</i>	
46. NA PAUTA DO STJ: OS EFEITOS DA CESSÃO SOBRE O REGIME JURÍDICO DO CRÉDITO	281
<i>Aline de Miranda Valverde Terra</i>	
47. MECANISMOS DE AJUSTE DE PREÇO (I): A CLÁUSULA DE “EARN-OUT” À LUZ DA BOA-FÉ OBJETIVA.....	287
<i>Gisela Sampaio da Cruz Guedes</i>	
48. OS DANOS AOS PALÁCIOS E AS FIGURAS DA CAUSALIDADE ACUMULATIVA E DA COAUTORIA.....	293
<i>Judith Martins-Costa</i>	
49. NA PAUTA DO STJ: LEI FERRARI E INDENIZAÇÃO	299
<i>Renata C. Steiner</i>	
50. DEVER DE INVESTIGAÇÃO DA PARTE <i>VS.</i> DEVER DE REVELAÇÃO DO ÁRBITRO	307
<i>Aline de Miranda Valverde Terra</i>	
51. INDENIZAÇÃO POR DESCUMPRIMENTO DE ACORDO DE ELEIÇÃO DE FORO ESTRANGEIRO	313
<i>Daniel Gruenbaum</i>	
52. NA PAUTA DO STJ: A PRÁTICA PERIGOSA DE ALICIAR PRESTADORES DE SERVIÇO	321
<i>Gisela Sampaio da Cruz Guedes</i>	
53. AVISO PRÉVIO E EXTINÇÃO DE CONTRATOS EMPRESARIAIS....	327
<i>Renata C. Steiner</i>	
54. A PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO DA SEGURADORA SUB-ROGADA NOS DIREITOS DO SEGURADO.....	333
<i>Eduardo Nunes de Souza</i>	
55. NA PAUTA DO STJ: PENHORA DE COTAS DE FUNDO DE INVESTIMENTO	341
<i>Aline de Miranda Valverde Terra</i>	
56. MECANISMOS DE AJUSTE DE PREÇO (II): “HOLDBACK” E “ESCROW ACCOUNT”	347
<i>Gisela Sampaio da Cruz Guedes</i>	
57. NOTAS SOBRE COMPENSAÇÃO DE DÉBITOS E ARBITRAGEM....	355
<i>Carlos Eduardo Stefen Elias</i>	
58. NA PAUTA DO STJ: SELIC PODE SER CONTRATADA COMO ÍNDICE PARA CÁLCULO DE CORREÇÃO MONETÁRIA?	361
<i>Renata C. Steiner</i>	
59. QUANDO HÁ O INADIMPLEMENTO ANTECIPADO DA PRESTAÇÃO?.....	369
<i>Aline de Miranda Valverde Terra</i>	
60. EM QUE MOMENTO SE CONSTITUI O CONDOMÍNIO EDILÍCIO NO ÂMBITO DAS INCORPORAÇÕES IMOBILIÁRIAS?	377
<i>Roberta Mauro Medina Maia</i>	
61. NA PAUTA DO STJ: “SUPPRESSIO”	385
<i>Gisela Sampaio da Cruz Guedes</i>	
62. RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL: MÉTODO PARA DEFINIÇÃO DO DANO INDENIZÁVEL	393
<i>Renata C. Steiner</i>	
63. CONDIÇÃO: POTESTATIVIDADE E VEDAÇÃO AO ARBÍTRIO	401
<i>Mariana Conti Craveiro</i>	

64. NA PAUTA DO STJ: LIBERDADE CONTRATUAL E ALOCAÇÃO DE RISCOS EM RELAÇÕES EMPRESARIAIS	409	73. NA PAUTA DO STJ: O TERMO FINAL DA CLÁUSULA PENAL MORATÓRIA NA RESOLUÇÃO (E A NECESSÁRIA COMPATIBILIZAÇÃO ENTRE A RESOLUÇÃO E OS EFEITOS DA MORA).....	479
<i>Aline de Miranda Valverde Terra</i>		<i>Aline de Miranda Valverde Terra</i>	
65. REDUÇÃO DA CLÁUSULA PENAL (ARTIGO 413 DO CÓDIGO CIVIL).....	417	74. O CONFRONTO ENTRE A DISCIPLINA DOS VÍCIOS REDIBITÓRIOS E A CLÁUSULA DE DECLARAÇÕES E GARANTIAS EM CONTRATOS DE COMPRA E VENDA DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA	487
<i>Gisela Sampaio da Cruz Guedes</i>		<i>Gisela Sampaio da Cruz Guedes</i>	
66. NA PAUTA DO STJ: HÁ PRAZO PARA EXERCÍCIO DO DIREITO À RESOLUÇÃO POR INADIMPLENTO?	423	75. O QUE É IMPUTAR?.....	495
<i>Renata C. Steiner</i>		<i>Catarina Monteiro Pires</i>	
67. HAMBURGUER, KETCHUP E O STJ	431	76. NA PAUTA DO STJ: CLÁUSULA PENAL E INDENIZAÇÃO SUPLEMENTAR.....	501
<i>Pedro Marcos Nunes Barbosa</i>		<i>Renata C. Steiner</i>	
68. O QUE O CREDOR PODE FAZER DIANTE DO CHAMADO INADIMPLENTO ANTECIPADO?	437	77. CLÁUSULAS RESOLUTIVAS <i>IPSO FACTO</i> DA INSOLVÊNCIA: NATUREZA JURÍDICA	509
<i>Aline de Miranda Valverde Terra</i>		<i>Aline de Miranda Valverde Terra</i>	
69. DENÚNCIA DE TRATADOS INTERNACIONAIS: A DECISÃO DO STF SOBRE A CONVENÇÃO Nº 158 DA OIT (REFLEXOS PARA ALÉM DO DIREITO DO TRABALHO).....	445	78. VACINAS CONTRA A COVID-19 E OS RISCOS DO DESENVOLVIMENTO	517
<i>Olívia de Quintana Figueiredo Pasqualetto</i>		<i>Marcelo Junqueira Calixto</i>	
70. NA PAUTA DO STJ: SOLIDARIEDADE, REGRESSO E CAUSALIDADE.....	453	79. NA PAUTA DO STJ: DOAÇÃO INOFICIOSA, CÁLCULO DA LEGÍTIMA E “CONTAS NA SUÍÇA”	525
<i>Gisela Sampaio da Cruz Guedes</i>		<i>Gisela Sampaio da Cruz Guedes</i>	
71. JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA: PEDIDOS (E DECISÕES) DA MEIA-NOITE?	463	80. INVALIDADE DO CONTRATO: EFEITOS DESCONSTITUTIVO E RESTITUTÓRIO	535
<i>Renata C. Steiner</i>		<i>Renata C. Steiner</i>	
72. COMPENSAÇÃO DE CRÉDITOS REGIDOS POR LEIS DE PAÍSES DIFERENTES.....	471	81. AS REGRAS DE CONEXÃO DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO EM MATÉRIA CONTRATUAL	545
<i>Daniel Gruenbaum</i>		<i>Ricardo Ramalho Almeida</i>	

82. NA PAUTA DO STJ: DECLARAÇÃO ANTECIPADA DE NÃO CUMPRIMENTO POR INCAPACIDADE FINANCEIRA CONFIGURA INADIMPLEMTO ANTERIOR AO TERMO 551
Aline de Miranda Valverde Terra
83. AUSÊNCIA DE LIMITAÇÃO TEMPORAL PARA O EXERCÍCIO DE DIREITO FORMATIVO GERADOR: CONTRATO DE OPÇÃO DE COMPRA E VENDA SEM PRAZO DE EXERCÍCIO CONTRATADO..... 559
Gisela Sampaio da Cruz Guedes
84. O CONCEITO DE DANO NA RESPONSABILIDADE CIVIL 567
Judith Martins-Costa
85. NA PAUTA DO STJ: INVALIDADE E PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO À RESTITUIÇÃO 575
Renata C. Steiner
86. CLÁUSULAS RESOLUTIVAS IPSO FACTO DA INSOLVÊNCIA: VALIDADE E EFICÁCIA 583
Aline de Miranda Valverde Terra
87. SUCESSÃO INTERNACIONAL POR MORTE E A FORÇA DA VONTADE DAS PARTES NA FIXAÇÃO DA JURISDIÇÃO 591
Lidia Spitz
88. NA PAUTA DO STJ: EFEITOS DA CLÁUSULA DE “TAKE OR PAY” EM CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE GÁS NATURAL..... 597
Gisela Sampaio da Cruz Guedes
89. ARBITRAGEM E RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL..... 605
Renata C. Steiner
90. PRESCRITA A PRETENSÃO, PRESCREVE TAMBÉM A EXCEÇÃO?..... 613
Rafael Villar Gagliardi
91. NA PAUTA DO STJ: COMPETÊNCIA PARA DECIDIR SOBRE VALIDADE E EFICÁCIA DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA EM CONTRATO DE FRANQUIA 621
Aline de Miranda Valverde Terra
92. A INTERAÇÃO DA CLÁUSULA DE DECLARAÇÕES E GARANTIAS COM A QUALIFICADORA “TO THE BEST OF KNOWLEDGE” 629
Gisela Sampaio da Cruz Guedes
93. CRÍTICAS À LIQUIDAÇÃO ANTECIPADA DO SEGURO GARANTIA JUDICIAL ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DOS EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL..... 637
Thiago Junqueira
94. NA PAUTA DO STJ: PRESCRIÇÃO IMPEDE A COBRANÇA EXTRAJUDICIAL DA DÍVIDA?..... 645
Renata C. Steiner
95. O FRANQUEADOR TEM O DEVER DE INFORMAR PREVIAMENTE O CANDIDATO A FRANQUEADO SOBRE OS CUSTOS DA ARBITRAGEM?..... 653
Aline de Miranda Valverde Terra
96. CLÁUSULA DE ENTENDIMENTO INTEGRAL E INTERPRETAÇÃO CONTRATUAL 661
Guilherme Carneiro Monteiro Nitschke
97. NA PAUTA DO STJ: DISSOLUÇÃO PARCIAL DE COMPANHIA FECHADA POR QUEBRA DE *AFFECTIO SOCIETATIS* 667
Gisela Sampaio da Cruz Guedes
98. CLÁUSULAS DE *HARDSHIP*: O QUE CONSIDERAR NA SUA NEGOCIAÇÃO? 677
Renata C. Steiner

99. A EXCEÇÃO DE CONTRATO NÃO CUMPRIDO E O TEMPO	685
<i>João Pedro Biazi</i>	
100. RESOLUÇÃO POR INADIMPLEMENTO (PARTE I).....	691
<i>Aline Terra, Gisela Sampaio e Renata Steiner</i>	
100. EM DEFESA DO INTERESSE NEGATIVO (PARTE II)	699
<i>Aline Terra e Gisela Sampaio</i>	
100. EM DEFESA DO INTERESSE POSITIVO (PARTE III)	707
<i>Renata Steiner</i>	

“ *Em pauta* ”

1. NA PAUTA DO STJ: CLÁUSULA RESOLUTIVA EXPRESSA E O CAMINHO DA DESJUDICIALIZAÇÃO

Decisão do STJ prestigia a autonomia privada e a segurança jurídica

Aline de Miranda Valverde Terra

Em agosto de 2021, a 4ª Turma do STJ negou provimento ao Recurso Especial nº 1.789.863/MS e reconheceu “a possibilidade de manejo de ação possessória fundada em cláusula resolutiva expressa decorrente de inadimplemento de contrato de compromisso de compra e venda imobiliária, sem que tenha sido ajuizada, de modo prévio ou concomitante, demanda judicial” para resolução da relação obrigacional. Tratava-se de compromisso de compra e venda de imóvel rural livremente negociado entre partes paritárias, no âmbito do qual o promitente comprador inadimplira mais de 95% do preço ajustado.

Em voto paradigmático, o Relator, Ministro Marco Buzzi, propôs a alteração da jurisprudência da Corte “para declarar prescindível o intento de demanda/ação judicial nas hipóteses em que existir cláusula resolutória expressa e tenha a parte cumprido os requisitos para a resolução da avença”, sob os seguintes argumentos:

1. **Necessário *distinguishing*.** A exigência de resolução judicial de contratos com cláusula resolutiva expressa proveio de especificidades dos casos concretos submetidos à Corte – hipossuficiência da parte, princípios regentes de contratos imobiliários com viés eminentemente público de financiamento habitacional –, mas acabou estendida a casos que não ostentavam referidas características;

2. **Interpretação gramatical.** A resolução extrajudicial é autorizada expressamente pelo art. 474 do Código Civil e pela legislação especial, tendo sido apenas ratificada pela alteração promovida pela Lei nº 13.097/2015 no art. 1º do Decreto-Lei nº 745/69. Dessa forma, mesmo contratos celebrados anteriormente à referida mudança legislativa podem ser resolvidos extrajudicialmente em presença de cláusula resolutiva expressa;

3. **Exigência legal.** A única exigência específica da legislação especial para que o promitente vendedor resolva extrajudicialmente a promessa de compra e venda é a interpelação do promitente comprador e o decurso in albis do prazo legal conferido para a purgação da mora.

O Ministro Luis Felipe Salomão votou vencido. Aduziu que “mesmo quando existente cláusula resolutória expressa, revela-se imprescindível a resolução judicial de compromisso de compra e venda de imóvel, momento a partir do qual se configurará a posse injusta e, conseqüentemente, poderá ser avaliado o alegado esbulho possessório autorizador do comando de reintegração de posse”.

A decisão é alvissareira. O reconhecimento da plena eficácia extrajudicial da resolução facultada pela cláusula resolutiva expressa vem ao encontro da necessidade de assegurar certeza e celeridade às relações contratuais. A resolução extrajudicial constitui mecanismo legítimo de autotutela dos interesses do credor, e o exime de buscar

o Judiciário para se desvincular de relação obrigacional disfuncional, incapaz de promover o resultado útil programado. Trata-se de remédio que favorece o tráfico de bens e, conseqüentemente, a circulação de riquezas.

Em sistemas em que a resolução se opera por mera declaração do credor, a secundarização do papel do juiz na apreciação da cláusula pode ser atenuada por iniciativa do devedor. Se inevitável o litígio, a intervenção judicial será meramente fiscalizadora da legitimidade do exercício da autonomia privada na elaboração da cláusula e do efetivo preenchimento dos pressupostos autorizadores da resolução. De todo modo, a atuação será a posteriori e, verificada a regularidade da disposição e a presença dos pressupostos resolutivos, a sentença será declaratória.

A eficácia extrajudicial da cláusula resolutiva expressa não é infirmada pela eventual necessidade de o credor recorrer ao Judiciário para que se produzam certos efeitos materiais da resolução, a exemplo do restitutivo e do indenizatório. “Cuida-se de problemas distintos, a serem resolvidos em esferas distintas”.¹

Nessa direção, o fato de o promitente vendedor precisar ajuizar ação de reintegração de posse para que lhe seja restituído o imóvel não o impede de resolver extrajudicialmente a promessa de compra e venda. Presentes os requisitos necessários à resolução, ela se opera mediante simples notificação do promitente comprador e transcurso in albis do prazo para purgação da mora; a posse se torna, então, injusta, e resta configurado o esbulho possessório. A recuperação do imóvel pelo promitente vendedor por meio da ação de reintegração de posse encerra, portanto, efeito material da resolução, que com ela não se confunde, mas a pressupõe.

O mesmo raciocínio vale para hipóteses em que, não havendo previsão contratual de cláusula penal compensatória, seja necessário liquidar o dano sofrido pelo credor: resolve-se o contrato

¹ TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutiva expressa*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 175.

extrajudicialmente – liberando-se ambas as partes, desde já, do vínculo contratual e, por consequência, dos deveres prestacionais futuros –, e liquida-se o dano judicialmente.

Por fim, destaque-se que embora a decisão do STJ tenha tratado de relação civil paritária, nada há no Código de Defesa do Consumidor que cause embaraço à resolução extrajudicial de promessas de compra e venda celebradas no âmbito de relações de consumo. O art. 53 se limita a impedir a retenção total das parcelas pagas pelo promitente vendedor, e passa ao largo de qualquer discussão sobre a operatividade da resolução, a remeter a questão, necessariamente, para o art. 474 do Código Civil. Da mesma forma, o art. 51, XI, que fulmina de nulidade cláusula que autorize “o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor”, tampouco cuida de resolução, mas sim de denúncia, ou seja, de extinção do vínculo obrigacional por força de declaração de vontade imotivada do fornecedor.

Em tempos em que a desjudicialização ganha contornos mais destacados, a decisão proferida no Recurso Especial nº 1.789.863/MS pavimenta o caminho, até então pantanoso, em direção à plena eficácia extrajudicial da cláusula resolutiva expressa, revelando o compromisso da Corte com a tutela da autonomia privada e a promoção da segurança jurídica. Oxalá os Tribunais Estaduais acompanhem a auspiciosa guinada.

“*Em foco*”

2. O TERMO INICIAL DOS LUCROS CESSANTES

Gisela Sampaio da Cruz Guedes

Todo dano tem o seu ciclo de desenvolvimento, mas o iter reconstrutivo da ressarcibilidade de qualquer lucro cessante¹ é, de fato, um processo cheio de dificuldades, porque ninguém consegue saber com exatidão como os fatos teriam se desenrolado, não fosse o evento danoso. Situam-se os lucros cessantes em tempo verbal muito particular – o *futuro do pretérito*, com todos os seus mistérios –, em que a certeza precisa ceder lugar à probabilidade (objetiva), e o seu processo de reconstrução ainda esbarra na frieza dos critérios processuais de repartição do ônus de prova.

Da dificuldade de se construir, hipoteticamente, a situação em que o lesado estaria não fosse o evento danoso decorrem duas tendências igualmente perigosas:

De um lado, decisões que negam a reparação dos lucros cessantes mesmo quando esta faceta do dano patrimonial é claramente devida. Isto ocorre especialmente quando a experiência pretérita da vítima não demonstra a existência anterior de lucros semelhantes. O parâmetro da experiência pretérita conforta o julgador, deixando-o mais seguro para fixar o *quantum* devido, mas

¹ Código Civil: “Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”.

evidentemente não é o único critério apto a demonstrar a existência de lucros frustrados.²

Por outro lado, a jurisprudência também está repleta de casos em que os lucros cessantes foram arbitrados com base em presunções injustificadas, sem que nenhuma circunstância no caso concreto indicasse, efetivamente, que o “lesado” havia deixado de lucrar (ou que havia deixado de lucrar o que alegava).³ A verdade é que, quando o ressarcimento envolve reconstruir uma “realidade hipotética” – como é o caso dos lucros cessantes –, é preciso ter muito cuidado no momento de se delimitar a extensão do dano.

Nesta edição, o nosso em “*Em foco*” gira os seus holofotes para jogar luz sobre uma questão muito pontual dessa faceta tão importante do dano patrimonial: **o seu termo inicial**. Por vezes, o termo inicial do qual deve partir o cálculo dos lucros cessantes coincide com a data em que ocorre o próprio evento danoso. No entanto, dependendo das circunstâncias do caso concreto, é possível que o marco temporal que define a fluência dos lucros cessantes esteja descolado da data em que ocorre a lesão ao interesse juridicamente tutelado ou mesmo da data de início da mora,⁴ sendo estabelecido em momento futuro. Deve-se, portanto, prestar atenção

² Nesse sentido, cf.: GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Lucros cessantes*: do bom senso ao postulado normativo da razoabilidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. Na falta da experiência pretérita, chega-se por vezes a fixar a indenização devida com base no salário mínimo, quando tudo está a indicar que o lesado ganharia mais, como no caso da dentista que, ao tomar banho em hotel, sofrera várias queimaduras, ficando, assim, impossibilitada de exercer sua profissão por certo período (TJ/RJ, 18ª CC, AC 2006.001.56265, Rel. Des. Cássia Medeiros, j. 06.02.2007, v.m.).

³ No STJ, havia um caso corriqueiro, envolvendo empresas rodoviárias em que se afirmava que “[a] empresa rodoviária tem direito aos lucros cessantes, quando um de seus veículos for sinistrado por culpa de outrem, ainda que possua frota de reserva. Segundo o artigo 1.059 do anterior Código Civil, não se exige que os lucros cessantes sejam certos, bastando que, nas circunstâncias de cada caso concreto, sejam razoáveis ou potenciais” (STJ, 3ª T., REsp. 535.979/ES, Rel. Min. Castro Filho, j. 18.12.2003, v.u., DJ 25.02.2004, p. 174). Se a empresa tem frota de reserva, nada deixa de lucrar, porque apenas substitui o veículo abalroado por outro da sua frota de reserva. Nessa situação, fala-se hoje no denominado “dano de privação de uso”.

⁴ Na responsabilidade contratual, importa verificar se a mora é *ex re* ou *ex personae*, nos termos do art. 397 do Código Civil.

para que no cálculo dos lucros cessantes seja considerado o período correto.

Para ilustrar o que foi dito, seguem dois singelos exemplos reais que corroboram esse alerta. O primeiro é o Recurso Especial 839.123/RJ, em que a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça examinou o caso de um incêndio ocorrido numa loja de departamento.⁵ Na ocasião, a loja tentou valer-se do seguro contratado, cuja cobertura abarcava os lucros cessantes, mas a seguradora se recusou, injustificadamente, a levar a cabo o pagamento, o que atrasou a reabertura da loja. Diante da recusa injustificada da seguradora, a Terceira Turma entendeu que a loja de departamento fazia jus a lucros cessantes, mas o termo inicial, nesse caso, não coincidia com a data de início da mora. Os lucros cessantes foram considerados devidos “*a partir do momento em que a empresa estaria apta a reiniciar suas atividades se não houvesse o descumprimento contratual por parte da seguradora*” (trecho do voto do relator, o Ministro Sidnei Beneti). Questões fáticas importantes foram consideradas no arbitramento, como o tempo necessário à reconstrução do imóvel e ao reinício das atividades da loja.

O segundo exemplo é do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, mais precisamente da 30ª Câmara de Direito Privado.⁶ O caso girou em torno de um contrato de locação para instalação de um posto de combustíveis no curso do qual o imóvel foi interdito em razão de uma contaminação causada pela locatária na armazenagem de combustíveis. Mesmo depois da interdição, a locatária continuou ocupando o imóvel por certo período. Os proprietários, então, ajuizaram ação a fim de obter os lucros cessantes devidos em razão da contaminação, já que não poderiam mais locar o imóvel a terceiros até que a área fosse recuperada.

⁵ STJ, 3ª T., REsp 839.123/RJ, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 15.09.2009, v.u., DJ 15.12.2009.

⁶ TJ/SP, 30ª CDPriv., EDcl Cível 1021490-02.2016.8.26.0002, Rel.ª Des.ª Maria Lúcia Pizzotti, j. 12.12.2018, v.u., DJ 13.12.2018.

No acórdão embargado, discutiu-se qual seria o termo inicial de cálculo dos lucros cessantes, inicialmente fixado na data de interdição do imóvel, no ano de 2007. No entanto, nessa época, o imóvel ainda estava ocupado pela locatária, que não havia encerrado suas atividades no local. Diante disso, o colegiado entendeu que “*não deve mesmo ser compreendido no período para cálculo dos lucros cessantes o período em que o imóvel ainda estava ocupado pela locatária, sob pena de bis in idem*” (trecho do voto da relatora). O termo inicial, inicialmente fixado em 2007, foi então alterado para 28 de maio de 2013, porque, com razão, se entendeu que a partir de sua desocupação é que os locadores poderiam ter alugado novamente o imóvel para terceiros.

Esses dois singelos exemplos servem para ilustrar a importância de se fixar corretamente o termo inicial dos lucros cessantes, que nem sempre, repita-se, coincide com a data do evento danoso ou, na responsabilidade contratual, com a data do início da mora. Como os lucros cessantes são terreno fértil para as presunções, há sempre o risco de se perder contato com a realidade, então é preciso ficar alerta, especialmente em relação aos marcos temporais. A recomendação vale não só para a fixação do termo inicial dos lucros cessantes, mas também – e principalmente – para o seu termo final (e aqui, um *spoiler*: em edição futura, o nosso “*Em foco*” se voltará para o termo final dos lucros cessantes).

“*Em debate*”

3. O QUE TERIAM EM COMUM DANOS CONSEQUENTES E OS *CONSEQUENTIAL DAMAGES*? (OU: NOTA BREVÍSSIMA SOBRE AS ARMADILHAS DA LINGUAGEM JURÍDICA NA RESPONSABILIDADE CIVIL)

Judith Martins-Costa

As palavras são o instrumento do Direito. Mas palavras são fugidias, ambíguas, plenas de armadilhas que aprisionam o jurista desatento, aquele que se deixa encantar com as sinonímias aparentes e, com frequência, cai na arapuca dos falsos cognatos. A esses enganosos artificios da língua estão sujeitos os que se aventuram, sem método, a fazer comparação jurídica.

É o que já ocorreu, por exemplo, com a expressão *punitive damages*, que alguns pretenderam traduzir como “danos punitivos”; ou com *indemnity clause*, que às vezes - não se sabe por quais estranhos caminhos - aporta em solo nacional como “cláusula penal”. Igualmente, é o que obscurece a expressão *indirect damages*, distinta, conceitualmente, daquela transmitida no direito brasileiro pela locução “danos indiretos”. E é o que pode vir a ocorrer com a expressão “consequência” e seus adjetivos derivados - consequente e consequential - quando conotada ao termo dano, tema dessas brevíssimas notas que pretendem responder à seguinte questão: os *consequential damages* das fórmulas contratuais de *common law*

“*Em pauta*”

7. NA PAUTA DO STJ: ARMAZENAMENTO DE REGISTROS NO MARCO CIVIL DA INTERNET

Gisela Sampaio da Cruz Guedes

O nosso *Em Pauta* desta semana traz dois casos recentes sobre armazenamento de registros, que é um dos temas palpitantes do Marco Civil da Internet.¹

No primeiro caso, a 3ª Turma do STJ, por unanimidade, deu parcial provimento ao Recurso Especial 1.961.480-SP,² firmando a tese de que o “*provedor de internet deve manter armazenados os registros relativos a patrocínio de links em serviços de busca pelo período de seis meses, contados do fim do patrocínio, e não da data da contratação*”.

Já no segundo, envolvendo o Recurso Especial 1.885.201,³ a 3ª Turma entendeu que “*os provedores de aplicações que oferecem serviços de e-mail não têm o dever de armazenar as mensagens recebidas ou enviadas pelo usuário e que foram deletadas de sua conta*”.

¹ Lei n.º 12.965, de 23 de abril de 2014, que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.

² STJ, 3ª T., REsp 1.961.480/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 07.12.2021, v.u., DJ 13.12.2021.

³ STJ, 3ª T., RESP. 1.885.201/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 23.11.2021, v.u., DJ 25.11.2021.

Registros relativos a patrocínio de links

No caso sobre patrocínio de links, a ação foi movida contra o Google, a fim de descobrir (i) o nome ou domínio das sociedades empresárias que patrocinaram a expressão “BNE” na ferramenta “Google AdWords” (atualmente, “Google Ads”), de forma exclusiva ou em conjunto com outras expressões, do ano de 2010 até dezembro de 2016, bem como (ii) a quantidade de acessos desviados e alcançados com o patrocínio da marca das Requerentes. Alegavam as Requerentes, em síntese, que a marca “BNE” havia sido utilizada indevidamente por concorrentes que contrataram, por meio da ferramenta Google Ads, anúncios na forma de “links” patrocinados vinculados à palavra-chave “BNE”, isolada ou conjuntamente com outras expressões.

O Google Ads é uma ferramenta de publicidade on-line que exhibe anúncios de produtos ou serviços em forma de links patrocinados quando se realiza pesquisa no serviço de busca, de acordo com as palavras-chave utilizadas pelo usuário e contratadas pelo patrocinador. Assim, ao realizarem pesquisa no sistema de busca fornecido pela Google, utilizando como palavra-chave a expressão “BNE”, os consumidores foram remetidos não ao sítio eletrônico das Requerentes – como seria de se esperar –, mas aos sites de seus concorrentes.

Diante disso, as Requerentes pleitearam o fornecimento do nome ou domínio das sociedades empresárias que contrataram o referido serviço, assim como a quantidade de acessos desviados, como forma de angariar subsídios, para, posteriormente, poderem tomar as medidas judiciais cabíveis contra os responsáveis. Não se discutia, portanto, a exclusão de resultados de busca – a chamada desindexação –, mas apenas o fornecimento do nome ou domínio das sociedades empresárias que contrataram o referido serviço.

Prazos estabelecidos pelo Marco Civil da Internet

O art. 22 do Marco Civil da Internet autoriza,⁴ com o propósito de formar conjunto probatório em processo judicial cível ou penal, em caráter incidental ou autônomo, a requisição judicial de registros de conexão ou de acesso daquele responsável pela guarda dos referidos dados. Assim, desde que preenchidos determinados requisitos – estabelecidos tanto pela legislação processual (ex. legitimidade ativa), quanto pelo próprio Marco Civil da Internet (art. 22, parágrafo único) –, qualquer indivíduo que tenha sido lesado por ato praticado via internet poderá demandar o provedor respectivo para obter os referidos dados.

É necessário, porém, ajuizar a ação dentro dos prazos legais previstos para a guarda dos dados pelos provedores: 1 (um) ano para os registros de conexão e 6 (seis) meses para os registros de acesso a aplicações de internet (arts. 13 e 15 do Marco Civil da Internet).

Termo inicial da contagem dos prazos em caso de patrocínio de link

Normalmente, esses prazos são contados a partir da data do fato ou evento a que se refere o registro. Em se tratando, por exemplo, de publicação em rede social, o prazo de 6 (seis) meses de guarda do registro é contado da data do fato, isto é, da data da própria publicação. No entanto, nas hipóteses em que se pleiteia a obtenção de registros relativos a determinado lapso temporal, que era exatamente o caso apreciado pelo STJ, “não se revela razoável,

⁴ Marco Civil da Internet: “Art. 22. A parte interessada poderá, com o propósito de formar conjunto probatório em processo judicial cível ou penal, em caráter incidental ou autônomo, requerer ao juiz que ordene ao responsável pela guarda o fornecimento de registros de conexão ou de registros de acesso a aplicações de internet. Parágrafo único. Sem prejuízo dos demais requisitos legais, o requerimento deverá conter, sob pena de inadmissibilidade: I - fundados indícios da ocorrência do ilícito; II - justificativa motivada da utilidade dos registros solicitados para fins de investigação ou instrução probatória; e III - período ao qual se referem os registros”.

tampouco lícito, que os provedores, após o ajuizamento da ação, se desfaçam dos referidos dados, sejam estes anteriores ou posteriores à demanda” – observou a Ministra Nancy Andrichi, relatora do processo.

No caso específico do patrocínio de *links* em serviços de busca na internet relacionados a certa expressão, a contratação do serviço ocorre por determinado lapso temporal, então o fato que dá origem ao registro respectivo se protraí no tempo. Embora a contratação da ferramenta ocorra em marco temporal pontual e definido, o serviço disponibilizado pelo provedor estende-se por todo o período contratado, isto é, por dias, meses ou anos, a depender do caso.

Dessa forma, para resguardar a privacidade dos usuários, mas, ao mesmo tempo, garantir a responsabilização por eventuais danos causados a terceiros, os registros relativos ao patrocínio de *links* em serviços de busca deverão permanecer armazenados pelo período de 6 (seis) meses, contados do fim do patrocínio, e não da data da contratação.

De fato, se o referido prazo fosse contado sempre da data da contratação, isso não faria sentido nas hipóteses em que o patrocínio perdurasse por período superior ao prazo de 6 (seis) meses. Isso, porque o patrocínio do *link* estaria em pleno vigor, mas a parte prejudicada não teria a possibilidade de obter os registros a ele relativos por já haver transcorrido o referido prazo de guarda. Assim, diante da obrigação legal de guarda de registros de conexão e de acesso a aplicações de internet, não há como afastar, desde que preenchidos os requisitos legais, a possibilidade jurídica de obrigar os provedores ao fornecimento dos nomes ou domínios das sociedades empresárias que patrocinam *links* na ferramenta “Google Ads”. Do contrário, a própria obrigação de guarda restaria inócua.

Mais do que colocar nos trilhos a discussão sobre o termo inicial do prazo, a decisão da 3ª Turma revela uma preocupação fundamental com a efetividade dos direitos. As razões do Recurso Especial foram, porém, acolhidas apenas em parte, porque a

pretensão das Requerentes abarcava período que superava, em muito, o exíguo prazo de 6 (seis) meses.

Provedores não tem o dever de armazenar mensagens deletadas

Já em relação a mensagens deletadas, a 3ª Turma entendeu que os provedores de aplicações que oferecem serviços de e-mail – como o próprio Google – não têm o dever de armazenar as mensagens recebidas ou enviadas pelo usuário e que foram deletadas de sua conta. No julgamento do Recurso Especial 1.885.201, ocorrido em 23 de novembro de 2021, o colegiado isentou o Google de responsabilidade pelos danos materiais sofridos por um usuário que, após sofrer ataque *hacker* em seus e-mails, perdeu parte das criptomoedas que estavam depositadas em sua conta.

Para o colegiado, embora o caso estivesse sujeito ao Código de Defesa do Consumidor – e, portanto, à responsabilidade objetiva –, não ficou demonstrado o nexo de causalidade entre a conduta do provedor e o dano sofrido pelo usuário. O dano decorreu de fato exclusivo da vítima, já que o acesso à carteira de criptomoedas exige, necessariamente, a indicação da chave privada, então provavelmente o invasor tinha obtido a senha do próprio usuário, seja porque a manteve armazenada em seus e-mails, seja porque a forneceu a terceiros.

Na avaliação da Ministra Nancy Andrichi, relatora do caso, “a regra para os provedores de aplicação de internet tem o objetivo de limitar as informações armazenadas à quantidade necessária para a condução de suas atividades, não havendo previsão para armazenar as mensagens recebidas ou enviadas pelo usuário e que foram deletadas”.

O respeito à disciplina legal da alienação fiduciária confere maior segurança às operações de crédito e prestigia a autonomia privada, uma vez que permite sejam produzidos os precisos efeitos da modalidade de garantia livremente escolhida pelas partes. No cenário contemporâneo, em que as transações estão cada vez mais aceleradas e complexas, intensifica-se a necessidade de desenvolver, com rapidez e segurança, o mercado de crédito. A alienação fiduciária surgiu com a promessa de desburocratizar e agilizar a satisfação do crédito, propósito que deve inspirar o aplicador do direito ao interpretar as normas e delinear o seu regime jurídico.

“*Em foco*”

11. O TERMO FINAL DOS LUCROS CESSANTES

Gisela Sampaio da Cruz Guedes

Nesta edição, dando sequência à AGIRE#2, que tratou do termo inicial dos lucros cessantes, a coluna “*Em Foco*” volta-se para o seu termo final, iluminando outro marco temporal importante desta faceta do dano patrimonial. Na AGIRE#2 já se afirmou que o iter reconstutivo da ressarcibilidade de qualquer lucro cessante é um processo cheio de dificuldades e que nem sempre o seu termo inicial coincide com a data do evento danoso (responsabilidade extracontratual) ou com a data que marca o início da mora (responsabilidade contratual); agora o que se quer destacar nesta edição é que essa dificuldade também surge no momento de se fixar o seu termo final.

Reconstruir o ciclo de desenvolvimento dos lucros cessantes é sempre um desafio, já que não é possível prever com exatidão como os fatos se desenrolariam, mas definir o seu termo final é um *desafio duplo*.

Em primeiro lugar, porque, no momento de se estabelecer o termo final, é necessário verificar se a decisão está em harmonia com suas condições externas de aplicação, o que nem sempre acontece.

Tome-se o exemplo dos pescadores que tiveram sua atividade laboral prejudicada em razão de vazamentos de óleo ocorridos em determinado rio. Embora cada pescador viva uma situação singular, o que se destaca é o fato de que algumas decisões tomam como

intervalo temporal em que são devidos os lucros cessantes cerca de quatro ou cinco meses, enquanto outras vão para o extremo oposto e chegam até a considerar dez anos.¹

Ainda que se diga que, dependendo do impacto ambiental, determinada área pode demorar muito mais tempo para se recuperar do que outras, o fato é que a decisão deveria levar em consideração não apenas isso, mas também o tempo que o pescador precisa para se adaptar àquela nova realidade. Não parece razoável conferir-lhe o período de dez anos se o suporte empírico existente demonstra que a área será recuperada em menos tempo ou que, muito antes disso, o pescador estará adaptado em outra região.² É importante não perder de vista as condições externas de aplicação da decisão. Quanto tempo leva para a área afetada se recuperar? De quanto tempo aquele específico pescador precisa para se adaptar à nova realidade? Ele realmente conseguirá se adaptar? Essas são questões que o julgador deve apreciar no momento de fixar o termo final dos lucros cessantes.

O desafio é duplo, em segundo lugar, porque para se definir o termo final dos lucros cessantes é necessário também analisar se a cadeia causal sofreu algum tipo de interrupção.

No julgamento do Recurso Especial n.º 1.553.790/PE,³ por exemplo, a Terceira Turma do STJ analisou caso em que determinada instituição financeira tinha sido condenada ao pagamento de lucros cessantes em virtude de inscrições indevidas do nome de uma sociedade em cadastros de inadimplentes, o que supostamente havia contribuído para o encerramento de suas atividades. A controvérsia cingia-se a examinar se era possível, à luz do postulado normativo da razoabilidade, projetar os lucros cessantes para período posterior ao fim da empresa, prolongando-se

¹ GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Lucros Cessantes: do bom senso ao postulado normativo da razoabilidade*. São Paulo: RT, 2011, p. 295 e seguintes.

² TJ/RJ, 1ª CC, AC 2006.001.25026, Rel.ª Min.ª Maria Augusta Vaz, j. 25.07.2006, v.u., DJ 28.07.2006.

³ STJ, 3ª T., REsp. 1.553.790/PE, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cuevas, j. 25.10.2016, v.u., DJ 09.11.2016.

o termo final em que os lucros cessantes seriam devidos para a data do seu efetivo pagamento.

