

# Tópicos em Direito e Economia

## Coordenadores

Armando Castelar Pinheiro | Antônio José Maristrello  
Porto | Patrícia Regina Pinheiro Sampaio

## Prefácio

Antônio Porto Gonçalves

## Autores

Maurício Albagli Oliveira | Monique  
Ribeiro de Carvalho Gomes |  
Pedro Henrique Izidro da Silva |  
Rilton Góes Ribeiro | Rita de  
Cássia Ramos de Carvalho





***Tópicos em  
Direito e  
Economia***

Edição produzida pela FGV Direito Rio

Praia de Botafogo, 190 | 13<sup>o</sup> andar  
Rio de Janeiro | RJ | Brasil | CEP: 22.250-900  
55 (21) 3799-5445  
[www.fgv.br/direitorio](http://www.fgv.br/direitorio)

# ***Tópicos em Direito e Economia***

## **Coordenadores**

Armando Castelar Pinheiro | Antônio José Maristrello  
Porto | Patrícia Regina Pinheiro Sampaio

## **Prefácio**

Antônio Porto Gonçalves

## **Autores**

Maurício Albagli Oliveira | Monique Ribeiro  
de Carvalho Gomes | Pedro Henrique  
Izidro da Silva | Rilton Góes Ribeiro |  
Rita de Cássia Ramos de Carvalho

EDIÇÃO FGV Direito Rio  
Obra Licenciada em Creative Commons  
Atribuição — Uso Não Comercial — Não a Obras Derivadas



Impresso no Brasil  
Fechamento da 1ª edição em maio de 2021.  
Este livro consta na Divisão de Depósito Legal da Biblioteca Nacional.

*Este material, seus resultados e conclusões são de responsabilidade dos autores e não representam, de qualquer maneira, a posição institucional da Fundação Getúlio Vargas/FGV Direito Rio.*

*Coordenação:* Rodrigo Vianna, Sérgio França e  
Nathasha Chrysthie Martins  
*Capa:* Aline Martins | Sem Serifa  
*Imagem da capa:* Chaosamran\_Studio/iStock  
*Diagramação:* Aline Martins | Sem Serifa  
*1ª revisão:* Shirley Lima  
*2ª revisão:* Roberto Mauro Facce

**Dados internacionais de Catalogação na Publicação**  
**Ficha catalográfica elaborada pelo Sistema de Bibliotecas/FGV**

---

Tópicos em direito e economia / Armando Castelar Pinheiro, Antônio José Maristrello Porto, Patrícia Regina Pinheiro Sampaio (coords.); Maurício Albagli Oliveira... [et al.] – Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2021.  
152 p.

Inclui bibliografia.

ISBN: 978-65-86060-15-7

1. Direito e economia. 2. Capital social. 3. Poder judiciário – Aspectos econômicos. 4. Bitcoin. I. Pinheiro, Armando Castelar. II. Porto, Antônio José Maristrello. III. Sampaio, Patrícia Regina Pinheiro. IV. Oliveira, Maurício Albagli. V. Fundação Getúlio Vargas.

CDD – 340

---

Elaborada por Rafaela Ramos de Moraes – CRB-7/6625

# Sumário

Prefácio .....	7
<i>Antônio Porto Gonçalves</i>	
Apresentação .....	9
<i>Armando Castelar Pinheiro, Antônio José Maristrello Porto e Patrícia Regina Pinheiro Sampaio</i>	
CAPÍTULO 1 A função econômica do capital social nas sociedades limitadas .....	13
<i>Maurício Albagli Oliveira</i>	
CAPÍTULO 2 O dever de fundamentação das decisões judiciais no sistema de precedentes vinculantes e o CPC/2015 .....	41
<i>Monique Ribeiro de Carvalho Gomes</i>	
CAPÍTULO 3 Breves comentários sobre o necessário diálogo entre a Análise Econômica do Direito e a dignidade da pessoa humana .....	69
<i>Pedro Henrique Izidro da Silva</i>	

CAPÍTULO 4	Identificação do aborrecimento como fato corriqueiro na vida daquele que gera o dano moral a exigir critérios para sua quantificação . . . . .	93
	<i>Rilton Góes Ribeiro</i>	
CAPÍTULO 5	Criptomoedas: inovação tecnológica x ausência de legislação específica — enfrentamento das demandas submetidas ao Poder Judiciário . . . . .	109
	<i>Rita de Cássia Ramos de Carvalho</i>	
	Sobre os organizadores . . . . .	147
	Sobre os autores . . . . .	149



## ***Prefácio***

Adam Smith foi professor titular de Filosofia Moral na Universidade de Glasgow, na segunda metade do século XVIII. Escreveu vários livros (inclusive *Lectures in Jurisprudence*) antes de se interessar pelo estudo da Economia e produzir sua obra mais conhecida, *A riqueza das nações*. Nesse livro, famoso e muito influente, Adam Smith criticou muitas políticas públicas e práticas de sua época: as tarifas e as cotas alfandegárias, o controle de preços, a facilidade e até mesmo o incentivo para a formação de cartéis e monopólios, as cartas régias permissionárias, a legitimidade de contratos de convivência entre os patrões (para conter o aumento de salários) e entre os trabalhadores (para propiciar esse aumento), a escravidão e assim por diante. Condenou várias práticas de sua época, entre as quais diversas ainda perduram nos dias de hoje. Sua análise econômica o levou, inevitavelmente, a defender mudanças na legislação, com vistas a permitir e incentivar as ações com boas consequências sociais e coibir aquelas que apresentam efeitos danosos.

Sim, para serem implementadas, as políticas econômicas, que maximizam o bem-estar da sociedade (“a paz e a ordem”, segundo terminologia de Smith), necessitam de legislação adequada e da correta interpreta-

ção por parte de quem a aplica. Na verdade, o desempenho da economia de qualquer país depende, crucialmente, da legislação fiscal, antitruste, trabalhista, das patentes, da regulação financeira e dos monopólios naturais ligados à infraestrutura, das leis que regem o orçamento público, da política monetária e tudo mais. Recentemente, esse “tudo mais” foi ampliado, quando, a partir dos anos 1960, Ronald Coase, Gary Becker e outros começaram a aplicar a análise econômica a assuntos supostamente fora de seu âmbito, como discriminação racial, detecção e punição de crimes, casamento e divórcio, e definição de direitos. E essa lista continuou a aumentar nos anos subsequentes. Afinal de contas, a Economia é uma ciência que estuda a tomada de decisão por parte dos seres humanos e, portanto, pode ser aplicada em todos os casos nos quais os indivíduos precisam decidir sobre algo.

A Economia moderna é um braço analítico para o legislador e para os que interpretam e aplicam as leis. E é uma verdade demonstrada pelas pesquisas em Direito e Economia que muitas doutrinas e práticas jurídicas evoluíram historicamente para incorporar as necessidades econômicas de eficiência, equidade e estabilidade. E seu desenvolvimento não foi arbitrário, aleatório.

O velho Smith escreveu: “A paz e a ordem na sociedade são mais importantes”. Mas esse também é o objetivo fundamental do Direito. E, para alcançá-lo, é preciso avaliar continuamente as políticas públicas, bem como as legislações correspondentes, por seus resultados, e não pelas intenções de seus formuladores. A Economia é um instrumento importante para esse tipo de avaliação. Os autores dos diversos artigos deste livro se empenharam, sem exceção, na análise de diversas práticas e normas jurídicas, e em seus possíveis resultados. Dão continuidade, assim, à tradição de Adam Smith. Só posso parabenizá-los.

*Antônio Porto Gonçalves*

Professor de Economia da Fundação Getúlio Vargas (FGV)

## Apresentação

Este livro traz a público uma coletânea de artigos escritos por juízes que participaram do Projeto de Difusão de Conhecimentos em Direito, Economia e Justiça, realizado pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas no Rio de Janeiro (FGV Direito Rio), em parceria com a Universidade Corporativa do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (UNICORP) e o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (TJBA). Trata-se de um programa de ensino e pesquisa que a FGV Direito Rio desenvolve em parceria com Tribunais e suas Escolas de Magistratura, abrangendo cursos, seminários e a elaboração de artigos acadêmicos que têm como fio condutor a relação do Poder Judiciário com temas de *Law & Economics*.

A leitura dos artigos que se seguem permitirá ao leitor verificar a complexidade das questões jurídicas e econômicas que se apresentam à sociedade. A gama de assuntos é variada, de modo que optamos por organizar os textos em ordem alfabética de autores.

Maurício Albagli Oliveira aborda a função econômica do capital social nas sociedades empresárias limitadas, com destaque para a intangibilidade daquele e sua influência na responsabilização dos sócios pelas dívidas da sociedade. O autor, além de trazer conceitos-chave, menciona a possibili-

dade de o capital social ser subestimado ou supervalorizado, em prejuízo dos credores, diante da lacuna do ordenamento jurídico pátrio, disfunção denominada de subcapitalização. Também delinea as formas legais de aumento e diminuição do capital social, as quais não se confundem com subcapitalização e descapitalização.

Monique Ribeiro de Carvalho Gomes trata do dever de fundamentação das decisões judiciais no sistema de precedentes vinculantes e sua relação com o CPC/2015, revelando a importância do Poder Judiciário na alocação de incentivos no mercado, pela observância de precedentes no julgamento de ações repetitivas e a consequente geração de segurança e estabilidade à economia. A autora sugere que a observância de um sistema de precedentes vinculantes gera previsibilidade e é capaz de gerar paz social, diminuindo o número de demandas desnecessárias, com a concretização de valores como coerência, igualdade, duração razoável dos processos e continuidade do ordenamento jurídico, inclusive com o fortalecimento do Judiciário na qualidade de instituição.

Pedro Henrique Izidro da Silva apresenta algumas considerações sobre o diálogo entre a Análise Econômica do Direito (AED) e a dignidade da pessoa humana. Após uma breve exposição sobre cada um dos temas, e de como a dignidade da pessoa humana está posta na Constituição brasileira de 1988, e também de como a AED e a dignidade da pessoa humana são confrontadas, explora-se a hipótese de que, relativizada a dignidade da pessoa humana, a AED é capaz de garantir bem-estar social e distribuição equitativa de recursos.

Rílton Góes Ribeiro trata da necessidade de se estabelecer um critério objetivo para fazer a diferenciação entre o mero aborrecimento e um fato gerador de dano moral que dê ensejo ao arbitramento de uma indenização, a qual, por sua vez, deve ser razoável e proporcional. Aborda, como um dilema da magistratura, justamente a parametrização para a fixação dessa indenização. O autor apresenta um critério de identificação do aborrecimento e dialoga com o critério bifásico, adotado pelo STJ.

Por fim, Rita de Cássia Ramos de Carvalho discute as criptomoedas. A pesquisa realizou uma análise do fenômeno das criptomoedas e das dificuldades que a ausência de normatização específica tratando da matéria ocasiona no enfrentamento das demandas relacionadas que são submetidas ao Poder Judiciário no Brasil. Demonstra que o Estado brasileiro precisa regulamentar as criptomoedas com as devidas cautela e racionalidade das balizas da ciência da Economia, a fim de minimizar eventuais impactos econômicos negativos. O artigo contribui com o estado da arte, defendendo que as criptomoedas têm natureza jurídica fluida ou dinâmica, adotando o comportamento de ativo financeiro, moeda ou bem de consumo, a depender do foco de análise e da situação concreta em que sejam observadas.

Expressamos nossos mais profundos agradecimentos aos autores dos trabalhos aqui compilados, que, prontamente, aceitaram nosso convite para partilhar conosco visões profundas e atuais sobre a inter-relação entre Direito e Economia.

### **Coordenadores**

*Armando Castelar Pinheiro*

*Antônio José Maristrello Porto*

*Patrícia Regina Pinheiro Sampaio*



# ***A função econômica do capital social nas sociedades limitadas***

*Maurício Albagli Oliveira*

## 1. INTRODUÇÃO

Neste estudo, tem-se por objetivo apresentar a conceituação, as subespécies doutrinárias e outros elementos do capital social, o qual constitui o montante de bens e direitos com que as empresas iniciam suas atividades, para, em seguida, investigar suas funções nas sociedades limitadas, instituídas no país em 1909 e atualmente regradas pelo Código Civil de 2002.

De início, apontam-se alguns dados e características da sociedade sob enfoque, cujo modelo é adotado praticamente pela totalidade das sociedades empresárias brasileiras, circunstância que evidencia sua aceitação entre nós e, conseqüentemente, sua importância no Direito Empresarial.

Segue-se para a abordagem do capital social, que é o somatório de dinheiro e outros bens de que a empresa se vale para iniciar suas atividades, delimitadas por seus objetivos sociais, distinguindo-se do patrimônio so-

cial, que varia ao longo das atividades empresariais, conforme o sucesso ou o fracasso dos negócios do empreendimento. Dá-se azo, então, ao enfoque sobre o modo e o tempo oportuno de subscrição e integralização do capital social, assim como dos bens e direitos que podem compô-lo, segundo a legislação em vigor e os posicionamentos doutrinários. Menciona-se, na sequência, a possibilidade de o capital social ser subestimado ou supervalorizado, em prejuízo dos credores, diante da lacuna do ordenamento jurídico pátrio.

Neste estudo, trata-se ainda da disfunção denominada como “subcapitalização”, que ocorre quando a sociedade ostenta um capital inadequado diante de seus objetivos, o que a induz a recorrer a financiamentos junto a seus próprios sócios ou terceiros, com o propósito de desenvolver suas atividades empresariais, frustrando, assim, os interesses de seus credores.

Delineiam-se também as formas legais de aumento e diminuição do capital social, que não se confundem com subcapitalização e descapitalização, como se constatará.

Por fim, a função econômica do capital social nas sociedades empresárias limitadas é posta em análise, com destaque para a intangibilidade daquele e sua influência na responsabilização dos sócios pelas dívidas da sociedade.

## 2. BREVES ANOTAÇÕES SOBRE A SOCIEDADE LIMITADA

A sociedade limitada pode ser classificada como o modelo societário segundo o qual o capital social é dividido em quotas, iguais ou desiguais, e a responsabilidade do sócio é restrita ao valor de sua cota, porém os sócios respondem pela completa integralização do capital social.

Adalberto Simão Filho preleciona que esse modelo surgiu como um contraponto ao princípio da responsabilidade solidária e ilimitada dos só-



cios em face das obrigações contraídas pela sociedade, como era comum nos tipos sociais até então existentes. E acrescenta que a figura societária surgiu com dupla finalidade básica:

- a) Fomentar a atividade mercantil por meio de atração dos interessados para que esses operassem suas atividades em um novo tipo social mais adequado e menos complexo do que a sociedade por ações no tocante à sua estruturação orgânica e de gestão.
- b) Limitar indistintamente à integralização do capital social a responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais contraídas.<sup>1</sup>

A regra é a irresponsabilidade do sócio pelas dívidas sociais, e essa limitação constitui-se em estímulo à exploração das atividades econômicas. Seu beneficiário indireto e último é a coletividade de consumidores, uma vez que “poucas pessoas — ou nenhuma — dedicar-se-iam a organizar novas empresas se o insucesso da iniciativa pudesse redundar na perda de todo o patrimônio, amealhado ao longo de anos de trabalho e investimento, de uma ou mais gerações”.<sup>2</sup>

O tipo societário apresenta benefícios em termos de desenvolvimento econômico e segurança de seus instituidores, visto que estes incursionam na atividade empresarial conhecendo um limite máximo do prejuízo que sofrerão caso o empreendimento não tenha êxito.<sup>3</sup>

Eli Loria e Hélio Rubens de Oliveira Mendes assinalam que, para criar a empresa, os fundadores compõem o capital social que vai permitir o exercício dessas atividades sociais, levando, por um lado, tanto à transferência de riscos da empresa para um patrimônio em separado e à limitação da

---

1. SIMÃO FILHO, Adalberto. *A nova sociedade limitada*. Barueri: Manole, 2005, p. 4.

2. COELHO, Fábio Ulhoa. *A sociedade limitada no novo Código Civil*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 4.

3. LANA, Henrique Avelino; PIMENTA, Eduardo Goulart. Análise econômica das sociedades limitadas: imprescindível reflexão. *Em Tempo*, Marília, v. 12, 2013, p. 153.

responsabilidade dos sócios como, por outro lado, à definição dos direitos patrimoniais e políticos desses sócios. E prosseguem:

Com efeito, a criação da pessoa jurídica tem a ver com o desejo das pessoas de se lançar em determinados empreendimentos que, tendo em vista o acúmulo de capital que exigem e o risco a que expõem os seus titulares, demandam algum tipo de proteção do investidor. É aí que surge esse ente personalizado, titular de direitos e obrigações próprias, capaz de assumir os riscos das atividades produtivas, onerando os investidores apenas no montante do aporte de capitais realizado. Não por outro motivo a precisa observação de Francesco Ferrara ao considerá-la uma armadura jurídica, capaz de proteger o homem quando esse decide aventurar-se no mundo dos negócios.<sup>4</sup>

Lembra Luiz Tzirulnik que a sociedade limitada é um tipo societário relativamente recente, surgido na Alemanha do final do século XIX. Sua criação decorreu da necessidade “de responsabilidade específica e limitada dos sócios, em negócios de pequeno e médio porte, como havia nas sociedades anônimas, mas sem todos os seus requisitos e exigências legais”.<sup>5</sup> No Brasil, as sociedades limitadas foram regulamentadas pelo Decreto nº 3.708, de 10 de janeiro de 1909, então denominadas “sociedades por quotas de responsabilidade limitada”, implantando-se um modelo semelhante aos existentes em Portugal e na Alemanha. O diploma legal contava com apenas dezoito artigos, muito embora se inspirasse na Lei alemã de 1892 e na Lei portuguesa de 1901, estruturadas, respectivamente, com 82 e 65 artigos.<sup>6</sup>

---

4. LORIA, Eli; MENDES, Hélio Rubens de Oliveira. Capital social: noções gerais, *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 58, 2012, p. 349-386, out.-dez. de 2012, p. 350.

5. TZIRULNIK, Luiz. *Empresas & empresários no novo Código Civil*. 2 ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei nº 11.101/2005 (nova Lei de Falências). São Paulo: RT, 2005, p. 84.

6. SIMÃO FILHO, op. cit., p. 8.

A economia do legislador de 1909, no que se refere à disciplina daquele modelo societário, foi considerada por Waldemar Ferreira uma “mudez pasmosa”. O diploma legal veiculava poucas regras estruturais e conferia aos sócios ampla autonomia para concertar as normas sociais da forma que melhor entendessem. “O diploma normativo instituidor da sociedade limitada era reflexo do ideário liberal, que, no contexto societário, entendia a constituição e o funcionamento das sociedades personalistas [...] como de interesse exclusivo dos sócios.”<sup>7</sup>

A singeleza de regramentos não impediu — bem ao contrário, propiciou — que o tipo societário tivesse uma recepção notável em nosso país. Nesse sentido, observa-se que, atualmente, cerca de 97% das sociedades empresárias nacionais empregam esse modelo social.<sup>8</sup> Assim é que a grande presença das sociedades limitadas no meio empresarial deve-se, basicamente, segundo assevera André Luiz Santa Cruz Ramos, ao fato de ostentar duas características bastante atrativas para os pequenos e médios empreendedores: a contratualidade, sem os rigores legais do balizamento das sociedades anônimas; e a limitação de responsabilidade dos sócios.<sup>9</sup>

A sociedade anônima, desde o início de sua existência, no início do século XIX, impôs-se com um perfil de grandes empresas e grupos empresariais. Daí a aceitação do modelo menos regulamentado das sociedades sob enfoque, como observou Rubens Requião:

---

7. MATIAS, João Luís Nogueira. *A função social da empresa e a composição de interesses na sociedade limitada*. 2009. 323f. Tese (Doutorado em Direito Comercial) — Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 124. Na atualidade, a regulamentação das sociedades limitadas pelo Código Civil de 2002 é sobremodo mais detalhada e formalista que a disciplina da legislação de 1909, mas ainda prossegue como o modelo societário preferido para instrumentalizar os empreendimentos de pequeno e médio porte.

8. *Ibidem*, p. 9.

9. RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Curso de direito empresarial: o novo regime jurídico empresarial brasileiro*. 3 ed. rev. ampl. e atual, Salvador: Juspodivm, 2009, p. 346-347.

Faltava, pois, na escala societária, um tipo mais leve de estrutura jurídica, que atendesse melhor aos propósitos organizacionais das pequenas e médias empresas. O gênio dos juristas modernos concebeu uma sociedade na qual todos os sócios contribuía para o capital social, mas sua responsabilidade limitava-se ao valor da contribuição individual ou ao volume do capital social.<sup>10</sup>

Desse modo, a aprovação do modelo das sociedades limitadas no mundo negocial deu-se, principalmente, por dois fatores: o primeiro, o número reduzido de dispositivos que a regulavam, facilitando ajustes específicos entre seus instituidores da melhor maneira que conviesse a eles, principalmente nas pequenas e médias empresas, desprovidas das formalidades inerentes às sociedades anônimas. Por outro lado, a responsabilidade limitada dos sócios empreendedores diante das dívidas sociais encorajava-os a montar o negócio, sem o eventual risco de ruína em relação ao seu patrimônio pessoal.

### 3. CAPITAL SOCIAL

Capital social é o somatório de dinheiro e outros bens de que a empresa se vale para iniciar suas atividades, delimitadas por seu objetivo social. Pode ser constituído em dinheiro (*apport en numéraire*) ou em bens (*apport en nature*), corpóreos e incorpóreos.<sup>11</sup>

O art. 1.055 do Código Civil preceitua que, nas sociedades por cota de responsabilidade limitada, “o capital divide-se em quotas, iguais ou desiguais, cabendo uma ou diversas a cada sócio”.

O Direito pátrio adotou, portanto, o sistema de pluralidade de quotas, em partes iguais ou desiguais, sendo de uso corrente a primeira opção.

---

10. REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 1993, v. 1, p. 328.

11. *Ibidem*, p. 290.

Anota André Luiz Santa Cruz Ramos que o Direito brasileiro afastou-se das seguintes tendências do Direito comparado, no que se refere às características das cotas:

(i) ao não estipular um valor predeterminado para as quotas, mínimo ou máximo; (ii) ao não consagrar a exigência de integralização inicial de um certo percentual do capital social total; (iii) ao não fixar qualquer prazo para a sua efetiva integralização; e (iv) ao não exigir um capital mínimo para a constituição da sociedade.<sup>12</sup>

É possível distinguir ainda entre o *capital social nominal* e o *capital social real*. O capital social nominal é a cifra que consta do pacto, representativa da soma de valores nominais das participações sociais, que, no Direito pátrio, não tem valor mínimo determinado. Já o capital social real, relevante em termos contabilísticos, refere-se ao conjunto de bens (uma parcela do patrimônio social) no ativo da sociedade que se destina a cobrir a cifra do capital social nominal e que, por conseguinte, não pode ser cedido pela sociedade em favor de seus sócios.<sup>13</sup>

Em um panorama internacional, a título de exemplo, as leis da Alemanha, Argentina, Áustria, Bélgica, Bolívia, Bulgária, República Checa, França, Honduras, Itália, Luxemburgo, México, Paraguai, Portugal, Suíça, Turquia e Uruguai fixam um capital mínimo para a sociedade limitada, assim como ocorre em nossa empresa individual de responsabilidade limitada (Eireli).<sup>14</sup> As leis de Bolívia, Espanha, França, Guatemala, Hungria

12. RAMOS, op. cit., p. 356.

13. FARIA, Catarina Pastor Fernandes Arraios. *A subcapitalização das sociedades comerciais*. 2014. 76f. Dissertação (Mestrado em Direito das Empresas) — Escola de Ciências Sociais e Humanas, Departamento de Economia Política, Instituto Universitário de Lisboa, Lisboa, 2014, p. 12.

14. Código Civil: “Art. 980-A. A empresa individual de responsabilidade limitada será constituída por uma única pessoa titular da totalidade do capital social, devidamente integralizado, que não será inferior a 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no País.” Catarina Pastor Fernandes Arraios Faria destaca que, em Portugal, uma sociedade por cotas pode ser constituída

e Luxemburgo exigem a integralização total das quotas subscritas no ato de constituição da sociedade.<sup>15</sup> Além de dinheiro, que é a forma mais comum de sua realização, a contribuição do sócio pode consistir na mais variada espécie de bens, corpóreos e incorpóreos, ou direitos suscetíveis de avaliação pecuniária.

O capital social é sempre uma cifra que se traduz em moeda nacional. Imóveis, mercadorias, patentes de invenção, direito a arrendamento, créditos etc., tudo isso pode compor a cota e o capital social. Como dizia Vivante, pode ser considerado capital social [...] “qualquer coisa que tenha valor de uso e de troca, por qualquer direito, seja de propriedade, de gozo, de uso, de usufruto etc”.<sup>16</sup> Assim, mais comumente, a integralização do capital social se perfaz com a transferência dos bens dos sócios (fundadores ou posteriormente ingressos) para a sociedade, mas também pode ser concluída por usufruto, licença etc. do bem, como, por exemplo, o uso do imóvel que sediará o estabelecimento comercial ou a licença para uso de marca, direito também suscetível de avaliação.

Modesto Carvalhosa destaca que os bens intangíveis, como o valor potencial de um ponto comercial e a clientela previsível desse mesmo ponto, não podem ser utilizados para integralização ao capital social. Porém, se esses elementos intangíveis integram uma universalidade, como é o caso de um estabelecimento mercantil em pleno funcionamento, os respectivos fatores intangíveis “são admissíveis na composição do capital social, tais como a propriedade comercial (locação comercial), ponto, clientela, avia-

---

com um capital de €2,00 (dois euros), “valor este que, como é evidente, não chega para financiar qualquer tipo de atividade económica” (FARIA, op. cit., p. 12.).

15. TEIXEIRA, Egberto Lacerda; TOZZINI, Syllas; BERGER, Renato. *Das sociedades por quotas de responsabilidade limitada*: atualizada de acordo com o novo Código Civil. 2 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 96, apud COSTA, Patrícia Barbi Costa. *Os mútuos dos sócios e acionistas na falência das sociedades limitadas e anônimas*. 2009. 128f. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) — Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 12.
16. VIVANTE, Cesare. *Tratado de direito comercial*. In: *Os comerciantes*. 5 ed. vol. I. rev. ampl. 3. impr., casa editrice dottor Francesco Vallardi, Milão, 1934) (2011)

mento, a capacidade de produção, os contratos de fornecimento e o próprio mercado atual e potencial de seus produtos etc.”<sup>17</sup>

Para fins de avaliação e integração ao capital social, um ativo intangível deve ser claramente identificável e suscetível de ser separado de outros ativos empregados na atividade empresarial. Ativos intangíveis que existem, mas que não podem ser identificados separadamente, incluem o *goodwill* (expectativa de lucros futuros) de uma atividade empresarial, fazendo parte de um *going concern* (capacidade da empresa de continuar operando).<sup>18</sup>

Ressalve-se que, em relação às sociedades limitadas, entre essa gama de bens e direitos, não se inclui a prestação de serviços, por expressa vedação legal (Código Civil, art. 1.055, §2º). Contudo, considera-se bem incorpóreo o *know-how*, que se consubstancia em conhecimento técnico e específico voltado a um processo produtivo de bens e serviços, e que, embora não passível de ser patenteado no Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI), pode valer como bem para a contribuição ao capital social. Valendo-se da doutrina de Daniela Zaitz, Bruno Ariboni Brandi sustenta que o *know-how* constitui um conjunto de conhecimentos técnicos ou comerciais passíveis de mensuração econômica, transmissível, e que conta com um elemento sigiloso e secreto, a fim de garantir vantagem competitiva a seu detentor.<sup>19</sup>

Certo é que, como adverte Adalberto Simão Filho, é recomendável que, na avaliação do *know-how*, haja um memorial descritivo para se entender efetivamente em que esse bem consiste e quais são as possibilidades de sua utilização nos objetivos da sociedade, inclusive para que seja bem implantado, com o treinamento daqueles que serão responsáveis pelo uso.<sup>20</sup>

---

17. CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, 2 ed. São Paulo: Saraiva, v. I, p. 39, apud JORGE, Tarsis Nametala Sarlo. *Manual das sociedades limitadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 205.

18. BRANDI, Bruno Ariboni. *A conferência de ativos intangíveis para formação do capital social e seus aspectos contratuais*. 2012. 156f. Monografia (LL.M. e Direito Societário e Direito dos Contratos) — Insper Instituto de Ensino e Pesquisas, São Paulo, 2012, p. 79.

19. *Ibidem*, p. 65.

20. SIMÃO FILHO, op. cit., p. 96.

### 3.1 Subscrição e integralização (realização) do capital social

Os arts. 997 c/c 1.054, ambos do Código Civil, enumeram como um dos requisitos do contrato de constituição da sociedade limitada a indicação da “quota de cada sócio no capital social, e o modo de realizá-la”.

Distinguem-se os atos de subscrição e integralização da contribuição do sócio à sociedade. A subscrição consiste na promessa de transferência de bens formalizada pelo sócio no contrato social, enquanto a integralização, ou realização, ocorre com a efetiva transferência dos ativos à sociedade.

O capital social divide-se em quotas, com igual dimensão ou não, cabendo uma ou diversas a cada sócio.<sup>21</sup>

No pacto societário, os estipulantes devem estabelecer o momento em que o capital social, previamente estimado e repartido entre os contratantes, deve ser efetivamente integralizado, cota por cota, tendo em mira o desenvolvimento das atividades sociais e evidenciando a força econômica do empreendimento. Se a decisão societária é no sentido de que a sociedade precisa de aporte imediato ou em curtíssimo prazo, a entrega deve ser feita de forma plena no próprio ato constitutivo da pessoa jurídica.<sup>22</sup> Contudo, os sócios instituidores podem combinar que o capital subscrito — aquele precedentemente considerado necessário para o início regular da atividade empresarial — será integralizado em parcela única futura, ou em prestações mensais, semestrais, anuais etc., de modo que a integralização total do capital social é protraída no tempo.

Nas empresas individuais e nas sociedades, excetuando-se as sociedades anônimas, a subscrição e a posterior integralização dos bens à sociedade se dão por simples convenção dos sócios, materializada no contrato social, não havendo qualquer intervenção de órgãos públicos ou de qualquer terceiro na

---

21. Art. 1.055, *caput*, do Código Civil: “O capital social divide-se em quotas, iguais ou desiguais, cabendo uma ou diversas a cada sócio”.

22. COELHO, Fábio Ulhoa Coelho. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 2001, v. II, p. 159.



verificação do real valor daqueles bens.<sup>23</sup> Daí surge o inconveniente da não rara possibilidade de os contratantes da sociedade subavaliarem ou superestimarem os valores dos bens transferidos para a constituição do capital social. Como advertia Rubens Requião, os bens incorpóreos (*apport en nature*), como patentes de invenção, marcas etc., são de difícil avaliação, e a estimativa do valor desse patrimônio nas sociedades de pessoas fica a critério dos sócios, abrindo-se oportunidade “[...] para que os mesmos abusem, mencionando valores irreais e, às vezes, fantásticos”.<sup>24</sup>

Correntemente, o mesmo também ocorre com a subavaliação dos bens incorporados à sociedade, motivando a existência de empresas claramente de médio ou grande porte (o que se infere pela mera percepção de elementos valiosos de seu fundo empresarial, como maquinários, imóvel, estrutura física), mas com o capital social declarado de forma diminuta. Aliás, como não se exige a avaliação dos bens transferidos à sociedade, tampouco se fiscaliza o repasse de dinheiro para o início de suas atividades, a fixação do capital social em uma das cláusulas do contrato de constituição da sociedade pode tornar-se uma óbvia peça de ficção.<sup>25</sup> Patrícia Barbi Costa segue essa mesma linha de pensamento:

Mister destacar que, no Brasil, dada a ausência de regras sobre o capital máximo e mínimo (*Mindestkapital*), o princípio da intangibilidade do capital social não é ferramenta para a manutenção do “valor” da empresa em si, o capital tem valor meramente nominal, sem guardar consonância com a realidade, permitindo que muitas sociedades brasileiras adotem como valor do capital social estatutário cifra insignificante, muito menor do que o capital efetivamente investido na sociedade e necessário à realização do objeto social — estes são conhecidos artifícios contábeis e negociais. Muitas dessas

---

23. Na constituição da sociedades anônimas, os bens transferidos para integrar o capital são avaliados por três peritos (art. 8º da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976).

24. *Ibidem*, p. 291.

25. O art. 1.052, §1º do Código Civil impõe que, “pela exata estimação de bens conferidos ao capital social, respondem solidariamente todos os sócios, até o prazo de cinco anos da data do registro da sociedade”.

sociedades financiam-se com créditos de terceiros (inclusive dos próprios sócios ou acionistas na qualidade de terceiros perante a sociedade) ou mesmo valores não contabilizados, o que, nesses casos, enseja a desproporção entre o valor do capital social e o faturamento da sociedade. Há efetiva transferência do risco do negócio aos credores, o que viola a própria natureza da sociedade perante terceiros como ente dotado de personalidade jurídica e patrimônio próprio, bem como o princípio da limitação da responsável dos sócios ou acionistas, conforme aplicável.<sup>26</sup>

Por causa dessas disfunções, Catarina Pastor Fernandes Arraios Faria sustenta a necessidade de se fixar um valor mínimo para o capital social, com vistas a lhe garantir um “limiar de seriedade” e, por conseguinte, maior credibilidade da sociedade empresária, de modo a compensar a limitação das responsabilidades dos sócios — limitação que, não raras vezes, não é atendida nos círculos empresariais brasileiros.<sup>27</sup>

Não por menos que, usualmente, ao concederem mútuos a sociedades limitadas, as instituições financeiras se acautelam, exigindo-lhes garantias reais e pessoais, formalizadas por fianças ou avais, geralmente dos próprios sócios.

### 3.2 Subcapitalização

A subcapitalização ocorre quando a sociedade possui um capital inapropriado frente aos objetivos sociais, o que a conduz a recorrer a financiamentos de seus próprios sócios ou de terceiros, com o propósito de desenvolver suas atividades empresariais, frustrando, assim, os interesses de seus credores.

Tal circunstância pode acontecer já na constituição da sociedade, quando o capital social estipulado se mostra manifestamente diminuto para suprir a

---

26. COSTA, Patrícia Barbi. *Os mútuos dos sócios e acionistas na falência das sociedades limitadas e anônimas*. 2009. 128f. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) — Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 16.

27. FARIA, op. cit., p. 23.

magnitude dos objetivos sociais, como também de forma superveniente, no decorrer das atividades empresariais, quando, por exemplo, os sócios avençam irregularmente a diminuição do capital social da sociedade, ou há distribuição de remuneração em favor deles.

Assevera Adriana Maria Aureliano da Silva que

A subcapitalização legal verifica-se quando o valor do capital social torna-se inferior ao montante mínimo previsto em lei e a subcapitalização substancial opera-se quando o capital social é desproporcional ao objeto social previsto no ato constitutivo, em desobediência ao princípio da congruência.<sup>28</sup>

Esta última situação ocorre no Brasil, cuja legislação não exige capital mínimo para a formação das limitadas.

A doutrina germânica divide a subcapitalização em formal e material. Maria Miguel Carvalho conceitua a primeira como a situação em que, “apesar de o capital social ser inferior ao necessário para o desenvolvimento da atividade da sociedade, os sócios suprem as necessidades de capital próprio com capital alheio”. Nesse caso, o financiamento necessário para o desenvolvimento da sociedade é obtido por meio de empréstimos ou atos equivalentes por parte dos sócios — aportes que não passam a integrar o capital da sociedade.<sup>29</sup>

Já a subcapitalização material caracteriza-se pela total inexistência de recursos, próprios ou de terceiros, para o prosseguimento das atividades societárias, demonstrando-se a total ausência de suporte financeiro, até mesmo por financiamentos, para fazer face aos custos operacionais da empresa. Essas circunstâncias anômalas da atividade da empresa — subcapitalização formal e material — não se confundem com a descapitalização, que ocorre quando, por razões alheias à vontade de seus sócios, como, por

---

28. SILVA, Adriana Maria Aureliano. *Subcapitalização como critério de imputação da responsabilidade patrimonial dos sócios na sociedade empresária limitada*. Salvador: Editora Studio Sala de Aula, 2017, p. 141.