Em 1ª instância, a instituição financeira foi condenada ao pagamento de danos emergentes e de lucros cessantes a partir dos primeiros “efeitos do ato ilícito (*resultados negativos da empresa*)”, que ocorreram em janeiro de 1992, até o efetivo pagamento da indenização, mesmo tendo a sociedade encerrado suas atividades muito antes e por outro motivo. A decisão foi mantida em segunda instância, mas no julgamento do recurso pelo STJ, a Terceira Turma entendeu que “*o ato ilícito foi somente um dos diversos fatores que levaram o negócio à falência*”.⁴ Em casos como esse, em que a falência não é um efeito necessário do evento danoso, não há como se estender o termo final dos lucros cessantes para além da data em que as atividades empresariais foram encerradas.

Outro caso interessante foi o Recurso Especial n.º 1.110.417,⁵ interposto pela sociedade Esso Brasileira de Petróleo (“Esso”), que havia sido condenada a indenizar a Bacabal Júnior Ltda. (“Bacabal”) pelos danos emergentes e lucros cessantes decorrentes de incêndio iniciado por um caminhão tanque, dirigido por preposto da Esso, que destruiu toda a instalação de um posto de gasolina, de propriedade da Bacabal. O acidente ocorreu em 17.05.1992 e, pelo que se infere do inteiro teor do acórdão, o posto ficou em obra por dez meses. Apesar disso, o laudo pericial levou em consideração para a fixação dos lucros cessantes o período de dez anos, compreendido entre a data do acidente e a data de realização da própria perícia, partindo da premissa equivocada de que “*o posto nunca tinha retomado as suas atividades, situação esta comprovada com a certidão dos órgãos fazendários*”.⁶

⁴ STJ, 3ª T., REsp. 1.553.790/PE, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cuevas, j. 25.10.2016, v.u., DJ 09.11.2016 – trecho do voto do relator.

⁵ STJ, 4ª T., REsp. 1.110.417/MA, Rel.ª Min.ª Maria Isabel Gallotti, j. 07.04.2011, v.u., DJ 28.04.2011.

⁶ STJ, 4ª T., REsp. 1.110.417/MA, Rel.ª Min.ª Maria Isabel Gallotti, j. 07.04.2011, v.u., DJ 28.04.2011 – trecho do relatório.

Nas razões do Recurso Especial, a Esso reiterou que a inatividade decorrente do incêndio durou apenas os meses necessários para as obras de reconstrução. Ressaltou, ainda, que era incontroverso nos autos “*que a recorrida vendeu o terreno onde situado o empreendimento a outra empresa há mais de 11 anos, sendo este o motivo pelo qual não consta o registro de prosseguimento de suas atividades nos órgãos fazendários*”. No julgamento, a Quarta Turma do STJ decidiu, por unanimidade, acolher as razões do recurso, observando que “*a circunstância de a empresa ter optado por vender o imóvel onde funcionava o empreendimento, deixando de dedicar-se àquela atividade econômica, não justifica a extensão do período de cálculo dos lucros cessantes até a data da perícia*”.⁷

Os casos citados servem apenas para ilustrar a importância de o julgador ficar sempre atento aos marcos temporais dos lucros cessantes. Tão importante quanto determinar o seu marco inicial, é delimitar a sua extensão, indicando na decisão qual será precisamente o termo final para efeitos do cálculo da indenização. Estender os lucros cessantes para além do período devido é ir de encontro ao princípio da reparação integral. Em relação aos valores que extrapolarem esse marco temporal, não há relação de causalidade que suporte a indenização. E aqui sobressai a “*especial importância de la distinción entre causalidade física, natural o de hecho y causalidade jurídica (rectius imputación objetiva)*”.⁸

12. A RESPONSABILIDADE PELA CONFIANÇA NAS LENTES DO CONTRATO DE SEGURO

Nelson Rosenvald

Ao discutirmos temas como a violação positiva do contrato, responsabilidade pré-contratual, responsabilidade pós-contratual e deveres anexos, merece destaque a responsabilidade pela confiança. Desde o insight de Jhering de 1861 sobre a culpa in contrahendo, seguido do longo refinamento teórico na Alemanha - espreado nas jurisdições do civil law - passamos a perceber que o colorido desses modelos jurídicos é infenso à *summa divisio* entre a responsabilidade negocial e a extranegocial. Realmente, tratamos de situações bem mais complexas que o mero descumprimento de uma prestação contratual ou inobservância de um dever genérico de um *neminem laedere*. Prestigiamos a tese da responsabilidade pela confiança, mesmo admitindo a sua posição *sui generis*, pois sob o guarda-chuva dessa denominação unitária há a junção de hipóteses heterogêneas e, por essência, arredias a uma sistematização uniforme.

Portanto, não apenas caminhamos em sentido contrário à doutrina que defende a insubsistência da dicotomia entre responsabilidade contratual e extracontratual, como consideramos que a admissão de uma “terceira pista” desafia o intérprete a promover soluções para as hipóteses de violação aos deveres de consideração, face à lacuna legislativa quanto ao *tertium genus*.

⁷ STJ, 4ª T., REsp. 1.110.417/MA, Rel.ª Min.ª Maria Isabel Gallotti, j. 07.04.2011, v.u., DJ 28.04.2011.

⁸ LOPEZ MAS, Pedro José. *El lucro cessante: configuración actual y criterios para su determinación judicial*. Madrid: Dykinson, 2021, p. 216.

16. NA PAUTA DO STJ: O ARTIGO 200 DO CÓDIGO CIVIL NA PAUTA DO STJ

Gisela Sampaio da Cruz Guedes

O nosso “Em pauta” desta semana é sobre o Recurso Especial 1.987.108/MG,¹ que traz à tona o artigo 200 do Código Civil, com todos os desafios que o tema da prescrição suscita e muito mais: o caso é de Direito Civil, mas também tangencia o Direito Penal. Embora a responsabilidade civil seja independente da criminal (cf. art. 935 do Código Civil), o fato é que várias situações tipificadas como delito têm reflexos também na esfera cível. E como fica a prescrição nesses casos?

Contextualização necessária

O artigo 200, inovação do Código Civil de 2002, estabelece que “quando a ação se originar de fato que deva ser apurado no juízo criminal, *não correrá* a prescrição antes da respectiva sentença definitiva”.² O Código Civil de 2002, como se sabe, reduziu de

¹ Na mesma esteira, determina o artigo 288 da Lei das S.A. que “quando a ação se originar de fato que deva ser apurado no juízo criminal, não ocorrerá a prescrição antes da respectiva sentença definitiva, ou antes da prescrição da ação penal”. A diferença entre esses dois dispositivos situa-se, portanto, (i) no emprego do verbo – “correrá” no Código Civil; “ocorrerá”, na legislação societária – e (ii) na parte final em que o artigo 288 da Lei das S.A. acrescenta a expressão “ou antes da prescrição da ação penal”.

² STJ, 3ª T., REsp. 1.987.108/MG, Rel.ª Min.ª Nancy Andrichi, j. 29.03.2022, v.u., DJ 01.04.2022.

forma significativa os prazos prescricionais previstos no Código Civil de 1916 – o que trouxe certas implicações sistêmicas. Atualmente, há, portanto, uma enorme disparidade entre os prazos prescricionais nas esferas cível e criminal, o que torna o artigo 200 ainda mais importante. Como registrou a Ministra Nancy Andrighi, relatora do caso, “[a] finalidade, pois, do preceituado no art. 200 do CC/02 é evitar a possibilidade de soluções contraditórias entre as duas searas, especialmente quando a solução do processo penal seja determinante do resultado do processo cível”.³ Firmou-se, inclusive, certa corrente na jurisprudência no sentido de que a aplicação do art. 200 só teria valia quando houvesse relação de prejudicialidade entre as esferas cível e penal.

Como qualificar o artigo 200 do Código Civil?

Em que pese a redação do dispositivo (“*não correrá a prescrição*”), parte relevante da doutrina não o identifica como causa impeditiva da prescrição, atribuindo-lhe o efeito *suspensivo*, embora esta seja uma questão longe de ser pacífica⁴ – como, aliás, tudo (ou quase tudo) em matéria de prescrição. De fato, a interpretação gramatical do artigo 200 poderia levar a uma extensão assombrosa do prazo toda vez em que o fato pudesse ser simplesmente “apurável” na esfera penal, mesmo sem qualquer indício de que seria realmente objeto de persecução penal, colocando, assim, em xeque a própria função da prescrição.

Como causa suspensiva da prescrição, em tese não se deveria desconsiderar o prazo que eventualmente já tenha corrido até a instauração do procedimento criminal (inquérito policial ou ação penal – marcos que também dão causa a mais controvérsias). Com o

³ STJ, 3ª T., REsp. 1.987.108/MG, Rel.ª Min.ª Nancy Andrighi, j. 29.03.2022, v.u., DJ 01.04.2022 - trecho do voto da Relatora.

⁴ Sobre essa discussão vale conferir o texto “Análise funcional do artigo 200 do Código Civil”, de Louise Vago Matieli, publicado em: BODIN DE MORAES, Maria Celina; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; SOUZA, Eduardo Nunes de (coords.). *A Juízo do Tempo*: estudos atuais sobre prescrição. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2019.

seu término, o prazo prescricional, que ficou suspenso, voltaria naturalmente a correr de onde parara. Nessa linha, não se poderia extrair do artigo 200 a conclusão de que a prescrição só começaria a fluir depois do trânsito em julgado da condenação criminal. No entanto, não são raros os acórdãos que, na ementa, afirmam que “o lapso prescricional começa a fluir a partir do trânsito em julgado da sentença” e, no voto, se referem ao artigo 200 do CC/2002 como causa suspensiva do prazo prescricional.⁵ Nesse grupo, inclui-se também o Recurso Especial 1.987.108/MG, ora analisado.

O caso em pauta

O caso concreto dá voz a milhares de mulheres que, no nosso país, já vivenciaram a mesma situação. A autora da “ação indenizatória” alega ter sido vítima de ameaças e abuso sexual quando tinha apenas 7 anos. O suposto ofensor era um “parente próximo” – o que sempre dificulta o exercício da pretensão –, que foi acusado de ter cometido dois crimes: (i) atentado violento ao pudor e (ii) tentativa de estupro. Embora o réu tenha sido condenado em 1ª instância, no julgamento da apelação acabou sendo absolvido pelo crime de tentativa de estupro. Já no que tange ao atentado violento ao pudor, o tribunal estadual extinguiu a ação em razão da ilegitimidade ativa do Ministério Público, que, por equívoco, propôs ação penal de iniciativa privada. Ou seja: neste caso não houve sentença penal *condenatória*. Depois disso, a vítima ingressou com ação indenizatória contra o suposto ofensor.

⁵ STJ, 4ª T. AgRg no AREsp 377.147/SP, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 03.04.2014, DJe 05.05.2014; STJ, 3ª T., REsp 1.354.350/MS, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 18.02.2014, DJe 06.03.2014; STJ, 3ª T., AgInt no AREsp 909.464/RS, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. em 13.06.2017, DJe 26.06.2017). Por vezes, na ementa lê-se que a norma do artigo 200 do CC/2002 é causa impeditiva do prazo prescricional, mas no inteiro teor que o prazo é “retomado” com o trânsito em julgado da ação penal, dando a impressão de se tratar de suspensão (STJ, 4ª T., AgInt nos EDcl no REsp 1.600.252/GO, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 17.08.2017, DJe 22.08.2017).

Os marcos temporais considerados na decisão

Para o texto manter-se fiel ao tema, convém traçar, desde logo, a linha do tempo que interessa à prescrição. Os marcos temporais apontados na decisão foram os seguintes:

- Durante o ano de 2001: Prática das alegadas condutas ilícitas.
- 26.11.2010: A autora da ação completa 16 anos, tornando-se relativamente incapaz.
- 25.05.2012: Denúncia do Ministério Público.
- 26.11.2013: A autora da ação completa 18 anos, tornando-se plenamente capaz.
- Maio de 2014: Julgamento da apelação criminal.
- 07.03.2017: Ajuizamento da ação indenizatória.

Considerando esses marcos temporais, pode-se adiantar, desde logo, que antes de 26.11.2010 não há que se falar em prescrição. Isso, porque o artigo 195, inciso I, do Código Civil, determina que não corre a prescrição “contra os incapazes de que trata o art. 3º”, que são os menores de 16 anos. Assim, o termo inicial da prescrição jamais poderia ser fixado antes de 26.11.2010, quando a vítima ainda era absolutamente incapaz. A partir de 26.11.2010, em rigor, a prescrição até poderia ter começado a correr, mas seria logo depois “suspensa” com a denúncia do Ministério Público, voltando a correr após o trânsito em julgado da decisão na esfera criminal até o ajuizamento da ação indenizatória, quando se deu o exercício da pretensão. O problema é que, seguindo esse raciocínio, a pretensão indenizatória estaria prescrita, porque a soma desses dois intervalos temporais ultrapassa três anos, que é o prazo prescricional para reparação civil. *Quid juris?*

A solução da Terceira Turma

Sensível a essa situação, no julgamento do Recurso Especial 1.987.108/MG, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça afastou a prescrição, mas reafirmou a tese de que o artigo 200 é, de fato, *causa suspensiva* da prescrição. Apesar disso, o termo inicial da prescrição não foi fixado na data em que a vítima se tornou relativamente incapaz, mas sim na data do julgamento (e não do trânsito em julgado) da apelação criminal, como se se tratasse de uma causa impeditiva da prescrição. Como a apelação criminal foi julgada em maio de 2014 e a ação indenizatória ajuizada em 07.03.2017, a Terceira Turma entendeu, por unanimidade, que ainda não tinham transcorrido os três anos para o exercício da pretensão indenizatória. Além disso, a Ministra Nancy Andriighi ressaltou que “o art. 200 do CC/02 incidirá independentemente do resultado alcançado na esfera criminal. Tal entendimento prestigia a boa-fé objetiva, impedindo que o prazo prescricional para deduzir a pretensão reparatória se inicie previamente à apuração definitiva do fato no juízo criminal, criando uma espécie legal de *actio nata*”.

O desfecho poderia ser diferente?

O artigo 200 do Código Civil deve ser interpretado como causa suspensiva da prescrição, sob pena de levar o intérprete a soluções inconsistentes, contrárias à própria função da prescrição. Há, porém, outra reflexão importante que se põe nesse caso: o fato de a vítima ter se tornado relativamente incapaz é suficiente para dar início ao prazo prescricional? Ao mesmo tempo em que o ordenamento submete o relativamente incapaz aos efeitos regulares da prescrição, não lhe permite agir validamente sem assistência. Nesses casos, a sua proteção fica reduzida ao artigo 195 do Código Civil, que lhe resguarda apenas a possibilidade de ajuizar ação indenizatória contra os seus assistentes ou representantes legais. Mas

essa proteção seria suficiente no caso ora analisado?⁶ A vítima de um atentado violento ao pudor ou de um estupro (cometido pelo padrasto, pelo tio, pelo padrinho ou, quiçá, pelo próprio pai – a decisão, no caso, não aponta⁷) é sempre devidamente assistida para exercer sua pretensão indenizatória? Se o ofensor fosse o pai – o que não esclarece a decisão –, o Código Civil resolve o problema: a prescrição já não correria por força do artigo 197, inciso II, do Código Civil.

Por outro lado, mesmo não se tratando do pai, nem de tutores (art. 197, inciso III, do Código Civil), de qualquer forma a pretensão poderia ter sido exercida (i) quando a vítima atingiu a maioridade, mas nesse momento já havia ação penal em curso e, assim, também o risco de as decisões proferidas na esfera penal e cível serem contraditórias; ou (ii) tão logo a decisão na esfera criminal tivesse transitado em julgado, o que também não ocorreu, embora a ação tenha sido ajuizada em menos de 3 anos a contar “do julgamento da ação penal”.

Como se nota, a redução drástica dos prazos prescricionais causa certas perplexidades, tanto mais em se tratando de dano extrapatrimonial, o que convida à reflexão se os valores da justiça e da segurança jurídica estão sendo proporcionalmente promovidos em situações como essas.

Como você, leitor(a) da AGIRE, resolveria esse caso?

⁶ Veja-se a crítica de Eduardo Nunes de Souza e Rodrigo da Guia Silva, no texto “Incapacidade civil e discernimento reduzido como causas obstativas da prescrição e da decadência”, publicado em: BODIN DE MORAES, Maria Celina; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; SOUZA, Eduardo Nunes de (coords.). *A Juízo do Tempo: estudos atuais sobre prescrição*. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2019.

⁷ A decisão apenas menciona “parente próximo”, o que, em tese, excluiria o padrasto, se a expressão for interpretada no seu sentido técnico.

“*Em foco*”

17. DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL: CUMPRIMENTO ESPECÍFICO DA OBRIGAÇÃO (II)

Renata C. Steiner

A AGIRE#8 iniciou contato com aquele que é tido como remédio preferencial contra o inadimplemento contratual: o cumprimento específico do contrato. O tema é agora retomado sob óptica distinta, analisado na interface entre o tratamento material e processual.

O CPC/2015, seguindo sistemática consolidada sob a égide do CPC/73, contém regras gerais sobre tutela específica das obrigações de dar coisa, fazer e de não fazer. Tais regras estão hoje consolidadas, na fase de conhecimento, nos artigos 497 a 501 do CPC. Ao lado delas, encontra-se tratamento análogo na fase de cumprimento de sentença e no processo de execução, cujas regras também se dividem em atenção à prestação que se pretende ver cumprida: entrega de coisa; fazer e não fazer e pagamento de quantia certa.

Desde ao menos as Reformas processuais de 1994 e de 2002, responsáveis por inserir no CPC/73 o famoso art. 461, sobre cumprimento de obrigações de fazer e de não fazer e art. 461-A, voltado ao cumprimento da obrigação de dar coisa, respectivamente, houve intenso desenvolvimento da temática sobre o cumprimento específico de obrigações e deveres pela doutrina processual. O Direito Civil pode e deve absorver esses desenvolvimentos, em um

20. ENTRE A ASSINATURA E O FECHAMENTO: A IMPORTÂNCIA DAS DENOMINADAS “CONDIÇÕES PRECEDENTES”

Gisela Sampaio da Cruz Guedes

Nas operações de fusões e aquisições – mais conhecidas pela sigla em inglês “M&A” (*mergers and acquisitions*) –, é muito comum haver um intervalo de tempo entre o que se costuma chamar de *signing* e *closing*. No *signing*, o contrato é firmado, mas é no *closing* que os atos do fechamento da operação ocorrem, com a transferência dos ativos da parte vendedora para a parte compradora e o pagamento do preço (ou de, pelo menos, parte do preço).

Esse período de diferimento temporal, durante o qual os deveres prestacionais ficam suspensos, justifica-se por várias razões, especialmente porque na data do *signing* ainda vigora verdadeiro estado de incerteza quanto à realização do resultado prático final do negócio. As partes ainda não têm clareza em relação a certos fatores externos à formação do negócio (o comprador pode não saber, por exemplo, se vai conseguir obter o financiamento necessário para efetuar o pagamento do preço), nem a determinados atos internos ao próprio ciclo formativo do contrato (o vendedor pode não saber, por exemplo, se vai conseguir obter a aprovação da operação pela assembleia geral da sociedade alvo, que é uma condição legal de eficácia do contrato). Além disso, na data do *signing*, as partes ainda

não têm todos os dados decisivos para dar seguimento ao negócio (muitas vezes, no *signing*, o comprador sequer concluiu a *due diligence*).

A eficácia do negócio entre o *signing* e o *closing*

Exatamente em razão desse estado de incerteza, a eficácia do negócio fica parcialmente suspensa. Parcialmente porque os deveres decorrentes do princípio da boa-fé objetiva surgem até mesmo antes da formação do negócio, ainda na fase das tratativas, e continuam a incidir no interregno de tempo entre o *signing* e o *closing* (e vão além, para a fase pós-contratual), mas os deveres prestacionais ficam suspensos (ou parcialmente suspensos) até a data do fechamento da operação. Até é possível que, na data do *signing*, haja pagamento de um sinal, mas os atos de transferência da participação societária só ocorrem no *closing*, quando o preço é efetivamente pago (ou, pelo menos, parcialmente pago).

Dependendo da operação, o interregno de tempo existente entre o *signing* e o *closing* pode ser maior ou menor, mas a experiência demonstra que, independentemente da extensão do intervalo, muita coisa pode acontecer nesse período. É precisamente nessa fase que sobressai a importância das denominadas “condições precedentes”, cláusula não obrigatória, mas que, na prática, está presente em todas as operações de M&A com fechamento diferido.

As denominadas “condições precedentes”

As “condições precedentes” consistem em circunstâncias estabelecidas pelas partes que devem ser satisfeitas até a data do *closing* para que o negócio produza seus efeitos regulares. São, portanto, condições consideradas indispensáveis pelas partes para a conclusão do negócio, que atuam no plano de sua eficácia. Na prática, caso uma condição precedente não seja implementada ou satisfeita, a parte a quem ela favorece poderá não concluir a operação

de aquisição, sem qualquer ônus, ou renunciar à satisfação de tal condição precedente para prosseguir com a consumação da aquisição.

Em linhas gerais, costuma-se prever como condição precedente, por exemplo: (i) a inexistência de mudança significativa na situação da companhia-alvo entre o *signing* e o *closing*; (ii) a confirmação das declarações e garantias prestadas pelo vendedor na data do *signing*; (iii) a inexistência de lei, decisão judicial ou administrativa que proíba a conclusão da operação de aquisição; (iv) a obtenção das autorizações prévias cabíveis, incluindo de órgãos antitruste, como o CADE; e (v) a conclusão da *due diligence*, caso o comprador ainda não a tenha finalizado na data do *signing*. Evidentemente, o conteúdo da cláusula pode variar, conforme as peculiaridades da operação, mas esses são exemplos, por assim dizer, bem corriqueiros da prática.

A qualificação jurídica das “condições precedentes”

Diante da diversidade de fatores que podem vir elencados como condições precedentes, indaga-se se todas as circunstâncias previstas sob essa nomenclatura são, de fato, condições no sentido técnico do termo, nos moldes do art. 121 do Código Civil.¹

No mais das vezes, a resposta será negativa. Apesar do *nomen iuris*, importado do *common law*, nem todos os fatores comumente elencados na cláusula de condições precedentes são, de fato, verdadeiras condições, assim entendidas aquelas que decorrem da vontade das partes e que subordinam a eficácia do negócio a um evento futuro e incerto. É preciso, então, não só saber identificar as “verdadeiras” condições, mas também qualificar os demais eventos constantes desse tipo de cláusula. No bojo das chamadas condições precedentes, encontram-se, normalmente, três diferentes institutos

¹ Código Civil: “Art. 121. Considera-se condição a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto”.

que não podem ser tratados da mesma forma ante as suas diversas consequências jurídicas:

1. Condições legais: São as *conditio iuris*, que muito se assemelham às condições voluntárias, mas não são fruto da vontade das partes, mas antes “parte da figura jurídica”.² Assim, por exemplo, quando se elenca, dentre as condições precedentes, o fato de a operação ter que ser aprovada pelo CADE, não se está com isso subordinando a operação a uma condição voluntária. A aprovação pelo CADE nada mais é do que espécie de requisito legal para consumação da operação, imposto pelo legislador para determinadas operações.

2. Condições voluntárias: Essas são as condições propriamente ditas, no sentido técnico do termo, quer dizer, a cláusula que, derivada da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto, nos termos do art. 121 do Código Civil. Se as partes, por exemplo, acrescentarem um prazo durante o qual a aprovação do CADE terá de ocorrer (elencando como condição precedente a aprovação da operação pelo CADE no prazo de “x” dias), não se estará mais diante de simples *conditio iuris*, mas sim de autêntica condição, porque a eficácia da operação passa a ficar subordinada a uma condição voluntária: não basta o CADE aprovar; precisa aprovar dentro do prazo determinado pelas partes.

3. Obrigações a serem cumpridas pelas partes: O conteúdo das condições precedentes pode vir preenchido também com simples obrigações que as partes precisam

² MARTINS-COSTA, Fernanda Mynarski. *Condição suspensiva: função, estrutura e regime jurídico*. São Paulo: Almedina, 2017, p. 25.

cumprir até a data do fechamento da operação, sob pena de o negócio não ser concluído. É o que ocorre, por exemplo, se uma das partes se obriga a transferir certo ativo para uma sociedade com propósito específico, que será o veículo da operação. Trata-se de obrigação a ser cumprida, mas definitivamente não de condição.

A importância prática da distinção

Qualificar a cláusula corretamente é essencial para (i) determinar a disciplina jurídica que lhe aplicável e (ii) dela extrair a correspondente consequência jurídica. A importância prática da distinção reside, portanto, na consequência atribuída pelo nosso ordenamento, que é distinta para a cada um desses institutos.

Embora as consequências do descumprimento de uma obrigação e da inocorrência da condição suspensiva atuem ambas no plano da eficácia, delas decorrem efeitos significativamente diferentes:

Enquanto o descumprimento de uma obrigação gera inadimplemento – com a possibilidade de a parte prejudicada exercer diferentes pretensões –, o não implemento de uma condição suspensiva implica o não disparo em definitivo dos efeitos típicos do contrato.³

Além disso, as condições atraem a regra do artigo 129 do Código Civil, que reputa verificada a condição quando o seu implemento for maliciosamente obstado pela parte a quem desfavorecer, “considerando-se, ao contrário, não verificada a condição maliciosamente levada a efeito por aquele a quem aproveita o seu implemento”.⁴

³ Se o leitor desejar se aprofundar no tema, recomenda-se fortemente a seguinte obra: MARTINS-COSTA, Fernanda Mynarski. *Execução diferida em M&A*. Almedina: São Paulo, 2002.

⁴ Código Civil: “Art. 129. Reputa-se verificada, quanto aos efeitos jurídicos, a condição cujo implemento for maliciosamente obstado pela parte a quem desfavorecer,

Diante de consequências jurídicas tão diversas, saber distinguir é essencial.

“*Em debate*”

21. DANOS CAUSADOS PELOS ADMINISTRADORES AOS ACIONISTAS: LIMITES À REPARAÇÃO

Ana Carolina Weber

Na disciplina legal das companhias, o artigo 158 da Lei nº 6.404/1976¹ constitui a base do sistema de responsabilidade dos administradores, estabelecendo que (a) as relações por eles firmadas com terceiros, no desempenho de suas funções, são atribuídas à companhia; e (b) eles não responderão com seu patrimônio pessoal pelas consequências danosas dos chamados “*atos regulares de gestão*”.

Por outro lado, o dispositivo reconhece que o vínculo orgânico existente entre o administrador e a companhia pode se romper e prevê que, em determinadas circunstâncias, os atos praticados pelo administrador deixam de ser atribuíveis à companhia e passam a ser imputáveis a ele próprio. O administrador poderá responder com seu patrimônio pessoal pelos danos que causar quando, no exercício do cargo em companhias, atuar (i) dentro de

considerando-se, ao contrário, não verificada a condição maliciosamente levada a efeito por aquele a quem aproveita o seu implemento”.

¹ Lei nº 6.404/1976: “Artigo 158. O administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão; responde, porém, civilmente, pelos prejuízos que causar, quando proceder: I - dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo; II - com violação da lei ou do estatuto”.

insertos, a reforma operada é capaz de subverter a disciplina e diluir, a tudo, na iniciativa de quem se crê suficiente para, com seu solitário senso empírico, dar “vida à palavra morta”.¹³

“Em pauta”

25. NA PAUTA DO STJ: O PARADOXO DA DECISÃO PROFERIDA NO RESP N.º 1965982/SP – PATRIMÔNIO COMUM PODE RESPONDER POR DÍVIDA INDIVIDUAL?

Gisela Sampaio da Cruz Guedes

A decisão

No julgamento do Recurso Especial n.º 1965982/SP, a Terceira Turma do STJ, pela primeira vez, aplicou a teoria da desconsideração *inversa* da personalidade jurídica para desconsiderar a personalidade do cotista de um fundo de investimento em participações (“FIP”) e, assim, alcançar o patrimônio do próprio fundo. Embora a decisão tenha reconhecido que o patrimônio gerido pelo fundo pertencia, em condomínio, a todos os investidores (cotistas), a impedir a responsabilização do fundo por dívida de um único cotista, concluiu que “[a] impossibilidade de responsabilização do fundo por dívidas de um único cotista, de obrigatória observância em circunstâncias normais, deve ceder diante da comprovação inequívoca de que a própria constituição do fundo de investimento se deu de forma fraudulenta, como forma de encobrir ilegalidades e ocultar o patrimônio de empresas pertencentes a um mesmo grupo econômico”.¹

¹³ O trecho é de PONTES DE MIRANDA, F. C. *Sistema de Ciência Positiva do Direito*. 2ª ed., t. 4. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, pp. 136-137.

¹ STJ, 3ª T., REsp. 1.965.982/SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 05.04.2022, v.u.

A natureza dos fundos de investimento

Não é preciso dizer muito para explicar que os fundos de investimento têm natureza de condomínio e, portanto, não ostentam personalidade jurídica. A questão já foi exaustivamente discutida pela doutrina e pela jurisprudência, inclusive pela própria CVM. O advento da Lei n.º 13.874/2019 (“Lei da Liberdade Econômica”) jogou uma pá de cal nessa discussão, já que o próprio Código Civil passou a indicar, no *caput* do seu artigo 1.368-C,² que o fundo de investimento nada mais é do que “*uma comunhão de recursos, constituído sob a forma de condomínio de natureza especial*” (e antes dele, em termos semelhantes, o artigo 2º, §1º, da Instrução n.º 472 da CVM para os fundos de investimento imobiliário e, de forma mais ampla, o artigo 3º da Instrução n.º 555 da CVM para fundos em geral). Assim, em regra, o patrimônio gerido pelo gestor do fundo pertence a todos os investidores e, exatamente por isso, não pode responder pela dívida de um único cotista, ressalvada a penhora individual de suas cotas.

Fundo vs. sociedade

Embora sequer sejam dotados de personalidade jurídica, em alguns aspectos os fundos de investimento se assemelham às sociedades, o que justifica o fato de parte da doutrina buscar na lei societária soluções para tentar resolver problemas práticos relacionados aos fundos de investimento. Assim, por exemplo,

² Código Civil: “Art. 1.368-C. O fundo de investimento é uma comunhão de recursos, constituído sob a forma de condomínio de natureza especial, destinado à aplicação em ativos financeiros, bens e direitos de qualquer natureza. §1º Não se aplicam ao fundo de investimento as disposições constantes dos arts. 1.314 ao 1.358-A deste Código. §2º Competirá à Comissão de Valores Mobiliários disciplinar o disposto no *caput* deste artigo. §3º O registro dos regulamentos dos fundos de investimentos na Comissão de Valores Mobiliários é condição suficiente para garantir a sua publicidade e a oponibilidade de efeitos em relação a terceiros”.

quando se trata das regras de convocação de assembleia, deliberações e acordos de votos, a aplicação analógica da lei societária para os fundos de investimento pode, de fato, ser útil, porque, nesses aspectos deliberativos, fundos e sociedades são mesmo muito semelhantes.³

Por outro lado, há outras questões em que a analogia simplesmente não funciona. Quando se trata, por exemplo, de apurar e distribuir os rendimentos do fundo, não é possível aplicar o regime de competência, próprio das companhias, porque, como explica Paulo Cezar Aragão, este não se adapta à natureza de um ente que não é empresa, não organiza fatores de produção, não tem atividades operacionais, mas mero recebimento passivo de receitas (e satisfação das despesas associadas). Não se adapta, nas suas palavras, porque “*[f]undo de investimento não é uma sociedade disfarçada, mas, sim, genuinamente condomínio especial e, exatamente por isso, rege-se não só pela legislação especial, mas também pelo Código Civil, e não se adapta ao regime de competência para apuração de resultados, próprio das sociedades (na verdade, imperativo apenas para as companhias)*”.⁴ Os fundos devem submeter-se, portanto, ao regime de caixa (nunca ao regime de competência).

Fundo vs. condomínio comum

Na outra ponta, quando a comparação se dá com o condomínio comum, o relator do REsp. 1965982/SP – Min. Ricardo Villas Bôas Cueva – lembra que “*as normas aplicáveis aos fundos de investimento dispõem expressamente que eles são constituídos sob a forma de condomínio, mas nem todos os dispositivos legais que disciplinam os condomínios são indistintamente aplicáveis aos*

³ CARVALHO, Mário Tavernard Martins de. *Regime jurídico dos fundos de investimentos*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 92.

⁴ ARAGÃO, Paulo Cezar. “*Regime de escrituração dos fundos de investimentos imobiliários: regime de caixa vs. regime de competência*”, no prelo para ser publicado na *Revista de Direito Societário e M&A* da editora Thomson Reuters | Revista dos Tribunais.

fundos de investimento, sujeitos a regramento específico ditado pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM)".⁵

Ao cotista de um fundo de investimento não são conferidas todas as prerrogativas referidas no art. 1.314 do Código Civil, "*uma vez que este não desfruta – de forma plena – de direitos em face dos ativos subjacentes ao fundo constituído, tal qual o condômino possui em relação à copropriedade condominial, mas somente dos direitos ligados à fração representativa da sua participação proporcional no fundo*".⁶ Exatamente por isso, ao dispor sobre a natureza dos fundos de investimento, o artigo 1.368-C do Código Civil refere-se não a condomínio, mas antes a "*condomínio de natureza especial*". A expressão "de natureza especial" não se encontra ali por acaso.

Desconsideração inversa da personalidade jurídica

No caso concreto, a Terceira Turma do STJ entendeu que, por dívidas de um dos cotistas, cuja personalidade jurídica fora desconsiderada, o patrimônio do fundo poderia ser atingido. A hipótese é, portanto, de desconsideração *inversa* da personalidade jurídica. Na desconsideração *inversa*, corre-se o risco não só de prejudicar os demais sócios da sociedade que será atingida com a desconsideração, mas também os credores sociais, que verão o patrimônio da sociedade ser diminuído, sem nada ter a ver com o crédito exequendo. Costuma-se invocar a proteção do capital social como garantia dos credores como a principal razão para se limitar a utilização dessa modalidade de desconsideração. Exatamente por isso, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça corretamente adverte que "*a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica exige especial cautela do Juiz, sobretudo quando importa em aplicação inversa*".⁷

⁵ Trecho da ementa do REsp 1.965.982/SP.

⁶ Trecho do inteiro teor da decisão proferida no julgamento do REsp 1.965.982/SP.

⁷ STJ, 3ª T., REsp. 948.117, Rel Min. Nancy Andrighi, j. 22.6.2010.

Os pormenores da decisão

A desconsideração *inversa* da personalidade jurídica foi determinada com base em desvio de finalidade e confusão patrimonial. Duas circunstâncias específicas do caso concreto foram utilizadas para fundamentar a decisão:

- i. A própria criação do fundo de investimento foi considerada fraudulenta: "*ato intencional dos sócios com intuito de fraudar terceiros*";
- ii. O fundo de investimento que teve o seu patrimônio constricto era fechado e possuía apenas dois cotistas, ambos integrantes do mesmo conglomerado econômico, "*a revelar que o ato de constrição judicial não atingiu o patrimônio de terceiros*".

A Terceira Turma também entendeu que o fato de o fundo de investimento ser fiscalizado pela CVM e de ter todas as informações auditadas e disponibilizadas publicamente "*não impede a prática de fraudes associadas, não às atividades do fundo em si, mas dos seus cotistas (pessoas físicas ou jurídicas), que dele se valem para encobrir ilegalidades e ocultar patrimônio*". E, para arrematar, majorou em 2% o percentual da verba honorária devida pela parte recorrente.

29. ENTRE A ASSINATURA E O FECHAMENTO: A APARENTEMENTE INOFENSIVA CLÁUSULA QUE IMPÕE O CURSO ORDINÁRIO DOS NEGÓCIOS

Gisela Sampaio da Cruz Guedes

Na AGIRE#20, vimos que, nas operações de fusões e aquisições (“M&A”) com fechamento diferido, muita coisa pode acontecer no interregno entre a assinatura (*signing*) e o fechamento (*closing*). De fato, diversos fatores podem impactar o desfecho de uma operação societária e, exatamente por isso, o período entre o *signing* e o *closing* constitui fase sensível e bem peculiar do negócio. Para assegurar ao comprador que a sociedade-alvo não perderá valor depois do *signing*, costuma-se fazer uso de uma cláusula que impõe ao vendedor a obrigação de não se desviar do curso ordinário do negócio (*ordinary course of business*). O objetivo desta coluna é jogar luz sobre essa cláusula, aparentemente inofensiva, mas com potencial de suscitar muitas controvérsias.

Desassossegos intelectuais, provocações e outras avenças

O que, afinal, essa obrigação significa na prática? Qual é o seu alcance? A inclusão dessa cláusula em contrato impede completamente o vendedor de fazer qualquer alteração na gestão da sociedade-alvo durante o interregno entre o *signing* e o *closing*? E se

a medida a ser tomada pelo vendedor for urgente e imprescindível para salvaguardar os negócios da sociedade-alvo? Durante o período compreendido entre o *signing* e o *closing*, o vendedor precisa, necessariamente, da concordância do comprador para tomar toda e qualquer providência alheia ao curso normal dos negócios? Como o conteúdo e a redação dessa cláusula interferem nessa discussão? Qual a relevância do comportamento das partes na verificação do cumprimento das obrigações decorrentes da cláusula que impõe a manutenção do *ordinary course of business*? Afinal, o que impõem os deveres decorrentes da boa-fé objetiva?

O caso “AB Stables v. MAPS Hotels”

Em recente decisão proferida pela “Court of Chancery of the State of Delaware” no caso “AB Stables v. MAPS Hotels”,¹ a cláusula que impõe ao vendedor a obrigação de respeitar o *ordinary course of business* foi intensamente discutida. A sociedade-alvo, cujo controle estava sendo alienado, era uma rede hoteleira com quinze hotéis. A pandemia da COVID-19 veio à tona exatamente no período entre o *signing* e o *closing*, impactando diretamente a operação. No contrato de compra e venda que instrumentalizou o negócio, havia uma cláusula padrão obrigando o vendedor a manter o *ordinary course of business*² (além de uma cláusula MAC, que não será aqui discutida).

¹ C.A. No. 2020-0310-JTL, julgado pela *Court of Chancery of the State of Delaware* conhecido como caso “AB Stables v. MAPS Hotels”.

² Naquele programa contratual, o “Ordinary Course Covenant” estava previsto na Section 5.1 do contrato de compra e venda, com a seguinte redação: “*Except as otherwise contemplated by this Agreement or as set forth in Section 5.1 of the Disclosure Schedules, between the date of this Agreement and the Closing Date, unless the Buyer shall otherwise provide its prior written consent (which consent shall not be unreasonably withheld, conditioned or delayed), the business of the Company and its Subsidiaries shall be conducted only in the ordinary course of business consistent with past practice in all material respects, including using commercially reasonable efforts to maintain commercially reasonable levels of Supplies, F&B, Retail Inventory, Liquor Assets and FF&E consistent with past practice, and in accordance with the Company Management Agreements*”.

Com o advento da pandemia, o vendedor teve que tomar algumas medidas extremas a fim de adequar a sociedade-alvo à nova realidade:

- i. encerrou as atividades de um dos quinze hotéis da sociedade-alvo;
- ii. antecipou o fechamento temporário de um dos hotéis sazonais;
- iii. reduziu a operação dos outros treze hotéis, inclusive o número de funcionários; e
- iv. suspendeu todos os gastos financeiros que reputava não essenciais, impondo restrições ou mesmo fechando restaurantes, academias, áreas comuns etc. dos hotéis.

Diante disso, quando as partes se aproximaram da data prevista para o fechamento da operação, o comprador alegou que não estava mais obrigado a concluir o negócio, já que o vendedor teria descumprido a sua obrigação de conduzir os negócios da sociedade-alvo dentro do *ordinary course of business*. Inconformado com a não conclusão do negócio, o vendedor, então, ajuizou uma ação contra o comprador para obrigá-lo a cumprir o contrato avençado. O caso todo girou em torno da interpretação de duas cláusulas: (i) da cláusula MAC, rapidamente descartada em razão das especificidades da sua redação; e, principalmente, (ii) da cláusula que obrigava o vendedor a conduzir os negócios sociais conforme o *ordinary course of business*.

A defesa do comprador

O comprador alegou que a expressão *ordinary course of business* aludia à forma como o negócio operava rotineiramente em circunstâncias normais. Com as mudanças radicais que a administração implementou diante dos impactos sociais e econômicos da pandemia da COVID-19, o vendedor teria conduzido

a operação dos hotéis em desconformidade com o curso normal dos negócios e, portanto, teria descumprido a obrigação ali pactuada.

A réplica do vendedor

Considerando que o cerne da controvérsia estava na análise da rigidez da referida cláusula, o vendedor argumentou que a administração (i) precisava ter flexibilidade para lidar com circunstâncias adversas e eventos imprevisíveis e (ii) não teria se afastado do *ordinary course of business* ao adotar práticas de gestão que correspondiam a “respostas comuns a eventos extraordinários”. Segundo o vendedor, a pandemia da COVID-19 foi uma situação extraordinária, que exigiu uma resposta à altura, de forma que a gestão nada mais fez do que operar no curso normal dos negócios considerando o que seria comum em um cenário pandêmico. No cerne da controvérsia, portanto, está a questão de se saber o quão rígida é a cláusula que impõe ao vendedor a obrigação de não se afastar do curso normal dos negócios.

A decisão da *Court of Chancery of the State of Delaware*

Na decisão do caso “AB Stables v. MAPS Hotels”, a Corte de Delaware, fazendo referência a outro precedente – o caso “FleetBoston” –, reconheceu que, mesmo diante de uma situação extraordinária, a administração não poderia tomar medidas extraordinárias e alegar que são comuns sob as circunstâncias do caso concreto. Para a Corte, a cláusula do curso ordinário dos negócios não permitiria que a administração implementasse medidas extremas, ainda que empregadas por outras redes hoteleiras para enfrentar a pandemia. Ao interpretar a cláusula, a Corte também comparou as medidas adotadas pela administração da sociedade-alvo com a forma como a empresa operava rotineiramente no passado.

Destaque

O caso suscita diversas questões interessantes. Embora essa cláusula não represente uma camisa de força para o vendedor, não se pode perder de vista que a função dela é proteger o comprador, assegurando-lhe que, no *closing*, o ativo não terá perdido valor. Importa destacar que tanto o comprador, quanto a Corte, posteriormente na sentença, exploraram o fato de a redação da cláusula mencionar expressamente práticas passadas.³ Com efeito, a cláusula discutida estabelecia que “*the business of the Company [...] shall be conducted only in the ordinary course of business consistent with past practice in all material respects*”. Ou seja: as próprias partes qualificaram, de forma restritiva, o que seria o curso ordinário dos negócios, fazendo referência a práticas passadas.

Moral da história: se o texto importa – e sempre há de importar –, cuidado com a redação. E não custa lembrar: se o Direito brasileiro for aplicável, preste atenção também nos deveres decorrentes da boa-fé objetiva.

³ Assim, a “Court of Chancery of the State of Delaware” entendeu o seguinte: “Generally speaking, there are two principal sources of evidence that the court can examine to establish what constitutes the ordinary course of business. First, the court can look to how the company has operated in the past, both generally and under similar circumstances. Second, the court can look to how comparable companies are operating or have operated, both generally and under similar circumstances. (...) By including the adverb “only” and the phrase “consistent with past practice,” the parties created a standard that looks exclusively to how the business has operated in the past. When determining whether a party has acted ‘consistent with past practice’, the court must evaluate the company’s operations ‘before and after entering into’ the transaction agreement to determine whether those operations are ‘consistent’. (...) Because of the standard that the parties chose, the court cannot look to how other companies responded to the pandemic or operated under similar circumstances” (Trecho da decisão C.A. No. 2020-0310-JTL, no caso AB Stables v. MAPS Hotels, julgado pela “Court of Chancery of the State of Delaware”).

“Em pauta

34. NA PAUTA DO STJ: O DENOMINADO “DANO MORAL PRESUMIDO”

Gisela Sampaio da Cruz Guedes

Recursos repetitivos em pauta

O “*Em Pauta*” desta semana remete a dois recursos repetitivos que estão para ser julgados pelo STJ: (i) no **Tema 1.096**, a Primeira Seção vai definir “se a conduta de frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente configura ato de improbidade que causa dano presumido ao erário (*in re ipsa*)”; e, (ii) no **Tema 1.156**, a Segunda Seção vai estabelecer “se a demora na prestação de serviços bancários superior ao tempo previsto em legislação específica gera dano moral individual *in re ipsa* apto a ensejar indenização ao consumidor”. Na pauta do STJ, portanto, desponta o denominado, “dano presumido”, cuja configuração se dá na forma *in re ipsa*, mas a atenção desta coluna se voltará apenas para o dano extrapatrimonial.

A metodologia *in re ipsa*

É afirmação corrente – alardeada aos quatro ventos – a de que o dano moral não precisa ser provado, sendo antes *in re ipsa*. A expressão em latim significa que, ao contrário do dano patrimonial que precisa ser provado em toda a sua extensão, o dano moral

decorre do próprio fato ofensivo, de tal forma que, provada a ofensa, *ipso facto* está demonstrado o dano moral. Trata-se, como apontam os autores, de uma presunção *hominis* ou *facti*, que tem origem nas regras da experiência comum. Essa ideia já se encontra tão arraigada em nosso sistema que alguns autores chegam ao ponto de afirmar que se trata de “presunção absoluta” que “dispensa prova em concreto” e “em contrário”. E, para explicar a afirmação, formulam diversos exemplos que associam o conceito de dano moral a uma perturbação da esfera anímica do lesado, impulsionados que estão pela corrente subjetiva do dano moral.¹

A evolução da matéria no STJ

Ao longo do tempo, o STJ foi estabelecendo uma série de situações em que há a configuração do dano moral *in re ipsa*, e continua analisando, cotidianamente, os mais diversos casos em que se pode ou não presumir a existência do dano. É o que ocorreu, por exemplo, nos casos de devolução indevida de cheque pela instituição bancária, na inclusão ou manutenção indevida de nome em cadastro de devedores inadimplentes, nos litígios envolvendo abalo de crédito ou abalo moral, protesto indevido de títulos, morte de pessoa da família, perda de órgão ou parte do corpo, *overbooking* ou atraso de voo, na utilização indevida de imagem etc.² Em todas essas

¹ Nesse sentido: MENEZES DIREITO, Carlos Alberto; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Comentários ao novo Código Civil*, vol. 13, 3ª ed., Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2011, p. 122.

² No caso específico do uso indevido de imagem, o Enunciado da Súmula 403 do STJ estabelece o seguinte: “Independente de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais”. Sobre o tema, há, ainda, o Enunciado n.º 587 da VII Jornada de Direito Civil, organizada pelo Conselho da Justiça Federal, segundo o qual “[o] dano à imagem restará configurado quando presente a utilização indevida desse bem jurídico, independentemente da concomitante lesão a outro direito da personalidade, sendo dispensável a prova do prejuízo do lesado ou do lucro do ofensor para a caracterização do referido dano, por se tratar de modalidade de dano *in re ipsa*”.

hipóteses, que são bastante corriqueiras na prática, a prova do dano moral tem cedido lugar à sua presunção.³

Cinco casos recentes

Mais recentemente, o STJ reconheceu o dano moral *in re ipsa* em cinco diferentes situações:

i. **REsp 1.899.304:**⁴ A 2ª Seção entendeu que cabe dano moral em caso de compra de alimento contaminado com corpo estranho, considerando indiferente a efetiva ingestão do alimento – ou do próprio corpo estranho – para a caracterização do dano moral, pois a compra do produto dito insalubre já é potencialmente lesiva ao consumidor.⁵

ii. **REsp 1.643.051**⁶ e **REsp 1.675.874:**⁷ Esses recursos deram origem ao Tema Repetitivo 983 em que se firmou a seguinte tese: “Nos casos de violência contra a mulher praticados no âmbito doméstico e familiar, é possível a fixação de valor mínimo indenizatório a título de dano moral, desde que haja pedido expresso da acusação ou da parte ofendida, ainda que

³ Na jurisprudência, são inúmeros os exemplos de acórdãos que seguem essa linha: STJ, 2ª Seção, REsp 1.881.453/RS, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 30.11.2021, v.u., DJ 07.12.2021; STJ, 4ª T., AgInt no REsp 1.846.222/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 10.08.2020, v.u., DJ 13.08.2020; STJ, 3ª T., AgInt no AgInt no AREsp 1.546.407/SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 18.05.2020, v.u., DJ 26.05.2020; STJ, 3ª T., REsp 1.677.524/SE, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 03.08.2017, v.u., DJ 10.08.2017; STJ, 3ª T., REsp 1.642.318/MS, Rel.ª Min.ª Nancy Andrighi, j. 07.02.2017, v.u., DJ 13.02.2017; STJ, 3ª T., REsp 955.031/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 20.03.2012, v.u., DJ 09.04.2012; STJ, 4ª T., REsp 880.035/PR, Rel. Min. Jorge Scartezini, j. 21.11.2006, v.u., DJ 18.12.2006, p. 405.

⁴ STJ, 2ª Seção, REsp 1.899.304/SP, Rel.ª Min.ª Nancy Andrighi, j. 25.08.2021, v.u., DJ 04.10.2021.

⁵ STJ, 4ª T., REsp 1.507.920/PR, Rel.ª Min.ª Maria Isabel Gallotti, j. 29.10.2019, v.u., DJ 20.11.2019.

⁶ STJ, 3ª Seção, REsp 1.643.051/MS, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 28.02.2018, v.u., DJ 08.03.2018.

⁷ STJ, 3ª Seção, REsp 1.675.874/MS, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 20.02.2018, v.u., DJ 08.03.2018.

não especificada a quantia, e independentemente de instrução probatória”. Segundo o relator dos recursos, o ministro Rogerio Schietti Cruz, a Lei Maria da Penha – complementada pela Lei n.º 11.719/2008, que alterou o Código de Processo Penal – permitiu que um único juízo, o criminal, decida sobre o valor de indenização, o qual, “relacionado à dor, ao sofrimento e à humilhação da vítima, de difícil mensuração, deriva da própria prática criminosa experimentada”.

iii. **AgInt no AREsp 1.839.506:**⁸ A 3ª Turma reformou acórdão que havia negado a indenização a um paciente cujo tratamento ocular quimioterápico, prescrito por seu médico, não havia sido autorizado pelo plano de saúde, sob a justificativa de que ele não preencheria os requisitos estabelecidos pela Agência Nacional de Saúde Suplementar para a cobertura do exame e do tratamento postulados. O relator, ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, lembrou que a jurisprudência do STJ reconhece que, em algumas situações, há dúvida razoável na interpretação da cláusula contratual de cobertura do plano, não cabendo nesses casos dano moral, mas essa não era a hipótese dos autos.

iv. **REsp 1.642.318:**⁹ A 3ª Turma estabeleceu que o reconhecimento do dano moral sofrido por criança vítima de agressão não exige o reexame de provas do processo – o que seria inviável na discussão de recurso especial –, sendo suficiente a demonstração de que o fato ocorreu. Para a relatora, ministra Nancy Andrighi, “a sensibilidade ético-

⁸ STJ, 3ª T., AgInt no AREsp 1.978.927/PB, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 27.06.2022, v.u., DJ 30.06.2022.
⁹ STJ, 3ª T., REsp 1.642.318/MS, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 07.02.2017, v.u., DJ 13.02.2017.

social do homem comum, na hipótese, permite concluir que os sentimentos de inferioridade, dor e submissão sofridos por quem é agredido injustamente, verbal ou fisicamente, são elementos caracterizadores da espécie do dano moral *in re ipsa*”.

v. **REsp 1.758.799:**¹⁰ A 3ª Turma entendeu que a disponibilização ou a comercialização de informações pessoais do consumidor em banco de dados, sem o seu conhecimento, configura hipótese de dano moral *in re ipsa*.

O que o subterfúgio da presunção revela?

A utilização do subterfúgio da presunção, sob o argumento de que o dano moral é *in re ipsa*, só parece fazer algum sentido porque parte do conceito subjetivo (e, por isso mesmo, impreciso) de dano moral. O caráter *in re ipsa* vem quase sempre associado a uma definição consequencialista de dano moral, preocupada com a repercussão da lesão no estado anímico do lesado. Nesse viés, dispensa-se a prova do dano moral, uma vez que não seria razoável exigir em juízo a prova da repercussão sentimental do evento danoso sobre a vítima, não só porque a dor e o sofrimento são fatos inteiramente subjetivos, difíceis de serem provados e mensurados, mas também porque são facilmente simuláveis.

Crítica à corrente subjetiva de dano moral

Reúne-se, assim, dentro do mesmo arcabouço uma miríade de situações bem distintas. No comum dos casos, o expediente *in re ipsa* acaba por restringir o montante da liquidação, sem exigir do julgador a avaliação de todas as nuances do caso concreto, a fim de

¹⁰ STJ, 3ª T., REsp 1.758.799/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 12.11.2019, v.u., DJ 19.11.2019.

efetivar a reparação integral; em outros, reconhece um dano moral inexistente, quando este sequer está configurado. E é exatamente isso o que não se deve admitir: que a reparação do dano moral ocorra, como vem ocorrendo, “no nível do senso comum”. Daí a crítica formulada pela Professora Maria Celina Bodin de Moraes, para quem a importância do dano moral “*exige que se busque alcançar um determinado grau de tecnicidade, do ponto de vista da ciência do direito, contribuindo-se para edificar uma categoria teórica que seja elaborada o suficiente para demarcar as numerosas especificidades do instituto*”.¹¹

¹¹ BODIN DE MORAES, Maria Celina. “Conceito, função e quantificação do dano moral”. *Revista IBERC*, v. 1, n. 1. Minas Gerais, nov./fev., 2019, p. 11. Disponível em <https://revistaiberc.responsabilidadecivil.org/iberc/article/download/4/3/>. Acesso em 23.09.2022.

“*Em foco*”

35. PROTEÇÃO A INVESTIMENTOS: DESAFIOS PARA O PREENCHIMENTO DO ART. 473, PARÁGRAFO ÚNICO, CC

Renata C. Steiner

A denúncia é direito formativo extintivo pelo qual um dos contratantes pode, unilateralmente, colocar termo em uma relação concebida para durar por tempo indeterminado. No Direito positivo brasileiro, este direito formativo extintivo é objeto de tratamento de cunho geral no lacônico art. 473 CC, dispositivo que tem a seguinte redação:

Art. 473. A rescisão unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte.

Parágrafo único. Se, porém, dada a natureza do contrato, uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, a denúncia unilateral só produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos.

O texto contém uma regra e uma exceção. A regra, constante do *caput*, afirma a existência do direito extintivo quando a lei expressa ou implicitamente o permita e dispõe sobre a forma de seu exercício, que se dá mediante comunicação de vontade ao

**38. “ATRASOS CONCORRENTES E SIMULTÂNEOS”
EM CONSTRUÇÃO: UM PROBLEMA PURAMENTE
DE CAUSALIDADE**

Gisela Sampaio da Cruz Guedes

O que são os chamados “atrasos concorrentes e simultâneos”?

Há causas diversas de atraso de obra, que suscitam soluções distintas, mas uma das mais complexas é a dos atrasos concorrentes. Nas disputas de construção, não raras vezes ocorrem situações em que ambas as partes – empreiteiro e dono da obra – atrasam simultaneamente o cumprimento de alguma obrigação, impactando da mesma forma a entrega final da obra. Não são quaisquer atrasos, porém, que podem ser qualificados como “atrasos concorrentes e simultâneos”. E como as palavras têm múltiplos significados, convém alertar o leitor que, nesta edição da AGIRE, a expressão entre aspas (“atrasos concorrentes e simultâneos”) está sendo empregada para se remeter à seguinte situação:

1. Dois atrasos que são de responsabilidade contratual de partes diferentes;
2. As condutas das partes contratantes devem ter a mesma eficácia causal (ou eficácia causal aproximada) para a

produção do atraso na entrega final da obra, isto é, nenhuma delas deve ser mais efetiva para a causação do atraso;

3. Dois atrasos que não são relacionados – isto é, independentes entre si, de modo que um não provoca o outro, nem favorece a eficácia do outro – e teriam impactado a obra do mesmo jeito, mesmo se não existisse o outro;

4. Cada um dos dois atrasos deve, independentemente do outro, atrasar o próprio caminho crítico da obra (são causas cumulativas, e não complementares);

5. Os dois atrasos devem ser determinantes para o atraso final da obra, e não facilmente solucionáveis;

6. Os atrasos devem ocorrer concomitantemente (ou simultaneamente), impactando exatamente o mesmo período de tempo analisado.

E para ilustrar o que foi dito, tome-se o exemplo da construção de uma obra de infraestrutura: o empreiteiro atrasa o início da obra em 1 (uma) semana porque só se deu conta de que não tinha o equipamento necessário para encetar os trabalhos no dia em que estava contratualmente obrigado a dar início às obras. No entanto, mais tarde veio a descobrir que, ainda que tivesse o tal equipamento na data ajustada, não poderia ter iniciado a obra no momento oportuno, acordado contratualmente, porque a licença necessária para o início da construção, que ficara a cargo do dono da obra, também fora obtida com 1 (uma) semana de atraso. Os dois atrasos, portanto, impactam a entrega final da obra. A pergunta que se põe é: quem deve responder pelo atraso da obra nessa hipótese?

“Culpas não se compensam”

Com essa frase célebre, que é repetida em todos os manuais de Direito Civil, Pontes de Miranda explica que “[p]reliminarmente, é de afastar-se o conceito, que turvou a investigação e perturba a discussão, ainda hoje, de compensação de culpas. Culpas não se

compensam. O ato do ofendido é concausa ou aumentou o dano. Trata-se de saber até onde, em se tratando de concausa, responde o agente, ou como se há de separar do importe o excesso, isto é, o que tocaria ao que fez maior o dano, que, aí, é o ofendido”.¹

Significa dizer, por outras palavras, que não se deve “medir culpas”, mas, sim, danos, investigando-se as suas relações causais. E é justamente por isso que, mesmo em sede de responsabilidade objetiva, é possível “*pré-diminuir (ou, mesmo, pré-excluir) a responsabilidade do ofensor. Desse modo, ‘o ofensor responde, ou deixa de responder porque só até aquele ponto foi responsável, ou não foi responsável’*”.²

Breve nota sobre o fenômeno da concorrência de causas

A análise do nexos causal não é tarefa fácil, porque, à semelhança do que ocorre no Direito Penal com a figura da coautoria, também no Direito Civil é possível observar que várias circunstâncias podem interferir, de diferentes formas, na produção do resultado danoso. Embora a hipótese mais corriqueira de aplicação do art. 942 do Código Civil seja a de coautoria, em que há convergência subjetiva e objetiva na produção do dano – ou seja, autor e coautor agem (ou se omitem), de forma coordenada, para a produção do dano –, o suporte fático de incidência do referido dispositivo muitas vezes é utilizado pelos tribunais de forma a abarcar as situações de mera convergência objetiva.

Dentro da rubrica genérica da concorrência ou concurso de causas, impõe-se desde logo distinguir o conceito de causas complementares do de causas cumulativas. Verifica-se a ocorrência de causas complementares quando duas ou mais causas concorrem

¹ Pontes de Miranda, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, t. 22. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 281.

² MARTINS-COSTA, Judith. “Do inadimplemento das obrigações”. In: Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.) *Comentários ao Novo Código Civil*, vol. V, tomo 2, 2ª ed., Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2008, p. 508.

para a produção de um resultado que não teria sido alcançado de forma isolada por nenhuma delas. As causas complementares são também conhecidas como concausas, causalidade conjunta ou comum. Há, portanto, concausas quando o resultado lesivo é decorrência de fatos diversos que, isoladamente, não teriam eficácia suficiente para causar o dano. Já nas hipóteses de causas cumulativas, ao contrário, cada uma das causas teria, de forma isolada, determinado a produção do resultado. As causas cumulativas são também chamadas de concorrentes.

Tanto as causas complementares (concausas) como as causas concorrentes (causalidade cumulativa) podem ocorrer de forma simultânea (causas simultâneas) ou sucessiva (causas sucessivas). Em regra, quando vários agentes causam o dano de forma simultânea, a ofensa é única, razão pela qual se justifica plenamente a regra da solidariedade,³ com base no art. 942 do Código Civil.⁴

Na ocorrência de causas sucessivas, de outro lado, é possível cogitar-se de danos autônomos ou de uma espécie de “causalidade parcial” em que cada uma das causas dá origem a uma parcela independente do dano que, justamente por ser formado por partes autônomas, será imputado a diferentes autores sem a regra da solidariedade. Neste caso, em que cada agente causa uma parcela individualizada do dano, “impor a solidariedade é agredir a regra da causalidade jurídica”.⁵ Cada agente deverá responder tão somente pelo dano que causou ou pela parcela do dano que causou. Mas não é só. As causas sucessivas suscitam, ainda, outro problema que é o de se saber se o fato posterior (2º fato) interrompe ou não o nexo de

³ Diz-se “em regra”, porque pode acontecer de dois fatos serem simultâneos, mas só a eficácia causal de um deles ter realmente produzido o dano.

⁴⁴ Nos termos do art. 942: “Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação. Parágrafo único: São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932”.

⁵ MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. *Responsabilidade civil*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996, p. 344.

causalidade que ligaria a conduta do 1º fato ao dano, tornando essa discussão ainda mais complicada.

Consequências jurídicas dos atrasos

De modo geral, se o atraso ocorreu no caminho crítico da obra e foi provocado exclusivamente pelo dono da obra – que, por exemplo, não obteve a licença necessária para o início dos trabalhos –, sem que tenha havido qualquer outra causa concorrente, a consequência provável é que haverá a extensão dos prazos contratuais e o empreiteiro terá de ser ressarcido pelos prejuízos eventualmente sofridos (acréscimos de despesas com mão de obra, por exemplo).

Por outro lado, se o atraso ocorreu no caminho crítico da obra, mas em razão exclusivamente da conduta do empreiteiro, sem que tenha havido qualquer outra causa concorrente, a consequência provável é que o empreiteiro não será agraciado com a repactuação do prazo, nem receberá qualquer adicional de preço. Nesse segundo cenário, o empreiteiro é que responderá pelas consequências do atraso da obra, tendo que suportar os eventuais prejuízos sofridos pelo dono da obra, que podem já estar pré-fixados em cláusula penal ou circunscritos por cláusula limitativa do dever de indenizar.

Pode acontecer, ainda, de o atraso ter ocorrido no caminho crítico da obra, mas não ser imputável a qualquer das partes, sendo antes provocado por um caso fortuito ou de força maior. Nesse terceiro cenário, será preciso verificar se o próprio programa contratual já resolve a questão, alocando o risco do fortuito para uma das partes, nos termos do artigo 393 do Código Civil (*caput*, parte final). Na ausência de cláusula de alocação do risco concretizado, cada uma das partes suportará os seus próprios prejuízos, o que significa dizer que o empreiteiro não responderá pelos prejuízos sofridos pelo dono da obra em razão do atraso, mas terá de suportar as eventuais despesas adicionais incorridas para contornar os efeitos do fortuito.

A esses três cenários, acresce-se agora o quarto, aventado no início desta coluna: qual é a consequência jurídica dos “atrasos concorrentes e simultâneos”? Em outras palavras: o que acontece quando duas causas concorrentes (cumulativas) atuam de forma simultânea e com a mesma eficácia, preenchendo os seis requisitos elencados acima, para provocar o atraso de uma obra, sendo cada uma delas imputável a uma das partes contratantes?

Solução do problema

- Na prática, a parte ré da ação – quem quer que seja, empreiteiro ou dono da obra, dependendo de quem tiver tomado a iniciativa de propor a demanda – se defende sob o argumento de que a concorrência da outra parte para o atraso é suficiente para neutralizar os efeitos de seu próprio atraso, afastando, assim, a sua obrigação de indenizar.
- Na experiência internacional,⁶ a solução é ancorada em quatro pilares: (i) nenhuma das partes se beneficia monetariamente do atraso; (ii) a única solução permitida para os “atrasos concorrentes” é a extensão de prazo; (iii) o direito à indenização de uma das partes é “neutralizado” pelo direito à indenização da outra; (iv) o atraso é tratado como “escusável” e “não controlável” por qualquer parte.
- No Direito brasileiro, a questão muitas vezes é mal colocada. Esse problema nada tem a ver com culpas que não se compensam, nem, propriamente, com exceção do contrato não cumprido, sendo, em verdade, um problema puramente

de causalidade. A solução, portanto, não deveria ser muito diferente da experiência internacional, devendo o prejuízo ser repartido entre os dois agentes que causaram o dano, contanto que a questão envolva, de fato, atrasos concorrentes e simultâneos, nos termos aqui tratados.

⁶ E aqui cabe mencionar o Protocolo AACE® - Práticas recomendadas internacionalmente n.º 29r-03. Cf. também: ABU-MANNEH, Raid; HELM, Ulrich; STONE, Jonathan; RICHTER, Marcelo. “Concurrent analysis of concurrent delay: the approach in England, the UAE, Germany and Brazil”. *The International Construction Law Review*, 2020, pp. 106-129; LAL, Hamish; CASEY, Brendan; KAIDING, Josephine. “Comparative Approaches to Concurrent Delay”.

notadamente no que concerne ao original artigo 1184 do Código Napoleão. Tal regra em nada se assemelha aos revogados artigos 119, parágrafo único, e 1.092, parágrafo único, do Código Civil de 1916. Se na Lei Civil francesa era previsto que a resolução devia ser demandada judicialmente [“(l)a résolution doit être demandée en justice”], na brasileira unicamente que se opera por interpelação judicial, mantida no atual artigo 474 do Código Civil. Destarte, os dispositivos legais na matéria são díspares, não comportando, portanto, a comparação, pelo que, nesse particular, não se encontra serventia na doutrina estrangeira, que leva a errônea conclusão.

Em quarto lugar, mesmo que o Código Civil não subordine a resolução contratual à intervenção judicial, a posição aqui combatida propugna paradigma superado, de necessária submissão ao Poder Judiciário de questões que nem sequer se sabe se gerarão efetivo litígio. Atrai compreensão paternalista, como se a presença e a autoridade do juiz fossem implacáveis e sinônimo de segurança. Representa concepção que a via judiciária é sempre a primeira alternativa a se lançar mão, quando, efetivamente, deve ser a última.

À luz do que predomina na codificação civil europeia continental, nota-se que o padrão hodierno é o da resolução operada por meio de interpelação, independentemente de sentença judicial. É o que também dispõe o Código Civil brasileiro. Interpelação judicial, categoricamente, não é sinônimo de intervenção judicial.

O inadimplemento absoluto sujeita a parte lesante à resolução do liame, desde que presentes os respectivos requisitos. Se o credor pode romper o vínculo por interpelação, não é cabível sujeitá-lo a longa e custosa disputa litigiosa apenas para exercer o direito resolutório que a lei lhe atribui, sem que tal condicionante verdadeiramente subsista. E ao obrigado é sempre assegurado o direito de recorrer ao Poder Judiciário em busca de tutelas para proteger seus interesses em função de manejo abusivo ou sem fundamento do mecanismo em causa.

“*Em pauta*”

43. NA PAUTA DO STJ: CARTEL, PRESCRIÇÃO E INDENIZAÇÃO

Gisela Sampaio da Cruz Guedes

O caso em pauta

Na coluna *Em Pauta* desta semana, o REsp. 1.971.316-SP, julgado em 25.10.2022, cujo relator foi o Min. Luis Felipe Salomão. A controvérsia cinge-se a definir o termo inicial do prazo prescricional aplicável à ação de indenização por danos materiais e morais, sofridos em decorrência da prática de atos potencialmente configuradores de cartel. Na berlinda, sociedades que atuavam no ramo de fabricação e comercialização de sucos de laranja, acusadas por desenvolver suas atividades industriais e comerciais com “inequívoca unidade de propósitos, a partir da formação de acordos, convênios e alianças, como ofertantes, visando à fixação artificial de preços e quantidades vendidas e produzidas, ao controle do mercado nacional, em detrimento da concorrência, da rede de distribuição e fornecedores, relativo a suco de laranja industrializado”.¹

“Stand-alone suits” vs. “follow-on suits”

As ações de indenização por dano concorrencial podem ter como fundamento (i) condutas anticoncorrenciais relatadas

¹ STJ, 4ª T, REsp. 1.971.316-SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, v.u., j. 25.10.2022.

diretamente pelas vítimas ou (ii) condutas que foram previamente investigadas pelas autoridades de defesa da concorrência. No primeiro caso, têm-se uma ação judicial *stand-alone*, em que a própria vítima apresenta as provas do ato alegado, assim como a demonstração do dano sofrido; no segundo, a chamada ação judicial *follow-on*, em que a vítima se vale das provas e decisões produzidas pela autoridade concorrencial que condenou o cartel, na esteira da investigação anteriormente em curso. O nosso *Em Pauta* é sobre uma ação *stand-alone*, mas, nos “follow-on suits”, surge a questão de se saber até que ponto a decisão administrativa vincula o juízo cível, controvérsia que também merece atenção.

Influência da decisão administrativa sobre o juízo cível

O Código Civil consagra, no art. 935, a independência da responsabilidade civil em relação à criminal, mas ressalva que no juízo cível não se poderá mais questionar “sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal”. Se assim não fosse, graves distorções poderiam ocorrer, comprometendo os valores do ordenamento, como sistema que deve funcionar de forma harmônica e sem contradições. Na esfera criminal, portanto, a condenação pela prática de cartel define o fato e a autoria no juízo cível.

Já na esfera administrativa, o art. 47 da Lei n.º 12.529/2011, que regula a estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, estabelece apenas que os prejudicados pelas práticas que constituam infração da ordem econômica poderão ingressar em juízo para pleitear perdas e danos, “independentemente do inquérito ou processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação”. O referido dispositivo, cuja redação difere do art. 935 do Código Civil, tem sido usado para fundamentar tanto (i) casos em que, mesmo ciente da condenação administrativa, o juízo cível discordou do CADE e entendeu que não houve qualquer conduta ilícita, como também (ii) casos em que o juízo cível acolheu

a decisão condenatória do CADE como evidência significativa da prática de cartel.²

O termo inicial da prescrição

No caso em pauta, o autor da ação, produtor rural que celebrara contrato de compra e venda de laranja com uma das signatárias de Termo de Cessação de Conduta (“TCC”), pleiteava, dentre outras coisas, indenização correspondente à diferença entre o preço contratado para a venda das caixas de laranja e o preço que deveria ter sido pago no cenário hipotético sem cartel.

A grande questão do caso era definir o termo inicial da prescrição, considerando o seguinte:

- (i) a operação de cartel teve início logo após a celebração de acordo entre os envolvidos, consubstanciando-se neste momento o início da produção dos danos concorrenciais;
- (ii) o CADE instaurou o processo administrativo em 1999;
- (iii) no curso das investigações, a ré chegou a firmar com a autoridade administrativa investigadora um TCC, como condição de suspensão do processo administrativo instaurado contra ela, mas o referido acordo foi extinto em razão do cumprimento das obrigações ali pactuadas. O Tribunal Administrativo do CADE proferiu a decisão extintiva em 2018;
- (iv) não havia decisão do CADE reconhecendo a existência de cartel, nem confissão da ré em relação a esse fato, sendo o caso em pauta, como já dito, exemplo de “stand-alone suit”;
- (v) os dois contratos firmados entre o autor e a ré datavam de 2001 e 2003, tendo por objeto as safras de 2001/2002 a 2005/2006; e, finalmente,
- (vi) a ação indenizatória foi ajuizada pelo citricultor em 2019.

² A crítica é de CASELTA, Daniel Costa. *Responsabilidade civil por danos decorrentes de cartel*, p. 97 e seguintes. Dissertação de mestrado defendida em 2015, perante a Universidade de São Paulo, sob a orientação do Professor José Marcelo Martins Proença.

Em 1ª instância, mesmo tendo sido aplicado o prazo decenal, a pretensão do autor foi considerada prescrita, porque o juiz entendeu que o termo inicial da prescrição era a data de celebração dos contratos.

O autor então recorreu ao TJ/SP, sustentando que prescrição deveria ser contada da publicação da decisão extintiva do CADE. A 31ª Câmara de Direito Privado do TJ/SP manteve a sentença, sob o fundamento de que, nas ações *follow-on*, a prescrição fluiria a partir da decisão condenatória do CADE por infração da ordem econômica, mas, no caso concreto, o CADE teria proferido decisão meramente homologatória de TCC, de natureza diversa, razão pela qual a prescrição teria fluído desde a celebração dos contratos, conforme decidido na sentença. Já no que concerne ao prazo prescricional, dissentindo do juiz de 1º grau, o TJ/SP registrou que a demanda estava embasada em suposto cartel de preços (ilícito concorrencial), e não em descumprimento contratual, então o prazo aplicável teria que ser o trienal, atinente às pretensões reparatórias provenientes de ilícito extracontratual.

A 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, em julgamento unânime, decidiu em linha com o TJ/SP, nos seguintes termos: “o início do prazo prescricional, nessas hipóteses, não pode ser a data da decisão condenatória proferida pelo CADE, simplesmente porque decisão condenatória não há. Em situações como essa, o início do prazo prescricional (tratando-se de responsabilidade extracontratual) é o momento em que o prejudicado teve ciência da conduta que afirma ser ilícita, conforme a regra geral prevista no diploma material civil e o entendimento desta Corte Superior”.³

O momento em que o lesado teve conhecimento (ou poderia, objetivamente, ter tido conhecimento) do ilícito é, de fato, importante para a análise da prescrição, porque a partir daí a pretensão já pode ser exercida. Em vez de tratar da prescrição a partir dos seus efeitos, como fazia o Código Civil de 1916 sem muito rigor

³ Trecho da decisão comentada.

científico, o Código Civil de 2002 ancorou a disciplina da prescrição na noção de pretensão, que significa “somente aquilo que se pode exigir”.⁴ No cerne do debate está, portanto, o conceito de pretensão, que muitas vezes é confundido com “direito”, “lesão” ou mesmo ainda com “ação” no sentido processual. Apesar de a noção de pretensão não estar bem definida pela doutrina brasileira, a ideia denota um “poder exigir” – no sentido de possibilidade de exigir – e, no atual Código Civil, aparece desvinculada do direito processual.

Assim, o antigo rigor que existia em torno da vetusta concepção de segurança jurídica e da “possibilidade jurídica de exercício do direito” cedeu lugar à “exercibilidade concreta da pretensão”, que só pode ser identificada no âmbito de determinada relação jurídica.⁵ O próprio conceito de inércia passou a ser visto numa perspectiva mais dinâmica e funcional, com referência: “(i) ao comportamento exigível do titular, avaliando-se o modo pelo qual o direito é desfrutado e realizado; (ii) ao momento em que a pretensão surgiu e se tornou exercitável, investigando-se se restou configurada a impossibilidade de agir; (ii) o comportamento adotado pelo titular do direito”.⁶

Embora a decisão do STJ se refira ao “momento em que o prejudicado teve ciência da conduta que afirma ser ilícita”, aparentemente em linha com o conceito de pretensão, algumas dúvidas persistem. Tanto a decisão de 1ª instância, quanto a decisão do TJ/SP e do STJ tomaram como marco inicial da prescrição a data dos contratos firmados pelo citricultor, e não a decisão extintiva do CADE, mas será que, ao firmar tais contratos, o citricultor já tinha realmente ciência de que era vítima do cartel? Não seria possível aplicar, analogicamente, o art. 200 do Código Civil ao caso,

⁴ FONTES, André. *A pretensão como situação jurídica subjetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 18.

⁵ VITUCCI, Paolo. *La prescrizione*, t. 1, Milão: Giuffrè, 1999, p. 205.

⁶ SAAB, Rachel. “Análise funcional do termo inicial da prescrição”. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; SOUZA, Eduardo Nunes. *A juízo do tempo: estudos atuais sobre prescrição*, Rio de Janeiro: Processo, 2019, p. 146.

suspendendo-se o prazo prescricional até a decisão extintiva do CADE?

Prova e quantificação do sobrepreço

No caso dos cartéis, o dano patrimonial decorre do chamado “sobrepreço”, que nada mais é do que o valor pago a maior pelo adquirente do produto ou do serviço em virtude do aumento artificial dos preços provocado pelo cartel.