29. CARVALHO apud FARIA, op. cit., p. 26.

exemplo, o malogro em seus negócios, a sociedade depara com obstáculos financeiros ao prosseguimento de seus objetivos.

Como salienta Catarina Pastor Fernandes Arraios Faria, ocorre, na subcapitalização, “uma transferência voluntária e consciente, por parte dos sócios, do risco da exploração empresarial para os terceiros credores”, enquanto, “no caso da descapitalização, essa transferência não é voluntária nem consciente, inclusivamente porque os próprios sócios também são afetados pela situação, a par dos credores sociais”.<sup>30</sup>

### 3.3 Capital social x patrimônio social

O capital social permanece com seu valor estático, expresso no contrato de constituição da sociedade, só sendo permitida sua modificação para aumento ou diminuição por ato contratual formal sujeito a registro, sendo impostas ao procedimento determinadas restrições (Código Civil, arts. 1.081 e seguintes).

Já o patrimônio social flutua ao sabor do sucesso ou não da atividade empresarial, e de outras conjunturas, sendo estimado em dinheiro por ocasião da feitura do balanço. Fatos que têm as causas mais diversas, como crises econômicas, retração de vendas, má gestão, escassez de capital de giro, depreciação ou obsolescência dos bens de produção, iliquidez, endividamento, entre outros, podem fazer oscilar o patrimônio da sociedade, com certa frequência e por muitas vezes ao longo de sua existência.

Eli Loria e Hélio Rubens de Oliveira Mendes asseveram que os conceitos de patrimônio social e capital social são confundidos pela doutrina. Segundo Ascarelli, “o que a lei determina é a constituição de um capital nominal, fixado no estatuto e que, em suma, represente o produto da multiplicação do número de ações pelo seu valor nominal”.<sup>31</sup> O patrimônio social, por sua vez, expressa o valor do ativo da sociedade, enquanto o patrimônio líquido expressa o resultado da conta ativo menos passivo exigível. A garantia dos

30. FARIA, op. cit., p. p. 27.

31. ASCARELLI, Tullio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. Campinas: Book-seller, 2001.

credores encontra-se no patrimônio social, ou seja, no conjunto de seus bens, enquanto o patrimônio líquido tem reflexo no valor da ação.<sup>32</sup>

O patrimônio é, portanto, um fundo variável que representa o conjunto de bens que compõem o ativo da empresa, observado também seu passivo. O balanço das atividades empresariais em determinado momento pode evidenciar os seguintes conceitos contábeis:

- a) patrimônio bruto: o conjunto de bens e obrigações da empresa em determinado momento, sem considerar suas dívidas;
- b) patrimônio líquido: corresponde ao ativo da empresa descontado seu passivo (dívidas).

Assim, o capital social deve constituir o patrimônio inicial da sociedade empresária (caso haja sinceridade dos celebrantes do contrato social). Entretanto, após o início das atividades, o capital permanece nominal, expresso na soma declarada no contrato, “ao passo que o patrimônio social — ou fundo social — tende a crescer, se a sociedade for próspera, ou a diminuir, se tiver insucesso”, sendo retirado, periodicamente, desse patrimônio o lucro, que é dividido entre os sócios.<sup>33</sup>

Assim é que, em uma sociedade que está prosperando, o valor econômico de seus bens, abatido o passivo (patrimônio líquido), supera o conjunto de bens com os quais os sócios deram início à atividade empresarial.

### 3.4 Aumento e diminuição do capital social

O art. 1.081, *caput*, do Código Civil, preceitua que, ressalvado o disposto em lei especial, integralizadas as quotas, o capital social pode ser aumentado, com a correspondente modificação do contrato.<sup>34</sup>

---

32. LORIA; MENDES, op. cit., p. 352.

33. REQUIÃO, op. cit., p. 291.

34. Art. 1.081, *caput*, do Código Civil: “Art. 1.081. Ressalvado o disposto em lei especial, integraliza-

Desse modo, o primeiro requisito para o aumento do capital social é que todos os sócios já tenham integralizado as cotas subscritas, ou seja, não pode haver qualquer capital pendente de liberação. Os sócios têm preferência na aquisição dessas cotas, no prazo de trinta dias, na proporção daquelas que já detêm. Não havendo proibição no contrato, o sócio pode ceder seu direito de preferência a outro sócio, independentemente da anuência dos demais, ou a estranho, se a isso não se opuserem os titulares de mais de um quarto do capital social. Em seguida, em assembleia ou reunião, é deliberada a modificação contratual (Código Civil, art. 1.057, §§1º a 3º). O contrato reformulado pode estipular a forma e o prazo para a integralização concernente ao aumento das cotas. Contudo, um novo aumento do capital só poderá ser deliberado na hipótese de o anterior ter sido totalmente integralizado.<sup>35</sup>

À sociedade, também é facultada a diminuição de seu capital, na hipótese do advento das seguintes circunstâncias: I) depois de integralizado, se houver perdas irreparáveis; II) caso se mostre excessivo em relação ao objeto da sociedade (Código Civil, art. 1.082); e III) “no caso em que a sociedade se resolver em relação à pessoa de um ou mais sócio, quando esta efetuar o pagamento das quotas liquidadas”.<sup>36</sup>

No caso de redução do capital em decorrência de perdas irreparáveis, a lei prevê que essa diminuição será proporcional ao valor nominal das cotas e decidida em assembleia, procedendo-se, em seguida, para que se produzam seus efeitos, ao registro da ata da reunião no registro competente. Veja-se o que dispõe o art. 1.083 do Código Civil: “No caso do inciso I do artigo antecedente, a redução do capital será realizada com a diminuição proporcional do valor nominal das quotas, tornando-se efetiva a partir da averbação, no Registro Público de Empresas Mercantis, da ata da assembleia que a tenha aprovado”.

---

das as quotas, pode ser o capital aumentado, com a correspondente modificação do contrato”.

35. SIMÃO FILHO, op. cit., p. 99.

36. *Ibidem*, p. 100.

No caso de diminuição do capital em razão de se perceber seu elevado valor frente aos objetivos sociais, o procedimento será efetivado com a restituição aos sócios de parte do valor das quotas, ou com a dispensa das prestações ainda devidas — isso implicando a redução do valor nominal das cotas (Código Civil, art. 1.084).

No prazo de noventa dias contado da data da publicação da assembleia que aprovar a redução do capital excessivo, qualquer credor quirografário, por título anterior a tal data, pode opor-se ao deliberado, hipótese em que a redução somente será eficaz se, no mesmo prazo, a dívida for paga ou se for depositado em Juízo seu valor (art. 1.084, §§ 1º e 2º). Concretizadas tais formalidades, a ata da assembleia poderá, então, ser averbada no Registro Público de Empresas Mercantis (art. 11.081, § 3º).

#### 4. FUNÇÃO ECONÔMICA DO CAPITAL SOCIAL

Preleciona João Eunápio Borges que, desde as sociedades mais modestas, de reduzido capital social, até as poderosas sociedades por ações do moderno capitalismo, a importante função econômico-social das sociedades mercantis reside na íntima união do capital e do trabalho, “cujas forças se concentram e se ampliam para a obtenção de um resultado que supera as possibilidades individuais de cada um dos sócios”. E arremata o exímio comercialista:

Além de serem naturalmente reservadas as funções mais audazes, mais amplas e mais complexas do crédito e da indústria, que exigem grandes concentrações de capital, somente certos tipos de sociedade permitem o exercício do comércio sem que os homens de negócio nele comprometam ilimitadamente a totalidade de seu patrimônio.

[...] São duas grandes vantagens aparentemente opostas que explicam o aumento do número e a crescente importância das sociedades comerciais

em contraste com a progressiva diminuição das empresas individuais. Para a sociedade, a aventura e o risco. Para o sócio, a expectativa de grandes lucros e a tranquila segurança de uma responsabilidade limitada.<sup>37</sup>

O jurista argentino Hernan Verly aponta que, segundo os economistas, existem tantos significados de capital social quanto o número de economistas no mundo, mas encontra-se uma convergência na qualificação do capital social como um dos fatores de produção que são divididos em três categorias: a terra, expressão genérica que compreende os recursos naturais incorporados ao processo produtivo; o trabalho, como atividade humana; e o capital. E prossegue em seu raciocínio:

*Los dos premeros elementos mencionados quedan comprendidos en los que se denominan factores primarios de la producción, pues su concurrencia y cantidad es determinada fuera de la economía. El capital, en cambio, es un factor secundario, pues constituye un producto de la propia economía. Por ello, a riesgo de simplificar en exceso la cuestión diremos con Vito que capital en un sentido macroeconómico “es una riqueza producida que se aplica a ulteriores producciones más bien que al consumo inmediato”. Más recientemente há dicho Samuelson que “el capital es un factor de producción producido”, expresión que sintetiza y simplifica en grado difícilmente superable la noción. La oposición al resto de los factores de la producción ha propiciado otras formas de acceso al concepto. Así, se ha dicho que la noción del capital “comprende todo cuanto coopera en la producción, exceptuando a las fuerzas naturales tal y como se nos presentan y al trabajo humano”, definición que, por la simple circunstancia de provenir de Wick-sell, merece un grado especial de atención.<sup>38</sup>*

37. BORGES, op. cit., p. 272.

38. “Apuntes para una revisión del concepto de capital social (con especial referencia a la sociedad de anónima)”, *La Ley*, Tomo 1997 A, p. 2. Disponível em: <http://www.alfarobankingandfinance.com/tapa/HV%20-%20APUNTES.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2018.



Sob o ponto de vista contábil, ainda segundo Hernan Verly, o capital é uma conta que concorre para formar o patrimônio líquido no quadro da situação patrimonial da sociedade. O patrimônio líquido, por sua vez, equivale, a todo instante, à diferença entre o ativo e o passivo social dos resultados acumulados não distribuídos, das reservas etc.<sup>39</sup> Destaca Adalberto Simão Filho que a função econômica do capital social está relacionada com a própria capacidade de a sociedade operar e funcionar com vistas à realização do objeto social. De acordo com Carlos Fulgêncio da Cunha Peixoto, essa função social está dividida em duas funções básicas:

- a) Função interna: fixa a relação patrimonial entre os sócios e regula a participação social nos lucros e nos riscos, em conformidade com a contribuição social;
- b) Função externa: representa o capital social a segurança dos terceiros que com a sociedade entabulem negócios jurídicos, na medida em que não é permitido pela lei a distribuição do capital entre os sócios, haja vista a intangibilidade do capital social.<sup>40</sup>

Assim, da titularidade das cotas do capital social, emergem dois direitos: um patrimonial e o outro pessoal. O direito patrimonial se consubstancia na possibilidade de participar dos lucros da empresa e da divisão dos bens no caso do encerramento de suas atividades. Já os direitos de natureza pessoal emergem com o poder dos sócios de participar da vida social, influenciando na tomada de decisões de interesse da gestão e nas metas da empresa.

O sócio detentor de maior capital social na sociedade ostenta as seguintes condições em relação aos demais: i) sempre terá a maioria nas deliberações sociais; ii) poderá alterar o contrato social sem a interferência dos outros; iii) deterá proporcionalmente ao capital social representativo de sua

---

39. *Ibidem*, p. 3.

40. SIMÃO FILHO, *op. cit.*, p. 94.

cota preferência em relação a futuro aumento do capital social;<sup>41</sup> e iv) terá maior percentual sobre os resultados da atividade empresarial.<sup>42</sup>

#### 4.1 Intangibilidade do capital social

O antigo princípio da intangibilidade do capital social está condensado atualmente na regra do art. 1.059 do Código Civil, que preceitua a obrigatoriedade dos sócios na reposição dos lucros e das quantias retiradas, a qualquer título, ainda que sejam autorizados pelo contrato, quando tais lucros ou quantia se distribuírem com prejuízo do capital.

Eis o teor do dispositivo legal: “Art. 1.059. Os sócios serão obrigados à reposição dos lucros e das quantias retiradas, a qualquer título, ainda que autorizados pelo contrato, quando tais lucros ou quantia se distribuírem com prejuízo do capital”.<sup>43</sup> Isso porque o capital social também é considerado um instrumento de segurança dos credores, de modo que sua dissipação acarretaria prejuízo às pretensões legítimas destes, dado que a constituição do negócio jurídico gerador do crédito se aperfeiçoa com atenção, entre outros fatores, ao capital social ostentado pela sociedade empresária devedora e expresso em pecúnia em seu contrato de constituição.

Consoante a regra contida no art. 1.065 do Código Civil, ao término de cada exercício social da empresa, procede-se à elaboração do inventário, do balanço patrimonial e do balanço de resultado econômico. Atentando para esse dispositivo, Cláudio Mashimo assevera que somente após a efetivação desse procedimento contábil é que, havendo constatação de lucro,

41. Ver seção 3.3.

42. SIMÃO FILHO, op. cit, p. 106.

43. O Decreto nº 3.708, de 10/01/1919, dispunha no *caput* de seu art. 9º: “Em caso de fallencia, todos os socios respondem solidariamente pela parte que faltar para preencher o pagamento das quotas não inteiramente liberadas. Assim, tambem, serão obrigados os socios a repór os dividendos e valores recebidos, as quantias retiradas, a qualquer titulo, ainda que autorizadas pelo contrato, uma vez verificado que taes lucros, valores ou quantias foram distribuidos com prejuizos do capital realizado”.

exsurgir o direito de distribuição entre os sócios, obedecendo-se à proporcionalidade da divisão das quotas sociais, salvo cláusula contratual em contrário.<sup>44</sup> Como assinala Ferrer Correia, “o capital social representa, em certos termos, uma segurança para os credores da sociedade: precisamente na medida em que a lei não permite a distribuição pelos sócios de quantias ou valores necessários para manter intato esse fundo”. E arremata de forma incisiva: “O capital é intangível”.<sup>45</sup>

O princípio da intangibilidade garante aos credores, assim, “que os valores conferidos pelos sócios para a integralização do capital social somente possam ser utilizados para a realização da atividade social”.<sup>46</sup>

#### 4.2 Responsabilidade pessoal dos sócios nas sociedades limitadas em função da não integralização das quotas do capital social

Na sociedade limitada, a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social, sendo esse o preceito do art. 1.052 do Código Civil.

Em regra, os sócios não respondem pelas dívidas da sociedade cujo quadro integram, corolário do princípio da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas. A criação das sociedades empresárias tem como escopo maior tanto compartilhar os recursos financeiros para sua aplicação em um objetivo econômico comum como livrar os bens particulares dos sócios de constrição por obrigações assumidas pela pessoa jurídica.

Levando-se em conta o que preceitua o art. 1.052 do Código Civil, registre-se, de antemão, que a responsabilidade do sócio, quando e se for

---

44. MASHIMO, Cláudio. *Responsabilidade dos sócios na sociedade limitada*. 2007. 152f. Tese (Doutorado em Direito Comercial) — Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 38-39.

45. CORREIA apud REQUIÃO, op. cit., p. 293.

46. COSTA, op. cit., p. 15.

exigida, sempre será subsidiária, em face do que estabelece a norma do art. 1.024 do mesmo diploma: “Os bens particulares dos sócios não podem ser executados por dívidas da sociedade, senão depois de executados os bens sociais”. Por outro lado, se o capital social subscrito estiver totalmente integralizado por todos os sócios, não remanesce qualquer responsabilidade pessoal destes por dívidas da sociedade. Ao revés, na hipótese de algum dos sócios não haver integralizado o capital prometido, todos os sócios respondem solidariamente por esse desfalque no patrimônio social. Confira-se a lição de André Luiz Santa Cruz Ramos:

Caso, porém, o capital social não estivesse totalmente integralizado — situação possível porque, como visto, o Brasil não exige a integralização total do capital social para a constituição da sociedade, tampouco fixa prazo para essa integralização —, todos os sócios respondem solidariamente pela dívida da sociedade, até o limite da integralização. O limite de responsabilidade dos sócios quotistas, portanto, é o montante que falta para a integralização do capital social.<sup>47</sup>

Assim, ao contrário do que era previsto no antigo Decreto nº 3.708, de 10/01/1919, a responsabilidade dos sócios pela integralização completa do capital social não se dá mais apenas nos casos de falência, mas também nos casos em que a sociedade não disponha de bens para a satisfação da dívida e se verifique que o capital subscrito não foi inteiramente liberado. Exemplificando: A, B, C e D constituem uma sociedade limitada e cada um subscreveu uma cota social de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais). Todavia, apenas A, B e C integralizaram suas cotas, transferindo dinheiro e outros bens para a sociedade. Nesse caso, os quatro sócios responderiam por uma dívida societária, com o patrimônio pessoal, até o limite de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), correspondente ao capital subscrito mas não integralizado pelo sócio D.

---

47. RAMOS, op. cit., p. 359.

### 4.3 Função da avaliação econômica da empresa

O capital social também pode ser empregado para a avaliação da capacidade da empresa em produzir lucros, que são repartidos entre seus sócios, sem prejuízo da integralidade e da intangibilidade daquele. Explica Catarina Pontes, em estudo do Direito português:

O objectivo primordial das sociedades é a obtenção de lucro, esse é o seu fim último para que os excedentes gerados sejam distribuídos pelos sócios. Com efeito, e tendo em consideração que o capital social nominal corresponde ao valor dos bens que os sócios afectaram ao exercício do objecto social, pode-se afirmar que, decorrido um certo período temporal e se o património líquido lhe for superior, a sociedade conseguiu gerar lucro, obteve riqueza; se, pelo contrário, lhe for inferior, então a sociedade teve prejuízo — perdas.

Ora, é, pois, da comparação entre estes dois valores — capital social e património líquido — que se afere a condição económica da sociedade e dos resultados da mesma, nomeadamente da verificação de lucros ou perdas decorrentes da sua exploração, ou seja, “o seu estado de saúde”.<sup>48</sup>

Assim, o comparativo entre o capital social e o patrimônio pode descortinar a capacidade da empresa de gerar lucros.

Se, após um exercício econômico, o valor do patrimônio líquido for superior ao valor do capital social, pode-se afirmar que a sociedade gerou riqueza e é financeiramente saudável. Por outro lado, se, da dedução do capital social ao patrimônio líquido, não resultar um valor positivo, isso significa que a sociedade sofreu perdas, circunstância que pode tornar o negócio pouco atrativo a eventuais interessados.<sup>49</sup>

---

48. PONTES, Catarina. *Reservas: capital social e capital próprio*. 2010. 60f. Dissertação (Mestrado) — Instituto Superior de Ciências de Trabalho e da Empresa, Lisboa, 2010, p. 40.

49. FARIA, op. cit., p. 22.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

De todo o exposto, podemos concluir:

- a) A sociedade limitada pode ser classificada como o modelo societário segundo o qual o capital social é dividido em quotas, iguais ou desiguais, e a responsabilidade do sócio é restrita ao valor de sua cota, porém os sócios respondem pela integralização completa do capital social;
- b) A regra é a irresponsabilidade do sócio pelas dívidas sociais, limitação que constitui um estímulo à exploração de atividades econômicas;
- c) A grande aceitação das sociedades limitadas no meio empresarial se deve, principalmente, ao fato de ostentarem duas características bastante atrativas para os pequenos e médios empreendedores: a contratualidade, sem os rigores legais do balizamento das sociedades anônimas, e a limitação de responsabilidade dos sócios;
- d) O capital social é o somatório de dinheiro e outros bens de que a empresa se vale para iniciar suas atividades, delimitadas por seu objetivo social, podendo ser constituído em dinheiro (*apport en numeraire*) ou em bens (*apport en nature*), corpóreos e incorpóreos.
- e) O capital social é sempre uma cifra que se traduz em moeda nacional, podendo ser representado por imóveis, mercadorias, patentes de invenção, licença para o uso de marca, direito a arrendamento, créditos, *know-how*, um estabelecimento comercial em funcionamento etc.;
- f) Ativos intangíveis que existem, mas que não podem ser identificados separadamente, incluem o *goodwill* (expectativa de lucros futuros) de uma atividade empresarial, fazendo parte de um *going concern* (capacidade da empresa de continuar operando);
- g) A subscrição do capital social consiste na promessa de transferência de bens formalizada pelo sócio no contrato social, enquanto a integralização (ou realização) se dá com a efetiva transferência dos ativos à sociedade;

- h) No pacto societário, os estipulantes devem estabelecer o momento em que o capital social, previamente estimado e repartido entre os contratantes, será efetivamente integralizado, cota por cota, tendo em mira o desenvolvimento das atividades sociais e evidenciando a força econômica do empreendimento;
- i) A subcapitalização ocorre quando a sociedade possui um capital ínfimo e inapropriado frente aos objetivos sociais, o que a conduz a recorrer a financiamentos, de seus próprios sócios ou de terceiros, para desenvolver suas atividades empresariais, frustrando, assim, os interesses de seus credores;
- j) A subcapitalização formal acontece quando, apesar de o capital social ser inferior ao necessário para o desenvolvimento da atividade da sociedade, os sócios suprem as necessidades de capital próprio com capital alheio, como empréstimos, aportes que não passam a integrar o capital da sociedade.
- k) A subcapitalização material caracteriza-se pela total inexistência de recursos, próprios ou de terceiros, para o prosseguimento das atividades societárias;
- l) A descapitalização ocorre quando, por razões alheias à vontade de seus sócios, como, por exemplo, o malogro em seus negócios, a sociedade depara com obstáculos financeiros ao prosseguimento de seus objetivos.
- m) O capital social permanece com seu valor estático, expresso no contrato de constituição da sociedade, só sendo permitida sua modificação para aumento ou diminuição por ato contratual formal sujeito a registro, enquanto o patrimônio social flutua ao sabor do sucesso ou não da atividade empresarial, tratando-se do principal e imediato garantidor dos interesses dos credores da empresa.
- n) A função econômica do capital social está relacionada com a capacidade da sociedade de operar e funcionar com vistas à realização do objeto social;

- o) A função interna do capital social consiste em fixar a relação patrimonial entre os sócios e regular a participação social nos lucros e nos riscos, em conformidade com a contribuição social;
- p) A função externa do capital social se evidencia com a segurança de terceiros que com a sociedade entabulem negócios jurídicos, na medida em que não é permitida, por lei, a distribuição do capital entre os sócios, haja vista a intangibilidade do capital social.
- q) O direito patrimonial que emerge da condição de sócio da sociedade limitada se consubstancia na possibilidade de participar dos lucros da empresa e da divisão dos bens no caso do encerramento de suas atividades, enquanto os direitos de natureza pessoal emergem do poder do sócio de participar da vida social, influenciando na tomada de decisões de interesse da gestão e metas da empresa;
- r) Na sociedade limitada, a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social;
- s) O comparativo entre o capital social e o patrimônio da sociedade pode descortinar, em determinado momento, a capacidade da empresa de gerar lucros.

## 6. REFERÊNCIAS

- ASCARELLI, Tullio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. Campinas: Bookseller, 2001.
- BORGES, João. *Curso de direito comercial terrestre*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.
- BRANDI, Bruno Ariboni. *A conferência de ativos intangíveis para formação do capital social e seus aspectos contratuais*. 2012. 156f. Monografia (LL.M. e Direito Societário e Direito dos Contratos) — Insper, Instituto de Ensino e Pesquisas, São Paulo, 2012.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *A sociedade limitada no novo Código Civil*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.



- COSTA, Patrícia Barbi Costa. *Os mútuos dos sócios e acionistas na falência das sociedades limitadas e anônimas*. 2009. 128f. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) — Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.
- FARIA, Catarina Pastor Fernandes Arraios. *A subcapitalização das sociedades comerciais*. 2014. 76f. Dissertação (Mestrado em Direito das Empresas) — Escola de Ciências Sociais e Humanas, Departamento de Economia Política, Instituto Universitário de Lisboa, Lisboa, 2014.
- JORGE, Tarsis Nametala Sarlo. *Manual das sociedades limitadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- LANA, Henrique Avelino; PIMENTA, Eduardo Goulart. Análise econômica das sociedades limitadas: imprescindível reflexão. *Em Tempo*, Marília: 2013, v. 12, p. 144-177.
- LORIA, Eli; MENDES, Hélio Rubens de Oliveira. “Capital social: noções gerais”, *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 58, 2012, p. 349-386, out.-dez. de 2012.
- MASHIMO, Claucio. *Responsabilidade dos sócios na sociedade limitada*. 2007. 152f. Tese (Doutorado em Direito Comercial) — Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.
- MATIAS, João Luís Nogueira. *A função social da empresa e a composição de interesses na sociedade limitada*. 2009. 323f. (Dissertação Mestrado em Direito) — Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007.
- PONTES, Catarina. *Reservas: capital social e capital próprio*. 2010. 60f. Dissertação (Mestrado) — Instituto Superior de Ciências de Trabalho e da Empresa, Lisboa, 2010.
- RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Curso de direito empresarial: o novo regime jurídico empresarial brasileiro*. 3 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2009.
- REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 1993, v. I.
- SIMÃO FILHO, Adalberto. *A nova sociedade limitada*. Manole: Barueri, 2005.
- TZIRULNIK, Luiz. *Empresas & empresários no novo Código Civil*. 2 ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei nº 11.101/2005 (nova Lei de Falências). São Paulo: RT, 2005.
- VERLY, Hernan. “Apuntes para una revisión del concepto de capital social (con especial referencia a la sociedad anónima)”. *La Ley*, Tomo 1997 A. Disponível em: <http://www.alfarobankingandfinance.com/tapa/HV%20-%20APUNTES.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2018.
- VIVANTE, Cesare. Tratado de direito comercial. *In: Os comerciantes*. 5 ed. vol. I. rev. ampl. 3. impr., casa editrice dottor Francesco Vallardi, Milão, 1934) (2011)



# ***O dever de fundamentação das decisões judiciais no sistema de precedentes vinculantes e o CPC/2015***

*Monique Ribeiro de Carvalho Gomes*

## 1. INTRODUÇÃO

As decisões judiciais precisam de fundamentação adequada pelo magistrado, haja vista que a motivação constitui princípio constitucional e garantia do Estado Democrático de Direito, servindo como mecanismo de controle social e garantia de efetivação dos direitos fundamentais.

O presente trabalho traz como tema a análise dos precedentes judiciais como fator redutor dos custos de transação. O CPC brasileiro não se contentou apenas com o contraditório formal, estabelecendo a necessidade de o juiz possibilitar às partes influenciar, de forma decisiva, as decisões, inclusive proibindo a prolação de decisões-surpresa, salvo em hipóteses

excepcionais, previstas em seus artigos 9º e 10. Todavia, esse dever de fundamentação não pode ser encarado como um redutor da agilidade e da previsibilidade da Justiça.

Nesse contexto, o sistema de precedentes vinculantes apresenta-se como um instrumento adequado para reduzir os custos da transação. O Judiciário tem uma importância considerável para a transmissão e a garantia da propriedade, bem como no cumprimento de contratos, possibilitando, assim, que se realizem investimentos e trazendo segurança e previsibilidade ao mercado.

Por conseguinte, o problema de pesquisa que se apresenta é o seguinte: a adoção de um sistema de precedentes judiciais é capaz de reduzir os custos de transação de se litigar no Judiciário brasileiro?

Por meio deste estudo, objetiva-se, em primeiro lugar, comprovar que a pretensão à tutela jurídica corresponde, entre outros aspectos, ao direito das partes de ver todos os seus argumentos analisados, especialmente aqueles, em tese, capazes de infirmar a conclusão do julgador. Requer-se, ainda, comprovar que a previsão, na atual Constituição Federal (CF) e no Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015), do dever de fundamentação das decisões judiciais está em consonância com o Estado Democrático de Direito e os princípios e as garantias fundamentais que norteiam o processo, como, por exemplo, o princípio do devido processo legal.

Veremos ainda como a fundamentação da decisão, nos casos de precedente obrigatório, distingue-se da motivação realizada em uma decisão em que não há vinculação a precedentes e, principalmente, como tal sistema é apto à redução dos custos de transação, a uma melhor alocação dos riscos e ao incremento da atividade econômica.

Neste estudo, aplica-se o método de análise bibliográfica, com a análise de estudos nas áreas do Direito e da Economia. A partir desses estudos, verificam-se as implicações dos precedentes judiciais para a redução dos custos de transação e para o incentivo do crescimento econômico.

A preocupação com a análise econômica do Direito é relevante, pois o Poder Judiciário é uma instituição que afeta diretamente a economia, ao cumprir sua função social de operacionalização das relações de mercado, livre iniciativa e autonomia privada. Nesse sentido, analisa-se o impacto positivo que o sistema de precedentes vinculantes trouxe para o crescimento econômico brasileiro.

## 2. SISTEMA DE PRECEDENTES VINCULANTES

O sistema de precedentes estabelece a utilização posterior de um julgamento específico, tomado à luz de um caso concreto, como fundamento ou razão de decidir em outros processos de casos análogos. Nesse sentido, no sistema brasileiro, o julgamento já é realizado para se tornar vinculante.

O elemento obrigatório ou persuasivo do precedente reside em sua *ratio decidendi*, ou seja, a tese jurídica que o motivou, a qual se revela suficiente para decidir o caso concreto. Compõe-se ainda de toda uma argumentação jurídica em torno da decisão e das circunstâncias fáticas que embasaram a controvérsia.

A *ratio decidendi* está na fundamentação, porém não se confunde propriamente com ela: é com base nessa *ratio* que o julgador concluirá sua decisão acerca da questão concreta posta sob seu crivo. Compõe-se dos fatos considerados relevantes na causa e para a tomada da decisão pelo julgador. Torna-se norma geral quando, embora originada de uma situação concreta, a tese jurídica passa a ser aplicada como fundamento para a decisão de outros casos específicos que guardem semelhança fática. Trata-se, portanto, de uma opção hermenêutica que consiste em universalizar a decisão tomada em um caso concreto, diante da identificação de fatos relevantes em que se fundam a causa e os motivos jurídicos determinantes que norteiam aquela decisão.

Assim, a *ratio decidendi* é uma regra, regra geral do caso, o fundamento normativo para a decisão de um posterior caso concreto, sendo aplicada por subsunção. A *ratio decidendi* não se confunde com o dispositivo da sentença, cujo conteúdo é a norma jurídica individual e concreta, derivada da norma geral aplicada, e resolve a questão principal que é discutida no processo, fazendo lei entre as partes e coisa julgada.

A aplicação do precedente diferencia-se da jurisprudência porque esta pode ser definida como o resultado de um conjunto de decisões judiciais dos tribunais no mesmo sentido sobre determinada matéria, sendo formada por precedentes vinculantes e persuasivos. A jurisprudência é abstrata, podendo ser obtida da análise do entendimento majoritário do tribunal na interpretação e na aplicação de dada questão jurídica. Distingue-se em relação ao aspecto objetivo do precedente, quando apenas um precedente é suficiente para fundamentar uma decisão posterior em outro processo; a fundamentação de uma decisão na jurisprudência, por sua vez, requer a indicação de vários julgados no mesmo sentido.

Por outro lado, é possível e até mesmo comum que as decisões formadoras de uma jurisprudência adotem *rationes decidendi* distintas, com membros de um órgão colegiado alcançando uma mesma solução no dispositivo, porém partindo de fundamentos fáticos e jurídicos diversos e até mesmo contraditórios, tornando-se fundamentos *obiter dictum*. O precedente com eficácia persuasiva tem apenas autoridade persuasiva, constituindo um indício de solução racional e social correta. O juiz, porém, não tem a obrigação de segui-lo, sobretudo quando não está convencido de sua adequação ao caso concreto. Serve como um instrumento de convencimento para a decisão do magistrado, até mesmo para modificar seu entendimento nas decisões.

O CPC/2015 teve por objetivo criar um ambiente decisório mais isonômico e previsível, conforme dispõe o art. 926 do CPC. Assim, os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. Há necessidade de se aplicarem os precedentes, para que, em uma socieda-

de, os casos iguais recebam soluções semelhantes, universalizando, assim, o entendimento adotado. Dessa forma, o precedente nasce, em regra, de um caso individual, não podendo produzir efeitos em casos sucessivos, porém sua interpretação é estendida a outras situações concretas posteriores.

A uniformização da jurisprudência é necessária no Estado Democrático de Direito, preservando vetores como segurança jurídica e isonomia, pois as mesmas situações fáticas são tratadas com idêntica solução jurídica, o que, logicamente, traz previsibilidade de julgamento para as partes e até mesmo funciona como freio ao ajuizamento de demandas cujo resultado já esteja sedimentado pelo Judiciário. A adoção de um sistema de precedentes importa ainda à garantia fundamental da duração razoável do processo, prevista no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, devendo ser assegurados meios para a celeridade processual, o que é visto, de forma concreta, quando, diante de um caso prático de exata similitude fática com um precedente, sobretudo nas demandas de massa, o magistrado limita-se a invocar o precedente, justificando-se, assim, um esforço argumentativo menor a ser reproduzido nos casos semelhantes.

No momento da aplicação do precedente, o julgador deve observar a previsão legal para a hipótese, sendo o princípio da legalidade reforçado, no campo processual, pelo princípio do devido processo legal, não podendo tal aplicação violar a lei e o ordenamento jurídico de forma ampla. Assim, o Estado Democrático de Direito deve pautar-se pela estabilidade, com a previsibilidade das consequências jurídicas envolvidas em determinada conduta.

A instabilidade das decisões judiciais estimula aventuras jurídicas e abuso do Direito Processual, desestimulando o cumprimento espontâneo das obrigações. Com a aplicação de um sistema vinculante de precedentes, seria possível assegurar segurança jurídica, por meio da previsibilidade e da estabilidade das decisões. Previsibilidade, pois o cidadão será capaz de prever a consequência processual de determinada conduta, pois haverá confiança no sistema jurídico; e estabilidade do sistema, como uma continuidade do Estado Democrático de Direito, garantindo a eficácia da ordem jurídica.

Nessa esteira, as convicções pessoais do magistrado não podem sobrepor-se à coerência do sistema de julgamento com precedentes vinculantes. Assim, não há, em um sistema jurídico estável, a possibilidade de o julgador escolher a decisão que melhor lhe convier com discricionariedade judicial e até mesmo decisionismo, reduzindo o direito a um ato de autoridade.

Conforme Medina<sup>1</sup> dispõe, a uniformização da jurisprudência atende à segurança jurídica, à previsibilidade, à estabilidade, ao desestímulo à litigância excessiva, à confiança, à igualdade perante a jurisdição, à coerência, ao respeito à hierarquia, à imparcialidade, ao favorecimento de acordos, à economia processual e à maior eficiência.

A estabilidade da jurisprudência impede que os tribunais deixem de aplicá-la ao seu alvedrio, sob pena de violação da segurança jurídica e da isonomia. A modificação da jurisprudência exige um procedimento específico e adequado de fundamentação, justificando-se o motivo da não aplicação da jurisprudência consolidada ao caso concreto.

Os precedentes com força vinculante estão previstos no art. 927 do CPC e têm observância obrigatória pelos juízes brasileiros, inclusive de ofício, sob pena de omissão na decisão. Segundo o *caput* desse artigo, os juízes e tribunais *observarão* as decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) em controle de constitucionalidade, os enunciados das súmulas vinculantes, os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos, os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, bem como a orientação do plenário ou do Órgão Especial do Tribunal a que estejam vinculados. Prevalece que o termo *observarão* significa *com aplicação obrigatória*, consagrando a eficácia vinculante aos precedentes e enunciados sumulares ali delimitados.