No Direito brasileiro, embora o *quantum debeatur* possa ser deixado para a fase de liquidação, a existência do dano (*an debeatur*) deve ser provada ainda no processo de conhecimento e, no que diz respeito aos cartéis, passa necessariamente pela demonstração: (i) de que houve, de fato, sobrepreço no mercado em decorrência do cartel (estudos econômicos podem analisar os preços praticados no mercado⁷ e o contato estreito entre os concorrentes pode evidenciar como os ajustes de aumento de preço eram praticados)⁸; e (ii) de que o autor adquiriu os produtos ou serviços das empresas que formavam o cartel no período e no mercado em que se verificou o tal sobrepreço.

A grande dificuldade é o *quantum debeatur*, que envolve a comparação entre o preço efetivamente pago pelo prejudicado e aquele que deveria ter sido pago no cenário contrafactual (“but-for scenario”), isto é, no cenário hipotético em que o cartel não existiria. Não por outra razão a quantificação dos danos nesses casos de cartéis costuma ser apontada pelos especialistas como um dos maiores

⁷ Em 2009, a Comissão Europeia classificou as diferentes metodologias de cálculo dos danos causados por práticas competitivas em 3 grupos, conforme os critérios empregados para a estimação do cenário contrafactual: (i) “comparator-based approach”; “financial-analysis-based approach” e, finalmente, (iii) “market-structure-based approaches” (Oxera Consulting, *Quantifying Antitrust Damages: towards non-binding Guidance for Courts – study prepared for de European Commission*, 2009. Disponível em: https://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_study.pdf. Acesso em 26.11.2022).

⁸ Recentemente, aliás, o STJ discutiu a aplicação do art. 942 do Código Civil para um caso de cartel, condenando, solidariamente, todas as sociedades envolvidas (STJ, 2ª T, AgInt no Agravo em REsp. nº 1.011.234/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, j. 28.03.2022).

obstáculos à reparação (e também seria no caso ora examinado, não fosse a prescrição).⁹ É nesse campo da reparação, sem dúvida, onde a responsabilidade civil mais tem falhado.¹⁰

⁹ Outra discussão interessante é se o Direito brasileiro admite a chamada “pass-on defense”, que consiste na alegação de que o adquirente direto dos produtos não teria direito à indenização por não ter arcado com os prejuízos decorrentes do cartel, tendo apenas repassado o montante do sobrepreço aos destinatários finais do produto. Acolhendo espécie de “pass-on defense”, o TJ/SP, por exemplo, já confirmou sentença de 1ª instância que havia negado o pedido de indenização formulado por concessionária de veículos por alegados prejuízos sofridos em decorrência de suposto cartel de frete de veículos (TJ/SP, 4ª CDPriv., AC n.º 0149141-75.2009.8.26.0100, Rel. Des. Milton Carvalho, j. 25.10.2012).

¹⁰ E aqui vale uma importante recomendação de leitura: FERNANDES, Mícela Barros Barcelos. *Danos concorrenciais nas relações interempresariais*: a caracterização do dano indenizável e os caminhos da tutela reparatória de interesses econômicos. Tese de doutorado defendida perante a Universidade do Estado do Rio de Janeiro, sob a orientação do Professor Carlos Nelson Konder e de cuja banca tive o prazer de participar.

1. **Lei nº 14.112/2020:** ao revogar o § 4º, do art. 83,¹¹ da Lei nº 11.101/2005, e introduzir o § 5º¹² no mesmo dispositivo, passou-se a reconhecer que os créditos trabalhistas cedidos a terceiros conservam sua posição privilegiada no concurso falimentar, não sendo convertidos em quirografários (como se dava no regime anterior).

2. **Lei nº 14.286/2021:** confirmou,¹³ em seu art. 13, IV, que a cessão de crédito cujo pagamento tenha sido estipulado em moeda estrangeira, nos termos admitidos pelo mesmo dispositivo nos incisos I a III, não altera o seu regime jurídico, inclusive se as partes envolvidas forem residentes no Brasil.¹⁴

Como se nota, a jurisprudência do STJ e a legislação caminham, *pari passu*, em direção à promoção de segurança jurídica, garantindo a estabilização do regime aplicável ao crédito objeto de cessão. Com efeito, uma vez constituído, o crédito se objetiva, autonomiza-se dos sujeitos envolvidos e passa a ser valorado como bem jurídico submetido ao específico regime sob o qual foi instituído, conservando-o, em princípio, até que seja, enfim, satisfeito.

¹¹ “Art. 83, § 4º Os créditos trabalhistas cedidos a terceiros serão considerados quirografários.”

¹² “Art. 83, § 5º Para os fins do disposto nesta Lei, os créditos cedidos a qualquer título manterão sua natureza e classificação.”

¹³ Semelhante previsão já constava do art. 2º, V, do Decreto-lei nº 857/1969 e do art. 1º, parágrafo único, I, da Lei nº 10.192/2001.

¹⁴ “Art. 13. A estipulação de pagamento em moeda estrangeira de obrigações exequíveis no território nacional é admitida nas seguintes situações: IV. na cessão, na transferência, na delegação, na assunção ou na modificação das obrigações referidas nos incisos I, II e III do *caput* deste artigo, inclusive se as partes envolvidas forem residentes.”

47. MECANISMOS DE AJUSTE DE PREÇO (I): A CLÁUSULA DE “EARN-OUT” À LUZ DA BOA-FÉ OBJETIVA

Gisela Sampaio da Cruz Guedes

Nas operações de aquisição de participações societária, como em qualquer contrato de compra e venda, vendedor e comprador ocupam polos de interesses opostos. Enquanto aquele tende a ter uma visão mais otimista da sociedade-alvo (no jargão do mercado, a “target”), este costuma ter uma visão mais conservadora do negócio. O primeiro *Em Foco* de 2023 inaugura uma série de textos sobre os mecanismos de ajuste de preço em operações de fusões e aquisições, como é o caso da chamada cláusula de *earn-out*, figura que protagoniza diversas arbitragens, nacionais e estrangeiras, e que será objeto desta primeira coluna.

Parcela variável do preço

A cláusula de *earn-out* revela técnica negocial que estrutura o pagamento em parcelas, sendo o *earn-out* a parte variável do preço que se sujeita a condições. É geralmente utilizada nas operações em que não há convergência das partes sobre a avaliação financeira da

sociedade-alvo,¹ seja porque discordam da metodologia utilizada (fluxo de caixa descontado, múltiplos etc.), seja porque discordam da avaliação de determinado passivo ou simplesmente porque têm interesses contrapostos e não conseguem chegar a um consenso sobre preço. O *earn-out* representa, portanto, como sintetiza Paulo Aragão: “a parcela variável do preço, um acréscimo ao valor fixo, mas apenas será devido, se e somente se, em determinado período de tempo após o fechamento da operação (também chamado ‘período de *earn-out*’), certas metas econômicas/financeiras futuras e predefinidas forem atingidas”.²

Natureza jurídica

Utilizada como forma de postergar o pagamento de parcela contingente do preço de aquisição, sob a condição do bom desempenho da sociedade adquirida, a cláusula de *earn-out* assume a feição de forma de pagamento condicionada,³ ostentando, quando efetivamente devida, natureza jurídica de preço. Estabelece, portanto, uma obrigação sujeita a condição suspensiva, em que o dever do comprador de pagar parte adicional do preço fica vinculado a evento – futuro e incerto – delimitado pelas partes, baseado não em

¹ Nesse sentido: “Com efeito, esta cláusula é em regra pactuada em operações de aquisição societária em que têm, as partes, ‘opiniões diversas sobre o valor justo da companhia-alvo e sua performance futura’. Ao fixar o preço, o alienante anuncia lucros futuros de alta monta, mas o adquirente não tem como se assegurar previamente da veracidade desta informação. Combina-se, então, o pagamento de valores discernidos no tempo e na determinação: uma parcela é fixa e paga no momento da conclusão do negócio; outra será paga se os tais lucros foram, efetivamente, alcançados em determinado período, em regra, os antigos sócios permanecendo por este período na administração do negócio” (MARTINS-COSTA, Judith. “Contrato de cessão e transferência de quotas. Acordo de sócios. Pactuação de parcela variável do preço contratual denominada *earn out*. Características e função (‘causa objetiva’) do *earn out*”, *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 42. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./set. 2014, pp. 153-188).

² ARAGÃO, Paulo Cezar. “Obrigações vinculadas à cláusula de *earn-out* prevista no contrato”. In: GOUVÊA, Carlos Portugal; PARGENDLER, Mariana; LEVI-MINZI, Maurizio (org.). *Fusões e aquisições: pareceres*. São Paulo: Almedina, 2022, p. 350.

³ MARTINS-COSTA, Judith. “Contrato de cessão e transferência de quotas. Acordo de sócios. Pactuação de parcela variável do preço contratual denominada *earn out*. Características e função (‘causa objetiva’) do *earn out*”, cit., pp. 153-188.

suas expectativas subjetivas, mas antes em verificações objetivas e concretas na sociedade-alvo, cujo resultado financeiro precisará atingir determinadas metas de desempenho definidas previamente no contrato de compra e venda.

Função

A cláusula de *earn-out* é, em uma palavra, verdadeira “ponte” de entendimento entre comprador e vendedor,⁴ já que este último aceita, condicionalmente, as premissas otimistas do vendedor. Trata-se, portanto, de mecanismo de alocação de riscos: o comprador assume o risco de ter que pagar quantia adicional se o desempenho da sociedade superar as métricas definidas; ao passo que o vendedor assume o risco de não receber nada além do valor fixo já pago, caso a condição não venha a ser implementada pelo fracasso da sociedade vendida.

A referida cláusula revela-se, por isso mesmo, conveniente para ambas as partes sob diversos sentidos⁵: “(i) alinha interesses; (ii) reduz a assimetria informacional presente nas transações de aquisição de sociedade; (iii) reduz o risco de comportamentos oportunistas; (iv) aloca riscos; e (iv) permite que a avaliação da sociedade seja fruto do efetivo faturamento obtido, e não somente do prognóstico esperado pelas partes, cuja precisão normalmente é

⁴ A expressão é de ZILVETI, Fernanda Aurelio; NOCETTI, Daniel Azevedo. “*Earn-out – aproximação interdisciplinar e a IN n° 1.700/2017*”. In: PINTO, Alexandre Evaristo; SILVA, Fabio Pereira da; MURCIA, Fernando Dal-Ri e VETTORI, Gustavo Gonçalves (org.). *Controvérsias jurídico-contábeis*. São Paulo: Atlas, 2020, p. 131.

⁵ Como explica Paulo Aragão: “Se, por um lado, a estipulação da cláusula de *earn-out* possibilita que os vendedores recebam, além do preço fixado como certo, um acréscimo, levando em consideração sua confiança no potencial de desenvolvimento da sociedade vendida, por outro lado os compradores postergam o dispêndio de parte do preço, cujo pagamento estará vinculado aos ganhos advindos do atingimento das metas financeiras, garantindo, assim, que o adicional só será devido mediante o efetivo bom desempenho da sociedade adquirida. A cláusula de *earn-out* atende, a um só tempo, aos interesses do credor e do devedor e proporciona verdadeiro alinhamento de interesses entre as partes” (“Obrigações vinculadas à cláusula de *earn-out* prevista no contrato”, cit., p. 352).

incerta”.⁶ Da cláusula de *earn-out* despontam, portanto, múltiplas funções, assim como diversos efeitos.

Obrigação de meio

A previsão contida na cláusula de *earn-out* não consiste em obrigação de resultado, mas sim em obrigação de meio, cuja exigibilidade se verifica mediante o implemento de condição suspensiva. O comprador não se compromete a atingir determinado resultado que conferirá ao vendedor seguramente o pagamento do *earn-out*. Até porque a diligência que deve nortear a atuação da administração de uma sociedade não gera, necessariamente, sucesso empresarial ou um resultado positivo para a sociedade. Como já se afirmou, “[o]s maus resultados de uma companhia não decorrem, necessariamente, da violação do dever de diligência”.⁷

Onde entra a boa-fé nessa discussão?

Quando as métricas financeiras não são atingidas e o *earn-out* não é pago, não raras vezes o vendedor, que já contava com o *earn-out* como se fosse certo, tenta responsabilizar o comprador, alegando que isso só ocorreu em razão da forma de gestão adotada após a aquisição. Esse argumento costuma ser atrelado e confundido com a obrigação de gerir a sociedade de acordo com o curso normal dos negócios, embora os efeitos da cláusula do curso ordinário dos negócios geralmente sejam vinculados ao período entre a assinatura e o fechamento, e não entre o fechamento e a data prevista para o

⁶ ARAGÃO, Paulo Cezar. “Obrigações vinculadas à cláusula de *earn-out* prevista no contrato”, cit., p. 353.

⁷ CAMPOS, Luiz Antonio Sampaio. “Deveres e responsabilidades”. In: LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz (coords.). *Direito das Companhias*, v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2009, pp. 1.103-1.104.

pagamento do *earn-out* (mas isso depende, evidentemente, da própria redação da cláusula e do que foi combinado pelas partes⁸).

E para recheiar a discussão, como a boa-fé, no Direito brasileiro, vem sendo superutilizada (e, muitas vezes, utilizada também pela parte que não agiu de boa-fé), o vendedor, muitas vezes, ainda acusa o comprador de ter descumprido os deveres instrumentais oriundos da boa-fé objetiva ao deixar de observar as práticas empresariais que, historicamente, tornaram rentáveis as atividades da sociedade-alvo. Com essa linha de argumentação, o vendedor sustenta, então, que o comprador deve arcar com o pagamento dos valores de *earn-out*, ainda que as metas financeiras previstas não tenham sido atingidas. Invoca-se, com frequência, o art. 129 do Código Civil para reputar a condição verificada.⁹

Às vezes essa tese é genuinamente sustentada; outras vezes, porém, serve apenas como fogo de encontro em reconvenção para tirar o foco de um passivo oculto que o vendedor não consegue explicar. A questão que se põe para reflexão é se, de fato, há um dever, que se possa extrair como corolário do princípio da boa-fé objetiva, de o comprador adotar na sociedade adquirida uma metodologia de administração conforme as práticas de gestão até então conduzidas pelo vendedor mesmo sem que isso esteja expresso no contrato.

⁸ No caso Nilson Corrêa da Silva e outros v. Sercon (CAM-CCBC Case n.º 64/2013/SEC3), os Requerentes alegaram que, a partir da assunção das operações da Sercon, a Steris passou a alterar os negócios a fim de impedir os pagamentos de *earn-out* aos vendedores. O Tribunal Arbitral entendeu que as alterações provocadas pela Steris no sistema operacional da Sercon, em descumprimento à vedação de alterações operacionais durante o período de *earn-out*, geraram a presunção de que em condições inalteradas a Sercon teria sido capaz de atingir as metas, afastando, então, a tese da Requerida de que os Requerentes não cumpriram com as suas obrigações na diretoria industrial e comercial. Nesse caso, porém, havia cláusula expressa impedindo alterações operacionais no período de *earn-out*. A sentença arbitral foi posteriormente questionada em ação anulatória, mas o TJ/SP manteve a decisão, embora sem julgar o mérito (TJ/SP, 2ª CRDEmp., AC 1138617-55.2016.8.26.0100, Rel. Claudio Godoy, j. 13.05.2019).

⁹ Código Civil: “Art. 129. Reputa-se verificada, quanto aos efeitos jurídicos, a condição cujo implemento for maliciosamente obstado pela parte a quem desfavorecer, considerando-se, ao contrário, não verificada a condição maliciosamente levada a efeito por aquele a quem aproveita o seu implemento”.

Nessa discussão, é sempre bom lembrar que, depois do fechamento, (i) o comprador está ansioso para imprimir o seu próprio modo de gestão e tem todo interesse em que a sociedade prospere; (ii) o pagamento do *earn-out* representa um “ganha-ganha”. Afinal, se a sociedade bater todas as metas que formam o “gatilho” do *earn-out*, o vendedor sai ganhando, porque recebe a parcela variável do preço, mas inevitavelmente o comprador também, porque a sociedade agora é dele. Se não há no contrato cláusula que imponha o curso ordinário dos negócios até o pagamento do *earn-out*, será que o comprador está mesmo obrigado, pela boa-fé, a não fazer qualquer alteração na gestão da companhia até passar o período de *earn-out*?

Por outro lado, pode acontecer também de o *earn-out* ser efetivamente devido e o comprador esteja apenas se utilizando de subterfúgios para maquiagem os números, com o único propósito de se escusar de pagar a parcela variável do preço – atuando mesmo de forma contrária à boa-fé.

São por essas e outras controvérsias que a cláusula de *earn-out* tem sido verdadeiro ganha pão para os advogados. A solução mais eficiente para aplacar potenciais conflitos é especificar, no contrato, os pontos que formariam espécie de cláusula pétrea da administração – tudo o que não pode ser alterado e que as partes reputam relevante para influenciar o resultado do *earn-out*.¹⁰

¹⁰ Nesse sentido, cf. MÜSSNICH, Francisco Antunes Maciel. “A cláusula de *earn-out* na aquisição de sociedades: solução ou postergação do problema?”. In: CASTRO, Rodrigo Rocha Monteiro de, AZEVEDO, Luis Andre; HENRIQUES, Marcus de Freitas. *Direito societário, mercado de capitais, arbitragem e outros temas: homenagem a Nelson Eizirik*. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 994.

“*Em debate*”

48. OS DANOS AOS PALÁCIOS E AS FIGURAS DA CAUSALIDADE ACUMULATIVA E DA COAUTORIA

Judith Martins-Costa

A violência¹ perpetrada contra a Nação brasileira e a ordem democrática em 8 de janeiro passado não causou apenas danos políticos à Nação. Dela também resultaram danos juridicamente indenizáveis na esfera civil. É destes que me ocuparei, para averiguar se justificariam a invocação da doutrina da causalidade acumulativa, também conhecida como “causalidade alternativa”, ou, diferentemente, se a figura da coautoria. Qual delas melhor se presta a fundamentar a imputação de responsabilidade à turba que, adentrando ensandecida aos palácios que simbolizam o cerne da estrutura democrática – os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário – destruiu, furtou, roubou, danificou instalações, equipamentos, mobiliário, obras de arte, documentos históricos?²

¹ Discute-se a sua qualificação jurídica em vista da lei penal brasileira, se atos de terrorismo ou de vandalismo. Os atos foram qualificados como terrorismo pelo Ministro Alexandre de Moraes, em recente decisão pela qual determina, a pedido da PGR, a instalação de inquérito para averiguar a conduta do ex-presidente da República na prática de crimes contra o Estado Democrático de Direito (Inquérito 4.921 Distrito Federal). Outros juristas, como os Professores Alexandre Wunderlich, Raquel Scalcon e Rogério Taffarello, sem afastar a extremada gravidade dos crimes praticados pela turba, apontam as dificuldades de os qualificar como atos de terrorismo (vide, respectivamente, WUNDERLICH, Alexandre; SCALCON, Raquel. Entrevista in Folha de S. Paulo, 9 de janeiro de 2023; e TAFFARELO, Rogerio. *Terror jurídico e terror político*. Consultor Jurídico CONJUR, 10 de janeiro de 2023).

² Assim aponta-se nas 5 páginas de Relatório preliminar realizado pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN) acerca de vistoria dos bens culturais

52. NA PAUTA DO STJ: A PRÁTICA PERIGOSA DE ALICIAR PRESTADORES DE SERVIÇO

Gisela Sampaio da Cruz Guedes

A coluna “Em Pauta” desta semana diz respeito ao REsp n.º 2.023.942-SP, julgado em 25.10.2022, cujo relator foi o Min. Ricardo Villas Bôas Cueva.¹ A controvérsia girou em torno da interpretação do art. 608 do Código Civil,² tendo como pano de fundo um contrato de prestação de serviços, celebrado entre uma empresa televisiva e um apresentador de TV, que foi prematuramente extinto pelo fato de o apresentador ter aceitado oferta de trabalho mais vantajosa oferecida por empresa concorrente.

Contextualização

De um lado, a Band, de outro, o SBT; no meio, o apresentador e humorista Danilo Gentili, que tinha contrato de prestação de serviço em vigor com a Band, o qual previa, entre outros serviços, a realização de programas de TV e a cessão de direitos autorais e de exploração da imagem do artista.

¹ STJ, 3ª T., REsp 2.023.942/SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 25.10.2022, v.u., DJ 28.10.2022.

² Código Civil: “Art. 608. Aquele que aliciar pessoas obrigadas em contrato escrito a prestar serviço a outrem pagará a este a importância que ao prestador de serviço, pelo ajuste desfeito, houvesse de caber durante dois anos”.

Antes do decurso do prazo deste contrato, e após receber proposta profissional do SBT, o apresentador optou pelo rompimento do contrato e transferiu seu trabalho e equipe para o SBT. Para a Band, houve aliciamento do profissional, nos termos do art. 608 do Código Civil, e concorrência desleal. Diante disso, a Band ajuizou ação indenizatória requerendo, entre outros pedidos, a condenação do SBT ao pagamento de indenização em decorrência do aliciamento perpetrado.

Em primeira instância, o pedido indenizatório da emissora foi julgado parcialmente procedente para condenar o SBT ao pagamento de indenização no valor de R\$ 3,684 milhões. Em sede de apelação, a sentença foi mantida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo. Para a corte estadual, o SBT sabia do contrato em vigor, o que indicaria a prática de aliciamento e imporia o dever de indenização com base no art. 608 do Código Civil.

A decisão do STJ

Por maioria de votos, a 3ª Turma do STJ entendeu que o SBT não deveria ser responsabilizado pela quebra do contrato, uma vez que a oferta de proposta mais vantajosa a artista contratado por emissora de TV concorrente não configuraria automaticamente prática de aliciamento de prestador de serviço. De acordo com o Min. Relator, a discussão passa pela análise da teoria do terceiro cúmplice, se esta deve ou não se aplicada, ainda que com certas peculiaridades.

Teoria do terceiro cúmplice

Já consolidada na doutrina e jurisprudência nacionais, a teoria do terceiro cúmplice leva em consideração que o contrato, mais do que uma relação jurídica entre seus signatários, é também um fato social, cuja existência não se limita às partes contratantes. Ou seja, o contrato não pode deixar de produzir certas repercussões em relação a terceiros, pois dele surge um dever jurídico destes não

intervirem ou impedirem o cumprimento do contrato. O princípio da relatividade do contrato, segundo o qual o contrato produz efeitos apenas entre as partes contratantes, não impede a sua oponibilidade a terceiros, de modo que “os terceiros não podem comportar-se como se o contrato não existisse”.³ Do contrário, poderão ser responsabilizados por intervirem indevidamente na relação jurídica.

No caso, o Min. Relator ressaltou que, se, por um lado, a teoria do terceiro cúmplice reforça a função social do contrato e os deveres decorrentes da boa-fé objetiva, a condicionar, em alguma medida, o exercício da liberdade contratual de terceiros, por outro, a interpretação e aplicação do disposto no art. 608 do Código Civil demandaria reflexão mais profunda.

A interpretação do art. 608 do Código Civil segundo o voto vencedor

Para o Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, o art. 608 do Código Civil não pode ser interpretado de forma apenas literal, pois isso resultaria numa realidade em que toda a coletividade teria o dever de abstenção da pactuação de negócios jurídicos com prestadores de serviço no curso de contratos anteriormente assumidos.

Segundo seu voto vencedor, “o art. 608 do Código Civil de 2002 busca combater práticas desleais entre agentes econômicos, conduta apta a demonstrar uma vontade manifesta de aliciar”. Assim, o reconhecimento da prática de aliciamento de prestadores de serviços “deve levar em conta a lógica econômica e concorrencial das relações jurídicas entabuladas entre prestador de serviço e contratante, com especial destaque ao mercado envolvido, de modo

³ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. “Interpretação do contrato pelo exame da vontade contratual. O comportamento das partes posterior à celebração. Interpretação e efeitos do contrato conforme o princípio da boa-fé objetiva. Impossibilidade de venire contra factum proprium e de utilização de dois pesos e duas medidas (*tu quoque*). Efeitos do contrato e sinalagma, assunção pelos contratantes de riscos específicos e impossibilidade de fugir do ‘programa contratual’ estabelecido” (Parecer). In: *Estudos e pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 142.

a conformar a conclusão do que consistiria o ato de ‘aliciar’ aos fundamentos e princípios constitucionais da ordem econômica, sobretudo a livre iniciativa e a livre concorrência”. Ou seja, a interpretação do ato de aliciar deve ser realizada de forma contextualizada.

Nesses termos, para o relator, no mercado de entretenimento televisivo, que é “altamente competitivo”, o aliciamento não poderia ser presumido pelo simples fato de um artista encerrar um contrato para aproveitar proposta mais vantajosa. Segundo ele, “a liberdade de contratar e a impossibilidade de manter alguém em uma relação contratual que não mais lhe interessa não podem ser desprezadas”, especialmente quando se trata de emissoras experientes que poderiam, inclusive, se precaver de tais riscos.

Com base nisso, o Min. Relator reconheceu que o SBT, ao apresentar oferta a artista que mantinha relação jurídica com emissora concorrente, não praticou o ato de aliciamento previsto no art. 608, uma vez “ausente qualquer indício da prática de concorrência desleal ou de violação dos deveres decorrentes da boa-fé objetiva e da função social do contrato”.

Responsabilidade sem dano?

Um dos argumentos subsidiários do SBT para afastar sua responsabilização fundou-se na violação do art. 186 do Código Civil, em virtude da ausência de comprovação de dano a justificar a aplicação da cláusula geral de responsabilidade civil. Apesar de restar prejudicado o argumento, o Min. Relator destacou que, nos casos de responsabilização com fundamento no art. 608 do Código Civil, “a lei dispensa a prova do prejuízo, prefixando a indenização no valor que a lesada pagaria ao prestador pelo período de 2 (dois) anos”.

Esse entendimento é também reforçado no voto vencido da Min. Nancy Andrighi. Para a Min. Nancy, no art. 608 do Código Civil o legislador teria optado por “punir” tão somente a prática de

aliciamento exitosa, sem exigir a configuração de outros requisitos. Segundo a Ministra, o referido artigo não versaria sobre o dever de indenizar por prejuízos causados, mas apenas descreveria uma conduta, cuja prática gera uma sanção pecuniária prefixada e, apesar de inspirado na teoria do terceiro cúmplice, seria um dispositivo específico, aplicável apenas aos contratos de prestação de serviços, dispensando a prova do prejuízo e exigindo a caracterização da simples conduta de aliciar, quando exitosa.

Na linha desses entendimentos, o art. 608 do Código Civil desponta como hipótese em que a responsabilidade civil assume feição punitiva, dispensando-se a demonstração do dano para a configuração do dever de indenizar. Assim, bastaria a demonstração do ato de aliciar – e seu êxito – para que a sanção prefixada no referido dispositivo fosse aplicada.

No entanto, esse caráter punitivo da responsabilidade civil – com razão – ainda é muito criticado no sistema jurídico brasileiro, principalmente no que se refere à sua aplicação aos danos extrapatrimoniais, justamente porque não se coaduna com a função primordial da responsabilidade civil e gera uma forte dependência do arbítrio do juiz. Como explica Maria Celina Bodin de Moraes:

“[p]ara que vigore a lógica do razoável nesta matéria parece imprescindível que se atribua caráter punitivo apenas a hipóteses taxativamente previstas em lei”, sendo que, “os punitive damages, tamanha a sua complexidade, somente devem ser aplicados em situações particularmente graves, porque esta é a única maneira de levá-los, efetivamente, a sério”.⁴

A decisão do STJ em análise, portanto, é de extrema relevância, uma vez que examina a interpretação do ato de aliciar

⁴ BODIN DE MORAES, Maria Celina. “Punitive Damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas”, *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 18. Rio de Janeiro: Padua, abr./jun, 2004, p. 76.

para fins de aplicação do art. 608. Enquanto o voto vencedor realiza uma interpretação mais flexível e contextualizada, o voto vencido faz uma interpretação mais literal, deixando ainda mais expresso o caráter pretensamente punitivo do referido artigo.

Essa questão parece inédita no Tribunal e pode ainda render muitas discussões, pois é bastante corriqueiro o oferecimento de propostas de trabalho por empresas do mesmo ramo a profissionais que já estão vinculados contratualmente a outras instituições. Quando essa oferta será, de fato, considerada aliciamento para fins do art. 608 do Código Civil e quando não será?

Note-se que o controle do aliciamento de prestadores de serviços revela-se importante, sobretudo, em contratos que deixem claro a imprescindibilidade da atuação exclusiva do prestador, como, por exemplo, contratos em que (i) se ajusta exclusividade por parte do prestador; (ii) se exige dever de sigilo do prestador; (iii) existe uma especialidade do serviço a ser prestado.

A decisão do STJ, tratando especificamente sobre o ramo de entretenimento televisivo, joga luz apenas sobre um pedaço da discussão que pode afetar os mais diferentes mercados de trabalho e precisa ser analisada, por isso mesmo, com muita cautela.

“*Em foco*”

53. AVISO PRÉVIO E EXTINÇÃO DE CONTRATOS EMPRESARIAIS

Renata C. Steiner

Os fatos se passaram em uma pensão burguesa na Paris de 1819. Mediante recompensa, a srta. Michounneau entregou à polícia a identidade do Sr. Vautrin. Surpresos em descobrir serem vizinhos do famoso criminoso Engana-a-Morte, mas mais indignados com a postura desleal da senhorita, os pensionistas da Casa Vauquer exigiram que ela fosse posta para fora da pensão. Mesmo contrariada por perder uma hóspede, a Sra. Vauquer cede ao coro da multidão e confere à srta. Michounneau a possibilidade de subir a seu quarto, por aquela noite. “Nada disso, nada disso” – gritaram os pensionistas. – Queremos que ela saia já” (...). O Sr. Poiret tenta intervir, sem sucesso: “Meus senhores, isso é indecente. Quando se manda alguém embora, deve-se fazê-lo com jeito.”¹

Inspirada no texto de Balzac, a coluna “Em foco” de hoje volta suas atenções à figura do aviso prévio, em especial àquele devido em contratos empresariais.

¹ BALZAC, Honoré. “*O pai Goriot*”, Tradução de Gomes da Silveira. In: *A comédia humana: estudos de costumes: cenas da vida privada*, v. 4. Orientação, introduções e notas de Paulo Rónai, 3ª ed. São Paulo: Globo (Biblioteca Azul), 2012, pp. 252-257 (versão Kindle).

decorrentes de novos modelos de negócio, são solucionadas a partir de conceitos elementares, por vezes negligenciados pelos operadores do direito. Voltemos, primeiro e sempre, aos elementos.

“Em foco”

56. MECANISMOS DE AJUSTE DE PREÇO (II): “HOLDBACK” E “ESCROW ACCOUNT”

Gisela Sampaio da Cruz Guedes

Na coluna AGIRE#47, os holofotes do “Em Foco” apontaram em direção aos mecanismos de ajuste de preço, mas o objetivo ali era tratar da chamada cláusula de *earn-out*, que estrutura o pagamento do preço em parcelas, sendo o *earn-out* a parte variável do preço que se sujeita a condições. Agora o tema é retomado, mas com outro alvo: na mira do “Em Foco”, o *holdback* e a *escrow account*, mecanismos também muito utilizados em operações de aquisição de participações societária, mas com diferente propósito.

Contexto

Nas operações de aquisição de participação societária, é comum as partes estabelecerem que parte do preço ficará retida para fazer frente a determinadas contingências, já identificadas na *due diligence*, mas ainda não materializadas (ou já materializadas, mas com possibilidade de ainda serem revertidas). Isso, porque o comprador não quer correr o risco de pagar integralmente o preço e ainda ter que fazer algum desembolso depois para arcar com passivos cuja origem estava na gestão dos antigos acionistas. Para lidar com essa situação, as partes podem ajustar (i) uma retenção pura (*holdback*) ou (ii) o depósito de uma parcela do preço em conta

caucionada (*escrow account*). Em ambos os casos, a parcela retida ou depositada em conta caucionada servirá para “compensar” a indenização devida pelo vendedor em razão da materialização da contingência. Normalmente, essas cláusulas são acompanhadas por outra que regula, exatamente, como se dará essa “compensação”. A próxima coluna “Em Debate”, AGIRE#57, tratará justamente a compensação de dívidas em arbitragem.

Para que servem?

A função desses mecanismos é intuitiva: servem, em rigor, para garantir que o vendedor arcará com as contingências oriundas do período em que a companhia estava sob o seu comando. Mais do que um mero mecanismo de ajuste de preço, a retenção realizada por meio do *holdback* e da *escrow account* figura, portanto, como uma eficiente forma de garantir o comprador. O verbo “garantir” é aqui empregado em sua acepção mais ampla, remetendo genericamente aos mecanismos de tutela dos direitos subjetivos. Quando se deposita um valor em conta caucionada, o que garante o comprador não é propriamente o valor em espécie ali depositado, mas sim o crédito escritural que passará a ter contra a instituição financeira que abriga a conta. A conta caucionada também pode ser empenhada, sujeitando-se, nesse caso, às regras do penhor, esse sim garantia em sentido estrito.

Como funciona a *escrow account*?

O valor é retido e depositado em conta específica. Com o passar do tempo, conforme as contingências forem sendo resolvidas – o que pode ocorrer tanto em razão de um desfecho favorável, como em razão de terem caducado ou pelo fato de as pretensões que lhes são subjacentes terem prescrito –, os recursos vão sendo aos poucos liberados ao vendedor, observando as regras dispostas pelas partes no contrato. Ao final, se ainda houver saldo remanescente, os valores

que restarem depositados são integralmente liberados para o vendedor. É de todo recomendável que as partes prevejam no contrato as regras para movimentação da conta.

A *escrow account* também é comum em outros tipos de operação, a exemplo das operações de financiamento que são garantidas por um fluxo de recebíveis que vai sendo direcionado para uma conta empenhada em favor do credor. Os valores vão se acumulando na conta, como um vaso que vai enchendo aos poucos, até que ultrapassam determinada marca pré-estabelecida pelas partes, a partir da qual o devedor passa a poder transferi-los em seu proveito.

Titularidade da conta

O valor retido é depositado em conta cuja titularidade pode ser apenas do comprador, apenas do vendedor ou de ambos. A conta aberta em nome do vendedor suscita questionamentos fiscais acerca do ganho de capital. Sendo o vendedor pessoa física, a Receita Federal, por meio da Solução de Consulta DISIT/SRRF04 n.º 59/2013, entendeu que “somente haverá a incidência do Imposto de Renda sobre o ganho de capital, decorrente da alienação de bens e direitos, no tocante a rendimentos depositados em ‘escrow account’ (conta-garantia), quando ocorrer a efetiva disponibilidade econômica ou jurídica destes para o alienante, após realizadas as condições a que estiver subordinado o negócio jurídico”.¹ Além disso, o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (“CARF”), em sessão realizada em 13.08.21, considerou que o valor da conta-garantia utilizado para fins da indenização de débitos dos vendedores não configuraria acréscimo patrimonial. Segundo o CARF, “não integra o ganho de capital a parcela do valor da alienação, incluindo eventuais atualizações, que tenha sido destinada, por expressa

¹ Receita Federal, Solução de Consulta DISIT/SRRF04 n.º 59, de 27 de agosto de 2013. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=45353&visao=anotado>. Acesso em 10.03.2023.

previsão contratual, a pagamento de passivos pendentes da participação societária alienada”.²

Por quanto tempo os valores devem ficar retidos?

Depende muito. No caso de uma contingência já materializada, o ideal é que os valores fiquem retidos até pelo menos o trânsito em julgado da decisão, quando as partes poderão fazer os acertos devidos, respeitando sempre as regras contratuais negociadas.

Já quando se trata de uma contingência ainda não materializada, o raciocínio costuma ser bem diferente: as partes normalmente negociam um prazo fixo, durante o qual a contingência precisa se materializar para que o vendedor venha a responder por ela. Neste caso, contrata-se uma condição (ou seja, que a materialização deve ocorrer dentro de determinado período de tempo). Tudo dependerá, portanto, do poder de barganha das partes no momento da negociação. É muito comum as partes fixarem esse prazo de garantia em função do prazo prescricional das pretensões contra as quais o comprador quer se proteger,³ sem que isso altere a natureza do prazo de retenção, que é de garantia.

Dessa prática decorre uma enorme confusão conceitual, porque esse tipo de situação normalmente envolve três prazos distintos, cada qual com a sua natureza:⁴

² CARF, Processo nº 13971.723797/2015-76, Rel. Carlos Alberto do Amaral Azeredo, j. 13.08.2021.

³ GREZZANA, Giacomo. *A cláusula de declarações e garantias em alienação de participação societária*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 190.

⁴ Nesse sentido, referindo-se especificamente às cláusulas de declarações e garantias em alienação de participação societária, veja-se o comentário de Giacomo Grezzana: “Nesse tipo de contrato, portanto, podemos ter três tipos de prazo incidindo sobre as declarações e garantias: um prazo de garantia dentro do qual o alienante se responsabiliza pela falsidade das mesmas; um prazo decadencial para o adquirente notificar o surgimento de uma contingência ao alienante; e um prazo prescricional para cobrar do alienante um juízo os remédios contratuais cabíveis. O prazo de garantia inicia a contagem com a celebração do contrato, ao passo que o prazo decadencial e o prescricional fluem a partir da tomada de

- **Prazo de garantia:** prazo durante o qual a contingência precisa se materializar ou o fato revelador da contingência precisa aparecer para que o comprador possa se valer do mecanismo contratado. É um prazo contratual, negociado pelas partes.

- **Prazo de natureza decadencial:** prazo dentro do qual o comprador precisa notificar o vendedor, a fim de avisá-lo de que a contingência se materializou ou foi revelada. Também é um prazo negociado pelas partes, mas não se trata de um prazo de garantia como o anterior. Sua natureza é decadencial e, mais precisamente, de decadência voluntária.

- **Prazo prescricional:** depois que a contingência é materializada ou revelada para o comprador, desde que isso ocorra dentro do prazo de garantia, este poderá exercer sua pretensão contra o vendedor dentro do prazo prescricional estabelecido pelo legislador, o que, por sua vez, depende da natureza da pretensão.

Enquanto os dois primeiros prazos são negociais,⁵ o terceiro decorre da lei e não pode ser alterado por acordo das partes, o que significa dizer que as partes não podem aumentá-lo, nem o reduzir. Não custa lembrar que o art. 192 do Código Civil veda, expressamente, qualquer tipo de alteração em prazos prescricionais: “os prazos de prescrição não podem ser alterados por acordo das partes”.⁶

conhecimento da contingência pelo adquirente” (*A cláusula de declarações e garantias em alienação de participação societária*, cit., p. 193).