---

1. MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: RT, 2015, p..



O efeito vinculante do precedente não pode ser confundido com a exigência de respeito à coisa julgada, sobretudo quando *erga omnes* por expressa disposição legal, como se observa no art. 102 da CF — controle concentrado de constitucionalidade pelo STF. Dessa forma, além de o Poder Público estar vinculado ao dispositivo da decisão que resolve o controle concentrado de constitucionalidade, pelo art. 927, I, do CPC, fica também admitida a vinculação à fundamentação do julgado que gera o precedente.

Primando pela segurança jurídica, a doutrina atribui ao art. 927 do CPC eficácia *ex tunc*, ou seja, apenas as súmulas editadas e os precedentes formados na vigência do CPC/2015 devem ter eficácia vinculante. Nesse sentido, as decisões que desrespeitam os precedentes obrigatórios e as súmulas vinculantes são impugnáveis por reclamação constitucional, conforme dispõe o art. 988, IV, do CPC. Não cabe reclamação constitucional contra as decisões que desrespeitam as súmulas com eficácia vinculante do STJ e do STF em matéria constitucional e as orientações do plenário ou do Órgão Especial a que estiverem vinculados, demandando impugnação por meio de recursos tradicionais, como, por exemplo, apelação em caso de sentença, recurso especial e/ou extraordinário em hipótese de acórdão de tribunal de segundo grau, não havendo instrumento impugnativo direto para o tribunal superior. Assim, a inexistência de um instrumento impugnativo direto para essas hipóteses conduz ao seguinte questionamento: não se trataria de uma eficácia vinculante jurídica com eficácia apenas persuasiva no plano prático?

O art. 988, §5º, II, do CPC prevê que a decisão que desrespeitar precedente de repercussão geral ou de recurso especial ou extraordinário em questão repetitiva só poderá ser impugnada por reclamação constitucional quando esgotadas as instâncias ordinárias, afastando, assim, a possibilidade de reclamação constitucional contra sentença que desrespeita precedente fixado em julgamento de recurso especial ou extraordinário repetitivo, devendo a parte interpor apelação, em caso de sentença, e agravo interno, na hipótese de decisão monocrática.

No caso de decisão que desrespeite o julgamento em Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) ainda não julgado pelos tribunais superiores por meio de recurso especial ou extraordinário, pode haver impugnação por reclamação constitucional, sendo exigido o esgotamento das instâncias ordinárias apenas para o julgamento de recurso especial e extraordinário repetitivo.

Assim, podemos defender a existência de três graus de eficácia vinculante: no caso de julgamento proferido em controle concentrado de constitucionalidade, súmulas vinculantes, IRDR e Incidente de Assunção de Competência, a eficácia vinculante é grande, pois o desrespeito é impugnável por reclamação constitucional. Já o precedente formado em julgamento de recurso especial e extraordinário repetitivo e de recurso extraordinário com repercussão geral tem eficácia vinculante média, pois o cabimento de reclamação constitucional exige o exaurimento das instâncias ordinárias. Por sua vez, os enunciados de súmulas do STF em matéria constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional e a orientação do plenário ou do Órgão Especial a que estiverem vinculados têm eficácia vinculante pequena, não cabendo reclamação constitucional.

No sistema de *common law*, os julgamentos tornam-se precedentes quando passam, concretamente, a servir como fundamento para a decisão de outros julgamentos. Os precedentes vinculantes são julgamentos que nascem precedentes, enquanto os precedentes persuasivos tornam-se precedentes a partir de sua utilização para fundamentar outros julgamentos. Apenas o fundamento determinante acolhido pela maioria dos julgadores tem eficácia vinculante, ou seja, só a *ratio decidendi* vincula.

O art. 927, §§ 2º a 4º, do CPC versa sobre a superação do precedente, ou seja, sobre a não aplicação do precedente ao caso concreto sem revogá-lo, em razão de particularidades fáticas ou jurídicas, contexto cultural, social e axiológico em que for proferida, continuando o precedente válido para os demais processos — *distinguishing*. A previsão legal da possibilidade de superação do precedente revela a preocupação do legislador em atribuir di-

namicidade ao sistema de precedentes, demonstrando que ele não implica engessamento ou mecanização do sistema decisório.

O *distinguishing* apresenta duas acepções: o método de comparação entre a situação fática do caso concreto a ser julgado e aquele em que a *ratio decidendi* foi estabelecida, conforme dispõem o art. 489, §1º, V, e o art. 927, §1º, do CPC, e o *distinguishing* resultado — art. 489, §1º, VI e art. 927, §1º, CPC — na conclusão da inexistência de similitude fática entre o paradigma e o caso concreto a ser julgado. Nessa segunda situação, o julgador poderá deixar de aplicar o precedente, passando a julgar livremente o caso — *restrictive distinguishing* — ou a dar amplitude ao precedente, aplicando a mesma solução jurídica, a despeito de suas peculiaridades, visto que, dificilmente, haverá identidade absoluta entre as circunstâncias do caso concreto e do paradigma — *ampliative distinguishing*.

Diversamente da superação do precedente, a distinção de casos não requer procedimento específico e pode ser realizada por qualquer magistrado, ainda que o precedente seja originário do STF, uma vez que não se declara o precedente injusto ou ultrapassado, mas tão somente não aplicável ao caso em análise, em razão das circunstâncias fáticas distintas daquela originária, tratando-se de uma não incidência da norma do precedente ao caso concreto.

Dessa forma, estando o julgador diante de um caso vinculado a um precedente, deve averiguar a existência de semelhança fática entre o caso e os elementos objetivos da demanda que culminou no precedente e, após confirmada a aproximação, analisar a *ratio decidendi* firmada na decisão anterior.

O emprego da técnica do *distinguishing* é dever de todo juiz, sobretudo quando a aplicação do precedente ao caso concreto for capaz de gerar instabilidade no ordenamento jurídico. Com efeito, como corolário do princípio da igualdade, visto sob o prisma de igualdade perante as decisões judiciais, exige-se que o magistrado, diante de uma situação concreta diferente da formadora do precedente, indique e fundamente uma solução jurídica adequada e diversa. Assim, além de interpretar a lei para encontrar a norma geral aplicada à hipótese, ele tem o dever de interpretar o precedente, a

fim de averiguar a possibilidade de aplicação da *ratio decidendi* àquela situação, não estando o juiz vinculado à aplicação do precedente se essa não se mostrar a solução adequada, mediante um sério esforço argumentativo, exigível de uma decisão que deixe de aplicar o precedente.

A igualdade impõe ao julgador o dever de não julgar conforme seus valores pessoais, porém sempre publicizar os critérios de racionalidade adotados em sua decisão e não invocar os critérios de distinção para a não aplicação de um precedente sem justificativa. Eventuais *discrimens* devem ser fundamentados na própria ideia de promoção da igualdade.

Nesse contexto, o magistrado é desafiado a delimitar os fatos relevantes e irrelevantes do precedente e do caso concreto com similitude fática ou impeditivos de sua aplicação, dado que nem toda particularidade conduz à não aplicação do precedente.

De todo modo, caso o juiz deixe de aplicar o precedente para a solução de um caso que o exige, estaremos diante de uma decisão em *error in iudicando* ou *error in procedendo*, uma vez que não se pode deixar de aplicar um precedente adequado somente por não concordar com ele — igualmente, não se pode deixar de aplicar uma lei, salvo declaração de inconstitucionalidade, ainda que difusa. Em situação de discordância com o conteúdo ou com a conclusão do precedente, o julgador pode consignar seu entendimento pessoal, mas deve continuar a aplicar a solução da *ratio decidendi* da Corte Superior, situação que não configuraria contradição da decisão nem pessoalizaria o exercício da jurisdição.

A possibilidade de o julgador ressaltar seu entendimento pessoal contrário à decisão do tribunal contribui, eventualmente, para a modificação do precedente, sinalizando aos tribunais a necessidade de haver uma revisão do entendimento ou até mesmo de uma superação, prevalecendo sempre a maior eficiência do sistema jurídico. O fato é que o julgador não pode deixar de aplicar o precedente porque considera que a decisão anterior que o criou está incorreta, visto que a incorreção ou não de uma decisão judicial é bastante variável, a depender da teoria jurídica adotada pelo magistrado, sob pena de uma postura inversa pôr em xeque a existência da lógica do siste-

ma de precedentes, o qual pode ser aplicado com fundamento em sua mera existência, prescindindo da respectiva correção.

Se os argumentos fáticos expostos não forem capazes de justificar a diferenciação, sendo injustificado o discurso da distinção, estaremos diante de uma distinção inconsistente, com infringência à técnica da distinção. Fala-se ainda em *distinguishing* ampliativo quando o precedente passa a ser adotado em situações posteriores não imaginadas quando de sua edição; e, em *distinguishing* restritivo, quando seu âmbito de incidência fático é limitado. Em ambas as técnicas, é importante que o juiz atente para a compatibilidade entre as razões invocadas para a construção do primeiro julgado, ou seja, para a finalidade buscada quando da formação do precedente, porém em circunstâncias fáticas não previstas quando de sua edição.

Com efeito, o contínuo uso do precedente tem o condão de, constantemente, atribuir os contornos fáticos e efetivos da *ratio decidendi*, visto que, dificilmente, a situação apresentada ao magistrado será idêntica àquela exposta na formação do precedente — circunstância inerente à dinâmica dos precedentes diante da constituição de novos negócios jurídicos pela sociedade. Os julgados posteriores introduzirão novos argumentos, os quais, por sua vez, ampliarão ou restringirão a *ratio decidendi* em situações fáticas semelhantes, e o julgador adotará a mesma solução jurídica do precedente, contribuindo, assim, para a segurança jurídica do sistema.

O *overruling* é a superação da tese jurídica, deixando o precedente de existir como fonte vinculante e persuasiva, e sendo substituído por outro, levando em conta princípios como segurança jurídica, proteção da confiança e isonomia. Uma hipótese clássica é quando há superveniência legislativa que torna o entendimento sem sentido e até mesmo ilegal, ou o inverso, passando a lei a ser o novo referencial normativo. Destaque-se que, em uma situação concreta, a superação do entendimento anterior sobre determinado assunto é essencial para a própria evolução e a existência de um sistema de precedentes, e sua não modificação produziria injustiça no caso concreto.

Outrossim, o *overruling* serve para a superação de precedentes dissonantes da realidade social, não se admitindo aplicação de precedente que não

mais seja capaz de suprir as demandas sociais, deixando de corresponder aos padrões morais e até mesmo a princípios constitucionais como a dignidade da pessoa humana e seus consectários. Observe-se, contudo, que *overruling* não se confunde com *overriding*.

Na hipótese de *overriding*, o tribunal limita o âmbito de incidência de um precedente em função da superveniência de regra ou princípio legal, havendo uma adequação superveniente, sem a substituição da *ratio decidendi*, da norma jurídica fundamentadora do julgamento. O *overriding* diferencia-se do *distinguishing* quando este último versa sobre a não aplicação do precedente por questões de fato diversas daquelas utilizadas na formação do precedente, enquanto, no *overriding*, a controvérsia é uma questão de direito. Nesse sentido, Didier Júnior *et al.*:

*Overruling* é a técnica através da qual um precedente perde sua força vinculante e é substituído (*overruled*) por outro precedente. O próprio tribunal que firmou o precedente pode abandoná-lo em julgamento futuro, caracterizando o *overruling*. Assemelha-se à revogação de uma lei por outra. Essa substituição pode ser expressa (*express overruling*) ou tácita (*implied overruling*), embora entendamos que o *implied overruling* não é admitido no ordenamento brasileiro, tendo em vista a exigência de fundamentação adequada e específica para a superação de uma determinada orientação jurisprudencial (art. 927, §4º, CPC). A superação implícita é claramente uma ofensa ao dever de coerência decorrente do art. 926.

Há *overriding* quando o tribunal apenas limita o âmbito de incidência de um precedente, em função da superveniência de uma regra ou princípio legal. No *overriding*, portanto, não há superação total do precedente, mas apenas uma superação parcial. É uma espécie de revogação parcial.<sup>2</sup>

---

2. DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 13 ed. Salvador: Juspodivm, 2018, v. 2, p. 391.

A superação do precedente pode ocorrer de maneira difusa — no bojo da fundamentação da decisão, dentro do processo — e de maneira concentrada — procedimento autônomo com o objetivo específico de rever do entendimento do tribunal, como, por exemplo, o cancelamento de uma súmula vinculante e um pedido de revisão de tese firmada em IRDR. Importante ressaltar que a competência para a superação do precedente é somente do tribunal que fixou o precedente ou de outro tribunal superior a ele que tenha atribuição para a mesma matéria.

A modificação do precedente deve decorrer de decisão devidamente fundamentada, requerendo um esforço de motivação maior, com novos argumentos e justificativas, de modo a não ferir vetores processuais elementares, como isonomia e confiança, dada a expectativa de se obter uma decisão na forma do precedente da Corte. Essa modificação sempre traz consigo a necessidade de se ponderar acerca da revogação ou da manutenção com os princípios da segurança jurídica e da inércia argumentativa — o estado de coisas existentes só pode ser alterado se houver razões favoráveis à mudança.

Na defesa de princípios como razoabilidade, segurança jurídica, boa-fé objetiva e não surpresa, a superação do precedente deve ser irretroativa, permitindo-se ao tribunal a modulação dos efeitos da alteração — o *prospective overruling*, expressamente previsto no art. 927, §3º, do CPC para os casos de alteração da jurisprudência dominante dos tribunais superiores, e pautado no interesse social e na confiança. A modulação dos efeitos serve para limitar a retroatividade do novo entendimento ou para lhe atribuir efeitos prospectivos. Então, o art. 927, §3º, do CPC atende ao princípio da confiança ao oportunizar a evolução do sistema jurídico ao mesmo tempo que preserva situações formadas durante a vigência do entendimento superado, sem gerar tratamento diferenciado para situações idênticas ocorridas no mesmo espaço de tempo.

Dessa forma, o tribunal pode dimensionar temporalmente o alcance dos efeitos que a superação do precedente gerará, com a quebra da confiança do jurisdicionado na certeza de que as decisões seguiriam aquele

precedente, limitando os problemas advindos da superação do precedente, o que impactará o comportamento processual das partes, que criaram expectativas legítimas na formação de negócios jurídicos cotidianos, à espera de um comportamento do Poder Judiciário, podendo o precedente superado lhe causar prejuízo. Tal modulação se coaduna com o princípio da irretroatividade da lei — princípio que recebe uma nova roupagem para abranger a aplicação de normas jurídicas de forma geral, em razão da eficácia normativa do precedente.

Dessa forma, a eficácia da superação do precedente pode ser modulada para eventual aplicação futura, talvez até mesmo com a fixação de data ou condição, com a criação de exceções para casos futuros, porém excetuando as partes do caso concreto móvel da superação. Outras possibilidades são a aplicação retroativa para casos em trâmite mas não transitados em julgado e a aplicação retroativa como fundamento para a mudança de situações consolidadas via ação rescisória, admitindo-se, por conseguinte, a conformação da eficácia temporal que se revele mais adequada à situação concreta. Todavia, conforme já decidiu o STJ,<sup>3</sup> em regra, a eficácia temporal do precedente é retroativa, com a aplicação imediata do novo entendimento jurisprudencial, cuja argumentação de superação provavelmente terá demonstrado elementos suficientes da inadequação do precedente superado.

É possível que, diante de modificações de natureza econômica, social ou política, e até mesmo com a edição de uma nova legislação ou a superveniência de argumentos mais relevantes sobre o tema, a superação do precedente torne-se necessária e mais adequada, a fim de atender às próprias noções de segurança jurídica e isonomia, as quais passam a fundamentar mais a sua revogação que a sua manutenção. Nesse sentido, na hipótese de alteração legislativa, o ônus argumentativo imposto ao julgador será menor que na superação difusa clássica.

---

3. STJ, 3ª Turma, AgInt no Resp n.1595438/SP, rel. Min. Ricardo Villas Bóas Cueva, julgado em 13.12.2016, DJE 02.02.2017.



O CPC/2015 foi mais exigente com a fundamentação das decisões dos julgadores, conforme disposto em seu art. 489, §1º, e essa exigência é muito maior quando a decisão culminar na superação de um entendimento sedimentado no tribunal a que o julgador está vinculado, seja tal entendimento sumulado ou não. Podemos falar, por conseguinte, em um ônus argumentativo qualificado para o magistrado, com a necessidade de uma fundamentação adequada e específica, levando em consideração princípios como os de segurança jurídica, isonomia e proteção da confiança, na forma do art. 927, §4º do CPC.

Destarte, o aplicador do Direito deverá ponderar se é menos maléfico ao ordenamento jurídico manter uma decisão desatualizada, capaz de gerar injustiça e ferir a isonomia no caso concreto, porém previsível ao jurisdicionado, primando pela estabilidade do sistema, com a possível adoção de técnicas como a de superação prospectiva, criando, assim, situações de transição com vistas a diminuir as consequências dessa mudança. Talvez também por entender que matérias sociais sensíveis devem ser modificadas pelo Legislativo, ao argumento de que a melhor opção é a superação imediata, sustentando que a isonomia e a segurança jurídica mais sustentam a superação, com o precedente frustrando as expectativas da população que baseou suas ações e omissões nas consequências do entendimento ora superado.

Por óbvio, a Corte que elabora o precedente deve ter o poder de superá-lo quando não mais corresponda aos anseios e valores sociais, possibilitando, assim, o desenvolvimento do Direito. Contudo, a mesma Corte também guarda obrigatoriedade de respeito aos precedentes por ela criados, não se mostrando salutar ao funcionamento do sistema uma constante revisão casuística da mesma questão jurídica. Assim, é preciso haver razoabilidade e cuidado na aplicação do instituto, com a submissão a critérios prévios e capazes de comprovar a eficácia horizontal dos precedentes, sob pena de tornar o sistema desacreditado.

Como a decisão de superação do precedente não produz efeitos apenas no caso concreto, consoante modelo cooperativo de processo criado

pelo CPC/2015, o magistrado deve enfrentar, de forma adequada, todos os argumentos deduzidos pela parte que pretende a manutenção do precedente, bem como por eventual *amicus curiae* admitido, que se torna mais um sujeito processual capaz de influenciar na formação da decisão.