⁵ Sobre o prazo decadencial convencional, o art. 211 do Código Civil dispõe que: “Se a decadência for convencional, a parte a quem aproveita pode alegá-la em qualquer grau de jurisdição, mas o juiz não pode suprir a alegação”.

⁶ TERRA, Aline de Miranda Valverde; BUCAR, Daniel. “*Autonomia privada e prazos prescricionais*”. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; SOUZA, Eduardo Nunes (coords.). *A juízo do tempo: estudos atuais sobre prescrição*. Rio de Janeiro: Processo, 2019, pp. 273-302.

Assim, por exemplo, se o fato revelador da contingência que a materializar ocorrer no último dia do prazo de garantia contratado, o comprador teria a partir daí um prazo, normalmente pequeno, para notificar o vendedor (prazo decadencial voluntário). Se, mesmo notificado, o vendedor se recusar a responder, o comprador poderá exercer a sua pretensão, desde que dentro do prazo legal estabelecido pelo legislador.⁷ No caso da responsabilidade contratual, o prazo prescricional para reparação civil é de 10 anos,⁸ como já pacificou o STJ.⁹ Se o comprador não observar o prazo decadencial de envio da notificação, terá descumprido o mecanismo ajustado – o que pode atrair eventual multa prevista para essa finalidade –, mas isso não lhe retira a possibilidade de exercer a sua pretensão ressarcitória, desde que assim o faça dentro do prazo prescricional e demonstrando que a contingência se materializou no prazo de garantia.

No entanto, se uma parcela do preço tiver sido retida pelo comprador ou depositada em uma conta caucionada, a grande vantagem é que o comprador não precisará exercer sua pretensão contra o vendedor, pois poderá simplesmente se valer dos mecanismos de “compensação” previstos no contrato. Assim, o importante é estabelecer um prazo de garantia que seja suficiente para as principais contingências surgirem, mas não existe uma regra definida.¹⁰

⁷ Essa questão é discutida também em casos de construção, envolvendo o art. 618 do Código Civil. Nesses casos, “[o] termo inicial da prescrição é a data do conhecimento das falhas construtivas, sendo que a ação fundada no art. 1.245 do CCB/16 (art. 618 CCB/02) somente é cabível se o vício surgir no prazo de cinco anos da entrega da obra” (STJ, 3ª T., REsp. 1.290.383/SE, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 11.02.2014, v.u., DJ 24.02.2014).

⁸ Se a pretensão for de cobrança de dívida líquida, aplica-se o prazo de 5 anos, previsto no art. 206, §5º, inciso I, do Código Civil.

⁹ “A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que a pretensão de reparação civil lastreada na responsabilidade contratual submete-se ao prazo decenal previsto no art. 205 do Código Civil” (STJ, 2ª S., AgInt nos EREsp n. 1.674.510/SP, Rel. Min. Raul Araújo, j. 14.02.2023, v.u., DJ 06.03.2023).

¹⁰ Como já se observou: “Não existe também uma regra definida para o estabelecimento de limites temporais pelas partes. Esta data limite costuma estar atrelada a um período de tempo razoável após a data de fechamento, dentro do qual o comprador deveria ter descoberto eventuais quebras na cláusula de declarações e garantias, e dentro do qual eventuais terceiros prejudicados pelo inadimplemento de contratos ou compromissos

Assim, posta de lado a discussão tributária – que deve ficar a cargo, evidentemente, dos tributaristas –, tais mecanismos são, de fato, uma forma eficiente de o comprador se resguardar de eventuais passivos que afetam a própria avaliação da sociedade-alvo.

fariam as suas reivindicações. A prática mostra que esse lapso temporal costuma girar em torno de três anos, sendo comum também a aceitação de períodos ainda menores, vinculados à conclusão da primeira auditoria da empresa alvo pelo comprador” (CITOLINO, Carolina Bosso. *Indenização pelo descumprimento da cláusula de declarações e garantias no Brasil*, 2013. Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de pós-graduação lato sensu em Direito pelo Instituto de Ensino e Pesquisa – INSPER, sob a orientação do Professor Doutor André Antunes Soares, São Paulo, pp. 110-111).

61. NA PAUTA DO STJ: *SUPPRESSIO*

Gisela Sampaio da Cruz Guedes

No “Em pauta” desta semana, o tema em destaque é uma das figuras parcelares da boa-fé objetiva¹ – a *suppressio* –, tendo como pano de fundo a discussão que norteou o REsp. 1.717.144-SP, julgado em 14.02.2023.² A decisão analisou a possibilidade de configuração da *suppressio* nas hipóteses em que, no processo de execução, o feito permanece suspenso por longo período em virtude da falta de bens passíveis de excussão.

Contextualização

O Recurso Especial foi interposto contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (“TJ/SP”) que afastou a ocorrência da prescrição intercorrente e, com fundamento na *suppressio*, determinou a suspensão da fluência dos juros de mora e da atualização monetária incidentes durante o período de sobrestamento do feito.

¹ Muito embora seja impossível identificar uma definição apriorística da boa-fé objetiva, segundo Judith Martins-Costa, tal expressão pode ser compreendida como: “um modelo ou instituto jurídico indicativo de (i) uma estrutura normativa dotada de prescritividade; (ii) um cânone de interpretação dos contratos e (iii) um standard comportamental” (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 40).

² STJ, 4ª T., REsp n.º 1.717.144/SP, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 14.02.2023, v.u., DJ 28.02.2023.

O tempo da confiança

Para a configuração da *suppressio*, porém, não basta que tenha ocorrido o decurso de um prazo razoável. Em realidade, não é tanto o decurso do prazo que importa para a sua configuração, mas antes a convicção suscitada na parte contrária de que a pretensão não será mais exercida. A figura depende, necessariamente, da criação na contraparte de uma legítima expectativa de que o credor já não mais exerceria a sua pretensão.

O tempo da confiança, diria a Professora Judith Martins-Costa, “é constatável circunstancialmente”.⁵ E por isso mesmo depende das circunstâncias fáticas e jurídicas que cercam o caso concreto. Não se constata a *suppressio* em tese ou no plano abstrato. O julgador deve, necessariamente, voltar-se para o caso concreto, a fim de verificar se o não exercício da pretensão, aliado a outros indícios objetivos, que precisam estar devidamente comprovados, criaram na contraparte a legítima confiança de que a pretensão não seria exercida, de tal modo que o exercício retardado da pretensão possa ser considerado forma de deslealdade. A *suppressio*, portanto, não se adequa a um modelo de aplicação mecânica; ao contrário, nunca poderá ficar afastada dos elementos de concreção.

De volta ao caso concreto

No caso concreto, a 4ª Turma do STJ entendeu que o mero decurso de um longo período não seria capaz de configurar *suppressio*. Segundo o STJ, ainda que algumas vicissitudes a que estão sujeitos os processos judiciais possam implicar delongas em seu desenvolvimento ou mesmo na concretização do direito das partes, tais circunstâncias não poderiam ser consideradas verdadeiramente significativas, de modo a qualificar uma omissão

como relevante para a extinção do direito. Na hipótese, o elemento significativo para a circunstância da suspensão do processo não seria propriamente a omissão do credor, mas, sim, a ausência de patrimônio passível de excussão. Assim, concluiu a 4ª Turma: “não se encontram presentes os pressupostos para a configuração do instituto da *suppressio* e, por tal razão, não há fundamento para a exclusão da incidência dos juros e da correção monetária”.

Suppressio v. renúncia

Ao contrário da renúncia, que ainda tem um traço subjetivo, a *suppressio* é instituto totalmente objetivo, não se confundindo, pois, nem mesmo com a renúncia tácita. *Suppressio* e renúncia têm natureza, requisitos e efeitos diversos: enquanto a *suppressio* se situa no mesmo plano da boa-fé, a renúncia é negócio jurídico; a *suppressio* depende de inércia e legítima confiança, ao passo que a renúncia depende apenas de vontade; enquanto a *suppressio* subtrai o exercício do direito, a renúncia extingue por completo o direito.⁶

Além disso, na renúncia, em caso de prejuízo de terceiros, estes poderão agir de tal forma que seus interesses sejam preservados. Poderão, por exemplo, alegar fraude contra credores e serão legitimados para buscar judicialmente a proteção de seus direitos. Já na *suppressio*, os terceiros que sejam eventualmente afetados não contam com uma proteção específica, exatamente pelo fato de a imobilização do direito ser determinada não pela vontade do seu titular, mas pela interpretação da situação concreta sob a ótica da boa-fé objetiva.⁷

⁶ NEVES, Julio Gonzaga Andrade. *A suppressio (verwirkung) no direito civil*. São Paulo: Almedina, 2016, p. 95.

⁷ Nesse sentido: VAZ, Marcella Campinho. *Renúncia de direitos: limites e parâmetros de aplicação no direito civil*. Rio de Janeiro: Processo, 2022, pp. 208-209.

⁵ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 650.

Apesar de tantas diferenças...

O próprio legislador confundiu renúncia com *suppressio*, a exemplo do disposto no art. 330 do Código Civil, que ilustra bem o problema. Segundo o referido dispositivo, o pagamento “reiteradamente feito em outro local faz presumir a renúncia do credor relativamente ao previsto no contrato”. A própria referência à “renúncia” já é, em si, equivocada, porque a renúncia constitui negócio jurídico unilateral em cujo suporte fático está, necessariamente, a vontade. Já a *suppressio*, como visto, independe de qualquer prova de vontade; seus requisitos, não passam por qualquer valoração subjetiva.⁸

Reconhecimento da *suppressio* pelo STJ

Num sobrevoo rápido pela jurisprudência do STJ, a *suppressio* já foi reconhecida em diversos casos (como, por exemplo, recentemente no campo dos direitos autorais),⁹ embora por

⁸ Como explica Judith Martins-Costa, não andou bem o Código ao se referir a uma espécie de “ficção de renúncia”: “Já não andou bem o Código, ao nosso juízo, ao referir a ficção de renúncia, pelo titular do direito ou situação jurídica. Essa presunção é útil ou inútil à configuração da *suppressio*. Qual é a sua natureza, absoluta ou relativa? Observe-se que, tomada do ponto de vista do beneficiário, a *suppressio* não carece da prova da vontade: basta o decurso de razoável lapso de tempo no qual é feito ‘reiteradamente’, o pagamento em local diverso do pactuado e a confiança despertada no beneficiário, a ser averiguada objetivamente, segundo o parâmetro da ‘pessoa razoável’. A presunção é, pois, quanto ao menos, inútil, à vista dos outros dois elementos de incidência da regra. Além de inútil, por levantar problemas desnecessários à solução da causa - passível de resolução apenas com a consideração dos efeitos objetivos -, a presunção de renúncia introduz o tema da vontade das partes. A renúncia, como é sabido, constitui negócio jurídico unilateral receptício, e no seu suporte fático está, necessariamente, a vontade. Ora, como comprovar a ‘falta de vontade de renúncia’? Se a tomarmos como presunção *juris tantum*, será preciso que o credor prove que não existiu a ‘vontade de renúncia’, e essa prova deve ser suficiente para afastar a proteção da confiança do beneficiário, claramente pretendida pela ratio do texto. A melhor solução é, assim, tomá-la como presunção absoluta, decorrente de um ‘comportamento concludente.’” (MARTINS-COSTA, Judith. “Do adimplemento das obrigações”. In: TELXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Comentários ao novo código civil*, v. 5, t. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2003, pp. 300-318).

⁹ A exemplo do seguinte caso, no campo dos direitos autorais: STJ, 3ª T., REsp 1.643.203/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 17.11.2020, v.u., DJ 01.12.2020.

muitas vezes a análise dos fatos que levam a sua configuração esbarre no Enunciado da Súmula n.º 7.¹⁰ De toda forma, tão importante quanto conhecer os casos em que a figura foi aplicada é prestar atenção naqueles, como esse que se comenta, em que ela foi devidamente afastada. A *suppressio* não se presta a apagar os efeitos da mora.

¹⁰ Nesse sentido, entre outros: STJ, 3ª T., AgInt no REsp 1634050/MS, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas, j. 19.10.2020, v.u., DJ 29.10.2020.

65. REDUÇÃO DA CLÁUSULA PENAL (ARTIGO 413 DO CÓDIGO CIVIL)

Gisela Sampaio da Cruz Guedes

De inegável utilidade prática, a cláusula penal cumpre múltiplas funções: ora a doutrina alude à sua função ressarcitória ou de pré-fixação das perdas e danos, ora à sua função coercitiva. Por reforçar o vínculo contratual, há também quem atribua ao instituto uma função garantista da dívida, acenando, evidentemente, para a aceção mais ampla do termo “garantia”.¹

A multiplicidade de funções da cláusula penal revela pequena enseada no mar de controvérsias que cercam o instituto. Nesta edição, os holofotes do Em Foco se voltarão para um único dispositivo do Código Civil: o art. 413, que trata das hipóteses de redução da cláusula penal.²

As hipóteses de redução

O artigo 413 estabelece que “[a] penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido

¹ Sobre as funções da cláusula penal vale sempre a pena conferir a obra clássica de PINTO MONTEIRO, Antônio. *Cláusula penal e indemnização*. Coimbra: Almedina, 1990. No Brasil, ROSENVALD, Nelson. *Cláusula penal: a pena privada nas relações negociais*. São Paulo: Foco, 2020, pp. 5-29.

² Na AGIRE#41, ‘sob o título “Qual a relevância dos danos sofridos pelo credor para o regime da cláusula penal compensatória?”’, o Em Foco também tratou da redução da cláusula penal, mas em outra perspectiva.

cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio”. O dispositivo traz, claramente, duas hipóteses de redução, que devem ser analisadas separadamente: o julgador deve reduzir a cláusula penal (i) “se a obrigação tiver sido cumprida em parte”; ou (ii) “se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio”.

Norma cogente

Assim como o artigo 812 do Código Civil português, o artigo 413 do nosso Código Civil impõe – e não apenas faculta, como já se observou³ – que o julgador reduza a cláusula penal nas hipóteses ali referidas. Trata-se de norma cogente e, como tal, não pode ser afastada pelas partes. No entanto, “por restringir o desempenho da cláusula penal acordada, a possibilidade de redução deve ser entendida como excepcional, já que, em regra, o credor pode exigir a penalidade tal qual pactuada”.⁴ A redução justifica-se apenas nas hipóteses em que a exigência da integralidade representar exercício disfuncional do direito. E como a própria redação do dispositivo indica, o juiz deve reduzi-la, mas não está, de forma alguma, autorizado a aumentá-la – a possibilidade de majoração, para além de não estar autorizada, esbarcaria no art. 416 do Código Civil –, tampouco a reescrever a cláusula para tornar o contrato supostamente mais equilibrado.

A primeira hipótese de redução: cumprimento parcial

No artigo 413, o advérbio “equitativamente” alude à ideia de equidade, que é um dos conceitos jurídicos indeterminados mais

³ TEPEDINO, Gustavo. “Efeitos da crise econômica na execução dos contratos”. In: *Temas de Direito Civil*, 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 117.

⁴ CHAGAS, Beatriz Uchôas. “A redução equitativa da cláusula penal: a aplicação do artigo 413 do código civil”, *Revista de Direito Privado*, v. 110, out./dez., n. 110, 2021 pp. 85-108.

abertos. Segundo a Professora Judith Martins-Costa, na primeira hipótese de redução, o advérbio deve ser lido como se o legislador tivesse se referido ao postulado normativo da proporcionalidade⁵: “A penalidade deve ser reduzida proporcionalmente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte”. Não se trata, evidentemente, de uma proporcionalidade matemática⁶, mas antes axiológica, até porque o devedor pode ter cumprido a maior parte do contrato, mas deixado de cumprir a parte que mais interessava ao credor.

O julgador, em rigor, deve primeiro observar se a prestação principal comporta, de fato, o cumprimento parcial, para só depois, em caso positivo, reduzir a cláusula penal, levando em consideração a relevância da parcela descumprida para aquele específico programa contratual e se o cumprimento parcial atendeu, pelo menos em parte, aos interesses e expectativas do credor. Se o credor não tirou qualquer proveito do cumprimento parcial, não há que se falar em redução da cláusula penal: deve-se reduzir a multa apenas nas situações em que o cumprimento parcial da prestação foi útil ao credor. O comando também não se aplica às cláusulas penais moratórias, já que seria um contrassenso pensar-se numa hipótese de “mora parcial”.

A segunda hipótese de redução: montante manifestamente excessivo em vista da natureza e da finalidade do negócio

Na segunda hipótese de redução, o advérbio equitativamente ganha outra conotação, como se o legislador tivesse dito: “A

⁵ MARTINS-COSTA, Judith. “A dupla face do princípio da equidade na redução da cláusula penal”. In: ASSIS, Araken de; ALVIM, Eduardo Arruda; NERY JR. Nelson; MAZZEI, Rodrigo Mazzei, WAMBIER, Teresa Arruda; ALVIM, Thereza. *Direito Civil e Processo: estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim*, São Paulo: RT, 2007, p. 62.

⁶ STJ, 4ª T., REsp nº 1.466.177/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 20.06.2017. Nesse sentido, veja-se também o Enunciado 359 da IV Jornada de Direito Civil: “A redação do art. 413 do Código Civil não impõe que a redução da penalidade seja proporcionalmente idêntica ao percentual adimplido”.

penalidade deve ser reduzida razoavelmente pelo juiz se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio”.⁷

O comando da segunda parte do artigo 413 também não faculta o julgador a reduzir a cláusula penal, mas antes impõe que a redução seja feita, levando-se em consideração dois critérios objetivos: (i) a natureza e (ii) a finalidade do negócio.

A razoabilidade, que aqui reverbera como uma das facetas da equidade, não é sinônimo de bom senso, nem pode servir de escusa para o julgador deixar de fundamentar a sua decisão, mas ao contrário. Trata-se de importante postulado normativo, a ser considerado na fundamentação da decisão. E a que alude o legislador, ao se referir a esses conceitos jurídicos indeterminados?

Em atenção às expressões empregadas no dispositivo, deve o julgador observar inúmeros fatores. Trata-se de um contrato internacional ou nacional? O contrato estava inserido no bojo de um negócio maior? De que tipo negocial se trata? O contrato era oneroso ou gratuito? A cláusula penal estava inserida em negócio fiduciário, cujo descumprimento atingia em cheio a confiança depositada na contraparte? Qual espécie e modalidade de cláusula penal se discute?⁸ Qual foi o efetivo poder de negociação das partes? O contrato era paritário ou foi firmado por adesão? Em que segmento de mercado aquele programa contratual se insere? Quais são os usos e costumes daquele mercado? Qual era a finalidade econômica perseguida pelas partes? O que elas pretenderam com a cláusula

⁷ MARTINS-COSTA, Judith. “A dupla face do princípio da equidade na redução da cláusula penal”, cit., p. 64.

⁸ Ao se referir às “espécies” de cláusula penal, a doutrina normalmente emprega o termo “espécies” para tratar da cláusula penal de fixação de perdas e danos, da cláusula penal em sentido próprio e da chamada cláusula penal puramente coercitiva, ou seja, costuma-se ligar as espécies às funções que o instituto pode vir a desempenhar em dado programa contratual. Já a expressão “modalidades de cláusula penal” é usada, de maneira geral, para aludir às três modalidades referidas expressamente no art. 409 do Código Civil: cláusula penal compensatória, cláusula penal moratória e cláusula penal em segurança de uma obrigação especial.

penal? A cláusula foi prevista exatamente porque o dano era de difícil liquidação?

Grau de culpa

Para além de todos esses fatores, há, ainda, quem acrescente que o julgador deve considerar nessa redução o grau de culpa da parte inadimplente.⁹ Este critério, porém, deve ser analisado com cautela. Se é verdade que a equidade é um conceito muito aberto, que impõe a construção de uma solução justa e adequada para o caso concreto, também é igualmente verdade que “o artigo não alude a qualquer requisito subjetivo, como o estado psicológico ou anímico do contratante”.¹⁰

A culpa é pressuposto para incidência da cláusula penal, mas o legislador não autoriza – nem muito menos impõe – o juiz a reduzi-la com base no grau de culpa do devedor, se este tiver, de fato, causado o descumprimento do contrato. Se a prestação não foi cumprida em razão de um caso fortuito ou de força maior, não há que se falar em inadimplemento, nem incidirá a cláusula penal.

Por fazer menção à “gravidade de culpa”, o parágrafo único do artigo 944 do Código Civil dispositivo já foi alvo de inúmeras críticas.¹¹ Já no artigo 413 não há sequer uma única menção à culpa. Se, no artigo 944, a doutrina critica a referência à culpa, por qual razão deveria o intérprete introduzir esse elemento no artigo 413, cuja redação sequer alude à culpa? Se no artigo 413 o legislador

⁹ Nesse sentido: STJ, 4ª T., REsp nº 1.353.927/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 17.05.2018.

¹⁰ TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *Fundamentos do Direito Civil: obrigações*, v. 2 Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 398.

¹¹ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. “Artigo 944 do Código Civil: o problema da mitigação do princípio da reparação integral”, *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, v. 63, 2008, pp. 69-94; KONDER, Carlos Nelson. “A redução equitativa da indenização em virtude do grau de culpa: apontamentos acerca do parágrafo único do art. 944 do Código Civil”, *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: PADMA, v. 29, jan./mar., 2007, pp. 3-34.

preferiu não abrir a “porta” para a culpa, por que, então, deveria o intérprete introduzi-la pela “janela” da equidade?

O momento em que a excessividade deve ser apurada

Não é preciso dizer muito para explicar que a excessividade da cláusula penal deve ser apurada no momento em que o devedor incorre na pena, e não no momento em que a cláusula penal é pactuada, o que tem relevância para os contratos que não são de execução imediata. Faz todo sentido que assim seja, porque “a excessividade diz respeito ao sinalagma funcional, ou dinâmico, e não ao sinalagma genético, ou estático”,¹² tanto é que a ação cabível é a de revisão da cláusula penal, e não a de nulidade (esta teria lugar se a cláusula penal ultrapassasse o valor da obrigação principal, esbarrando no limite previsto no artigo 412 do Código Civil). É, portanto, no momento patológico da relação, em que há o inadimplemento, que se deve apurar se a cláusula penal é ou não manifestamente excessiva, considerando a natureza e a finalidade do negócio.

Alerta final

O advérbio “manifestamente” revela não só o caráter excepcional da revisão, mas também que o standard da revisão é alto, como não poderia deixar de ser. Definitivamente, não basta a multa ser elevada em termos abstratos. É indispensável para a redução da cláusula penal que o valor nela previsto seja manifestamente excessivo em vista do negócio firmado, da finalidade perseguida pelas partes e da importância das obrigações cujo cumprimento se objetivou reforçar.

¹² MARTINS-COSTA, Judith. “A dupla face do princípio da equidade na redução da cláusula penal”, cit., p. 71.

“Em pauta

66. NA PAUTA DO STJ: HÁ PRAZO PARA EXERCÍCIO DO DIREITO À RESOLUÇÃO POR INADIMPLEMENTO?

Renata C. Steiner

Eis o pano de fundo fático da questão debatida no AgInt no REsp n. 1.975.113/SP, julgado em 13 de março de 2023: os promitentes compradores de bem imóvel ajuizaram ação de adjudicação compulsória para obter escritura pública definitiva de compra e venda do imóvel. A promitente vendedora resistiu à pretensão e alegou que o preço contratado não havia sido integralmente pago, restando em aberto treze prestações, e apresentou reconvenção com pedido de cobrança das parcelas não pagas e de resolução contratual por inadimplemento.¹

O pedido de adjudicação compulsória foi acolhido em primeiro grau, que entendeu ter havido adimplemento substancial do contrato², e mantido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo; a

¹ Devo a inspiração e o incentivo para comentar este julgado aos participantes das aulas da disciplina “Direito Imobiliário Geral” da T12 da Pós de Imobiliário da FGV-Law SP, que tive o prazer de ministrar entre os dias 16 de março e 04 de maio de 2023. Fica registrado meu agradecimento pelas provocações e debates em sala de aula.

² *In verbis*: “À míngua de impugnação específica, ainda que restem 13 parcelas inadimplidas, no presente caso, deve ser aplicada a Teoria do Adimplemento Substancial, mitigando-se assim, a regra acima prescrita, bem como aquela contida no artigo 475 do Código Civil, que preconiza: A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos. Essa teoria refreia a extinção pura e simples do contrato,

70. NA PAUTA DO STJ: SOLIDARIEDADE, REGRESSO E CAUSALIDADE

Gisela Sampaio da Cruz Guedes

No “Em Pauta” desta semana, o caso em destaque envolve três temas de grande relevância para o Direito Civil: solidariedade, regresso e causalidade. Na mira desta coluna está o Recurso Especial 2.069.446/SP, de relatoria do Min. Moura Ribeiro, julgado em maio de 2023,¹ que teve como pano de fundo ação de regresso ajuizada por instituição financeira contra o seu codevedor solidário. Os fatos são singelos, mas as discussões jurídicas que lhes são subjacentes nem tanto.

Contexto

A origem da discussão é uma ação de indenização ajuizada por uma mulher contra seu ex-marido e uma instituição financeira, com quem ela havia firmado contrato de locação de cofre bancário. Nessa ação, alegou a mulher que seu ex-marido, sem a sua autorização e acompanhado de um funcionário da referida instituição, teve acesso ao seu cofre particular, subtraindo todas as suas joias que lá estavam guardadas (cujo valor conjunto ultrapassava a cifra de R\$2 milhões).

¹ STJ, 3ª T., REsp 2.069.446/SP, Rel. Min. Moura Ribeiro, j. 23.05.2023, v.u., DJ 29.05.2023.

A decisão de 2ª instância

O tribunal de origem entendeu que tanto a instituição financeira, quanto o ex-marido, deveriam responder solidariamente pelo ocorrido: a instituição financeira por ter descumprido seus deveres de vigilância e proteção da coisa que estava sob sua guarda (responsabilidade civil pelo fato do serviço), enquanto o ex-marido por ter subtraído indevidamente o conteúdo do cofre (bens particulares da mulher). No caso da instituição financeira, por se tratar de uma relação de consumo – regida, portanto, pelo Código de Defesa do Consumidor –, a responsabilidade é pelo defeito na prestação do serviço (responsabilidade objetiva, portanto). Já o ex-marido se submeteria ao regime da responsabilidade subjetiva, previsto no Código Civil.

Cumprimento de sentença

Em sede de cumprimento de sentença, a instituição financeira firmou acordo com a mulher para pagamento do valor devido (nota: a indenização abarcava tanto danos patrimoniais, quanto morais em sentido estrito). Do acordo constou que a instituição financeira ficaria sub-rogada no crédito objeto da transação, podendo exercer o direito de cobrá-lo integralmente do ex-marido, o que já é de se estranhar. Afinal, o caso não se enquadra em nenhuma das hipóteses de sub-rogação legal (a instituição financeira não é terceira interessada, mas antes devedora solidária)², nem de sub-rogação convencional.³ Instado a se manifestar sobre o acordo, o ex-marido permaneceu silente e, diante disso, sua concordância foi presumida.

² Código Civil: “Art. 346. A sub-rogação opera-se, de pleno direito, em favor: I - do credor que paga a dívida do devedor comum; II - do adquirente do imóvel hipotecado, que paga a credor hipotecário, bem como do terceiro que efetiva o pagamento para não ser privado de direito sobre imóvel; III - do terceiro interessado, que paga a dívida pela qual era ou podia ser obrigado, no todo ou em parte”.

³ Código Civil: “Art. 347. A sub-rogação é convencional: I - quando o credor recebe o pagamento de terceiro e expressamente lhe transfere todos os seus direitos; II - quando

Direito de regresso

Em seguida, a instituição financeira ajuizou ação de regresso contra o ex-marido, pedindo o reembolso integral da indenização, sob o argumento de que o ex-marido teria se beneficiado integralmente da dívida. Nas suas razões, a instituição financeira invocou os artigos 285⁴ e 934⁵ do Código Civil. No entanto, no entendimento do TJ/SP, a instituição financeira foi condenada de forma solidária com o ex-marido por prestar serviço defeituoso (art. 14 do Código de Defesa do Consumidor; responsabilidade pelo fato do serviço), de modo que só poderia pleitear deste último a sua cota-parte, equivalente a 50% do montante total pago pela instituição financeira, já que, de acordo com o artigo 283 do Código Civil, “[o] devedor que satisfaz a dívida por inteiro tem direito a exigir de cada um dos co-devedores a sua quota, dividindo-se igualmente por todos a do insolvente, se o houver, presumindo-se iguais, no débito, as partes de todos os co-devedores”.

O recurso interposto perante o STJ

Inconformada com a decisão de 2ª instância, a instituição financeira interpôs o Recurso Especial n.º 2.069.446/SP, na tentativa de reaver o montante integral da condenação, e teve o seu pedido

terceira pessoa empresta ao devedor a quantia precisa para solver a dívida, sob a condição expressa de ficar o mutuante sub-rogado nos direitos do credor satisfeito”.

⁴ Código Civil: “Art. 285. Se a dívida solidária interessar exclusivamente a um dos devedores, responderá este por toda ela para com aquele que pagar”. O dispositivo trata, por exemplo, do caso da sociedade que contrai um empréstimo e o credor exige que os acionistas controladores figurem como devedores solidários. A dívida interessa à sociedade (apenas, indiretamente, aos controladores). Embora tenham se responsabilizados como devedores solidários, no fundo o Direito não ignora que os controladores são meros garantes, então, se forem demandados a pagar, podem exercer o regresso contra a sociedade, cobrando integralmente o montante pago.

⁵ Código Civil: “Art. 934. Aquele que ressarcir o dano causado por outrem pode reaver o que houver pago daquele por quem pagou, salvo se o causador do dano for descendente seu, absoluta ou relativamente incapaz”. O dispositivo não deveria ser aplicado no caso em análise, porque a instituição financeira participou da causação do dano.

acolhido pelo STJ. Segundo o Ministro Moura Ribeiro, relator do caso, “nem sempre a solidariedade, na relação interna que se estabelece entre os devedores, determina a aplicação da regra da divisão igualitária”.⁶ Além disso, de acordo com o Ministro, “na ação de regresso, por sub-rogação, nasce uma nova relação jurídica, baseada, exclusivamente, no vínculo interno entre os codevedores e fundada na responsabilidade pessoal pelos atos culposos, e não na solidariedade passiva”.⁷

O fundamento da decisão do STJ

No entendimento do STJ, apesar de a instituição financeira responder objetivamente pelos riscos decorrentes de sua atividade, essa obrigação é solidária apenas na relação externa estabelecida entre ela e a credora. Já na relação jurídica interna que se estabelece entre os corresponsáveis pelo dano, o ex-marido teria agido exclusivamente em seu próprio interesse. Nos termos do voto do relator, sob a perspectiva dessa relação interna, seria inequívoco que o ato ilícito praticado pelo ex-marido teria sido a causa determinante dos danos sofridos pela mulher e do dever de indenizar. Decidiu o STJ, então, pela incidência da “exceção” prevista no art. 285 do CC, já que a solidariedade passiva estabelecida na ação indenizatória teria interessado apenas ao ex-marido, tornando-o responsável pelo ressarcimento integral do montante pago pela instituição financeira.

Solidariedade sem convergência subjetiva

No caso ora analisado, tanto o TJ/SP quanto o STJ reconheceram que a instituição financeira e o ex-marido deveriam responder solidariamente, diante de uma hipótese em que houve mera convergência objetiva na produção do dano. Como já analisado

na edição #38 da AGIRE, “embora a hipótese mais corriqueira de aplicação do art. 942 do Código Civil seja a de coautoria, em que há convergência subjetiva e objetiva na produção do dano – ou seja, autor e coautor agem (ou se omitem), de forma coordenada, para a produção do dano”,⁸ há casos na jurisprudência em que o suporte fático de incidência do referido dispositivo é preenchido em situações de mera convergência objetiva, em que dois agentes não “combinaram” previamente a ação (ou a omissão), mas, apesar da falta de coordenação, a conduta de ambos leva à produção do mesmo resultado danoso.

As facetas da solidariedade passiva

A solidariedade divide-se sempre em duas facetas. De um lado, tem-se a sua faceta externa, que consiste na relação dos corresponsáveis pelo dano com a mulher; do outro lado, a interna, entre a instituição financeira e o ex-marido, codevedores da mesma dívida.⁹ Nessa relação interna é que vive o direito de regresso do codevedor que pagou a dívida por inteiro – no caso, a instituição financeira. Com o pagamento, extingue-se o vínculo solidário (externo) e nasce para a instituição financeira o seu direito de regresso.

Direito de regresso vs. sub-rogação

Direito de regresso, definitivamente, não se confunde com sub-rogação.¹⁰ Poder-se-ia cogitar, por força do acordo firmado com

⁸ GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. “Atrasos concorrentes e simultâneos” em construção: um problema puramente de causalidade”. In: *AGIRE | Direito Privado em Ação*, n.º 38, 2022. Disponível em: <https://agiredireitoprivado.substack.com/p/38-atrasos-concorrentes-em-construcao>. Acesso em 18.06.2023).

⁹ PACHECO E SILVA, Domicio Whately Pacheco e Silva. *Solidariedade no direito das obrigações*. São Paulo: Almedina, 2022, pp. 381-384.

¹⁰ Existem duas espécies de sub-rogação convencional: (i) a primeira, por iniciativa do credor, que recebe o pagamento do terceiro e lhe transfere expressamente seus direitos (art. 347, inciso I, do Código Civil); e (ii) a segunda, que deriva da iniciativa do próprio devedor:

⁶ Trecho do voto do Relator.

⁷ Trecho do voto do Relator.

a mulher, que tal situação operaria verdadeira sub-rogação da instituição financeira na posição da antiga credora. A noção de sub-rogação como fundamento do regresso pode causar disfunções na vida prática, podendo incentivar “ações sucessivas ou até paralelas entre os diversos coobrigados pela dívida integral”¹¹ e “também se mostraria inconsistente com a estrutura e a função da obrigação solidária, instituída apenas externamente e no interesse exclusivo do credor originário”.¹² Nesses termos, não há que se falar em sub-rogação, uma vez que a instituição financeira não é terceiro, mas, sim, coobrigada. Isto é, a instituição financeira pagou dívida própria, estando seus direitos limitados pelo artigo 283 do Código Civil, que restringe o regresso à quota de cada codevedor.

A influência da causalidade na distribuição do prejuízo entre os corresponsáveis pelo dano

Na parte final do artigo 283, o Código Civil traz uma presunção de que, na solidariedade passiva, cada codevedor é responsável pelo débito na mesma proporção que os demais. Trata-se, no entanto, de presunção evidentemente relativa. Uma vez constatado o fenômeno da concorrência de causas, nada impede que o juiz fixe o valor do reembolso proporcionalmente à eficácia causal de cada conduta. Nas relações internas entre os corresponsáveis pelo dano, há três sistemas de distribuição do prejuízo que chegam a soluções diferentes:

- Sistema da paridade: a indenização deve ser dividida entre os corresponsáveis pelo dano em partes iguais;

o terceiro empresta recursos ao devedor para o pagamento da dívida, convencionando-se a sub-rogação em contrapartida (art. 347, inciso II, do Código Civil).

¹¹ TEPEDINO, Gustavo Tepedino; SCHREIBER, Anderson. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça (coord.). *Código civil comentado: direito das obrigações*, v. 4. São Paulo: Atlas, 2008, p. 149.

¹² TEPEDINO, Gustavo Tepedino; SCHREIBER, Anderson. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça (coord.). *Código civil comentado: direito das obrigações*, v. 4, cit., p. 149.

- Sistema do grau de culpa: no momento de distribuir o prejuízo entre os corresponsáveis pelo dano, o julgador deve atribuir parcela maior para aquele que atuou com maior grau de culpa;
- Sistema do nexa causal: a indenização deve ser dividida entre os corresponsáveis pelo dano de acordo com a eficácia causal de cada conduta, de modo que o agente cuja conduta foi mais eficiente ou determinante para a produção do dano arque com a maior parcela da indenização.

Tanto o Código Civil italiano,¹³ quanto o Código Civil português,¹⁴ seguem o sistema do grau de culpa. No Código Civil brasileiro não há previsão análoga; o legislador indicou apenas que “[s]e a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano” (artigo 945 do Código Civil) e, ao ver de Aguiar Dias, a referida previsão nada mais faz do que confundir culpa com causalidade.¹⁵ Já o parágrafo único do artigo 13 do nosso Código de Defesa do Consumidor estabelece que

¹³ Código Civil italiano: “Art. 2055. Responsabilità solidale. Se il fatto dannoso è imputabile a più persone, tutte sono obbligate in solido al risarcimento del danno. Colui che ha risarcito il danno ha regresso contro ciascuno degli altri, nella misura determinata dalla gravità della rispettiva colpa e dall’entità delle conseguenze che ne sono derivate. Nel dubbio, le singole colpe si presumono ugual”.

¹⁴ Código Civil português: “Artigo 497.º - (Responsabilidade solidária). 1. Se forem várias as pessoas responsáveis pelos danos, é solidária a sua responsabilidade. 2. O direito de regresso entre os responsáveis existe na medida das respectivas culpas e das consequências que delas advieram, presumindo-se iguais as culpas das pessoas responsáveis”.

¹⁵ Na opinião de Aguiar Dias: “No art. 947 [o autor refere-se ao art. 947 do Projeto que, quando aprovado, passou a corresponder ao art. 945 do Código Civil de 2002], volta-se a considerar a gravidade da culpa concorrente, para determinar a participação na obrigação de indenizar, quando o melhor e mais exato critério, na espécie, é o da causalidade. Não é o grau de culpa, mas o grau de participação na produção do evento danoso, reduzindo-se ou até excluindo a responsabilidade dos demais, que deve indicar a quem toca contribuir com a cota maior ou até com toda a indenização” (*Da responsabilidade civil*, v. 1, 9ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 38).

“[a]quele que efetivar o pagamento ao prejudicado poderá exercer o direito de regresso contra os demais responsáveis, segundo sua participação na causação do evento danoso”.

Culpa não se confunde com causalidade e, em rigor, não deveria ser usada como medida de indenização, papel muito mais afeito ao nexo de causalidade. Perante a vítima (relação externa), os corresponsáveis pelo dano são solidariamente responsáveis, mas, nas suas relações internas, é a eficácia causal de cada conduta para a produção do dano, e não o grau de culpa, que deveria definir as parcelas do prejuízo que ficarão por conta de cada agente ofensor, já que à responsabilidade civil não cabe punir ofensores.¹⁶ Subsidiariamente, quando não for possível definir o grau de contribuição na produção do resultado de cada agente, o sistema da paridade viria à tona para distribuir o prejuízo em partes iguais.

No caso em análise, há duas cadeias causais que contribuíram para a ocorrência do dano. Sem a conduta ativa do ex-marido, o dano não teria ocorrido; sem a omissão da instituição financeira, também não. É realmente possível afirmar, como fez o STJ, que a conduta do ex-marido foi a causa determinante do dano, ao ponto de absorver integralmente a conduta da instituição financeira? Se assim fosse, a instituição financeira sequer deveria responder perante a mulher.

O ponto aqui parece ser outro: embora tenha verdadeiramente contribuído para a produção do dano sofrido pela mulher, a instituição financeira também foi, ela própria, vítima da fraude perpetrada pelo ex-marido. Nesse aspecto, tem razão o STJ ao afirmar que, “malgrado a indiscutível falha no sistema de segurança bancário, forçoso concluir que o único beneficiado com a fraude perpetrada foi Marcelo”,¹⁷ o ex-marido.

Diante disso, o STJ aplicou o artigo 285 do Código Civil, cuja redação, a princípio, parece ter sido cunhada para a responsabilidade contratual. A indenização, no entanto, ultrapassou

¹⁶ Nesse sentido, remete-se a CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp. 330-333.

¹⁷ Trecho do voto do Relator.

o valor do benefício auferido pelo ex-marido, porque o acordo firmado pela instituição financeira abarcava não só os danos patrimoniais, mas também os danos morais (em sentido estrito) sofridos pela mulher (fixados, como apregoa o próprio STJ, pela corrente subjetiva).

74. O CONFRONTO ENTRE A DISCIPLINA DOS VÍCIOS REDIBITÓRIOS E A CLÁUSULA DE DECLARAÇÕES E GARANTIAS EM CONTRATOS DE COMPRA E VENDA DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA

Gisela Sampaio da Cruz Guedes

Na AGIRE#18, a coluna “Em Debate”, escrita pela Professora Caitlin Mulholland, enfrentou o conceito e as funções das cláusulas de declarações e garantias. Agora a AGIRE#74 pretende avançar com outro *foco*: como se dá a convivência entre a cláusula de declarações e garantias e o regime legal dos vícios redibitórios?

A cláusula de declarações e garantias e os remédios legais

Típicas em contratos de compra e venda de participação societária, as cláusulas de declarações e garantias assumem particular relevância quando estão atreladas à veracidade e/ou à precisão das demonstrações financeiras e contábeis da sociedade-alvo. São inúmeras as disputas societárias que têm origem no descobrimento de um passivo oculto que afeta, negativamente, o valor de mercado da sociedade-alvo e, conseqüentemente, o preço acordado pelas partes.

Na ausência de disposições como essa, discute-se se a disciplina dos vícios redibitórios poderia ou não ser aplicada. Em rigor, a existência de um passivo oculto não afeta o uso das quotas ou das ações que foram adquiridas, mas apenas o seu valor. No entanto, segundo Teresa Negreiros, respaldada em outras fontes, prevalece “o entendimento de que se enquadram no conceito de vícios redibitórios os passivos descobertos após a alienação do controle societário”.¹ Independentemente da posição que se adote, isso não retira, à evidência, a importância da cláusula de declarações e garantias. Afinal, tornar essa garantia expressa, regulando contratualmente as consequências do seu descumprimento, aumenta muito a proteção do adquirente. A dúvida que surge é como essa disposição convive com os remédios legais.

A aparente autossuficiência da cláusula

Importada quase sempre acriticamente da *common law*, na cláusula de declarações e garantias a falsidade das declarações é normalmente um pressuposto para o surgimento de uma obrigação ulterior, que, no mais das vezes, é o pagamento de uma soma em dinheiro, mas nada impede que as partes convençam outra consequência, como a redução do preço da operação, o desfazimento do negócio ou mesmo a sanção *in natura* do risco.² Apesar de sua qualificação ser controvertida, por meio dessa cláusula as partes buscam maior previsibilidade na solução das disputas, já que as

¹ NEGREIROS, Teresa. “Dos vícios redibitórios e da sua articulação com as cláusulas de declarações & garantias em contratos de compra e venda de empresas”. In: BENETTI, Giovana; CORRÊA, André Rodrigues; FERNANDES, Márcia Santana; NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro; PARGENDLER, Mariana; VARELA, Laura Beck (orgs.). *Direito, cultura, método: leituras da obra de Judith Martins-Costa*, Rio de Janeiro: GZ, 2019, pp. 842-843.

² Cf. SEQUERRA, Natalie. “A cláusula de indenização como mecanismo de alocação de risco”. In: SUSSEKIND, Carolina S.; FREITAS, Fernanda Freitas; CAVALCANTI, Fabíola (orgs.). *Fusões e aquisições em foco*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, pp. 260-261.

consequências da não veracidade do quanto declarado costumam vir previstas na sua própria redação.

A aparente autossuficiência da cláusula não impede, porém, a aplicação dos remédios legais, desde que presentes os seus requisitos. Se as demonstrações financeiras foram “maquiadas” propositalmente para inflar o valor da sociedade-alvo, configurando-se o dolo na fase formativa do negócio, o adquirente poderá anulá-lo. O regime contratual da cláusula não se sobrepõe ao legal e, por isso mesmo, não afasta a possibilidade de o adquirente valer-se da disciplina do dolo para anular o negócio jurídico. Em se tratando de dolo acidental (artigo 146 do Código Civil³), o adquirente não poderá anular o negócio, mas poderá pleitear perdas e danos (a natureza da responsabilidade nesse caso será extracontratual – já que o dolo atua na formação da vontade –, e não contratual, como seria se o adquirente estivesse apenas reclamando o descumprimento da própria cláusula de declarações e garantias).

Agora já deixando de lado o dolo, volta-se para a pergunta original: como se dá a convivência dessa cláusula com os vícios redibitórios, cujo regime legal, previsto nos artigos 441 a 446 do Código Civil, é essencialmente dispositivo?

O “não-lugar” da teoria dos vícios redibitórios

O enquadramento dogmático dos vícios redibitórios é tão problemático que Serpa Lopes chegou a afirmar que a teoria se situa num “não-lugar”, isto é, numa espécie de limbo entre a teoria do erro e a teoria do inadimplemento.⁴ Há quem entenda, por isso mesmo, que os vícios redibitórios têm natureza híbrida, que ora se assemelha ao erro (erro quanto às qualidades do bem), ora se assemelha ao

³ Código Civil: “Art. 146. O dolo acidental só obriga à satisfação das perdas e danos, e é acidental quando, a seu despeito, o negócio seria realizado, embora por outro modo”.

⁴ SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil*, v. 3, 6ª ed. São Paulo: Freitas Bastos, p. 176.

inadimplemento, a depender do tipo e do próprio conteúdo do contrato.⁵

Longe dos olhos do erro...

Apesar disso, as diferenças em relação ao erro são bem mais evidentes. Enquanto o erro é vício do consentimento que repercute no plano da validade (vide artigos 138 a 144 do Código Civil), os vícios redibitórios recaem sobre o bem em si, situando-se no campo do mau cumprimento, sem afetar a validade do contrato, que passa a ostentar uma “anomalia funcional”.⁶ Além disso, o erro que invalida o negócio jurídico há de ser substancial e precisa poder ser percebido pelo destinatário da declaração, ao passo que os vícios redibitórios dispensam o requisito da essencialidade (basta que sejam suficientemente graves para causar uma perturbação no equilíbrio das prestações) e operam efeitos a despeito de o alienante desconhecer a existência do defeito. Como lembra ainda Teresa Negreiros, “(...) enquanto o regime do erro é tendencialmente imperativo, o dos vícios é de caráter essencialmente dispositivo, situando-se no campo da responsabilidade negocial”.⁷ E por aí vão muitas outras diferenças.⁸

⁵ Sobre a natureza dos vícios redibitórios, cf. SILVA, João Calvão da. *Compra e venda de coisas defeituosas* (conformidade e segurança), Coimbra: Almedina, 2002, p. 49.

⁶ A expressão é de NEGREIROS, Teresa. “*Dos vícios redibitórios e da sua articulação com as cláusulas de declarações & garantias em contratos de compra e venda de empresas*”, cit., p. 825.

⁷ NEGREIROS, Teresa. “*Dos vícios redibitórios e da sua articulação com as cláusulas de declarações & garantias em contratos de compra e venda de empresas*”, cit., pp. 823-824.

⁸ Como já se observou: “O equívoco inerente ao vício redibitório não se confunde com o erro substancial, vício de consentimento previsto na Parte Geral do Código Civil, tido como defeito dos atos negociais. O legislador tratou o vício redibitório de forma especial, projetando inclusive efeitos diferentes daqueles previstos para o erro substancial. O vício redibitório, da forma como sistematizado pelo CC/16, cujas regras foram mantidas pelo CC/02, atinge a própria coisa, objetivamente considerada, e não a psique do agente. O erro substancial, por sua vez, alcança a vontade do contratante, operando subjetivamente em sua esfera mental” (STJ, 3ª T., REsp nº 991.317/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 03.12.2009, v.u., DJ 18.12.2009).

... mas perto do coração do inadimplemento

Já as semelhanças com o inadimplemento não parecem meras coincidências. Apesar de a corrente tradicional sustentar que os vícios redibitórios encontram na teoria da garantia o seu fundamento próprio e autônomo,⁹ não são poucos os autores que entendem que a disciplina dos vícios redibitórios integra o “modelo do inadimplemento, não havendo razão, nem sistemática, nem axiológica, para tê-los como espécie divorciada do regime geral”.¹⁰ De fato, considerando o conceito amplo de mora adotado pelo Direito brasileiro (artigo 394 do Código Civil¹¹), que não a reduz a atrasos, a obrigação do alienante não é apenas a de entregar a coisa, mas antes a de a entregar *conforme* o contratado.

A aproximação dos dois regimes é fácil de notar, mas o fato é que o legislador fez questão de distingui-los em, pelo menos, três aspectos relevantes: (i) em relação à abrangência da responsabilidade do devedor, que é mais ampla na disciplina do inadimplemento;¹² (ii) no que diz respeito à culpa: no regime dos vícios as consequências não indenizatórias são independentes da culpa, o que não é o caso do inadimplemento; e, finalmente, (iii) quanto aos prazos conferidos ao credor lesado, muito mais reduzidos em se tratando de vícios redibitórios.

⁹ Por todos: LÔBO, Paulo Luiz Neto. “*Responsabilidade por vícios e a construção jurisprudencial*”, *Revista do Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, 1995, pp. 45-51, p. 47.

¹⁰ A exemplo de Judith Martins-Costa, autora da frase entre aspas (*Comentários ao novo Código Civil*, v. 5., t. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 72).

¹¹ Código Civil: “Art. 394. Considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento e o credor que não quiser recebê-lo no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer”.

¹² Na disciplina dos vícios redibitórios, a parte lesada precisa comprovar que o alienante tinha conhecimento do defeito para atrair a sua responsabilidade. De acordo com o artigo 443 do Código Civil: “Se o alienante conhecia o vício ou defeito da coisa, restituirá o que recebeu com perdas e danos; se o não conhecia, tão-somente restituirá o valor recebido, mais as despesas do contrato”.

Cotejo necessário

Para além de suas funções informativa, probatória e assecuratória, a cláusula de declarações e garantias pode exercer também, dependendo da sua redação, uma função conformativa: conforma a obrigação do declarante, especificando as qualidades do objeto da alienação e, assim, as qualidades prometidas na cláusula passam a integrar a obrigação do alienante.¹³ Diante, então, do descobrimento de um passivo oculto não revelado nas demonstrações financeiras, cuja veracidade e precisão foram atestadas pelo alienante, pode haver violação da cláusula de declarações e garantias (a ensejar a abertura do regime consequencial do inadimplemento) e, ao mesmo tempo, configuração dos requisitos da proteção legal contra vícios redibitórios (pelo menos para quem entende que esse regime é mesmo aplicável em tais situações¹⁴).

Com a estipulação expressa de cláusula de declarações e garantias que verse sobre as características do bem, pretendem as partes delimitar “o próprio perímetro da prestação objeto do contrato que está em causa”,¹⁵ então o credor, ao descobrir o passivo oculto, pode valer-se da garantia que reforça o cumprimento da obrigação, sem necessidade de recorrer à disciplina dos vícios redibitórios. A vocação exaustiva da cláusula não impede, porém, o credor de buscar abrigo no regime legal que continua sendo importante, “quer no plano do exame acerca da validade destas cláusulas, quer no plano da sua interpretação supletiva quando forem lacunosas e o intérprete for levado a recorrer à lei para suprir tais lacunas”.¹⁶

¹³ É que explica Giacomo Grezzana, na obra: *A cláusula de declarações e garantias em alienação de participação societária*. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

¹⁴ Isto é, ultrapassando o contra-argumento de que o passivo oculto não afeta o uso das quotas ou das ações que foram adquiridas, mas apenas o seu valor.

¹⁵ NEGREIROS, Teresa. “*Dos vícios redibitórios e da sua articulação com as cláusulas de declarações & garantias em contratos de compra e venda de empresas*”, cit., p. 845.

¹⁶ Uma vez mais, recorre-se às lições de NEGREIROS, Teresa. “*Dos vícios redibitórios e da sua articulação com as cláusulas de declarações & garantias em contratos de compra e venda de empresas*”, cit., p. 846.

Em caso de divergência entre a consequência contratualmente estabelecida pelas partes e a prevista pelo legislador, como se dá, por exemplo, quando as partes fixam o “survival period” por prazo superior aos reduzidos prazos do regime dos vícios redibitórios, caberá ao intérprete verificar como tais cláusulas interagem com as normas legais. Nesse exemplo específico dos prazos, a própria redação do artigo 446 do Código Civil¹⁷ indica que “[n]ão correrão os prazos do artigo antecedente na constância de cláusula de garantia”. Em outros casos, porém, é possível que o regime legal prevaleça (até porque não se pode presumir o afastamento do regime legal pela mera estipulação da cláusula de declarações e garantias), mas, em se tratando de vícios redibitórios, o intérprete deve sempre lembrar que o seu regime é essencialmente dispositivo.

¹⁷ Código Civil: “Art. 446. Não correrão os prazos do artigo antecedente na constância de cláusula de garantia; mas o adquirente deve denunciar o defeito ao alienante nos trinta dias seguintes ao seu descobrimento, sob pena de decadência”.

79. NA PAUTA DO STJ: DOAÇÃO INOFICIOSA, CÁLCULO DA LEGÍTIMA E “CONTAS NA SUÍÇA”

Gisela Sampaio da Cruz Guedes

Como se quisesse levar graciosamente pelas mãos os leitores da AGIRE às lições de Agostinho Alvim,¹ eis que surge, na pauta do STJ, o Recurso Especial 2.026.288-SP,² trazendo à tona o tema da doação inoficiosa,³ com, pelo menos, três desdobramentos interessantes:

¹ ALVIM, Agostinho. *Da doação*, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1980, pp. 170-173.

² STJ, 3ª T., REsp. 2.026.288-SP, Rel.ª Min.ª Nancy Andrighi, j. 18.04.2023, v.u., DJ 20.04.2023.

³ Esta nota “sob medida” é direcionada aos alunos do 3º período da UERJ que ainda não conhecem o conceito de doação inoficiosa, mas são leitores assíduos da AGIRE (assim se espera): “A lei considera nula a que, feita por quem tem herdeiros necessários, ultrapassar a parte de que o doador poderia dispor em testamento, seja o donatário um dos filhos, seja estranho. Só no excesso prejudicial à reserva consiste a inoficiosidade, pois os civilistas consideram inoficiosa a doação que infringe o disposto no art. 1.176 [do Código Civil de 1916] (BEVILÁQUA, CLÓVIS, obs. n. 1 a este artigo; 1050 ALVES, LUIZ. *Código Civil Anotado*, notas ao art. 1.176; FERREIRA ALVES. *Manual do Código Civil*, v. 19, n. 219; MONTEIRO, WASHINGTON DE BARROS. *Curso de Direito Civil: direito das obrigações*, 2.ª parte, pág. 143). Nós devemos lembrar que outras doações excessivas existem, por isso condenadas pela lei, mas nem por isso se denominam inoficiosas. Assim, é proibido a um dos nubentes doar ao outro mais de metade de seus bens (Cód. Civ., art. 312); é proibido a qualquer pessoa doar todos os seus bens (Cód. Civ., art. 1.175). E por que tais doações não se chamam inoficiosas? Porque não contrariam o ofício do doador. O pai, que doar excessivamente a um dos filhos ou a um estranho, peca contra o estado de pai, o dever, o ofício de pai. Por isso a doação é inoficiosa (in, prefixo negativo)” (ALVIM, Agostinho. *Da doação*, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 1980, pp. 170-172).

1. Qual é o marco temporal em que se deve aferir o excesso caracterizador da doação inoficiosa? É o momento da liberalidade, quando é firmado o contrato de doação, ou o momento do falecimento do doador, quando se dá a abertura da sucessão?

2. No cálculo da legítima, devem-se computar apenas os bens situados no Brasil ou também os ativos que se encontram no exterior?; e, finalmente,

3. Como se dá a cooperação internacional nesses casos?

Pano de fundo

Em meados de 2004, o “protagonista póstumo” desse caso doou um imóvel situado no Brasil à sua convivente, mas a doação foi, posteriormente, questionada pelos demais herdeiros quando da abertura da sua sucessão, o que ocorreu no ano de 2007. A donatária comprovou que, entre os anos de 2003 e 2005, o falecido tinha ativos financeiros na Suíça em quantia superior a dois milhões de dólares – montante que superava a metade do seu patrimônio na ocasião da doação. Ainda assim, o TJ/SP entendeu que a doação era inoficiosa, porque, no momento da abertura da sucessão (em 2007), os tais ativos financeiros já não mais existiam, então os filhos do nosso protagonista ficaram, como no tempo das grandes navegações, *a ver navios*.

Marcos temporais

O primeiro ponto enfrentado no julgamento do Recurso Especial 2.026.288-SP foi o de identificar qual é, afinal, o marco temporal que importa para a aferição do excesso que caracteriza a doação inoficiosa. A (pseudo) controvérsia que surge – embora não devesse mais surgir – é se é a data em que o contrato de doação foi

firmado ou o momento da abertura da sucessão. Essa discussão nada tem de nova. A redação do art. 549 do Código Civil,⁴ reproduzindo a do diploma anterior,⁵ não deixa dúvida de que é a data da liberalidade, e não a da abertura da sucessão.⁶

Entre nós: muito mais interessante do que essa discussão é a suspeita que pode despontar do fato de o doador ter realizado diversos atos de liberalidade em momentos distintos, agraciando sempre a mesma pessoa. Ou, então, a questão de se saber se as doações realizadas aos herdeiros necessários, como adiantamento de legítima, deveriam ser computadas posteriormente, para fins de aferição de eventual excesso inoficioso, no momento em que o doador resolver agraciar terceiro, realizando nova doação.⁷ Ou mesmo a antiga controvérsia que existe sobre a legitimidade ativa para propositura da ação cujo objetivo é precisamente reduzir a doação inoficiosa.⁸

⁴ Código Civil: “Art. 549. Nula é também a doação quanto à parte que exceder à de que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento”.

⁵ Código Civil de 1916: “Art. 1.176. Nula é também a doação quanto à parte, que exceder a de que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento”.

⁶ O que é corroborado pela doutrina: TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. *Fundamentos do direito civil*, v. 3, 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 219.

⁷ Nesses casos, como decidiu o STJ no julgamento do Recurso Especial 1.642.059/RJ, “doação anterior, feita a herdeiros legítimos, deve ser computada como efetivo patrimônio do doador para efeitos de aferição de possível invasão da legítima, em nova doação, sob pena de se beneficiarem, os primeiros donatários, para além da primazia que já tiveram” (STJ, 3ª T., REsp 1642059/RJ, Rel.ª Min.ª Nancy Andrighi, j. 15.12.2016, v.u., DJ 10.02.2017). Ainda na ementa, lê-se o seguinte: “Raciocínio diverso obrigaria o doador a praticar todos os atos de liberalidade que quisesse praticar em vida, ao mesmo tempo, ou ao revés, contemplar os herdeiros legítimos apenas ao final, sob risco de, pela diminuição patrimonial própria da doação, incorrer em doação inoficiosa”.

⁸ Defendendo que apenas os herdeiros necessários têm legitimidade ativa para ajuizar ação para reduzir a doação inoficiosa: LÔBO, Paulo Luiz Netto. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de (coord.). *Comentários ao Código Civil*, v. 4, São Paulo: Saraiva, p. 334; TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil interpretado*, v. 2, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 232-233; GOMES, Orlando. *Sucessões* (livro digital), 17ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019, pp. 62-64; CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das Sucessões* (livro digital), 4ª ed., São Paulo: Atlas, 2019, p. 895; MALUF, Carlos Alberto Dabus; DABUS MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas. *Curso de Direito das Sucessões* (livro digital), 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2021, p. 470; VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Família e Sucessões* (livro

Embora envolva os mesmos marcos temporais, outra controvérsia que não se confunde com a anterior, nem é tratada no acórdão comentado, diz respeito à apuração do valor dos bens sujeitos à colação. Caso o *de cujus* tenha realizado doações em vida para os seus herdeiros necessários, discute-se se o valor a ser considerado na colação deve ser o do momento da liberalidade ou o da abertura da sucessão. A aparente antinomia existente entre o artigo 2.004 do Código Civil⁹ e o artigo 639 do Código de Processo Civil¹⁰ já gerou acirrado debate. O assunto foi até objeto de enunciado das Jornadas de Direito Civil.¹¹

digital), 21ª ed., São Paulo: Atlas, 2021, p. 761; VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Família e Sucessões* (livro digital), 21ª ed., São Paulo: Atlas, 2021, p. 761. Admitindo que a ação de redução pode ser proposta pelo herdeiro necessário ou pelo sub-rogado nos seus direitos por cessão ou sucessão, desde que tenha aceitado a herança, ou, ainda, pelos credores do herdeiro lesado, para reclamar a integralidade de sua legítima hereditária: RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Sucessões* (livro digital), 11ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019, pp. 38 e 446. Contra a possibilidade de o credor do herdeiro ajuizar a ação de redução: TJ/SP, 12ª CDPriv., AC 9001881-78.2008.8.26.0000, Rel. Des. Rebello Pinho, j. 30.07.2008, v.u., DJ 12.08.2008; TJ/SP, 6ª CDPriv., AC 0100935-36.2009.8.26.0001, Rel. Des. Eduardo Sá Pinto Sandeville, j. 19.03.2015, v.u., DJ 24.03.2015. Contra a possibilidade de o próprio doador ajuizar ação para declarar a nulidade da doação inoficiosa por ele realizada: TJ/SP, 7ª CDPriv., AC 1000564-54.2020.8.26.0165, Rel. Des. José Rubens Queiroz Gomes, j. 14.05.2021, v.u., DJ 14.05.2021; TJ/SP, 9ª CDPriv., AC 0002609-59.2007.8.26.0341, Rel. Des. Alexandre Lazzarini, j. 28.01.2014, v.u., DJ 30.01.2014; TJ/RS, 7ª CC, AC 70063338206, Rel.ª Des.ª Liselena Schifino Robles Ribeiro, j. 27.05.2015.

⁹ Código Civil: “Art. 2.004. O valor de colação dos bens doados será aquele, certo ou estimativo, que lhes atribuir o ato de liberalidade. § 1º Se do ato de doação não constar valor certo, nem houver estimativa feita naquela época, os bens serão conferidos na partilha pelo que então se calcular valessem ao tempo da liberalidade. § 2º Só o valor dos bens doados entrará em colação; não assim o das benfeitorias acrescidas, as quais pertencerão ao herdeiro donatário, correndo também à conta deste os rendimentos ou lucros, assim como os danos e perdas que eles sofrerem”.

¹⁰ Código de Processo Civil: “Art. 639. No prazo estabelecido no art. 627, o herdeiro obrigado à colação conferirá por termo nos autos ou por petição à qual o termo se reportará os bens que recebeu ou, se já não os possuir, trar-lhes-á o valor. Parágrafo único. Os bens a serem conferidos na partilha, assim como as acessões e as benfeitorias que o donatário fez, calcular-se-ão pelo valor que tiverem ao tempo da abertura da sucessão”.

¹¹ No artigo 2.004, o Código Civil adotou o sistema da colação do valor dos bens à época da liberalidade, isto é, o bem será colacionado pelo valor que lhe atribuir o ato da liberalidade. Se não constar o valor, este será calculado em torno do que os bens valessem ao tempo da liberalidade. O problema é que o critério adotado pelo Código Civil pode ensejar “desigualdade das legítimas”. Já o parágrafo único do artigo 639 do Código de Processo Civil determina que “os bens a serem conferidos na partilha, assim como as acessões e as benfeitorias que o donatário fez, calcular-se-ão pelo valor que tiverem ao

A decisão do STJ

O caso em pauta foi parar no STJ, porque a donatária não se conformou com a decisão proferida em 2ª instância pelo TJ/SP. Ao analisar a questão, a Ministra Nancy Andrighi afirmou de forma categórica: “(...) é absolutamente irrelevante saber se os vultosos valores de titularidade de FRANCO, existentes em contas na Suíça ao tempo da doação, foram ou não revertidos aos herdeiros, se foram eles aquinhoados com parte daquele numerário após o seu falecimento e se os valores integraram, ou não, o acervo hereditário”.¹² E, na sequência, ainda complementou:

“(...) trata-se de questão que não se relaciona com o ato de liberalidade objeto da ação, na medida em que importa, no contexto em exame, apenas definir se em 2004, ano da doação, o bem imóvel doado à recorrente era representativo de mais de 50% do patrimônio total do doador – e isso, conforme se viu, não ocorreu. (...) Desse modo, se, em 2007, ano do falecimento, o falecido FRANCO porventura não mais possuía

tempo da abertura da sucessão”. Diante dessa aparente antinomia: “O critério que condiz com a igualdade dos quinhões hereditários é o proposto por Paulo Cezar Carneiro, para quem o valor a ser conferido deve ser o do benefício (Comentários, IX, t. I, p. 153). Assim, se o donatário ainda possui o bem na época da abertura da sucessão, o valor deve ser o da época do óbito; todavia se o donatário não mais possui o bem, o valor deve ser o da época em que o benefício ocorreu, devidamente corrigido. Desta forma, respeita-se a correta distribuição dos quinhões assim como a igualdade dos quinhões dos descendentes. Mas, também, evita-se o enriquecimento sem causa (art. 884). Afinal, se o bem doado se valoriza e é colacionado o valor que detinha no momento da liberalidade, o donatário que recebeu o bem como adiantamento da legítima, sem justa causa se enriquece à custa dos outros herdeiros, uma vez que se a proporção legal estabelecida (arts. 1.829 e ss.). Da mesma forma, se o bem doado se desvaloriza e é colacionado o valor que possuía no momento da doação, os outros herdeiros é que, sem justa causa, enriquecem à custa do donatário, ficando efetivamente com uma parcela maior que a do donatário, embora a doação seja adiantamento da legítima (v. Enunciado nº 119 do STJ, aprovado na Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho de Justiça Federal, no período de 11 a 14 de setembro de 2002)” (TEPEDINO, Gustavo Tepedino; BARBOZA, Heloisa Helena Barboza; BODIN DE MORAES, Maria Celina *et al.* *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, v. 4, Rio de Janeiro: Renovar, pp. 876-879).

¹² Trecho do voto da Relatora.

os referidos valores ou, até mesmo, não possuía mais nenhum outro bem, não há que se falar em nulidade do ato de liberalidade ocorrido em 2004, quando os valores e os bens indiscutivelmente existiam em quantidade suficiente para não ofender a legítima de seus herdeiros necessários”.¹³

O cálculo da legítima diante de bens no exterior

O segundo ponto (até mais) interessante da decisão proferida no julgamento do Recurso Especial 2.026.288-SP foi o fato de os ativos financeiros situados na Suíça terem sido levados em consideração no cálculo que se fez para aferição de eventual excesso na doação. Em decisão monocrática proferida antes do julgamento do Recurso Especial 2.026.288-SP, a Ministra Nancy Andrighi já havia determinado o re-julgamento pelo TJ/SP do acórdão recorrido para que aquele tribunal pudesse avaliar se o *de cuius* tinha, de fato, contas na Suíça ao tempo da doação. A Ministra Nancy Andrighi reconheceu que a existência ou não dos referidos ativos seria determinante para o deslinde da controvérsia, que tratava exatamente da “invasão”, ou não, da legítima dos herdeiros necessários em razão da doação.¹⁴

Na jurisprudência, sem tratar especificamente de doação inoficiosa, há diversas decisões que reconhecem que a apuração da legítima e do patrimônio do *de cuius* deve abarcar eventuais valores existentes em instituições financeiras situadas no exterior, mesmo que não possam ser inventariados e partilhados no Brasil.¹⁵ Apesar

¹³ Trecho do voto da Relatora.

¹⁴ STJ, Decisão monocrática, REsp 1.698.648/SP, Rel.^a Min.^a Nancy Andrighi, j. 05.02.2019.

¹⁵ Nesse sentido: TJ/SP, 8^a CDPriv., AI 2009909-42.2017.8.26.0000, Rel. Des. Alexandre Coelho, j. 05.04.2017; TJ/SP, 5^a CDPriv., AI 2015027-04.2014.8.26.0000, Rel. Des. Moreira Viegas, j. 19.3.2014; TJ/SP, 5^a CDPriv. AI 9050937-17.2007.8.26.0000, Rel. Des. Mathias Coltro, j. 20.08.2008; TJRJ, 7^a CC, AI n^o 0023673-76.2007.8.19.0000 (2007.002.10277), Rel.^a Des.^a Maria Henriqueta Lobo, j. 25.7.2007; TJ/RJ, 18^a CC, AI 2004.002.12935, Rel. Des. Leila Maria Rodrigues de Carvalho e Albuquerque, em

disso, esta é uma controvérsia ainda acesa, tanto na jurisprudência, quanto na doutrina.¹⁶

Multiplicidade de inventários

De fato, parte da doutrina extrai do artigo 618 do Código de Processo Civil¹⁷ que cabe ao inventariante, dentre outros deveres, a obrigação de descrever a relação completa e individuada de todos os bens do espólio, o que, pelo menos em princípio, poderia incluir qualquer importância em dinheiro ou outros bens existentes no país ou no exterior. De acordo com o artigo 10 do Decreto-lei n.º 4.657 (“Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro”),¹⁸ a sucessão por morte obedece à lei do país em que era domiciliado o *de cuius* e, sendo o autor da herança domiciliado no Brasil, não há dúvida

16.11.2004.; TJ/RS, 17^a CC, AC n^o 70002272490, Rel. Des. Elaine Harzheim Macedo, j. 15.5.2001; TJ/RS, 1^a CC, AC 500297163, Rel. Des. Athos Gusmão Carneiro, j. 10.06.1980.

¹⁶ Como explicam Jacob Dollinger e Carmen Tiburcio: “Resulta do *caput* do artigo que todos os aspectos da herança, a ordem de sucessão, a forma de distribuição do patrimônio do falecido, serão regidos pela lei do domicílio do de cuius, irrelevante o país em que este morreu ou o país em que os herdeiros são domiciliados. Naturalmente que, para bens que se encontrem em outro país, deverá se atentar para a legislação estrangeira, sob pena de a decisão proferida pela jurisdição brasileira não ser efetiva. Especula-se sobre o cabimento de compensação, pela qual os bens sitos no Brasil terão sua divisão calculada de forma a compensar determinações da lei estrangeira contrárias às nossas regras de sucessão” (DOLLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Direito internacional privado*, 14^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 358). No mesmo sentido: MEINEIRO, Fernando Pedro. *Sucessões internacionais no Brasil*, Curitiba: Juruá, 2017, p. 71.

¹⁷ Código de Processo Civil: “Art. 618. Incumbe ao inventariante: I - representar o espólio ativa e passivamente, em juízo ou fora dele, observando-se, quanto ao dativo, o disposto no art. 75, § 1º; II - administrar o espólio, velando-lhe os bens com a mesma diligência que teria se seus fossem; III - prestar as primeiras e as últimas declarações pessoalmente ou por procurador com poderes especiais; IV - exibir em cartório, a qualquer tempo, para exame das partes, os documentos relativos ao espólio; V - juntar aos autos certidão do testamento, se houver; VI - trazer à colação os bens recebidos pelo herdeiro ausente, renunciante ou excluído; VII - prestar contas de sua gestão ao deixar o cargo ou sempre que o juiz lhe determinar; VIII - requerer a declaração de insolvência”.

¹⁸ Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: “Art. 10. A sucessão por morte ou por ausência obedece à lei do país em que domiciliado o defunto ou o desaparecido, qualquer que seja a natureza e a situação dos bens. § 1º A sucessão de bens de estrangeiros, situados no País, será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, ou de quem os represente, sempre que não lhes seja mais favorável a lei pessoal do de cuius. § 2º A lei do domicílio do herdeiro ou legatário regula a capacidade para suceder”.

quanto à aplicação das regras do direito sucessório pátrio à sua sucessão. Assim, se o *de cujus* tinha também bens no exterior, é possível, segundo os defensores dessa corrente, “(...) afirmar com segurança que a regra da igualdade das legítimas entre todos os herdeiros deve prevalecer”.¹⁹

Ou seja: parte da doutrina entende que, para fins de cálculo de legítima, se deve incluir o valor de todos os bens, situados no Brasil e no exterior.²⁰ No entanto, em razão do disposto no artigo 23, inciso II, do Código de Processo Civil, reconhece-se à autoridade judiciária brasileira jurisdição exclusiva apenas para partilhar bens situados no Brasil.²¹ Bens situados no exterior, “por força do estatuído no artigo 23 do CPC, não serão inventariados nos autos aqui processados, mas tão somente serão computados seus valores para igualdade das legítimas na partilha”.²²

No entanto, o tema ainda desperta, como se disse, acesa controvérsia, com fagulhas para todos os lados, além de alguns problemas de ordem prática.²³

¹⁹ FARIA, Mario Roberto Carvalho de. *Direito das sucessões*, 8ª ed., Rio de Janeiro: Forense, pp. 8-19.

²⁰ “Mapeando a controvérsia”, veja-se por todos: TEPEDINO, Gustavo; NAVARES, Ana Luiza Maia; E MEIRELES, Rose Mello Vencelau. *Fundamentos do direito civil*, v. 5., 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023, pp. 64-65.

²¹ Código de Processo Civil: “Art. 23. Compete à autoridade judiciária brasileira, com exclusão de qualquer outra: (...) II - em matéria de sucessão hereditária, proceder à confirmação de testamento particular e ao inventário e à partilha de bens situados no Brasil, ainda que o autor da herança seja de nacionalidade estrangeira ou tenha domicílio fora do território nacional (...)”.

²² FARIA, Mario Roberto Carvalho de. *Direito das sucessões*, cit., p. 10.

²³ Como já se observou: “No entanto, como acima exposto, essa não é a posição que prevalece na jurisprudência brasileira. Assim, diante da pluralidade dos juízos sucessórios, a compensação seria imprópria e não corresponderia à normativa de competência internacional. De fato, o estabelecimento de uma compensação *tout court* na sucessão hereditária enseja problemas que podem ser de difícil solução, admitindo ampla discricionariedade do juiz” (NEVARES, Ana Luiza Maia. “*A sucessão hereditária com bens situados no exterior*”, *Pensar*: Revista de Ciências Jurídicas, v. 24, n.º 2, abr./jun., 2019, pp. 1-13).

Problemas de ordem prática

Aqui, apenas alguns destaques:

- i. Cada ordenamento tem as suas próprias regras de direito internacional privado que podem conferir aos respectivos tribunais jurisdição para proceder ao inventário de heranças tituladas por estrangeiros. Na falta de convenção ou tratado internacional a respeito, não necessariamente as sentenças proferidas no Brasil serão bem recebidas lá fora;
- ii. Outro problema é o fato de não serem cumpridas cartas rogatórias para avaliação de bens situados no exterior, que nem sempre são investimentos em conta bancária cujos valores vêm estampados em extratos;²⁴
- iii. Por outro lado, a declaração de imposto de renda é apenas um retrato estático do patrimônio do *de cujos* em determinado momento histórico (na imensa maioria das vezes, descolado da data da abertura da sucessão). Além disso, dependendo da natureza dos bens, os valores ali indicados ficam facilmente defasados, quase sempre distantes da realidade;

²⁴ Na jurisprudência, há casos em que se admite pedidos de informações bancárias a instituições financeiras dentro e fora do país: TJ/SP, 7ª CDPriv., AI 2252716-88.2020.8.26.0000, Rel. Des. Miguel Brandi, j. 08.03.2021.; TJ/SP, 8ª CDPriv., AI 2009909-42.2017.8.26.0000, Rel. Des. Alexandre Coelho, j. 05.04.2017; TJ/SP, 6ª CDPriv., AI 2016008-86.2021.8.26.0000, Rel. Des. Vito Guglielmi, j. 26.02.2021; TJ/SP, 6ª CDPriv., AC 1048103-22.2017.8.26.0100, Rel. Des. Marcus Vinicius Rios Gonçalves, j. 02.02.2021; TJ/SP, 8ª CDPriv., AI 2150284-59.2018.8.26.0000, Rel. Des. Pedro de Alcântara da Silva Leme Filho, j. 27.03.2019; TJ/SP, 8ª CDPriv., AI 2209251-29.2020.8.26.0000, Rel. Des. Alexandre Coelho; j. 25.02.2021; TJ/SP, 2ª CDPriv., AI 0084500-48.2013.8.26.0000, Rel. Des. José Carlos Ferreira Alves, j. 02.07.2013. Contra: STJ, 3ª T., AgInt no AREsp nº 1.297.819/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 15.10.2018; TJ/SP, 6ª CDPriv., AI 2215193-76.2019.8.26.0000, Rel. Des. José Roberto Furquim Cabella, j. 05.12.2019; TJSP, 8ª CDPriv., AI 2111854-04.2019.8.26.0000, Rel. Alexandre Coelho, j. 26.09.2019.