No CPC, não há previsão específica quanto ao procedimento a ser adotado pelo tribunal para a superação do entendimento estabelecido em súmula com eficácia vinculante e precedente obrigatório, devendo seguir eventual regulamentação de seu próprio regimento interno. Somente o art. 927, §2º, prevê a possibilidade da realização de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese, como, por exemplo, um *amicus curiae*, dada a eficácia ultraparte da revogação do precedente, democratizando o procedimento de revogação. A doutrina defende a aplicação do procedimento para revogação de súmula vinculante, salvo as hipóteses de procedimento específico no regimento interno dos tribunais para a revogação de suas súmulas.

Para a superação de tese fixada em julgamento de IRDR, o art. 986 do CPC estabelece que será pelo mesmo tribunal, de ofício ou a requerimento dos legitimados mencionados no art. 977, III, do CPC.

### 3. A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS E O CPC/2015

A Constituição Federal, em seu art. 93, IX, dispõe que toda decisão judicial precisa ser motivada, sob pena de nulidade. O dever de motivação da decisão judicial tem natureza de direito fundamental do jurisdicionado — direito extraído da garantia do devido processo legal e do Estado Democrático de Direito. A fundamentação permite que as partes conheçam as razões formadoras do convencimento do magistrado, além de fornecer subsídios aos tribunais para reformar ou manter as decisões recorridas.

A motivação das decisões serve como instrumento de controle da atividade dos membros do Poder Judiciário, os quais, embora não sejam eleitos, como os componentes dos demais Poderes, também devem ser considerados democráticos, com atividades públicas e decisões que possam ser controladas pelas partes. Isso, portanto, torna necessária a fundamentação, que conduz à legitimação social do Judiciário. Por meio da motivação das decisões judiciais, é possível aferir a imparcialidade do juiz, a legitimidade dos julgamentos, evitando, assim, o arbítrio judicial e possibilitando que a parte sucumbente e, eventualmente, inconformada recorra. A motivação possibilita ainda que ambas as partes observem se seus argumentos foram analisados e levados em consideração.

Com efeito, sendo o Judiciário um poder estatal, a fundamentação das decisões destina-se não apenas às partes do processo, mas a toda a sociedade, que passa, então, a conhecer as razões e as interpretações do julgador, o que, como assinalado, amplia a legitimação social da jurisdição.

É certo que o dever de fundamentação das decisões também decorre de princípios regentes do processo civil moderno, como o contraditório, que passou a ser interpretado como contraditório substancial, por possibilitar às partes exercer influência determinante nas decisões judiciais e proibir que o juiz profira decisões-surpresa, salvo em situações excepcionais. Dessa forma, dada a atual visão cooperativa e dialógica do processo civil atual, os argumentos trazidos pelas partes, sobretudo aqueles capazes de infirmar a conclusão do julgador, precisam ser, em regra, rebatidos um a um, não podendo simplesmente ser ignorados pelos juízes e tribunais. Defende-se, inclusive, que o direito à pretensão de tutela jurídica também compreende o direito das partes de ver seus argumentos analisados pelo julgador com todas as razões expostas. Por outro lado, na hipótese de o magistrado não considerar todos os argumentos relevantes para as partes, retira delas a possibilidade de eventual convencimento em relação ao acerto da decisão, o que dificulta a concretização do mais importante fim da prestação jurisdicional, qual seja, a pacificação social, através da confiança na idoneidade do sistema processual.

Com efeito, já no Capítulo I do Código de Processo Civil, buscam-se meios para assegurar a garantia constitucional do contraditório. Assim, o art. 7º versa sobre a paridade de armas e o dever do juiz de zelar pelo contraditório; o art. 9º determina que o juiz consulte as partes antes de proferir sua decisão; e o art. 10 estabelece que em nenhum grau de jurisdição haverá decisão que sustente fundamento sobre o qual não se tenha oportunizado manifestação à parte, inclusive em se tratando de matéria de ofício.

Segundo Taruffo, os destinatários da motivação das decisões judiciais estão além das partes dos processos e advogados, envolvendo também a opinião pública, o que possibilita o controle de decisão do magistrado pela via difusa da democracia participativa, em cujo nome a sentença foi proferida, visto que o magistrado exerce parcela do poder estatal que pertence ao povo, consoante disposto no art. 1º da Constituição Federal. Em suas palavras:

Os destinatários da motivação não seriam somente as partes, os seus advogados e o juiz de instância superior (*dell'impugnazione*), mas também a opinião pública compreendida seja em sua complexidade, seja como opinião de *quisque de populo*. A conotação política dessa mudança de perspectiva é evidente: a ótica “privada” do controle exercido pelas partes e a ótica burocrática do controle feito pelo juízo superior são integradas na ótica “democrática” do controle que deve ser exercido por aquele mesmo povo, em cujo nome a sentença foi deferida.<sup>4</sup>

É na motivação da decisão que o magistrado resolve as questões de fato e de direito trazidas aos autos pelas partes, justificando seu convencimento e demonstrando que a solução do caso concreto não tem caráter subjetivo ou discricionário, mas, sim, ponderado, adequado e racional, com congruência e uso de argumentação e raciocínio jurídicos válidos, objetivamente aceitos e compartilhados com a sociedade.

---

4. TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: Cedam, 1975, p. 407.

Tratando-se de decisões judiciais com base em precedentes obrigatórios, entendemos que, para a aplicação do precedente vinculante, o juiz não precisará enfrentar, mais uma vez, toda a argumentação jurídica apreciada quando da formação do precedente. Tal conclusão é extraída do Enunciado n. 524 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “O art. 489, §1º, IV, não obriga o órgão julgador a enfrentar os fundamentos jurídicos deduzidos no processo e já enfrentados na formação da decisão paradigma, sendo necessário demonstrar a correlação fática e jurídica entre o caso concreto e aquele já apreciado”, bem como dos Enunciados n. 13 e n. 19, ambos da Enfam. Daí advém a necessidade de uma argumentação consistente para a criação dos precedentes, com a devida fundamentação e o contraditório ampliado, diminuindo, assim, eventual retrabalho de análise quando de sua aplicação prática, sobretudo no momento de se julgarem demandas de massa, as quais, de modo geral, versam sobre situações de fácil cotejo com o paradigma.

A aplicação do precedente pelo julgador não é efetuada de forma mecânica, requerendo esforço interpretativo do acórdão-paradigma. Dessa forma, o precedente não pode ser aplicado de forma irrefletida, sem que se proceda ao cotejo dos fatos concretos com a situação fática que compõe a *ratio decidendi*. O julgador precisa, de forma explícita, delimitar a tese jurídica empregada para chegar à conclusão exposta no dispositivo de sua decisão, inclusive para que as partes possam submeter a aplicação da *ratio decidendi* a eventual controle recursal.

#### 4. CUSTOS DE TRANSAÇÃO

Por meio da análise das decisões judiciais, podemos aferir o grau de incidência dos custos de transação envolvidos nos litígios judiciais brasileiros. Os custos de transação são úteis para aferir problemas relativos a mercados, organizações e políticas. Segundo North, em uma sociedade formada

por agentes que não detêm todas as informações necessárias, que estão em mercados imperfeitos e lidam com a assimetria nas informações, só é possível alcançar segurança suficiente para efetuar suas escolhas e tomar suas decisões levando em conta os custos de transação.<sup>5</sup>

Na lição do economista Ronald Coase,<sup>6</sup> por custos de transação, devemos entender aqueles relacionados à busca de informações, custos de barganha e decisão, além dos custos de cumprimento. A teoria dos custos de transação tem como objeto o estudo das condições em que tais externalidades deixam de ser insignificantes e passam a ser determinantes para a decisão dos agentes econômicos, repercutindo na alocação dos recursos na economia e, por conseguinte, trazendo implicações para a eficiência do sistema. Os custos de transação são sentidos pelos agentes econômicos sempre que precisam tomar alguma decisão relevante no mercado.

Segundo o Teorema de Coase, a ausência de custos de transação ocorreria apenas em uma sociedade hipotética — uma sociedade na qual as instituições governamentais não interferissem no funcionamento do sistema econômico, com os agentes econômicos negociando sem custos para modificar direitos. Assim, o mercado teria condições de corrigir as distorções, com a redistribuição dos direitos e o aumento no valor de produção, que, para compensar, deveria ser menor que os custos envolvidos nessas negociações. Coase conclui que os custos de transação são positivos e determinantes para o comportamento dos agentes econômicos, sendo influenciados pela legislação e por ações governamentais. Pinheiro e Saddi definem os custos de transação da seguinte forma:

Os custos de transação compreendem, portanto, os custos com a realização de cinco atividades que tendem a ser necessárias para viabilizar a

---

5. NORTH, Douglas. *Institutions, institutional, change and economic performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

6. COASE, Ronald Harry. *A firma, o mercado e o direito*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016, p. 7.

concretização de uma transação. Primeiro, a atividade pela busca pela informação sobre regras de distribuição de preço e qualidade de mercadorias; sobre insumos de trabalho e a busca por potenciais compradores e vendedores, assim como de informação relevante sobre o comportamento desses agentes e a circunstância em que operam. Segundo, a atividade de negociação, que será necessária para determinar as verdadeiras intenções e os limites de compradores e vendedores na hipótese de a determinação dos preços ser endógena. Terceiro, a realização e a formalização dos contratos, inclusive o registro nos órgãos competentes, de acordo com as normas legais, atividade fundamental do ponto de vista do Direito privado, já que é o que reveste o ato das garantias legais. Quarto, o monitoramento dos parceiros contratuais, com o intuito de verificar se aquelas formas contratuais estão sendo devidamente cumpridas, e a proteção dos direitos de propriedade contra a expropriação por particulares ou o próprio setor público. Finalmente, a correta aplicação do contrato, bem como a cobrança de indenização por prejuízos às partes faltantes ou que não estiverem seguindo corretamente suas obrigações contratuais, e os esforços para recuperar o controle de direitos de propriedade que tenham sido parcial ou totalmente expropriados.<sup>7</sup>

As transações passam a ser norteadas não apenas pelo preço, mas também pelos mecanismos institucionais legais disponíveis às partes, com o propósito de efetivar o cumprimento das promessas nas celebrações a prazo. Com vistas à segurança e ao incremento das relações contratuais e de transferência de propriedade, revela-se fundamental a diminuição dos custos relacionados a futuros descumprimentos de promessas.

As instituições desempenham papel relevante na atual economia e no desenvolvimento econômico. Nesse cenário, o Judiciário pode ser visto

---

7. PINHEIRO, Armando C.; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 61

como uma instituição social capaz de reduzir os custos de transação, visto que tais custos estão presentes nas análises dos agentes econômicos para o cumprimento de diversas situações de mercado, como execução de contratos, relações comerciais e direitos de propriedade e do consumidor. Com efeito, o Poder Judiciário, ao ser provocado, pode colaborar, de forma eficaz, para a garantia de direitos e o cumprimento de deveres, ao diminuir sua heterogeneidade e suas preferências no funcionamento dos mecanismos institucionais próprios do sistema de justiça, impedindo, assim, que agentes econômicos adotem comportamentos oportunistas e suscitando a confiança necessária à realização de investimentos e à celebração de contratos com a assunção de obrigações a termo.

O Judiciário ocupa local de destaque na Economia, conforme a postura adotada para a solução dos problemas de inadimplemento e execução de contratos que lhe são apresentados, fato que repercute na alocação de recursos no mercado. Um bom exemplo disso é o julgamento de ações revisionais de juros contratuais, cuja tendência, se favorável aos consumidores descumpridores dos contratos, tende a aumentar o risco de inadimplemento para os bancos. Essas instituições bancárias, por sua vez, costumam repassar esse custo ao mercado, com o aumento de garantias e taxas de juros para os novos contratantes, além de gerar oportunismo negocial e diminuição da oferta de crédito.

Um Poder Judiciário diligente deve ser eficiente e ágil para a solução dos litígios que lhe são apresentados. A longa demora para a conclusão dos processos torna-se um entrave de acesso ao Judiciário por usuários em potencial, acarretando ainda aumento dos custos de transação na solução das disputas. Isso sem mencionar a quantidade de violação de direitos de pequena complexidade que ocorrem diariamente e não são levados ao conhecimento do Judiciário, devido ao custo elevado e à morosidade, o que contribui para a geração de impunidade e incerteza.

A própria existência de múltiplas instâncias recursais capazes de alterar o resultado de uma decisão anterior conduz a uma elevação dos



custos de transação. Assim, uma estrutura organizacional de amparo aos precedentes, com normas de efeito vinculante a decisões anteriormente publicadas, mostra-se favorável à redução do tempo de tramitação dos processos e à previsibilidade do resultado final das lides, diminuindo, assim, os custos de transação e tornando as decisões do Judiciário menos fragmentadas. Nesse sentido, Pinheiro:

Esse posicionamento pode traduzir uma tentativa de favorecer grupos sociais mais fracos, como trabalhadores e pequenos devedores, ou simplesmente a visão política do juiz sobre a questão em disputa. [...] A “politização” é bem mais frequente em casos envolvendo operações de crédito do que em outras transações comerciais, o que ratifica a visão de que o mercado de crédito é particularmente afetado por esse posicionamento dos juízes. A “politização” também resulta, como observado anteriormente, da tentativa de alguns magistrados de favorecer certos grupos sociais vistos como a parte mais fraca nas disputas levadas aos tribunais.<sup>8</sup>

Portanto, um Judiciário competente e ágil colabora com o desenvolvimento econômico, tornando certa a punição por eventual desrespeito ao direito de propriedade ou por descumprimento de contratos, diminuindo, por conseguinte, os riscos dos negócios e os custos de transação. Também favorece a efetiva alocação de recursos e o estabelecimento de um sistema de preços, ao estimular o crescimento através do recebimento de investimentos externos, da celebração de contratos em diferentes lugares e da difusão da tecnologia. O Poder Judiciário, assim, apresenta-se como uma instituição capaz de reduzir os custos de transação, ao aproximar mercados imperfeitos de modelos competitivos, seja através de negociações privadas, seja como instrumento de implantação coercitiva de decisões

---

8. PINHEIRO, Armando Castelar. Magistrados, Judiciário e Economia no Brasil. In: SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Decio. *Direito e economia: análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Campus, 2005, p. 264-265.

políticas nos casos de provimento de bens públicos, aumentando, assim, a confiança e a cooperação entre os agentes.

A sociedade necessita de um sistema jurídico eficiente e apto a estabelecer regras de convivência e assegurar o cumprimento dos negócios jurídicos celebrados, de forma a promover um desenvolvimento econômico sustentável, permitindo, assim, que os agentes tenham maior previsibilidade do futuro e possam tomar decisões de uma forma mais racional. Sem dúvida, um Poder Judiciário bem estruturado contribui para o crescimento econômico e, por conseguinte, para o desenvolvimento social. Por certo, um sistema judicial apropriado contribui para maior arrecadação tributária, incentiva investimentos, melhora a prestação dos serviços públicos, gera emprego e reduz as taxas de juros. Esse conjunto colabora para o aumento do PIB e a redução das desigualdades sociais tão presentes em nossa sociedade.

A segurança jurídica emanada da previsibilidade do julgamento do magistrado possibilita que os agentes econômicos conheçam e negociem antecipadamente os riscos envolvidos em determinado negócio, o que resulta em menores custos de transação, melhor alocação de riscos, cooperação entre os agentes e dissuasão de comportamentos oportunistas, propiciando, assim, incremento na geração de riqueza.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da vigência do CPC/2015, os julgadores têm a obrigação de fundamentar suas decisões de forma clara, precisa e racional, construindo argumentos capazes de apreciar os argumentos suscitados pelas partes e sustentar sua tese. O dever de fundamentação serve, portanto, como uma garantia às partes contra a arbitrariedade judicial, visto que o magistrado não pode julgar exclusivamente de acordo com sua vontade ou conveniência, sem comprometer-se com a aplicação efetiva das normas positivadas,

sob pena de se gerar uma ordem jurídica incoerente e injusta, sobretudo quando casos iguais recebem decisões distintas.

O dever de fundamentação das decisões judiciais é previsto no art. 93, IX, da Constituição Federal, mostrando-se bastante adequado ao Estado Democrático de Direito e aos princípios processuais contemporâneos, como o devido processo legal e o contraditório substancial. Nesse contexto, segundo a atual visão cooperativa e dialógica do processo civil, que constrói direitos para os litigantes, como o direito de informação, o direito de manifestação e o direito de ver seus argumentos considerados, esvazia-se todo o sentido da posição tradicional de o julgador não ser obrigado a rebater todos os argumentos trazidos pelas partes; assim, as partes devem, inclusive, ser consultadas antes das decisões, inclusive sobre matérias cognoscíveis de ofício.

De fato, o magistrado não deve seguir os precedentes de forma acrítica, sempre tendo a obrigação de comprovar a correlação fática e jurídica entre o caso concreto e o paradigma, embora reconheçamos a admissibilidade de uma fundamentação mais concisa. Assim, na hipótese de constatar a inexistência dessa correlação, deverá operar a distinção, desvinculando a solução do caso concreto à do paradigma.

A aplicação dos precedentes vinculantes contribui para combater a existência de julgamentos distintos em situações semelhantes, o que fere a igualdade, a imparcialidade e a segurança jurídica, uma vez que as soluções das lides apresentadas ao Poder Judiciário não podem ser reduzidas à soma de opiniões e valores individuais de seus membros, sem qualquer representação institucional da decisão, quando todos nós estamos submetidos às mesmas normas jurídicas. Essa insegurança e essa falta de previsibilidade dos julgamentos geram uma verdadeira jurisprudência lotérica, situação que deslegitima a prestação jurisdicional e a coerência do próprio Estado Democrático de Direito, visto que as normas são aplicadas de formas diferentes a casos idênticos, não sabendo o cidadão sequer como se portar em suas relações jurídicas. Com base nesse referencial, acreditamos que é possível observar os custos de transação advindos do processo decisório do

Judiciário, o qual interfere, direta ou indiretamente, no processo de tomada de decisão dos agentes econômicos.