- iv. Como ficam os impostos pagos na sucessão no exterior? Os referidos impostos também deverão ser contabilizados e compensados aqui no Brasil?;
- v. O Brasil, em rigor, não tem jurisdição sobre bens situados no exterior. O que fazer, então, quando o *de cujos* não tiver deixado bens suficientes no Brasil para preencher o quinhão da legítima a que faz jus cada herdeiro necessário?;
- vi. Diante de toda essa controvérsia, a ação de sonogados, ajuizada no Brasil, poderia incluir também bens situados no exterior?²⁵

Diante de tantos problemas, o fecho da coluna fica por conta de Pontes de Miranda:

“O juízo de inventário e partilha não deve, no Brasil, cogitar de imóveis sítos no estrangeiro, mas, se lhe é apresentada partilha feita no estrangeiro, sem inclusão de bens sítos no Brasil, pode ele examinar o que, no Brasil, melhor se pode fazer para se respeitar a herança necessária ou apenas legítima e a sucessão testamentária”.²⁶

A passagem ponteana refere-se, porém, apenas a imóveis sítos no exterior. Não era o tempo de se tratar de contas na Suíça.

Moral da história:

Doe com moderação e, de preferência, bem assistido(a) (ou gaste tudo em vida).

²⁵ A favor: TJ/SP, 2ª CDPriv., AC 9166812-11.2002.8.26.0000, Rel. Des. A Santini Teodoro, j. 28.06.2007; TJ/RJ, 8ª CC, Rel. Des. João Carlos Braga Guimarães, j. 23.05.2006. Contra: STJ, 3ª T., REsp nº 1.362.400/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 28.04.2015, v.u., DJ 05.06.2015.

²⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. 2, 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, pp. 226-227.

“*Em foco*”

80. INVALIDADE DO CONTRATO: EFEITOS DESCONSTITUTIVO E RESTITUITÓRIO

Renata C. Steiner

Segundo o art. 182 do Código Civil¹, a anulação do negócio jurídico leva à restituição das partes ao estado em que antes dele se achavam e, caso não seja possível que isso ocorra na forma específica, que sejam “*indenizadas pelo equivalente*”. O dispositivo trata do chamado efeito restituitório da decretação de invalidade que, conjuntamente com o efeito desconstitutivo, é objeto desta coluna “*Em foco*”.²

Âmbito de aplicação do art. 182 CC: nulidade e anulabilidade

A despeito da redação pouco clara, o disposto no art. 182 CC aplica-se tanto às hipóteses de nulidade quanto àquelas de anulabilidade do negócio jurídico.

¹ Código Civil: “Art. 182. Anulado o negócio jurídico, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam, e, não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente.”

² As invalidades, sejam elas por nulidade ou por anulabilidade, como ensina Pontes de Miranda, devem ser decretadas pois, “por mais profunda que seja a deficiência, o suporte fático entrou no mundo jurídico” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, v. 4, § 410, p. 308.)

83. AUSÊNCIA DE LIMITAÇÃO TEMPORAL PARA O EXERCÍCIO DE DIREITO FORMATIVO GERADOR: CONTRATO DE OPÇÃO DE COMPRA E VENDA SEM PRAZO DE EXERCÍCIO CONTRATADO

Gisela Sampaio da Cruz Guedes

Se “o mundo não é eterno e tudo tem um prazo”,¹ então o que dizer de uma opção sem prazo de exercício contratado? Divergindo de Hamlet, mas não dos valores da Renascença, a AGIRE#83 indaga aos leitores qual é, afinal, a consequência jurídica de uma opção de compra sem prazo de exercício contratado. O direito formativo gerador teria que ser exercido imediatamente? Se fosse assim, qual seria o sentido dessa opção? A limitação temporal é elemento categorial inderrogável do contrato de opção,² como o preço é também elemento essencial da compra e venda? O outorgante poderia resili-la a qualquer tempo, de forma unilateral e imotivada, como de regra acontece com os contratos firmados por tempo

¹ Para os leitores cativos da AGIRE: a frase é de Shakespeare, extraída de um dos monólogos de Hamlet (Ato III, Cena II). O trecho maior da estrofe diz assim: “O mundo não é eterno e tudo tem um prazo. Nossas vontades mudam nas viradas do acaso; Pois esta é uma questão ainda não resolvida: A vida faz o amor, ou este faz a vida?”.

² Essa é a opinião de IGLESIAS, Felipe Campana Padin (*Opção de compra ou venda de ações no direito brasileiro*: natureza jurídica e tutela executiva judicial. Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Comercial no Curso de Pós-Graduação stricto sensu da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2011, pp. 183-185, cuja banca de defesa tive o prazer de integrar). A dissertação deu origem a um livro, publicado pela editora Almedina, em 2018.

indeterminado? Se a finalidade do contrato de opção de compra é justamente dotar a proposta do contrato projetado de irrevogabilidade,³ para o que serviria essa opção se pudesse ser revogada de forma imediata?

O exercício do direito formativo gerador

No bojo de todo contrato de opção de compra e venda, há sempre um direito potestativo da subespécie “direito formativo gerador” e, exatamente por isso, quando a opção é exercida perante o sujeito passivo, formado já estará o assim denominado “contrato optativo” ou “contrato projetado”, que é a compra e venda. Significa dizer que, no mais das vezes, as partes não precisam firmar o contrato de compra e venda na sequência ao exercício da opção. O mero exercício da opção já forma a compra e venda,⁴ sendo essa, aliás, uma das diferenças entre o contrato de opção e o contrato preliminar.⁵ Já não é assim, porém, no caso de opção envolvendo imóveis. Isso, porque a compra e venda de imóveis acima de 30 salários-mínimos precisa ser formalizada por escritura pública, como

³ Em síntese: “(...) a opção constitui um pacto que transforma em irrevogável a proposta e confere ao optante a faculdade de constituir definitivamente o contrato por sua exclusiva declaração de vontade” (GARCEZ NETO, Martinho. *Temas atuais de direito civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 85).

⁴ O posicionamento do STJ é, inclusive, no sentido de que cabe adjudicação compulsória, caso a transferência da propriedade não se dê de forma espontânea. Nesse sentido: STJ, 2ª S., REsp nº 1.161.522/AL, Rel.ª Min.ª Maria Isabel Gallotti, j. 12.12.2012, v.u., DJ 21.11.2013.

⁵ Como explica Luiza Bianchini: “A parte vinculada à opção fica na posição de sujeição em relação ao optante, pois o contrato definitivo será concluído com a mera manifestação de vontade deste último, independentemente de qualquer atividade por parte do outro contratante. Diversamente, o contrato preliminar unilateral não enseja o mesmo tipo de relação que o pacto de opção, marcado pela contraposição entre um direito potestativo e uma situação de sujeição. O beneficiário da promessa adquire o direito subjetivo e exigir que a outra parte celebre o contrato prometido, que apenas será concluído se esta última prestar uma nova declaração de vontade nesse sentido” (BIANCHINI, Luiza. *Contrato preliminar: conteúdo mínimo e execução*. Porto Alegre: Arquipélago, 2017, p. 116). No direito português, vale conferir: PRATA, Ana. *O contrato-promessa e o seu regime civil*, 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 402.

previsto no art. 108 do Código Civil,⁶ então o mero exercício da opção, por si só, não basta, tornando-se necessária a celebração da compra e venda por meio de outro instrumento.⁷

O caráter temporário da opção

O exercício de um direito potestativo pelo seu titular impõe ao sujeito passivo (outorgante da opção) verdadeiro estado de sujeição, não podendo este mais se opor à conclusão do negócio. Os direitos potestativos submetem-se a prazos decadenciais, que, via de regra, não se suspendem, nem se interrompem, salvo disposição legal em contrário.⁸ As opções são instrumentos cunhados para serem temporários, porque o que as partes têm em mira é a realização do contrato projetado. A natureza preparatória da opção faz dela um contrato singular, que nasce para ser transitório.

No mais das vezes, o valor patrimonial atribuído à posição jurídica ativa é proporcional à duração da situação de sujeição do outorgante, isto é, a tendência é que, quanto maior for o período de exercício da opção, maior será o seu preço de outorga. Afirma-se, por isso mesmo, que “[a] limitação temporal está aliada ao preço determinado no contrato optativo *vis-à-vis* a probabilidade e intensidade de influência de fatores externos sobre o objeto mediato, seja no que tange ao seu valor, seja no que se refere à conveniência ou utilidade do mesmo para o benefício ao longo do tempo”.⁹

⁶ Código Civil: “Art. 108. Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário-mínimo vigente no País”.

⁷ Até porque o art. 167, inciso I, da Lei n.º 6.015/73, que dispõe sobre os registros públicos, especifica os títulos que podem ser levados a registro.

⁸ Código Civil: “Art. 207. Salvo disposição legal em contrário, não se aplicam à decadência as normas que impedem, suspendem ou interrompem a prescrição”.

⁹ IGLESIAS, Felipe Campana Padin. *Opção de compra ou venda de ações no direito brasileiro: natureza jurídica e tutela executiva judicial*, cit., pp. 183-185.

O exercício como declaração receptícia de vontade

As opções precisam ser exercidas dentro do prazo. O exercício da opção, assim como de qualquer direito formativo gerador, é considerado uma declaração receptícia de vontade, o que, por outras palavras, equivale a dizer que o outorgante (sujeito passivo da opção) precisa, de fato, tomar conhecimento da declaração de vontade emitida pelo beneficiário (sujeito ativo da opção). Assim, “[a] partir do momento em que a manifestação da vontade do exercício do direito formativo gerador é recebida pelo outorgante, reputa-se que tenha havido a formação do contrato de compra e venda optativo”.¹⁰

O exercício extemporâneo

Por outro lado, findo o prazo sem o exercício da opção, libera-se o outorgante, que readquire a liberdade de contratar com quem bem entender. O exercício extemporâneo da opção não gera qualquer efeito em termos de vincular o outorgante, porque o sujeito passivo da opção não se encontra mais em estado de sujeição.

Prazos expressos ou tacitamente acordados

O prazo de exercício do contrato de opção normalmente vem previsto no contrato de forma expressa e determinada. No entanto,

¹⁰ IGLESIAS, Felipe Campana Padin. *Opção de compra ou venda de ações no direito brasileiro*: natureza jurídica e tutela executiva judicial, cit., pp. 240-242. No mesmo sentido: “Advirta-se que essa manifestação do titular da opção consiste numa declaração receptícia de vontade que só produz efeito quando chega ao conhecimento do destinatário” (LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Pareceres*, v. 2, São Paulo: Singular, 2004, p. 1.135). E também: GAGLIARDI, Rafael Villar. “*Contratos preliminares*”. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (coords.). *Teoria geral dos contratos*, São Paulo: Atlas, 2011, p. 557. Na jurisprudência, vale conferir: TJ/SP, 11ª CDPriv., AC 1017164-53.2020.8.26.0068, Rel. Des. Gilberto dos Santos, j. 17.01.2022. Na doutrina estrangeira: ASURMENDI, Camino Sanciñena. *La opción de compra*, 2 ed. Madrid: Dykinson, 2007, pp. 218-230; POVEDA, Pedro González. *Compraventa y opción de compra*, Madrid: Actualidad Editorial, 1984, p. 173; FAVALE, Rocco. “*Opzine*”. In: BUSNELLI, Donato (coord.). *Il codice civile comentário*. Milano: Giuffrè, 2009, pp. 120-121.

casos há em que a limitação temporal não é previamente determinada pelas partes, o que não chega a ser um problema. Nada impede que o prazo de exercício seja apenas *determinável* – afinal, até mesmo na compra e venda, que tem o preço como elemento essencial, o fato de este ser apenas determinável não invalida o negócio. Da mesma forma, o prazo de exercício da opção pode ser também tacitamente acordado, hipótese em que não virá estampado no contrato, mas será aferível a partir das circunstâncias negociais.

Na ausência de um prazo expresso, os usos e costumes também podem servir para preencher a lacuna deixada pelas partes. O que não se deve admitir, de forma alguma, é a perpetuidade do direito formativo gerador. Assim, na ausência de prazo de exercício – expresso ou tácito – e na impossibilidade de se integrar o contrato com os usos e costumes, ainda assim a opção não poderá vigor *ad aeternum*.

A solução de outros sistemas jurídicos

A doutrina italiana entende, com fundamento no artigo 1.331 do Código Civil italiano,¹¹ que na falta de um prazo de exercício este pode ser fixado pelo juiz. Daí se extrai que, para efeitos da configuração do contrato de opção, é irrelevante a fixação prévia de um prazo, não sendo, portanto, o prazo de exercício considerado elemento essencial do contrato de opção.¹² Na Espanha, igualmente, também se atribui ao juiz a tarefa de fixar o prazo para o exercício da opção,¹³ se as partes não dispuserem a seu respeito (o fundamento

¹¹ Código Civil italiano: “Art. 1.331 Opzione. Quando le parti convengono che una di esse rimanga vincolata alla propria dichiarazione e l'altra abbia facoltà di accettarla o meno, la dichiarazione della prima si considera quale proposta irrevocabile per gli effetti previsti dall'art. 1329. Se per l'accettazione non è stato fissato un termine, questo può essere stabilito dal giudice (1183)”.

¹² Nesse sentido: CIAN, Giorci; TRABUCCHI, Alberto. *Commentario breve al codice civile*, 4. ed., Milão: Dott. Antonio, 1996, p. 1.331.

¹³ Veja-se, a esse respeito: ASURMENDI, Camino Sanciñena. *La opción de compra*, 2 ed., Madrid: Dykinson, 2007, pp. 218-230.

é o art. 1.128 do Código Civil espanhol).¹⁴ Na França, a doutrina também tem entendido que o contrato de opção pode ser estipulado sem termo específico ou até mesmo sem duração.¹⁵ Aplica-se, de forma analógica, o art. 1.117 do Código Civil francês,¹⁶ que, ao tratar da oferta e da aceitação, estipula a necessidade de fixação de um prazo razoável quando não tiver sido estabelecido prazo específico para aceitação da oferta realizada pelo proponente.

A experiência internacional revela, portanto, que a falta de prazo para o exercício da opção por seu titular não macula o contrato, cabendo ao juiz (ou ao árbitro) fixar o prazo para o exercício da opção tendo em vista as especificidades do caso concreto. No Brasil, em parecer proferido na década de 60, Pontes de Miranda já sustentava exatamente essa solução.¹⁷

O mundo não é eterno, nem as opções

Embora nem tudo tenha prazo, as opções realmente precisam de um prazo de exercício. Apesar disso, o contrato de opção sem

¹⁴ Código Civil espanhol: “Art. 1.128. Si la obligación no señalarle plazo, pero de su naturaleza y circunstancias se dedujere que ha querido concederse al deudor, los Tribunales fijarán la duración de aquél. También fijarán los Tribunales la duración del plazo cuando éste haya quedado a voluntad del deudor”.

¹⁵ Por todos: MOUSSERON, Marc; GUIBAL, Michel; MAINGUY, Daniel. *L'avant contrat*, Levallois: Éditions Francis Lefebvre, 2001, pp. 334-335.

¹⁶ Código Civil francês: “Article 1117. L'offre est caduque à l'expiration du délai fixé par son auteur ou, à défaut, à l'issue d'un délai raisonnable. Elle l'est également en cas d'incapacité ou de décès de son auteur, ou de décès de son destinataire”.

¹⁷ Nas palavras de PONTES DE MIRANDA: “O prazo para o exercício do direito de opção é o usual. Não é porém, elemento essencial. Se prazo não foi estabelecido, cumpre ao interessado pedir ao juiz que, dispositivamente, fixe prazo razoável. Se os usos e costumes determinaram prazo, o pedido ao juiz não tem cabimento. Também se pode pensar ou ter sido implícita ou tácita a determinação pelos contraentes ou pelos interessados, ou pelo titular do direito de opção. Em todo o caso, mesmo se os usos e costumes fixam prazo, ou se há divergência quanto à interpretação de alguma cláusula sobre o prazo, os interessados podem exercer a pretensão à tutela jurídica propondo a ação declaratória (Código de Processo Civil, art. 2.º, parágrafo único)” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. “Parecer sobre diminuição de prazo para a existência de sociedade por cotas, de responsabilidade limitada, e cláusulas contratuais que têm de ser respeitadas (10 de janeiro de 1969)”. In: *Dez anos de pareceres*, v.7, Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1976, p. 7).

prazo de exercício contratado não é inexistente ou inválido. Não se trata de um problema de existência ou de validade, mas antes de uma lacuna que precisa ser preenchida para garantir a sua eficácia, considerando, especialmente, a vontade e o comportamento das partes, a fim de averiguar qual era a sua real intenção, e os usos e costumes do mercado em que se insere o contrato de opção.

O prazo de exercício poderá ser fixado identificando-se as razões que levaram à própria outorga da opção, especialmente as razões econômicas e as finalidades do negócio, para tentar aferir se a intenção dos contraentes era ligar o direito potestativo a certa situação de fato ou jurídica.¹⁸ Se não for possível estabelecer uma ligação significativa entre a celebração da opção e as razões que ajudem a fixar o seu prazo de exercício, isso não pode conduzir à conclusão de que as partes pretenderam criar um vínculo temporal perpétuo. No limite, será necessária uma intervenção corretiva pelo juiz ou árbitro, facultando-se à parte interessada a possibilidade de pleitear, por meio de uma ação declaratória, a integração do contrato com a fixação de um termo final.¹⁹

Pensando melhor, pelo menos em relação às opções, a frase de Hamlet faz todo sentido.

¹⁸ Como explica Agostinho Cardoso Guedes: “Saber se a cessação ou frustração das razões que levaram à outorga do direito de preferir determinam a caducidade imediata do respectivo pacto ou apenas conferem ao promitente a faculdade de se desvincular do mesmo é ainda matéria de interpretação das declarações negociais; a resposta a esta questão dependerá, entre outros aspectos, da maior ou menor intensidade da ligação estabelecida pelas partes entre a subsistência do pacto e as razões que lhe deram origem (GUEDES, Agostinho Cardoso. “O exercício do direito de preferência”, Porto: Publicações Universidade Católica, 2006, pp. 416-418). Nessa passagem, o autor refere-se ao direito de preferência, mas a lição é de todo aplicável às opções.

¹⁹ Essa é também a solução proposta por Carla Wainer Chalréo Lgow, embora também pensando no direito de preferência (*Direito de preferência*, São Paulo: atlas, 2013, pp. 20-21).

84. O CONCEITO DE DANO NA RESPONSABILIDADE CIVIL

Judith Martins-Costa

De umas décadas para cá, por vezes se lê a afirmação segundo a qual os conceitos jurídicos seriam “abstratizantes”, servindo para cortar o necessário nexos entre o Direito e a realidade. A ideia, devida, talvez, a uma leitura apressada e anacrônica do grande von Jhering,¹ parece-me equivocada: são justamente os conceitos, refinados pela experiência, os instrumentos que permitem uma segura e ordenada intervenção na realidade.

Ainda mais danosa é a desvalorização conceitual quando atinge um instituto tão fundamental quanto a responsabilidade civil, esse genial artefato cuja função primordial é imputar ao causador de um dano, em regra, a sua reparação. O dano está em seu centro.² Todavia, à palavra dano são atribuídos vários significados, prestando-se, pois, ao fenômeno da polissemia. Qual será o significado que a recobre nesse específico campo da experiência jurídica?

¹ Refiro-me a Von JHERING, Rudolf. “*En el cielo de los conceptos jurídicos. Una fantasía*”. In: JHERING, Rudolf Von, *Bromas y veras en la jurisprudencia: un regalo de Navidad para los lectores de obras jurídicas*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1974.

² Volta-se a um tema já também tratado nesta AGIRE a propósito dos danos consequenciais, na coluna AGIRE#3 datada de 21 de fevereiro de 2022.

Para reflexão

Como vimos, a despeito da regra de jurisdição exclusiva prevista no art. 23, II, do CPC, o STJ tem reconhecido decisões estrangeiras versando sobre o inventário e a partilha de bens situados no país quando não há litigiosidade entre as partes e quando o provimento estrangeiro se limita a cumprir a última vontade manifestada pelo *de cujus*. Noutros termos, pela via indireta da homologação, admite-se a flexibilização da jurisdição exclusiva.

Já nos casos de sucessão internacional processados no Brasil, o espelhamento da regra do art. 23, II, do CPC parece assumir caráter absoluto. Com efeito, o recente julgado da 4ª Turma do STJ inclusive alça o dispositivo ao status de “regra de ordem pública que não se pode entender derogada pela conduta das partes”.

O contrassenso é nítido. De um lado, a jurisprudência admite que a autoridade judiciária estrangeira decida sobre inventário e partilha de bens no Brasil quando a vontade das partes envolvidas estiver sendo observada, mitigando-se, por consequência, o comando do art. 23, II, do CPC. De outro lado, quando se trata da atuação da autoridade judiciária brasileira sobre inventário e partilha de bens no exterior, a base jurisdicional interna é bilateralizada e empregada rigidamente, não sendo concedido espaço para a vontade das partes agir no sentido de privilegiar a Justiça nacional. Nesta última hipótese, tanto o automático espelhamento da regra de jurisdição exclusiva como o afastamento por completo da força da autonomia privada na escolha da jurisdição mereciam enfrentamento diverso.

“ Em pauta

88. NA PAUTA DO STJ: EFEITOS DA CLÁUSULA DE “TAKE OR PAY” EM CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE GÁS NATURAL

Gisela Sampaio da Cruz Guedes

São poucas as disposições contratuais que contêm comando tão direto – em rigor, o comprador tem apenas duas alternativas: ou “take”, ou “pay” –, mas a tropicalização dessa fórmula contratual importada da *common law* tem deixado a desejar em diversos aspectos, comprometendo a própria função da cláusula, que nem sempre resiste ao “clima” da Mata Atlântica, povoada por “jabuticabas” que só se encontram aqui. Embora não seja figura *habitué* da pauta do STJ – como o é das pautas arbitrais –, pelo critério de busca “take or pay” (entre aspas), é possível identificar dois casos recentes que tratam da cláusula: os Recursos Especiais 1.984.655/SP¹ e 2.048.957/MG,² sendo o último – não apenas por ser o mais atual – o protagonista deste “Em Pauta” que acalora a semana da **nossa** AGIRE.³

¹ STJ, 3ª T., REsp 1.984.655/SP, Rel.ª Min.ª Nancy Andrighi, j. 29.11.2022.

² STJ, 3ª T., REsp 2.048.957/MG, Rel.ª Min.ª Nancy Andrighi, j. 18.04.2023.

³ E acende a sua segunda-feira, leitor(a) da AGIRE, que nos ajuda muito acompanhando, compartilhando e divulgando as colunas.

Pano de fundo

O caso concreto gira em torno de uma ação de cobrança decorrente do inadimplemento de um contrato de compra e venda de gás natural comprimido, firmado em 15.04.2008. No referido acordo, a compradora assumiu a obrigação de pagar, no mínimo, o valor relativo a 36.900 m³ de gás por mês, mas, a partir de junho de 2008 – isto é, cerca de dois meses depois –, deixou de retirar (“take”) e também de quitar (“pay”) o montante devido. Diante disso, as partes renegociaram os termos do contrato e ajustaram a redução do consumo mínimo mensal, que passou a ser de 28.000 m³, sendo ainda facultado à compradora o parcelamento do saldo remanescente da dívida em dez prestações mensais de R\$ 6.319,00, o que foi reiteradamente descumprido.

Sentença

A sentença julgou procedente o pedido condenatório formulado pela vendedora. Apesar disso, reconheceu que o recebimento, pela vendedora, de um valor pela disponibilização de um volume mínimo de gás não consumido configurava “enriquecimento ilícito”, como se as partes, negociadoras experimentadas do mercado de energia, não pudessem formular tal tipo de ajuste. Partindo dessa premissa, que vai de encontro à própria finalidade da cláusula, a sentença impôs à vendedora a obrigação de fornecer à compradora o volume de gás não consumido, mas – no entender da sentença – “pago”. Ou seja: a vendedora foi obrigada a entregar à compradora a diferença entre a quantidade mínima de gás convencionada e aquela menor efetivamente utilizada, como se o pagamento do que se acordou como “consumo mínimo” conferisse à compradora o direito de obter, no período subsequente, a quantidade mínima acrescida da sobra do mês anterior.

Funções da cláusula

No cerne da discussão estão, portanto, as funções da cláusula de “take or pay” (ou “ToP”, alcunha pela qual ficou conhecida). Como observa a doutrina,⁴ dessa cláusula despontam duas principais finalidades:

- (i) Por meio dessa disposição contratual, que nada mais é do que um instrumento de gestão de riscos, o vendedor assume o risco de o preço do gás vir a aumentar, enquanto o comprador, por outro lado, assume o risco de a sua demanda pelo gás vir a diminuir;
- (ii) Considerando todas as especificidades do setor,⁵ a cláusula de “take or pay” é muito importante para garantir determinado fluxo financeiro (estável) para o negócio e, assim, o retorno adequado do investimento dos diversos agentes econômicos envolvidos na produção, transporte e armazenagem de gás natural. O objetivo da cláusula, portanto, é garantir uma receita mínima – e previsível – para o negócio.

Em linhas gerais, o conteúdo da cláusula indica que a obrigação do comprador é a de pagar por uma quantidade mínima de gás natural, retirando-a ou não para uso. O pagamento deve ocorrer, portanto, independentemente da efetiva retirada ou utilização do gás

⁴ MELO, Leonardo de Campos. “Cláusula de Take or Pay: Natureza Jurídica”. Disponível em: <https://www.academia.edu/43024513/Cl%C3%A1usula_Take_or_Pay_Natureza_Jur%C3%ADdica>. Acesso em 21.10.2023 – citado também no inteiro teor do acórdão ora comentado. No mesmo sentido: BALERONI, Rafael Baptista. “Aspectos econômicos e jurídicos das cláusulas de ship-or-pay e take-or-pay nos contratos de transporte e fornecimento de gás natural”, *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, v. 27, pp. 247-264. Rio de Janeiro: Padma, jul.-set./2006, p. 252.

⁵ Os vultuosos investimentos necessários em instalações, equipamentos e na infraestrutura de transporte e armazenamento; a baixa liquidez do gás natural; o risco de o gás natural se perder caso não consumido ou fique mal armazenado; o fato de o mercado ser mais afeito a contratos de longo prazo sujeitos a mais intercorrências etc.

natural – essa conclusão revela que, no caso concreto, a tese da sentença é mais um castelo de cartas.

Não há, em definitivo, que se falar em “enriquecimento ilícito” nessa hipótese, porque nada há de ilícito em se pactuar um consumo mínimo para garantir o fluxo financeiro do projeto, tanto mais em se tratando de um contrato eminentemente paritário, tampouco em “enriquecimento sem causa”, porque o contrato aqui é causa (a temática do enriquecimento sem causa já foi tratada na AGIRE#85). A cláusula “*não foi concebida para penalizar o comprador que não retira a quantidade indicada de gás, nem para criar a possibilidade de lucros injustificados para o vendedor*”,⁶ mas antes para assegurar o fluxo de caixa do negócio, e não necessariamente o fluxo de gás. Exatamente por isso, “*o serviço da dívida não poderia depender do comportamento da curva de procura dos consumidores pelo energético*”.⁷

Os desdobramentos no TJ/MG

A fundamentação precária da sentença levou ambas as partes a recorrer ao TJ/MG, que, por sua vez, negou provimento aos dois recursos de apelação. Embora tenha reconhecido a legalidade da cláusula,⁸ a decisão de 2ª instância manteve o entendimento de que a vendedora deveria entregar à compradora a diferença entre a quantidade mínima de gás convencional e aquela efetivamente utilizada. O caso, então, foi parar...

⁶ MIRANDA, Rogério S. “*Contratos da indústria de gás natural. Mitigação do risco de mercado. Financiamento através de project finance*”. In: Paulo Valóis Pires (org.), *Temas de direito do petróleo e do gás natural*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, pp. 269-270.

⁷ MIRANDA, Rogério S. “*Contratos da indústria de gás natural. Mitigação do risco de mercado. Financiamento através de project finance*”, cit., p. 270.

⁸ A legalidade da cláusula também foi reconhecida em: TJ/SP, 29ª CDPriv, AC 0050466-63.1998.8.26.0100, Rel. Des. Pereira Calças, j. 04.05.2011.

... na pauta do STJ

No julgamento do Recurso Especial 2.048.957/MG, após discorrer sobre as funções da cláusula de “take or pay”, a Terceira Turma do STJ, sob a batuta da Ministra Nancy Andrighi, entendeu que, “[e]specificamente nos contratos de fornecimento de gás natural, espécie contratual debatida nos presentes autos, se a adquirente não consumir o volume mínimo de gás previsto no instrumento negocial, deverá pagar o valor definido na cláusula de take or pay. Por se tratar de um contrato de trato sucessivo, no período subsequente, ela não terá direito ao recebimento da diferença entre o volume mínimo, pela qual pagou, e a quantia efetivamente consumida. A desconsideração do risco assumido pela adquirente acarretaria a ineficácia da cláusula de take or pay. (...) Portanto, a obrigação de fornecimento imposta pelas instâncias de origem à recorrente revela-se descabida”.⁹

Qualificação controvertida

A qualificação da cláusula de “take or pay” é um problema à parte,¹⁰ cuja solução, em certa medida, depende também do seu

⁹ Trecho do voto da Ministra Nancy Andrighi, relatora do caso.

¹⁰ Na doutrina, discute-se um sem-número de possíveis naturezas jurídicas: (i) cláusula de preço pura e simples; (ii) cláusula penal; (iii) obrigação alternativa; (iv) obrigação de garantia; (v) obrigação decorrente de contrato aleatório; (vi) cláusula indenizatória etc.. Para um panorama geral, cf. TORRES, Giovana Durlí. “*A determinação da natureza jurídica da cláusula take or pay e seus efeitos no direito brasileiro*”, p. 18. Disponível em: <https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2022/02/giovana_torres.pdf>. Acesso em 22.10.2023; MACEDO, Guilherme Gomes de Carvalho. *A cláusula take or pay e a aplicação da teoria da onerosidade excessiva nos contratos de energia*. Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre pelo Programa de Mestrado Profissional em Direito Civil Contemporâneo e Prática Jurídica da PUC-Rio, sob orientação da Professora Aline Terra, Rio de Janeiro, 2022, pp. 38-57; ARGUELLO, Ana Luiza Tesser. *A cláusula penal nos contratos empresariais*. Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob orientação da Professora Juliana Krueger Pela, São Paulo, 2018, pp. 56-75.

conteúdo.¹¹ O acórdão proferido pelo STJ no julgamento do Recurso Especial 2.048.957/MG passa ao largo dessa discussão, que é superficialmente enfrentada no julgamento do Recurso Especial 1.984.655/SP. Neste, afirmou a Terceira Turma que a “(...) *cláusula take or pay diz respeito à própria obrigação principal, porquanto contempla obrigação de pagar quantia. Diversamente da cláusula penal, a cláusula take or pay não pressupõe a inexecução da obrigação principal, mas compõe a própria obrigação, já que define o valor a ser pago pela disponibilização de um volume específico de produtos e serviços. Portanto, a cláusula de take or pay tem natureza obrigacional e não de cláusula penal, motivo pelo qual está sujeita ao regime geral do direito das obrigações. É importante consignar, todavia, a necessidade de avaliar-se, em cada hipótese, a finalidade dos contratantes na estipulação da cláusula (art. 112 do CC/02). Afinal, não se pode descartar a possibilidade de as partes denominarem determinada disposição contratual de ‘cláusula de take or pay’ e tratar-se, em verdade de uma cláusula penal*”.¹²

Além-mar

A compreensão da função e, principalmente, da natureza jurídica da cláusula repercute também em outros campos para além do Direito Civil, de onde se pode extrair exemplos interessantes. No julgamento do Recurso Especial 1.984.655/SP, por exemplo, a identificação da natureza jurídica obrigacional da cláusula de “take

¹¹ Nesse sentido: POMPEU FILHO, Cid Tomanik. “Redação contratual define natureza de cláusula take or pay”. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-fev-17/cid-tomanik-redacao-contratual-define-natureza-clausula-take-or-pay>>. Acesso em 21.10.2023.

¹² Trecho da ementa. Em sentido contrário, qualificando-a como cláusula penal: TJ/SP, 32ª CDPriv, AC 9050575-49.2006.8.26.0000, Rel. Des. Hamid Bdine, j. 06.12.2012; TJ/SP, 34ª CDPriv, AC 9226849-96.2005.8.26.0000, Rel. Des. Gomes Varjão, j. 10.10.2011; TJ/SP, 30ª CDPriv., AC 9059853-11.2005.8.26.0000, Rel. Des. Marcos Ramos, j. 14.09.2011; TJ/SP, 30ª CDPriv., AC 9059853-11.2005.8.26.0000, Rel. Des. Marcos Ramos, j. 14.09.2011; TJ/SP, 28ª CDPriv, AC 0188504-06.2008.8.26.0100, Rel. Des. Celso Pimentel, j. 14.09.2010.

or pay” foi determinante para que a Terceira Turma entendesse que a inserção dessa espécie de disposição em contrato de compra e venda de gás natural não desnatura o negócio jurídico, que não deixa de ser uma compra e venda. A partir dessa premissa, a Terceira Turma concluiu que é possível emitir duplicadas cujo valor constante do título seja calculado com base na cláusula de “take or pay”.¹³

Onerosidade excessiva

Muito já se discutiu sobre a teoria da onerosidade excessiva, adotada pelo legislador brasileiro nos arts. 478 a 480 do Código Civil de 2002. A despeito de a literalidade do *caput* do art. 478 do Código Civil aludir expressamente à resolução do contrato na hipótese de excessiva onerosidade, em homenagem ao princípio da conservação dos negócios jurídicos, tal dispositivo vem sendo interpretado conjuntamente com o art. 317 do Código Civil,¹⁴ de modo que se priorizará a manutenção do contrato – isto é, a revisão em detrimento da resolução –, desde que seja realmente possível restaurar o equilíbrio contratual perdido.

No caso específico da compra e venda de gás natural, a dificuldade prática de fazer incidir as referidas normas não está tanto no caráter supostamente aleatório do negócio, que é outra questão

¹³ Na ementa, lê-se exatamente o seguinte: “O cálculo do montante devido com base na cláusula take or pay não quer dizer que não houve uma efetiva compra e venda. Na realidade, existe um contrato de compra e venda, mas, em determinada época, em razão de o consumo de produto ou serviço ter sido inferior ao mínimo disponibilizado, o preço devido foi calculado nos moldes do previsto na cláusula take or pay. Assim, é possível emitir duplicata fundada em contrato de compra e venda, ainda que o valor constante do título tenha sido calculado com base na cláusula take or pay” (STJ, 3ª T., REsp 1.984.655/SP, Rel. Min. Nancy Andrigli, j. 29.11.2022).

¹⁴ Nesse sentido: “(...) os artigos 317, 478, 479 e 480 do Código Civil devem ser interpretados em conjunto, como partes de um sistema complexo de regulação da teoria da excessiva onerosidade aplicável às relações paritárias no Direito brasileiro” (DIAS, Antônio Pedro Medeiros. *Revisão e resolução do contrato por excessiva onerosidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 50).

bastante controvertida,¹⁵ mas antes no fato de haver, por trás do contrato, uma “sucessão de relações jurídicas, submetidas a disciplinas normativas não necessariamente compatíveis entre si”.¹⁶ Isso, por si só, não deve afastar de plano a possibilidade de revisão, mas é importante examinar se, no caso concreto, estão presentes os seus pressupostos de aplicação, para que o comprador não fique estimulado a pleitear a revisão do contrato sempre que sua retirada de gás fique aquém do mínimo.¹⁷ A tropicalização da cláusula de “take or pay” é mesmo um desafio, mas pelo menos nossas jabuticabas têm sabor único.

¹⁵ Combatido, por exemplo, por MELO, Leonardo de Campos. “Cláusula de Take or Pay: Natureza Jurídica”, cit., mas defendido por BALERONI, Rafael Baptista. “Aspectos econômicos e jurídicos das cláusulas de ship-or-pay e take-or-pay nos contratos de transporte e fornecimento de gás natural”, cit., p. 255.

¹⁶ RAMOS, Fernando Augusto Werneck. “Da cláusula ‘take or pay’ nos contratos de compra e venda de gás natural”. In: ROSADO, Marilda (coord.). *Estudos e pareceres: direito do petróleo e gás*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 202.

¹⁷ Nesse sentido: “Em muitos casos, de fato, se justifica a aplicação da teoria da onerosidade excessiva nos contratos com cláusula take or pay, sobretudo quando a variação excessiva decorrente de um evento previsível e alocado entre as partes é apta a ensejar um efeito extraordinário causador de desequilíbrio contratual e quando a variação (não excessiva se comparada a mercado, mas suficientemente excessiva a ponto de desequilibrar a relação contratual) decorre de evento extraordinário. Essa possibilidade, todavia, não chancela sua aplicação desproporcional e atécnica, devendo-se atentar às circunstâncias fáticas e contratuais que deram ensejo à celebração do negócio jurídico e, ainda, à variação do preço da energia ao longo de toda a relação contratual” (MACEDO, Guilherme Gomes de Carvalho. *A cláusula take or pay e a aplicação da teoria da onerosidade excessiva nos contratos de energia*, cit., p. 83).

89. ARBITRAGEM E RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL

Renata C. Steiner

Não surpreende que a arbitragem seja *locus* frequente para solução de disputas contratuais: para além das vantagens estratégicas a ela inerentes, tais disputas usualmente dizem respeito a direitos patrimoniais disponíveis e a contratação prévia de convenção de arbitragem (via cláusula compromissória) é o fundamento mais comum para instauração da arbitragem. Isso não quer dizer que somente a responsabilidade contratual encontre nela espaço. O tema da coluna “Em Foco” de hoje é a arbitrabilidade de disputas pré-contratuais.¹

Responsabilidade pré-contratual: direito material

Conceito compósito, como já advertia Carlos Alberto da Mota Pinto,² a responsabilidade pré-contratual abarca uma pluralidade de ilícitos que têm em comum o fato de ocorrerem no curso

¹ A inspiração da coluna nasceu em discussão iniciada no Workshop “Vinculatividade Negocial em Disputas de M&A”, por ocasião do 21º Congresso de Arbitragem do CBar (Rio de Janeiro, 2022) e, mais recentemente, em entrevista para o “Momento CIArb”, promovido pelo CIArb em parceria com o Canal Arbitragem.

² MOTA PINTO, Carlos Alberto. “A responsabilidade pré-negocial pela não conclusão dos contratos”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Suplemento XIV, pp. 157-158.

92. A INTERAÇÃO DA CLÁUSULA DE DECLARAÇÕES E GARANTIAS COM A QUALIFICADORA “TO THE BEST OF KNOWLEDGE”

Gisela Sampaio da Cruz Guedes

Como diria Oscar Wilde, “o conhecimento pode ser fatal”,¹ mas a ignorância – esta sim! – é *quase* sempre uma benção. Nem sempre. Inspirada pela sagacidade do escritor irlandês, a coluna de hoje volta, mais uma vez, ao tema das cláusulas de declarações e garantias em contrato de M&A, já tratado na AGIRE#18 e na AGIRE#74, mas aqui com outro *foco*. A pergunta que se pretendia fazer para provocar os leitores da AGIRE, agora em vias de ser estampada no texto, desdobra-se imediatamente em duas (e, mais adiante, em outras tantas que passam a “povoar” os subtítulos da coluna):

1.^a) Diante de uma cláusula de declarações e garantias, se ficar demonstrado que a declaração prestada pelo vendedor é falsa, adianta ele comprovar que desconhecia a falsidade para se eximir das consequências contratualmente ajustadas?

¹ WILDE, Oscar. *O retrato de Dorian Gray*, tradução de Enrico Corvisieri, São Paulo: Nova Cultural, 2003, p. 219.

2.^a) Qual é a importância da qualificadora “to the best of knowledge” na cláusula de declarações e garantias?

As funções da cláusula de declarações e garantias

Importada dos modelos contratuais da *common law* – embora nem sempre “tropicalizada” a contento, tal qual a cláusula de “take or pay”, objeto da AGIRE#88 –, a cláusula de declarações e garantias pode exercer múltiplas funções (informativa, probatória, conformativa etc.²), dentre as quais se destaca a *função assecuratória*, que desponta sempre que as partes atribuem a essa disposição a finalidade de proteger o comprador contra o risco de a sociedade-alvo não apresentar as qualidades enunciadas pelo vendedor.

Com essa roupagem, a cláusula de declarações e garantias configura autêntica “(...) promessa de que determinado fato é verdadeiro ou de que esse fato será verdadeiro”.³ Por meio desta cláusula, portanto, “garante-se que determinado estado de fato corresponde ou corresponderá, conforme declarado no contrato, à realidade”.⁴ O intérprete deve, por isso mesmo, ter muito cuidado com esse tipo de disposição, pois, para além de ser importante instrumento de gestão de risco – o vendedor assume o risco de as

² Nesse sentido: “Para além de configurar o fornecimento de uma informação e documentá-la (funções informativa e probatória), as declarações e garantias ainda podem conformar a obrigação do declarante ao especificar as qualidades da participação societária objeto da alienação (função conformativa) ou instigar assunção de obrigação de garantia pelo declarante (função assecuratória)” (GREZZANA, Giacomo. *A cláusula de declarações e garantias em alienação de participação societária*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 69).

³ MARTINS-COSTA, Judith. “*Contrato de compra e venda de ações. Declarações e garantias. Responsabilidade por fato de terceiro. Inadimplemento, pretensão, exigibilidade, obrigação. Práticas do setor e usos do tráfico jurídico. Parecer*”. In: Rodrigo Rocha Monteiro de Castro, Luis Andre Azevedo e Marcus de Freitas Henriques (coord.). *Direito societário, mercado de capitais, arbitragem e outros temas: homenagem a Nelson Eizirik*. São Paulo: Quartier Latin, 2021, pp. 75-76.

⁴ MARTINS-COSTA, Judith. “*Contrato de compra e venda de ações. Declarações e garantias. Responsabilidade por fato de terceiro. Inadimplemento, pretensão, exigibilidade, obrigação. Práticas do setor e usos do tráfico jurídico. Parecer*”, cit., p. 76.

declarações não se revelarem verdadeiras –, interfere diretamente na precificação do negócio.

O elemento subjetivo importa?

Considerando a proeminente função assecuratória que pode exercer, se eventual afirmação prestada no bojo da cláusula de declarações e garantias revelar-se falsa, pouco importará, para a incidência da garantia, a constatação acerca do conhecimento ou não do vendedor sobre a falsidade da informação prestada. Isso, porque “a garantia elimina a discussão acerca do elemento subjetivo (estado psíquico, conhecimento ou culpa) de quem faz a afirmação”.⁵

A falta do elemento subjetivo não eximirá o vendedor de responder, porque os remédios contratualmente previstos precisam atuar em conformidade com a função garantista da cláusula. Assim, ainda que o vendedor consiga comprovar que não sabia – ou que não tinha como saber – que a afirmação proferida era falsa, o fato é que os remédios contratuais incidirão, independentemente do elemento anímico. Afinal, “quem promete garantia promete com abstração de dolo ou culpa”.⁶ Há, evidentemente, outras formas indiretas de se estabelecer a responsabilidade objetiva do vendedor, como a inserção, no contrato de compra e venda de participação societária, de uma cláusula de pró-sandbagging (mais uma dessas

⁵ GOUVÊA, Carlos Portugal; e PARGENDLER, Mariana. “*As diferenças entre as declarações e garantias e os efeitos do conhecimento*”. In: GOUVÊA, Carlos Portugal; PARGENDLER, Mariana; e LEVI-MINZI, Maurizio. *Fusões e aquisições: pareceres*. São Paulo: Almedina, 2022, p. 293.

⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: direito das obrigações*, t. 38. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 427.

“importadas”),⁷ para quem defende a validade desse tipo de ajuste no direito brasileiro.⁸

Importa no regime legal?

O tema tangenciou a já longínqua AGIRE#74, que tratou do confronto entre a disciplina dos vícios redibitórios e a cláusula de declarações e garantias. Naquela oportunidade, fez-se referência a uma discussão ainda latente na doutrina: diante de um vício oculto que atinja a sociedade-alvo, é possível aplicar a disciplina geral dos

⁷ Uma explicação rápida para quem não tem familiaridade com o tema: “Muito comum em contratos de M&A, a cláusula de SANDBAGGING foi importada do direito norte-americano e basicamente visa autorizar (cláusula pro-sandbagging) ou impedir (cláusula anti-sandbagging) que o comprador, após o fechamento do negócio (closing), se valha de uma cláusula de declaração ou garantia (representations and warranties), para buscar indenização decorrente de uma violação da qual teve ciência antes do fechamento da operação. Imagine-se a hipótese na qual o vendedor declare em contrato, no signing, que a empresa não possui passivos fiscais. Porém o comprador, no curso da due diligence descobre que em verdade existem passivos fiscais que nem o vendedor tinha ciência. Tem o comprador a obrigação de informar ao vendedor sobre tal passivo, renegociando eventualmente o preço da aquisição, ou pode ficar silente, alegando tal vício apenas após o fechamento do negócio, passando a cobrar então multas contratuais previstas para a hipótese de violação das representations and warranties? É justamente esta circunstância que as partes visam solucionar com a adoção de uma cláusula pro ou anti sandbagging, autorizando ou não o comprador a ter tal conduta pós closing. Mas se tal cláusula, nem nos Estados Unidos é amplamente aceita (na Califórnia prevalece a interpretação anti-sandbagging, enquanto em Nova York e em Delaware prevalece a regra pro-sandbagging), a questão fica ainda mais complexa quanto esta situação é ‘importada’ para operações regidas pela lei brasileira” (PEDROSA, Paulo André M. “M&A - Cláusula de SANDBAGGING e sua validade no Brasil”. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/347056/m-a--clausula-de-sandbagging-e-sua-validade-no-brasil>>. Acesso em 15.09.2023).

⁸ Nessa linha, defende-se que “(...) a intenção das partes, ao negociar e pactuar as cláusulas de declarações e garantias, bem como cláusula que prevê a irrelevância de eventual conhecimento do comprador quanto à inexatidão ou inveracidade de qualquer delas para fins indenizatórios, pode ter sido, precisamente, tornar objetiva a responsabilidade do vendedor – e, portanto, sua apuração – em relação ao conteúdo de todas elas. Nesse sentido, segundo o pactuado, todas consubstanciarium uma garantia de veracidade do vendedor, e ensejariam a reponsabilidade dele, independentemente de elemento subjetivo, em caso de não correspondência com a realidade” (TEMPLE, Maíra de Melo Vieira. “Validade e eficácia da cláusula denominada pró-sandbagging nos contratos de compra e venda de participação societária sujeitos ao direito brasileiro”, *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n. 178-179. São Paulo: Expert, ago./2019 - jul./2020, pp. 369-370).

vícios redibitórios quando o contrato não contém disposição específica sobre o remédio aplicável à hipótese? O assunto é controvertido,⁹ mas o fato é que o regime legal também é objetivo, como se infere da leitura do art. 443 do Código Civil.¹⁰ Aliás, no direito romano já era assim.¹¹ A responsabilidade pelos vícios redibitórios não resulta de culpa, dolo ou má-fé. A disciplina dos vícios redibitórios incide independentemente de qualquer elemento subjetivo, mas a responsabilidade do alienante pode agravar-se na presença dele, já que nesse caso passa a responder também por perdas e danos, se provados estiverem os danos sofridos pelo comprador.

Para que serve a qualificadora “to the best of knowledge”?

Nos contratos de compra e venda de participação societária, a inserção da qualificadora “to the best of knowledge” no bojo das cláusulas de declarações e garantias – seu *locus* de atuação – tem por

⁹ Sobre essa discussão, vale conferir: NEGREIROS, Teresa. “*Dos vícios redibitórios e da sua articulação com as cláusulas de declarações & garantias em contratos de compra e venda de empresas*”. In: BENETTI, Giovana; CORRÊA, André Rodrigues; FERNANDES, Márcia Santana; NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro; VARELA, Laura Beck Varela (orgs.). *Direito, Cultura, Método*: leituras da obra de Judith Martins-Costa. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2019; e ADAMEK, Marcelo Vieira Von; CONTI, André Nunes. “Vícios redibitórios na alienação de participações societárias”, *Revista de Direito Societário e M&A*, v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./jun., 2023.

¹⁰ Código Civil: “Art. 443. Se o alienante conhecia o vício ou defeito da coisa, restituirá o que recebeu com perdas e danos; se o não conhecia, tão-somente restituirá o valor recebido, mais as despesas do contrato”.

¹¹ Nas palavras de CARVALHO SANTOS: “A ignorância de tais vícios pelo alienante não o exime de responsabilidade (...). Já no direito romano, o vendedor respondia pelos vícios ocultos da coisa vendida, mesmo quando lhe fossem desconhecidos. Em nosso direito, a regra é ampliada aos contratos comutativos. A garantia a que é obrigado o alienante subsiste ainda quando ele ignora o vício oculto. É um risco do negócio, que à semelhança de outros, recai sobre ele, com justo fundamento na segurança dos contratos. (...) A prestação da garantia por vício da coisa não é cumprimento ou execução do contrato, mas resulta do dever legal de garantia” (CARVALHO SANTOS, J.M. *Código Civil brasileiro interpretado*, v. 15. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989, pp. 360-361).

objetivo suavizar os efeitos da declaração prestada.¹² Segundo o Collins Dictionary: “If you say that something is true to your knowledge or to the best of your knowledge, you mean that you believe it to be true but it is possible that you do not know all the facts”.¹³ Daí já se extrai a função da qualificadora: atenuar a higidez da declaração prestada, como forma de assegurar a sua exatidão. De fato, ao atrelar a informação ao “melhor conhecimento” da parte que a prestou (normalmente, o vendedor), a qualificadora abranda a afirmação, o que pode repercutir também no plano da responsabilidade.

O vendedor presta apenas as informações que já são do seu conhecimento, sem realizar esforço adicional para confirmá-las, transferindo, assim, para o comprador ônus de demonstrar que a falsidade já era conhecida do vendedor. Exatamente por isso, a presença da qualificadora dificulta a responsabilização daquele que prestou informação falsa, embora, em rigor, não atinja propriamente o funcionamento da garantia.¹⁴ Como explica a doutrina, sob a perspectiva funcional, o sentido da expressão “the best knowledge of the seller”, no Brasil, “poderia ser definido como uma presunção relativa de boa-fé subjetiva, ou seja, uma presunção relativa de desconhecimento, por parte do declarante, de determinado vício da coisa por ele não informado”.¹⁵

¹² As qualificadoras do conhecimento podem apresentar-se de diversas formas, como explicam Carlos Portugal Gouvêa e Mariana Pargendler: “A inserção de qualificadoras de conhecimento em cláusulas de declarações e garantias pode ocorrer de várias formas, como, por exemplo, ‘no conhecimento do vendedor’ (to seller’s knowledge), ‘no melhor conhecimento do vendedor’ (to the best of seller’s knowledge), ou ‘no melhor conhecimento do vendedor e após investigações diligentes’ (to the best of seller’s knowledge and after diligent investigation)” (“As diferenças entre as declarações e garantias e os efeitos do conhecimento”, cit., p. 294).

¹³ Verbete “to the best of your knowledge”, do Collins Dictionary. Disponível em: https://www.collinsdictionary.com/dictionary/english/to-the-best-of-your-knowledge#google_vignette. Acesso em 15.09.2023.

¹⁴ GREZZANA, Giacomo. “O qualificador de conhecimento (*knowledge qualifier*) e suas relações com a cláusula de declarações e garantias em alienações de participação societária”, cit., p. 247.

¹⁵ TEPEDINO, Gustavo. *Soluções práticas – Pareceres – Relações obrigacionais e contratos*, v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 437.

O que revela a ausência da qualificadora?

Por outro lado, a ausência da qualificadora evidencia a assunção, pelo vendedor, do risco quanto à eventual falsidade objetiva das informações prestadas na declaração, independentemente do seu conhecimento. A ausência da qualificadora, portanto, é também digna de nota, porque torna mais evidente que o vendedor deveria ter confirmado a veracidade das informações a serem prestadas antes de as assegurar perante o comprador. E se não a confirmou e a declaração se mostrou posteriormente falsa, o comprador pode exigir os remédios contratualmente ajustados. Como já afirmado na AGIRE#74, as partes normalmente buscam maior previsibilidade na solução das disputas, então as consequências da não veracidade do quanto declarado costumam vir previstas no próprio contrato, mas a aparente autossuficiência da cláusula não impede a aplicação dos remédios legais, desde que presentes os seus requisitos.

Como a cláusula de garantia se articula com a indenizatória?

Comprovada a desconformidade entre a realidade e o quanto afirmado na declaração, incidem, como consequência, os remédios previstos no contrato, tal como acordado pelas partes. O fato revelador que, no período de vigência da garantia, traz à tona a falsidade da afirmação não gera, tecnicamente, inadimplemento,¹⁶ sendo antes apenas o suporte fático de incidência (*pressuposto*) para o surgimento de obrigação ulterior, que normalmente é o pagamento de uma soma em dinheiro já prefixada

¹⁶ Veja-se, por todos, MARTINS-COSTA, Fernanda. “Ensaio sobre o descumprimento de cláusula de declarações e garantias em alienações de participações societárias com fechamento diferido”. In: TERRA, Aline Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (coords.). *Inexecução das obrigações: pressupostos, evolução e remédios*, v. 1. Rio de Janeiro: Processo, 2020, pp. 750-751.

no contrato. Tal montante pode ser estabelecido também por meio de fórmulas matemáticas (e, não raras vezes, vem balizado por uma cláusula limitativa do dever de indenizar, cujo controle de validade depende da aferição de certos requisitos). Nada impede, porém, que as partes prevejam outras consequências, como a redução de preço, o desfazimento do contrato ou a própria correção *in natura* da falsidade.¹⁷

A ignorância não vence, nem convence

A depender das circunstâncias, a ignorância pode até ser mesmo uma benção, como diz o ditado popular, mas nem sempre: a falta de conhecimento sobre a falsidade da declaração não exime o vendedor de responder pela garantia prestada. A ignorância não vence a natureza da cláusula, se esta for mesmo de garantia. Também não convence o intérprete atento às nuances e às funções da cláusula. No Direito, como na vida, ora a ignorância ajuda, ora atrapalha – maldição mesmo é a burrice.

“*Em debate*”

93. CRÍTICAS À LIQUIDAÇÃO ANTECIPADA DO SEGURO GARANTIA JUDICIAL ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DOS EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL

Thiago Junqueira

Introdução

Tem sido amplamente divulgado na mídia que o STJ provavelmente examinará, sob o rito dos recursos repetitivos, a tese da “Possibilidade de liquidação antecipada do seguro garantia antes do trânsito em julgado dos embargos à execução fiscal”.¹ Esta coluna, tendo como pano de fundo os autos do REsp 2.093.015/SP – inicialmente indicado como um dos recursos sujeitos ao julgamento sob esse rito, mas, ao fim, não conhecido por falta de prequestionamento² –, pretende contribuir com alguns argumentos

¹⁷ AZEVEDO, Erasmo Valladão; FRANÇA, Novaes; GREZZANA, Giacomo. “Consequências da falsidade de declarações e garantias em contratos de M&A: a chamada ‘indenização’ e os tetos de ‘indenização’”, *Revista do Advogado*, n.º 158, jul., 2023, p. 48.

¹ Em um primeiro momento, foram indicados como representativos de controvérsia os REsp 2.093.015/SP, 2.093.027/SP, 2.093.033/SP e 2.093.036/SP. No entanto, os dois primeiros (os REsp 2.093.015/SP e 2.093.027/SP) foram recentemente rejeitados, conforme consta na seguinte decisão: STJ, Rel. Min. Assusete Magalhães, REsp 2.093.033/SP, j. 18/10/2023. Sobre o destaque do tema na mídia, confira-se: ANNUNZIATA, Marcelo Salles, “Posições do STJ sobre liquidação antecipada do seguro garantia”. Disponível em: <https://valor.globo.com/legislacao/coluna/posicoes-do-stj-sobre-liquidacao-antecipada-do-seguro-garantia.ghtml>.

² STJ, Decisão monocrática, REsp n.º 2.093.015/SP, Rel. Min. Francisco Falcão, j. 10.11.2023.

“ Em pauta

**97. NA PAUTA DO STJ: DISSOLUÇÃO PARCIAL DE
COMPANHIA FECHADA POR QUEBRA DE
AFFECTIO SOCIETATIS**

Gisela Sampaio da Cruz Guedes

Na virada do ano, a vida estranhamente não continua. Recomeça. A AGIRE#97 marca o recomeço da nossa parceria em 2024, já em vias de completar dois anos. E não há nada melhor para um bom recomeço do que passar em revista antigos problemas, ainda mal resolvidos, como esse que estampa o título da coluna. O tema aparece com frequência na pauta do STJ, sempre suscitando discussões interessantes: Quais são as razões que, eventualmente, poderiam justificar a dissolução por quebra de *affectio societatis* de uma companhia fechada? Como identificar o caráter *intuitu personae* e a própria quebra da *affectio*? A dissolução por perda do fim está necessariamente atrelada à perda da *affectio*? Quais são os critérios que devem ser considerados na apuração de haveres? Qual é o momento correto a ser considerado na apuração de haveres?

O “pretexto” para tratar do tema é o AgInt no AREsp 2.359.352/SC, julgado no apagar das luzes de 2023, mais precisamente em novembro.¹

¹ STJ, 3ª T., AgInt no AREsp 2359352/SC, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 13.11.2023, v.u., DJe 17.11.2023.

O caso em pauta...

... é mesmo um pretexto, porque a discussão central do julgado é processual – e, por isso, não brilha olhos civilistas –, já que gira em torno de quem teria legitimidade para figurar no polo passivo da ação de dissolução. A questão que se coloca é se seria apenas a própria companhia, alvo da dissolução parcial, ou também as suas controladas e coligadas em litisconsórcio necessário. Na defesa do litisconsórcio necessário, argumentou-se que a retirada dos sócios, com a conseqüente apuração de haveres, teria impacto também nos bens das controladas e das coligadas.

Para além de reafirmar a possibilidade jurídica da dissolução parcial por quebra de *affectio societatis* de companhia fechada em que prepondere o liame subjetivo entre os sócios, a Terceira Turma do STJ reiterou que “o acórdão recorrido está de acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que é assente no sentido de que a legitimidade passiva ad causam em ação de dissolução parcial de sociedade anônima fechada é da própria companhia”. Se o problema da legitimidade passiva parece bem resolvido, há outras discussões – até anteriores e, cá entre nós, bem mais interessantes – ainda mal pavimentadas na jurisprudência do STJ.

A evolução da tese

Na última década, a tese da dissolução parcial de sociedades empresárias por quebra de *affectio* tem sido admitida com cada vez mais frequência na jurisprudência, deixando de se centrar nas sociedades limitadas – para as quais foi cunhada – para estender seus efeitos às companhias fechadas. Por reconhecer nas companhias fechadas, especialmente naquelas de natureza familiar, um caráter *intuitu personae*, o STJ vem admitindo-a sem muita reflexão crítica,

embora amparado em boa doutrina.² O tema é extremamente controvertido. Contra esse posicionamento, costuma-se apontar duas ordens de razões bem ponderadas: (i) a *affectio societatis* não é relevante para as sociedades anônimas, que são tipicamente capitalistas, ainda que reflitam uma estrutura familiar, e a dissolução parcial poderia comprometer o princípio da intangibilidade do capital social e (ii) a Lei n.º 6.404/76 (“LSA”) já regula as hipóteses de dissolução e o direito de recesso dos acionistas nas hipóteses ali concebidas taxativamente,³ então é desnecessário invocar regras das sociedades limitadas por meio de analogia, que não se justifica.⁴ Há

² A favor da possibilidade de dissolução parcial de companhia fechada por quebra de *affectio*: CANTIDIANO, Luiz Leonardo. “Do cabimento de pedido de dissolução judicial de S.A. ‘Holding’”. In: *Direito Societário & Mercado de Capitais*, Rio de Janeiro: Renovar, 1996, pp. 77-79; LUCENA, José Waldecy. *Das sociedades anônimas: comentários à Lei*, v. 3, Rio de Janeiro: Renovar, 2012, pp. 219-228; CAMPINHO, Sérgio. *O direito de empresa a luz do Código Civil*, 13ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2014, pp. 411-412; FONSECA, Priscila Corrêa da. *Dissolução parcial, retirada e exclusão do sócio*, 5ª ed., São Paulo: Atlas, 2012, pp. 69-75; ZILVETI, Ana Marta Cattani de Barros. “Dissolução parcial de sociedade anônima – O caso Luiz Kirchner”. In: FINKELSTEIN, Maria Eugénia Reis; PROENÇA, José Marcelo Martins (coords). *Direito societário*, 3ª ed., São Paulo: FGV, 2014, pp. 346-356. Defendendo a dissolução parcial apenas em casos graves: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; SILVA, João Paulo Hecker da. “Dissolução parcial de sociedade anônima fechada”. In: YARSHELL, Flávio Luiz (coord.). *Processo societário*, v. 1, São Paulo: Quartier Latin, 2012, pp. 591-597.

³ A própria taxatividade do direito de recesso é discutível. Enquanto Nelson Eizirik (*A lei das S.A comentada*, v. 1. São Paulo: Quartier Latin, 2011, pp. 207 e 227-228), por exemplo, defende que caberia a ampliação das hipóteses de recesso por meio do estatuto social, essa possibilidade é expressamente afastada por Luiz Eduardo Bulhões Pedreira (In: LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz (coord.), *Direito das Companhias*, v. 1, Rio de Janeiro: Forense, 2009, pp. 329-330), Roberto Papini (*Sociedade anônima e Mercado de Valores Mobiliários*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 156) e José Waldecy Lucena (*Das sociedades anônimas*. v. 2, Rio de Janeiro: Renovar, 2009, pp. 248-249).

⁴ Contra a possibilidade de dissolução parcial das companhias fechadas por quebra de *affectio*: BOTREL, Sérgio. *Direito societário: análise crítica*, São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 110-112; LOPES, Mauro Brandão. “Tipicidade e dissolução da sociedade anônima”. In: VIDIGAL, Geraldo de Camargo; MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Sociedade por ações: estudo*, v. 18, São Paulo: Resenha Universitária, 1979, p. 1.231. Para uma visão mais ampla das críticas dirigidas ao entendimento do STJ, vale conferir: NEY, Rafael de Moura Rangel; SANTOS, Renato Ferreira dos. “Dissolução parcial de sociedades anônimas: o posicionamento atual da 2ª seção do STJ sobre o tema e a necessidade de sua revisão”, *Revista de direito bancário e mercado de capitais*, v. 68, São Paulo: IASP, abr.-jun./2015, pp. 170-178; BRITO, Cristiano Gomes de. *Dissolução parcial de sociedade anônima*, *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*, v. 123, São Paulo: Malheiros, jul.-set./2001, p. 150.

também quem a admita apenas excepcionalmente, tratando-se de holding familiar pura.⁵

Como identificar o eventual caráter *intuitu personae* de uma companhia fechada?

A pista mais evidente é a natureza familiar da sociedade, mas não se pode deixar de observar também: (i) as limitações à circulação de ações, previstas diretamente no estatuto ou nos acordos de acionistas; (ii) se há *quorum* deliberativo mais elevado para determinadas questões, tanto na assembleia geral, quanto no âmbito do conselho de administração; (iii) a existência de distribuição equitativa dos cargos administrativos entre os grupos associados; (iv) os acordos de voto; (v) a eventual previsão de cláusula de recompra ou compra forçada de ações; (vi) a eventual previsão para alargar as hipóteses de exercício do direito de retirada para além das previstas em lei etc.⁶ No entanto, há decisões judiciais que passam ao largo de todas essas pistas, deixando-se influenciar pela mera presença, no estatuto ou no acordo de acionistas, de expressões como “confiança mútua”, “afinidade entre os sócios”, “afeição recíproca”, cuja vagueza semântica pouco revela sobre a natureza da associação.⁷

⁵ Nesse sentido: EIZIRIK, Nelson. *Lei das S/A comentada*, v. 4, 2ª ed., São Paulo: Quartier Latin, 2015, pp. 37-42.

⁶ Nesse sentido: COMPARATO, Fábio Konder. “Restrições à circulação de ações em companhia fechada”. In: *Novos ensaios e pareceres de direito empresarial*, Rio de Janeiro: Forense, 1981, pp. 33-34; MARTINS, Fran. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, atualizada por Roberto Papini, Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 866; RIBEIRO, Renato Ventura. “A lei das sociedades por ações e as companhias *intuitu personae*”. In: ARAGÃO, Leandro Santos; CASTRO, Rodrigo R. M. *Sociedade anônima: 30 anos da Lei 6.404/76*, São Paulo: Quartier Latin, 2007, pp. 198-200.

⁷ A crítica é de LUCON, Paulo Henrique dos Santos; SILVA, João Paulo Hecker. *Dissolução parcial de sociedade anônima fechada*, cit., p. 596-597.

E a quebra da *affectio societatis*?

No mais das vezes, a jurisprudência tenta vincular a quebra da *affectio societatis* à existência de uma justa causa, admitindo a dissolução parcial sempre que tal “causa” impeça ou, de alguma forma, embarace a normalidade dos negócios sociais. A maioria das decisões judiciais que defere pedidos de dissolução parcial tem como pano de fundo casos graves, que extrapolam meros caprichos subjetivos de minorias inconformadas, a revelar a impossibilidade de prosseguimento das atividades empresariais. No entanto, em alguns casos o que se observa é exatamente o contrário: o simples pedido do sócio já se faz suficiente para que os tribunais concedam a dissolução, o que acaba desvirtuando o instituto, que sequer foi cunhado para companhias fechadas.⁸

Dissolução por perda do fim

No plano legal, o art. 599, §2º, do Código de Processo Civil estabelece que “[a] ação de dissolução parcial de sociedade pode ter também por objeto a sociedade anônima de capital fechado quando demonstrado, por acionista ou acionistas que representem cinco por cento ou mais do capital social, que não pode preencher o seu fim”. Mas o que significa não poder “preencher o seu fim”? A expressão, por vezes, vem atrelada à quebra da *affectio societatis* – notadamente em obras cujos autores defendem a possibilidade de dissolução parcial de companhias fechadas –, mas, em realidade, vai muito além disso. O dispositivo legal tem em mira, especialmente, a companhia com contínua realização de prejuízos, como reconhece a

⁸ CAMINHA, Uinie. “Dissolução parcial de S/A; Quebra da *affectio societatis*. Apuração de haveres”. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n.º 114, São Paulo: Malheiros, abr.-jun./1999, p. 181.

doutrina⁹ e o próprio STJ.¹⁰ Contra a possibilidade de as companhias fechadas se submeterem à dissolução parcial, argumenta-se, na outra ponta, que a quebra da *affectio societatis* não leva necessariamente à inexecutabilidade do fim social, já que nem sempre a desavença entre os sócios inviabilizará o desempenho da sociedade.¹¹

Apuração de haveres: critérios

Como consequência do pedido de dissolução, é necessário apurar os haveres do sócio retirante – tema que suscita discussões sem fim, especialmente quando não há convenção prévia no estatuto social sobre os critérios de apuração. Na dissolução parcial *judicial*, tal apuração deve ser precedida de levantamento técnico, promovido por perito nomeado pelo juiz, que consiste na elaboração de verdadeiro balanço de todo o patrimônio da sociedade (*balanço de determinação, especial ou de liquidação*). Em contraposição à figura do “último balanço aprovado”, o balanço especial deve refletir “*um levantamento contemporâneo à época da despedida do sócio, a fim de que a apuração dos haveres se faça pelos valores reais do*

⁹ COMPARATO, Fábio Konder. “*Reflexões sobre a dissolução judicial de sociedade anônima por impossibilidade de preenchimento do fim social*”, *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n.º 96, out.-dez./1994, pp. 70-72; MARTINS, Fran. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, cit., pp. 182-184; PENALVA SANTOS, Paulo. “*Título IX – Dissolução, Liquidação e Extinção*”. In: LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz. *Direito das Companhias*, v. 2, Rio de Janeiro: Forense, 2009, pp. 1.842-1.842; FREITAS, Ricardo dos Santos. “*Dissolução de S/A pela impossibilidade de preencher o seu fim*”, *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n.º 113, São Paulo: Malheiros, jan.-mar./1999, pp. 224-225; BRITO, Cristiano Gomes de. “*Dissolução parcial de sociedade anônima*”, cit., pp. 30-33; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; SILVA, João Paulo Hecker. “*Dissolução parcial de sociedade anônima fechada*”, cit., p. 598.

¹⁰ STJ, 3ª T., REsp 1.321.263-PR, Rel. Min. Moura Ribeiro, j. 06.12.2016, v.u., DJ 15.12.2016. Como não há na lei qualquer critério ou indicação para que se possa determinar qual o período necessário a comprovar a inviabilidade do negócio, isto é, por quanto tempo a companhia precisa não gerar lucros ou simplesmente não operar para poder ser alvo de dissolução parcial por impossibilidade de preencher o seu fim, a análise acaba sendo casuística.

¹¹ NEY, Rafael de Moura Rangel; SANTOS, Renato Ferreira dos. “*Dissolução parcial de sociedades anônimas: o posicionamento atual da 2ª seção do STJ sobre o tema e a necessidade de sua revisão*”, cit., pp. 169-171.

patrimônio da sociedade (aí incluídos os bens corpóreos e incorpóreos) e não os valores contabilizados, sem qualquer sanção ao sócio retirante”.¹² Evita-se, assim, o enriquecimento sem causa dos sócios remanescentes, em detrimento do sócio que se retira. Há quem chegue mesmo a defender que, “*qualquer que seja o critério adotado pelos estatutos, deve a avaliação conduzir a um resultado que represente, de fato, o justo preço da cota*”.¹³

Apuração de haveres: marco temporal

Outra controvérsia complicada, em se tratando de dissolução parcial *judicial*, diz respeito ao marco temporal a ser considerado na apuração de haveres – discussão que impacta diretamente na conta e, a depender da data escolhida, pode fazer muita diferença na prática. Há aqui diversas correntes que fincam o marco temporal da apuração de haveres em momentos distintos, considerando, por exemplo: (i) a data em que o sócio dissidente manifesta sua vontade de se retirar da sociedade;¹⁴ (ii) a data em que o sócio dissidente se afastou da vida societária – afinal, se não mais participou da condução dos negócios sociais, não contribuiu para a formação do patrimônio da sociedade, nem participou dos atos que eventualmente o diminuiram;¹⁵ (iii) a data da citação da sociedade na ação de

¹² CAMPINHO, Sérgio. *Sociedades por quotas de responsabilidade limitada*, Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 134. Nessa linha, segue também a jurisprudência do STJ: STJ, 3ª T., REsp 1.128.431-SP, Rel.ª Min.ª Nancy Andrighi, j. 11.10.2011, v.u., DJ 25.10.2011; STJ, 2ª Seção, Ação Rescisória n.º 810/RS, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 08.06.2011, v.u., DJ 16.06.2011; STJ, 2ª Seção, EDiv em REsp 111.294-PR, Rel. Min. Castro Filho, j. 28.06.2006, v.u., DJ 10.07.2007.

¹³ CUNHA PEIXOTO, Carlos Fulgêncio da. *A sociedade por cotas de responsabilidade limitada*, v. 1, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 281.

¹⁴ STJ, 4ª T., REsp n.º 1.366.156/SP, Rel. Min. Marco Buzzi, j. 06.11.2014, v.u., DJ 05.02.2015; STJ, 3ª T., REsp n.º 1.371.843/SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 20.03.2014, v.u., DJ 26.03.2014; STJ, 3ª T., REsp n.º 646.221/PR, Rel. p/ acórdão, Min.ª Rel.ª Nancy Andrighi, j. 19.04.2005, v.u., DJ 30.05.2005.

¹⁵ FRANCO, Vera Helena de Mello. “*Dissolução Parcial e Recesso nas Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada. Legitimidade e Procedimento. Critério e Momento de Apuração de Haveres*”. *Revista de Direito Mercantil*, n.º 75/19-30, São Paulo:

dissolução, já que nesse momento “há inequívoca manifestação da retirada do sócio”;¹⁶ (iv) a data em que os sócios, já no curso da ação judicial, celebraram acordo de transação para o efetivo desligamento do sócio retirante;¹⁷ (v) a data da efetiva saída do sócio dissidente, se, no decorrer do processo, o sócio foi afastado de suas funções;¹⁸ (vi) a data do trânsito em julgado da decisão, se o sócio permaneceu atuante na sociedade durante o processo judicial.¹⁹

Em princípio, se o sócio permaneceu atuante na sociedade até o final da ação de dissolução, a data do trânsito em julgado parece, de fato, a mais adequada para a apuração dos haveres, mas essa não é a hipótese mais comum. No mais das vezes, o sócio se afasta antes ou acaba sendo alijado dos negócios no curso da ação de dissolução. Se isso ocorrer, faz mais sentido considerar como marco temporal a data em que o sócio efetivamente se afastou da vida societária, o que nem sempre é fácil de ser determinado e provado.

Parêntese importante: essa discussão não se confunde com a do momento em que se dá a perda do *status* de sócio, que é outro problema. Afinal, se não é a integralização do capital social que confere a alguém o *status* de sócio, não há razão para se supor que o pagamento dos haveres deva ser determinante para a perda da condição de sócio. Até há quem atrele os dois momentos,²⁰ mas parte importante da doutrina defende que a perda do *status* de sócio somente ocorre (i) com o ajuizamento da ação de dissolução

Malheiros, jul.-set./1989, p. 27; FONSECA, Priscila M.P. Corrêa da. *Dissolução parcial, retirada e exclusão de sócio*, cit., pp. 240-243.

¹⁶ BARBI FILHO, Celso Barbi. *Dissolução parcial de Sociedades limitadas*, Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 504 e 506-507.

¹⁷ STJ, 3ª T., REsp n.º 1.286.708/PR, Rel.ª Min.ª Nancy Andrighi, j. 27.05.2014, v.u., DJ 05.06.2014.

¹⁸ RIBEIRO, Renato Ventura. *Exclusão de sócios nas sociedades anônimas*, São Paulo: Quartier Latin, 2005, pp. 309-311.

¹⁹ RIBEIRO, Renato Ventura. *Exclusão de sócios nas sociedades anônimas*, cit., pp. 309-311.

²⁰ Nesse sentido: CARVALHOSA, Modesto. *Comentários ao Código Civil: parte especial: do direito de empresa*, v. 13. São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 247, 250 e 356.

parcial;²¹ ou (ii) com o trânsito em julgado da sentença que decreta a dissolução parcial da sociedade, produzindo efeitos *ex nunc*,²² desvinculando, portanto, esses dois marcos temporais.

Recomeço

Às vezes temas antigos também precisam de um recomeço. Nesse recomeço, o que não se deve admitir, de forma alguma, é que a dissolução parcial seja utilizada como instrumento de retirada do acionista descontente, como se equivalesse, funcionalmente, a um pedido de rescisão unilateral (denúncia vazia). Ainda que a tendência da jurisprudência seja a de estender a tese da quebra de *affectio* para as companhias fechadas, há uma investigação mínima que precisa ser realizada. Também é necessário refletir qual é a melhor interpretação que se pode extrair do art. 599, §2º, do Código de Processo Civil: o dispositivo implicitamente acolheu a tese da dissolução parcial das companhias fechadas por quebra de *affectio* ou, em realidade, apenas a admitiu com um sarrafo mais elevado, mediante a comprovação de que a companhia não pode mais cumprir seu fim?

Com essas reflexões, a coluna encerra, desejando a todos os leitores da AGIRE um excelente recomeço em 2024, sobretudo mais leve, com tempo para ler e aprender (e também para acompanhar a nossa newsletter).

²¹ STJ, 3ª T., REsp 646.221/PR, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Rel. p/ Acórdão Min. Nancy Andrighi, j. 19.04.2005, v.u., DJ 30.05.2005, p. 373.

²² Nesse sentido: BARBI FILHO, Celso. *Dissolução parcial de sociedades limitadas*, Belo Horizonte: Malheiros, 2004, p. 506; FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Da ação de dissolução parcial de sociedade*, São Paulo: Malheiros, 2016, pp. 61-67; RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Dissolução das sociedades*, São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 275-278.