Ao se observar um sistema de precedentes vinculantes, verifica-se a previsibilidade das decisões, o que faz com que a credibilidade e o respeito no sistema judiciário cresçam, proporcionando, assim, paz social e reduzindo as demandas desnecessárias, com a concretização de valores como coerência, igualdade, duração razoável dos processos e continuidade do ordenamento jurídico, inclusive com o fortalecimento do Judiciário como instituição.

Conclui-se, ao final de todo o exposto, pela importância que o Poder Judiciário tem na alocação de incentivos no mercado. Além disso, a observância dos precedentes no julgamento de ações repetitivas gera segurança e estabilidade à economia.

## REFERÊNCIAS

- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- CAMBI, Eduardo. *Jurisprudência lotérica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr. 2001.
- CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *O incidente de resolução de demandas repetitivas e as ações coletivas*. Salvador: Juspodivm, 2015.
- COASE, Ronald Harry. *A firma, o mercado e o direito*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016, p. 7.
- DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 13 ed. Salvador: Juspodivm, 2018, v. 2.
- FERRAZ JR. Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1988.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3 ed. Trad. de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: RT, 2015.

- NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Precedentes vinculantes no direito comparado e brasileiros*. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2015.
- NORTH, Douglass. *Institutions, institutional, change and economic performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.
- PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 3.
- PINHEIRO, Armando Castelar. Magistrados, Judiciário e Economia no Brasil. In: SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Decio. *Direito e economia: análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Campus, 2005, p. 244-282.
- \_\_\_\_\_; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.
- SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (orgs.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: Cedam, 1975.
- ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015.



# ***Breves comentários sobre o necessário diálogo entre a Análise Econômica do Direito e a dignidade da pessoa humana***

*Pedro Henrique Izidro da Silva*

## 1. INTRODUÇÃO

A partir da década de 1960, a Economia foi cada vez mais introduzida nos estudos do Direito, tendo em vista sua capacidade de tornar mais previsíveis os resultados da incidência da lei no dia a dia das relações sociais. A Economia adquiriu importância material para o Direito, levando-se em conta a possibilidade de, através da análise de comportamentos, prever em quais termos eles seriam abandonados ou reproduzidos, viabilizando, assim, uma regulação mais eficiente da vida em sociedade.

Antes mesmo de a Economia experimentar essa ressignificação para o Direito, observava-se a imperiosidade de o Direito, como conjunto de

princípios e regras destinado a disciplinar as relações humanas, com vista à pacificação social, voltar sua atenção para o que, até então, havia sido negligenciado: o próprio ser humano. Nesse contexto, em reação às ignominiosas atrocidades praticadas no contexto das duas guerras mundiais, especialmente na década de 1940, a necessidade de homens e mulheres, independentemente de idade, raça, cor, credo ou religião, serem reconhecidos, preservados e protegidos, pelo só fato de serem humanos, passou a ser afirmada por declarações de direitos, convenções, tratados e constituições ou legislações estatais próprias.

A dignidade da pessoa humana já estava presente quando a Análise Econômica do Direito (AED) começou a tomar corpo, com relevância ímpar na formação, no exame e na aplicação do Direito. O fato é que, na atualidade, a Análise Econômica do Direito (AED) e a dignidade da pessoa humana têm inegável relevância para o Direito, o que, aos poucos, em relação à primeira, vem sendo percebido pelo Poder Judiciário (a despeito de, em solo estadunidense, haver influenciado, com a introdução de alguns de seus teóricos nos tribunais, a prestação jurisdicional).

A par da atualidade, o motivo de a AED e a dignidade da pessoa humana serem estudadas conjugadamente atine ao necessário diálogo que devem ter, o que, de resto, se exige, entre outros fenômenos jurídicos, em razão da sistematicidade própria do Direito, a qual deve ser empreendida nos ordenamentos jurídicos. O diálogo hermenêutico entre AED e dignidade da pessoa humana é problematizado segundo uma situação em que a AED aponte uma solução que afronte, ou possa afrontar, a dignidade da pessoa humana.

Respondendo como o intérprete deve posicionar-se em tal conjuntura, o objetivo deste artigo é a formulação de uma hipótese em que a AED possa e deva ser útil à resolução de questões relativas à dignidade da pessoa humana. Nesse contexto, o estudo retoma, em brevíssimas anotações, as bases históricas da AED e de uma teoria jurídica sólida, confiável e acei-



ta sobre a dignidade da pessoa humana — teoria que reputamos presente nos estudos de Ingo Sarlet.<sup>1</sup>

Em seguida, examinam-se a dignidade da pessoa humana e a ordem econômica, cujo contexto a AED não pode ignorar, visto que ambas são tratadas em conjunto pela Constituição de 1988. Nesse sentido, observando-se a interação entre a AED e a dignidade da pessoa humana, este artigo expõe como devem ser sopesadas quando a primeira indicar uma solução afrontosa à segunda.

Por fim, esboça-se hipótese segundo a qual a orientação conferida pela AED deve ser acolhida, a despeito da excepcional redução valorativa experimentada pela dignidade da pessoa humana.

## 2. A ECONOMIA, O DIREITO E A AED

O estudo das múltiplas necessidades humanas, da escassez dos recursos disponíveis e de sua boa utilização, de modo a otimizar seu aproveitamento por quem isso for possível, em determinado momento, constitui um dos objetos da Economia. A Economia, portanto, é a ciência que estuda “toda atividade referente à produção, à distribuição e ao consumo de bens, bem como a adequação entre os recursos disponíveis e as necessidades existentes dentro de uma sociedade num dado momento histórico”.<sup>2</sup>

A Economia cuida das relações interpessoais concernentes à alocação de bens e víveres, entre os seres humanos, em determinado período.

O Direito, por sua vez, disciplina as relações entre homens e mulheres, pela identificação de princípios (jurídicos), pelo estabelecimento de regras de conduta e pela formulação de normas, como produto interpretativo de princípios e regras, tendo por escopo a pacificação social.

---

1. SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

2. ARAÚJO, Eugênio Rosa de. *Direito econômico & financeiro*. 3ª ed. Niterói: Impetus, 2013.

O Direito e a Economia, portanto, são ciências relacionais, no sentido de servirem ao desígnio regulatório das relações entre dois ou mais sujeitos. Nesse sentido, a tarefa de disciplinar as relações entre as pessoas constitui o ponto de encontro entre a Economia e o Direito.

As transformações oriundas do desenvolvimento humano, sobretudo aquelas provenientes da Revolução Industrial, aproximaram as duas ciências, embora, de início, o Direito não tenha reconhecido, em relação à Economia, a relevância na regulação jurídica das relações sociais. “Até recentemente, o Direito confinava o uso da Economia ao Direito anti-truste, à regulação industrial, aos impostos e a alguns tópicos especiais, como a determinação de danos monetários.”<sup>3</sup> Na década de 1960, porém, essa situação começou a mudar, pois se identificou que a Economia, pelo instrumental teórico que disponibiliza, seria capaz de fornecer subsídios extraordinários para que o Direito melhor desempenhasse seu papel.<sup>4</sup>

A partir da teoria econômica, os estudiosos se deram conta da possibilidade, e até mesmo da imperatividade, de se examinarem os efeitos causados pela aplicação do Direito na vida em sociedade, com a busca de soluções racionais aos casos concretos, de modo a haver eficiência nos resultados obtidos.

A revalorização teórica da Economia no âmbito do Direito tem sido atribuída à publicação de dois artigos: um de Ronald H. Coase (1960), intitulado “The Problem Of Social Cost”, e outro de Guido Calabresi

---

3. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and economics*. 6 ed. Berkeley Law Books. Book 2. Disponível em: <http://scholarship.law.berkeley.edu/books/2>. Acesso em: 2 jun. 2019. No original, “Until recently, law confined the use of economics to antitrust law, regulated industries, tax, and some special topics like determining monetary damages”.

4. Apesar de haver surgido, como atualmente é reconhecida, na década de 1960, a AED assenta-se em antecedentes filosóficos que remontam ao século XVIII. A respeito do assunto, confira-se WOLKART, Erick Navarro. *Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. pp. 95-101).

(1961), denominado “Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts”.<sup>5</sup>

Assim, a interdisciplinaridade entre Economia e Direito fez surgir a AED, ou *Law & Economics*.

De conformação pragmática (o estudo difundiu-se nos Estados Unidos da América, cuja estrutura jusfilosófica normativa era, e continua a ser, bastante influenciada pelo realismo jurídico), a AED constitui um instrumento formidável para a formulação, o exame e a aplicação do Direito, a definição de políticas públicas e a consecução dos fins estatais. Em termos resumidos, a AED traduz-se na interação investigativa entre o Direito e a Economia, fornecendo os subsídios, provenientes da microeconomia, para se compreender o Direito, identificarem-se as consequências de sua aplicação e talvez até modificar a forma como ele regula a realidade.<sup>6</sup>

A microeconomia ocupa-se da atribuição de bens entre os seres humanos, observadas suas necessidades, a escassez dos recursos e a imperiosidade de serem utilizados de forma racional, a partir de uma pequena escala de verificação, bem como do comportamento de agentes econômicos específicos, como, por exemplo, uma família ou uma empresa. De acordo com a teoria microeconômica, homens e mulheres devem comportar-se respeitando a previsão de como suas ações impactarão, positiva ou negativamente (*costs and benefits*), suas vidas, levadas em consideração as informações disponíveis no momento da tomada de decisão.<sup>7</sup>

A tomada de decisão é consequencial-utilitarista e prognóstica, devendo-se perquirir como a eficiência será alcançada, mediante a racionalização de recursos sabidamente finitos. Passa-se ao largo, tanto quanto

---

5. COOTER; ULEN, op. cit., p. 1.

6. PORTO, Antônio José Maristrello. Princípios de Análise do Direito e da Economia. In: \_\_\_\_; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro; PINHEIRO, Armando Castelar (orgs.). *Direito e economia: diálogos*. 1 ed. Rio de Janeiro: FGV Editora, v. 1, 2019, p. 29.

7. Idem.

possível, de subjetividades, as quais são indesejáveis, pela imprecisão que carregam em si mesmas. Assim, o conjunto do bem-estar gerado individualmente configura o bem-estar social, cuja medida de atingimento é aferida, além da eficiência, por meio do critério da desigualdade de utilidades, devendo o Direito ser mais um instrumento de promoção da igualdade distributiva.

A análise do Direito sob o aspecto econômico assenta-se, pois, em fundamentos que buscam conferir racionalidade ao estudo, com a aplicação das regras jurídicas, visando à eficiência e/ou à simetria na distribuição de recursos.

### 3. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Em um período que se confunde, parcialmente, com aquele destacado no item anterior, como consequência da barbárie provocada pelas duas guerras mundiais, notadamente pela última, a Segunda Guerra Mundial, a humanidade deu-se conta, sobretudo em meados da década de 1940, da necessidade de o homem ser reafirmado como o centro das atenções, no nível dos ordenamentos jurídicos estatais e no plano internacional.

Os regimes totalitários do nazismo e do fascismo produziram lesões graves aos direitos humanos dos nacionais dos países em que se desenvolveram, além de resultarem em ofensa severa a esses direitos em outras nações. Tais regimes revelaram a insuficiência da proteção local do indivíduo, somando-se a isso o interesse dos Estados em uma boa relação na comunidade internacional.<sup>8</sup>

---

8. RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 56. Ramos complementa o raciocínio, um pouco adiante: “A barbárie do totalitarismo nazista gerou a ruptura do paradigma da proteção nacional dos direitos humanos, cuja insuficiência levou à negação do valor do ser humano como fonte essencial do Direito. Para o nazismo, a titularidade de direitos dependia da origem racial ariana. Os demais indivíduos não mereciam a proteção do Estado. Os direitos humanos, então, *não* eram *universais* nem

Logo após a criação das Nações Unidas — cuja Carta (formalmente existente em 24 de outubro de 1945) materializou uma nova postura intergovernamental de respeito aos direitos humanos e a outros valores imprescindíveis à vida em comunidade —, surgiu, em 10 de dezembro de 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), de cujo preâmbulo extrai-se, não por acaso, como primeira justificativa, à sua proclamação, “[...] o **reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana** e de seus direitos iguais e inalienáveis **é o fundamento** da liberdade, da justiça e **da paz no mundo**”.<sup>9</sup> Nesse contexto, a DUDH não apenas reafirmou a dignidade da pessoa humana, como também a erigiu esse princípio à qualidade de pedra angular para a construção de uma nova forma de coexistência entre os povos: uma forma livre, justa e pacífica. Os artigos I, XXII e XXIII da DUDH referem-se expressamente à dignidade do ser humano, ratificando sua imprescindibilidade para o novo modelo de convivência entre as nações, e de bem-estar da espécie humana, que a declaração buscou assegurar.<sup>10</sup> Afirmando universalmente, a dignidade da pessoa humana, como razão de ser da própria existência estatal, também teve sua importância ratificada pelos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos.

---

ofertados a todos. **Os números dessa ruptura dos direitos humanos são significativos: foram enviados aproximadamente 18 milhões de indivíduos a campos de concentração, gerando a morte de 11 milhões deles, sendo seis milhões de judeus, além de inimigos políticos do regime, comunistas, homossexuais, pessoas com deficiência, ciganos e outros considerados descartáveis pela máquina de ódio nazista [...]**” (Ibidem, p. 61, grifos nossos).

9. DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos (UNIVERSAL Declaration of Human Rights). Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 7 maio 2019. Grifos nossos.
10. Os artigos dispõem: “Artigo I. **Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade** e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade; [...] Artigo XXII **Todo ser humano**, como membro da sociedade, **tem direito à** segurança social, **à realização pelo esforço nacional**, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, **dos direitos econômicos**, sociais e culturais **indispensáveis à sua dignidade** e ao livre desenvolvimento da sua personalidade; Artigo XXIII [...] 3. Todo ser humano que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, **uma existência compatível com a dignidade humana** e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social”. (Ibidem, grifos nossos).

Em 4 de novembro de 1950, foi promulgada a Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH), a qual admitiu ter-se inspirado na DUDH para garantir, naquele continente, os direitos essenciais ao ser humano. Nesse contexto, é possível identificar, na CEDH, uma proeminência, ainda que simbólica, em relação às demais convenções de idêntico propósito. Foi no continente europeu, ou de decisões tomadas em seu território, que restou desencadeada boa parte das absurdas violações aos direitos humanos, assim como o desprezo à dignidade que homens e mulheres têm por assim se constituírem — violações que chocaram a humanidade.

A declaração, pelos Estados europeus, de que não mais aceitariam, produziriam ou compactuariam com as graves lesões aos seres humanos que haviam sido perpetradas, na sequência da DUDH, ratificou que o convívio em comunidade (internacional) estava verdadeiramente empenhado com a garantia de que os seres humanos não mais seriam “coisificados”, tampouco teriam ignorados os direitos de sua condição humana.

O continente africano não omitiu em assentar, em sua Carta sobre o tema dos direitos humanos, a estima da dignidade para homens, mulheres (e povos).<sup>11</sup>

De 22 de novembro de 1969, o Pacto de San José, da Costa Rica, por sua vez, no contexto americano, reforçou taxativamente, em seu artigo 11: “Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra **e ao reconhecimento de sua dignidade**”.<sup>12</sup>

Desse modo, a consideração do ser humano e sua colocação a salvo de ações ou omissões capazes de transgredir seus direitos foram garantidas me-

---

11. O artigo estatui: “Art. 5º **Todo indivíduo tem direito ao respeito da dignidade inerente à pessoa humana** e ao reconhecimento da sua personalidade jurídica. Todas as formas de exploração e de aviltamento do homem, nomeadamente a escravatura, o tráfico de pessoas, a tortura física ou moral e as penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes são proibidos” (*In*: CARTA Africana dos Direitos Humanos e dos Povos [AFRICAN Charter on Human and People’s Rights]. Disponível em: <http://www.achpr.org/pt/instruments/achpr/>. Acesso em: 7 maio 2019. Grifos nossos).

12. CONVENÇÃO Americana sobre Direitos Humanos (AMERICAN Convention About Human Rights). Disponível em: [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm). Acesso em: 18 maio 2019. Grifos nossos.

diante a realização de vários compromissos interestatais. E, igualmente, no âmbito interno das nações, a dignidade da pessoa humana não foi ignorada; está assegurada em inúmeras Constituições, especialmente naquelas posteriores à Segunda Guerra Mundial.<sup>13</sup>

No Brasil, o princípio da dignidade da pessoa humana está expressamente previsto no art. 3º, inciso III, da Constituição de 1988,<sup>14</sup> constituin-

13. Sobre o tema, Christian Starck historia: “Raras são as disposições expressas a respeito da dignidade humana em Constituições mais antigas. Ela se encontra, pela primeira vez, referida no Preâmbulo da Constituição Irlandesa de 1/7/1937: “[e] buscando promover o bem comum, com a devida observância da prudência, da justiça e da caridade, de forma que a dignidade e a liberdade dos indivíduos possam ser asseguradas; a verdadeira ordem social, alcançada; a unidade de nosso país, consolidada; e a harmonia com outras nações, estabelecida”. A Constituição italiana de 27/12/1947 menciona a dignidade humana, em seu art. 41, na relação com a livre iniciativa privada, que não poderia ser exercida em oposição ao bem comum, ou de uma forma que prejudicasse a segurança, a liberdade e a dignidade humanas. As Constituições dos estados alemães de Bayern, Hessen, Bremen, Reinland-Pfalz e Saarland, promulgadas antes da Lei Fundamental alemã, contêm garantias da dignidade que devem ser compreendidas como reações imediatas contra o desdém nacional-socialista para com a humanidade, e que assumem validade como direito fundamental e humano. A Declaração Geral dos Direitos Humanos, editada em 12/10/1948 pela Organização das Nações Unidas, fala, em seu Preâmbulo, de “todos os membros da dignidade inerente à família humana”. Não sem influência dessa Declaração, reza o art. 1º da Lei Fundamental da Alemanha (LF), de 1949: “A dignidade do homem é inviolável. Respeitá-la e protegê-la é dever de todo o poder estatal”. No texto constitucional dos Estados da Europa Ocidental, desde 1975, bem como na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, a proteção da dignidade aparece: na Suécia, no cap. 1, §2º, inciso 1 (1975); na Grécia, no art. 2º (1975); em Portugal, no art. 1º (1976); na Espanha, no art. 10 (1978); na Suíça, no art. 7º (1999); na Finlândia, no art. 1º, inciso 2 (2000); na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, no art. 1º (2003). Todas as Constituições dos cinco novos estados alemães, criados após a reunificação, assim como a Constituição revisada de Berlim, contêm garantias da dignidade humana: em Brandenburg, no art. 7º (1992); Mecklenburg-Vorpommern, art. 5º, inciso 2 (1993); Sachsen, art. 14 (1992); Sachsen-Anhalt, art. 4º (1992); Thüringen, art. 1º, inciso 1 (1993); e Berlim, art. 6º (1995). Também alguns Estados da Europa Central que passaram a fazer parte da União Europeia no ano de 2004 acolheram, em suas Constituições, cláusulas sobre a proteção da dignidade humana: Letônia, art. 95 (1992); Lituânia, art. 21, inciso 2 (1992); Polónia, art. 30 (1997); República Eslovaca, art. 12, 19 (1992); República Checa, art. 1º (1992)” (STARCK, Christian. Dignidade humana como garantia constitucional: o exemplo da Lei Fundamental Alemã. In: SARLET, Ingo Wolfgang [org.]. *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Trad. de Rita Dostal Zanini. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 199-200).

14. O artigo tem esta redação: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa

do-se em um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito por ela juridicamente instaurado.

À luz desse contexto, resulta evidente que a dignidade da pessoa humana foi erigida à condição de vetor axiológico fundamental de conformação jurídica dos Estados inseridos nos continentes que compõem o Ocidente, sendo imprescindível seu apreço para garantir a justa e correta aplicação do Direito; há quem a tome, inclusive, como um sobreprincípio, ou princípio absoluto, do qual todos os princípios e regras deveriam ter sua carga valorativa dimensionada — discussão que não comporta ampliação neste artigo.

A dignidade da pessoa humana significa, em uma primeira aproximação conceitual, o conjunto de valores, atributos e qualidades intrínsecos ao homem e à mulher, por serem humanos. É, portanto, um princípio imanente à condição humana, indissociável. Corresponde ao complexo de direitos (valores positivados) que são titularizados pelo ser humano porque ele tem essa natureza, razão pela qual devem ser reconhecidos, protegidos e assegurados pela ordem jurídica, inclusive contra o próprio Estado. Sarlet conceitua a dignidade da pessoa humana nos seguintes termos:

[...] qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os de-

---

humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” (BRASIL. Constituição (1988). Diário Oficial da União 191-A. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 2 jun. 2019.



mais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.<sup>15</sup>

A vida, a liberdade (incluindo a autonomia e a autodeterminação), a intimidade, a felicidade e, do ponto de vista inter-relacional, a igualdade, o respeito e a privacidade são exemplos dos direitos que compõem o conjunto que se enfeixa sob a denominação da “dignidade da pessoa humana”. Em nosso sistema normativo, a dignidade da pessoa humana é tida como “[...] verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo expreso, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo”.<sup>16</sup>

Exposto, de forma suficiente, o conceito da dignidade da pessoa humana, passa-se a verificar como deve se dar a relação entre a AED e a dignidade do ser humano à luz da Constituição de 1988.

#### 4. ORDEM ECONÔMICA E EXISTÊNCIA DIGNA

A AED não se confunde com o Direito Econômico, o qual se traduz nos seguintes termos:

“Ramo do Direito que tem por objeto a “juridicização”, ou seja, o tratamento jurídico da política econômica e, por sujeito, o agente que dela participe. Como tal, é o conjunto de normas de conteúdo econômico que assegura a defesa e harmonia dos interesses individuais e coletivos, de acordo com a ideologia adotada na ordem jurídica. Para tanto, utiliza-se do “princípio da economicidade”.<sup>17</sup>

---

15. SARLET, op. cit., p. 73.

16. CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de direito constitucional*. 6 ed. Salvador, BA: Juspodivm, 2012.

17. SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de direito econômico*. 6 ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 23.

Apesar de o Direito Econômico ter um objeto mais amplo que a AED, essa não pode prescindir de ser realizada segundo os ditames constitucionais que orientam a ordem econômica. No Brasil, a Constituição de 1988 estabelece as diretrizes principiológicas da ordem econômica em seu artigo 170.<sup>18</sup>

A norma que se extrai do dispositivo constitucional, em seu *caput*, consiste em que a ordem econômica tem por base a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa, e por finalidade garantir a todos uma existência digna, segundo os primados da justiça social, e os princípios que elenca na sequência. A expressão “existência digna” é uma forma diversa de se invocar a dignidade da pessoa humana, a qual não pode ser ignorada no campo econômico. Grau comenta o artigo 170 da Constituição nestes termos:

Tal significa, por um lado, que o Brasil — República Federativa do Brasil — define-se como entidade política constitucionalmente organizada, tal como a constituiu o texto de 1988, enquanto assegurada, ao lado da soberania, da cidadania, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e do pluralismo político, a dignidade da pessoa humana. Por outro, significa que a ordem econômica mencionada pelo art. 170, *caput*, do texto constitucional — isto é, mundo do ser, relações econômicas ou atividade

---

18. O artigo estabelece: “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I) soberania nacional; II) propriedade privada; III) função social da propriedade; IV) livre concorrência; V) defesa do consumidor; VI) defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII) redução das desigualdades regionais e sociais; VIII) busca do pleno emprego; IX) tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”. (BRASIL. Constituição (1988). *Diário Oficial da União* 191-A. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 2 jun. 2019.

econômica (em sentido amplo) — *deve ser* dinamizada tendo em vista a promoção da existência digna que todos devem gozar.<sup>19</sup>

A ordem econômica em nosso sistema constitucional e, destarte, no ordenamento jurídico que dele extrai fundamento de validade tem por fim, resumidamente, assegurar às pessoas dignidade existencial. Nesse sentido, importa destacar a ênfase que o constituinte originário conferiu à obrigatoriedade de se prestigiar a dignidade da pessoa humana no âmbito econômico. A preocupação do constituinte originário pode ser explicada pela circunstância de que a busca pela maximização de resultados e pelo lucro, em uma sociedade dita “pós-moderna” e marcada pela globalização da economia, pode desviar os agentes econômicos de enxergar o ser humano *per si*.

Além de ser um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro engendrado pela Constituição de 1988 (art. 1º, inciso III) — o que seria suficiente para obstar que a dignidade da pessoa humana fosse ignorada na conformação do ordenamento jurídico nacional —, o princípio foi inserido, expressamente, como o objetivo da ordem econômica, a qual **não** pode prescindir da busca por esse fim.

Grau ratifica essa constatação, alertando para a hipótese de dupla violação ao princípio em apreço, se não for considerado pelos agentes da atividade econômica:

A dignidade da pessoa humana comparece, assim, na Constituição de 1988, duplamente: no art. 1º, como princípio político constitucionalmente conformador (Canotilho); no art. 170, *caput*, como princípio constitucional impositivo (Canotilho) ou diretriz (Dworkin) — ou, ainda, direi eu, como norma-objetivo. Nesta sua segunda consagração constitucional, a dignidade da pessoa humana assume a mais pronunciada relevância, visto compro-

---

19. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 196.

meter todo o exercício da atividade econômica, em sentido amplo — e, em especial, o exercício da atividade econômica em sentido estrito —, com o programa de promoção da existência digna, de que, repito, todos devem gozar. Daí porque se encontram constitucionalmente empenhados na realização desse programa — dessa política pública maior — tanto o setor público quanto o setor privado. Logo, o exercício de qualquer parcela da atividade econômica de modo não adequado àquela promoção expressará violação do princípio duplamente contemplado na Constituição.

Disso resulta que, não obstante as características que envolvem as relações entre os agentes econômicos, a ordem econômica brasileira não pode deixar de resguardar ao ser humano a dignidade que lhe é própria, por decisão do constituinte originário, prevista no art. 1º, inciso III, e reiterada no art. 170, ambos da Constituição de 1988.

Assim, evidenciado o entrelaçamento normativo entre a dignidade da pessoa humana e a ordem econômica — entrelaçamento positivado na Constituição de 1988 —, passa-se a examinar o diálogo entre a AED e a dignidade da pessoa humana.

## 5. AED E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Embora tenha surgido, como objeto de estudo, na década de 1960 (nos Estados Unidos), a AED não se mostra tão difundida entre os órgãos judiciais no Brasil, sobretudo aqueles de primeira e segunda instâncias. Uma série de razões, cuja avaliação não cabe neste artigo, conflui para essa constatação, sendo talvez a principal delas o fato de que parte da geração de magistrados em atuação, especialmente entre meados e final de carreira, não teve contato, em seu curso superior, com a matéria (AED).

A necessidade de investigação e, algumas vezes, até de exposição das consequências da decisão foi inserida na Lei de Introdução às Normas

do Direito Brasileiro, por meio da Lei Federal nº 13.655, de 2018.<sup>20</sup> A AED tem inegável serventia para a solução das demandas apresentadas ao Poder Judiciário, o que, aos poucos, tem sido externado pelas instâncias superiores em nosso País.<sup>21,22</sup>

20. Os dispositivos legais contêm esta redação: “Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas. Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas. Parágrafo único. A decisão a que se refere o *caput* deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos”. (BRASIL. Lei Ordinária nº 13.655, de 25 de abril de 2018, *Diário Oficial da União*, de 26 de abril de 2018, p. 1. Planalto. Brasília, DF. 2018. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm). Acesso em: 2 jun. 2019.
21. Em uma rápida pesquisa, sem a pretensão de esgotamento, constatou-se que a AED foi expressamente utilizada como fundamento para ato decisório pelo Supremo Tribunal Federal, no exame da Pet 8002 AgR, assim ementada: “PETIÇÃO PARA CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO EXTRAORDINÁRIO. “AUXÍLIO-ACOMPANHANTE”. ART. 45 DA LEI N.º 8.213/1991. APLICAÇÃO DIRETA DE NORMAS CONSTITUCIONAIS. *FUMUS BONI IURIS* QUANTO À ADMISSÃO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. *PERICULUM IN MORA* CONFIGURADO. RISCO DE IMPACTO BILIONÁRIO SOBRE AS CONTAS PÚBLICAS. SUSPENSÃO DE TODOS OS PROCESSOS QUE VERSEM SOBRE O TEMA EM TERRITÓRIO NACIONAL. POSSIBILIDADE. ARTS. 1.029, § 5º, I, 1.035, § 5º, 301 e 932, II, DO CPC/2015. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO. 1. O Art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (incluído pela Lei n.º 13.655/2018) dispõe, *verbis*: ‘Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão’. 2. O Magistrado tem o dever de examinar as consequências imediatas e sistêmicas que o seu pronunciamento irá produzir na realidade social, porquanto, ao exercer seu poder de decisão nos casos concretos com os quais se depara, os juízes alocam recursos escassos. Doutrina: POSNER, Richard. *Law, pragmatism and democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2003, p. 60-64. 3. A segurança jurídica prevista no Código de Processo Civil de 2015 representa o cânone que consagra diversos mecanismos para o sobrestamento de causas similares com vistas à aplicação de orientação uniforme em todos eles (art. 1.035, §5º; art. 1.036, §1º; art. 1.037, II; art. 982, §3º), juntamente com a estabilização da jurisprudência, a isonomia e a economia processual. 4. A doutrina sobre o tema assevera, *verbis*: “Trata-se de uma preocupação central do Código, cujo art. 926 impõe aos Tribunais a uniformização de sua jurisprudência para mantê-la estável, íntegra e coerente. Repise-se que a segurança jurídica quanto ao entendimento dos Tribunais pautava não apenas a atuação dos órgãos hierarquicamente infe-

- riores, mas também o comportamento extraprocessual de pessoas envolvidas em controvérsias cuja solução já foi pacificada pela jurisprudência” (FUX, Luiz; BODART, Bruno. Notas sobre o princípio da motivação e a uniformização da jurisprudência no novo Código de Processo Civil à luz da análise econômica do Direito, *Revista de Processo*, v. 269, jun. 2017, pp. 421-432). 5. O julgamento dos embargos de declaração opostos em face de acórdão do Superior Tribunal de Justiça no bojo de Recurso Especial autoriza a remessa dos autos ao Supremo Tribunal Federal para apreciação do Recurso Extraordinário, na forma do art. 1.031, § 1º, do CPC/2015.
6. O efeito suspensivo conferível ao Recurso Extraordinário pode envolver a antecipação da eficácia de todos os consectários processuais de seu processamento, inclusive a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional (art. 1.035, §5º, do CPC/2015), no exercício judicial do poder geral de cautela (arts. 301, *in fine*, e 932, II, do CPC/2015).
7. *In casu*: (i) os acórdãos do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal Regional Federal da 4ª Região invocaram os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB) e da isonomia (art. 5º, caput, CRFB), bem como os direitos sociais (art. 6º CRFB), para estender o adicional de assistência permanente previsto no art. 45 da Lei nº 8.213/91 a beneficiários diversos dos aposentados por invalidez, indicando o *fumus boni iuris* quanto à admissão do Recurso Extraordinário; (ii) o risco de lesão grave a ser afastado com a suspensão dos processos que versem sobre a controvérsia debatida nos autos consiste no impacto bilionário causado aos já combalidos cofres públicos.
8. Agravo Regimental a que se dá provimento, na forma do art. 1.021, §2º, do CPC/2015, para suspender todos os processos, individuais ou coletivos, em qualquer fase e em todo o território nacional, que versem sobre a extensão do ‘auxílio-acompanhante’, previsto no art. 45 da Lei nº 8.213/1991 para os segurados aposentados por invalidez, às demais espécies de aposentadoria do Regime Geral da Previdência Social. (Pet 8002 AgR, Relator(a): LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 12/03/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-167 DIVULG 31-07-2019 PUBLIC 01-08-2019)”. O Plenário da Excelsa Corte também se utilizou da AED, no julgamento, com repercussão geral, do RE 839950, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 24/10/2018, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO DJe-081 DIVULG 01-04-2020 PUBLIC 02-04-2020). As ementas estão disponíveis em: [https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&queryString=%22an%C3%A1lise%20econ%C3%B4mica%20do%20direito%22&sort=\\_score&sortBy=desc](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&queryString=%22an%C3%A1lise%20econ%C3%B4mica%20do%20direito%22&sort=_score&sortBy=desc). Acesso em: 5 jul. 2020.
23. No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a AED conduziu alguns julgamentos, a exemplo do RESP 1163283/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 07/04/2015, DJe 04/05/2015, em que se discutiu se as disposições da Lei nº 10.931/2004 aplicam-se aos contratos de financiamento habitacional regidos pelo Sistema Financeiro Habitacional; do RESP 1691748/PR, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/11/2017, DJe 17/11/2017, no qual se assentou a efetivação mais eficiente da penhora via fiança bancária e/ou seguro garantia judicial, em detrimento do dinheiro, nos cumprimentos de sentença contra sociedades empresárias; e, por fim, no RESP 1734733/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/06/2018, DJe 28/11/2018, em que foi reconhecida a importância da AED na análise de casos com grande potencial de judicialização envolvendo o Estado. As ementas estão disponíveis em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%22AN%C1LISE+ECON%D4MICA+DO+DIREITO%22&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 5 jul. 2020.

A verificação (prévia) das consequências econômicas das decisões judiciais e os impactos positivos e negativos que podem gerar para as partes, a sociedade e o mercado não deixam de ser relevantes para uma prestação jurisdicional segura e justa.

A dignidade da pessoa humana, em virtude de sua importância para a própria existência do Estado (brasileiro), configurando valor supremo do qual emanam todos os direitos fundamentais, não pode ser objeto, em regra, de relativização. Daí porque a AED, em tese, não pode definir o julgamento de uma causa quando, pela solução que ela oferecer, a dignidade da pessoa humana restar violada.

A prática do “arremesso de anão”, empregada em alguns bares e congêneres, maiormente no continente europeu, para a diversão dos frequentadores,<sup>23</sup> se, por um lado, assegurava aos comerciantes a movimentação de clientes, e os lucros resultantes, além de emprego aos seus trabalhadores, incluído o próprio mini-homem que era arremessado, por outro lado consistia em evidente violação, pelo menos, aos direitos à não discriminação e à imagem, apesar de estar protegida, pelas roupas que usava, a saúde do pequeno trabalhador. E, ainda que a AED sugerisse que o exercício do lançamento do anão deveria ser mantido, porque gerava, do ponto de vista econômico, um bem-estar social mais adequado, em termos de eficiência e distribuição de rendimentos, do que o bem-estar auferido pelo arremessado, a ofensa à dignidade do mini-trabalhador recomendava e até mesmo exigia que a atração fosse sustada.

Essa foi a solução conferida ao caso, tanto na França como pelo Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas.<sup>24</sup> E, embora não se tratasse de uma

---

23. A “atração” tornou-se assunto de estudos jurídicos em virtude do caso ocorrido na cidade francesa de Morsang-sur-Orge, a ser esclarecido na nota seguinte.

24. Após o Poder Público impedir a atração, Manuel Wackenheim levou a questão à Corte Administrativa de Versailles, a qual permitiu a retomada da atividade. Houve recurso, que foi provido pelo Conselho de Estado francês. O pequeno homem acionou a Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, aduzindo que a proibição afrontava sua dignidade, porquanto o proibia de obter o sustento, pelo exercício de sua profissão, além de restringir sua liberdade e promover discriminação. O Comitê entendeu não se configurar discriminação, pois ela existiria se apenas

unanimidade, e ressaltando que o exame só ocorreria caso a caso, é possível vislumbrar, em tese, pelo menos uma situação em que a dignidade da pessoa humana comportaria alguma relativização, qual seja, quando sua preservação implicasse afronta à dignidade de outras pessoas. A esse respeito, Sarlet leciona:

Assim, considerando que também o princípio isonômico (no sentido de tratar os desiguais de forma desigual) é, por sua vez, corolário direto da dignidade, forçoso admitir — pena de restarem sem solução boa parte dos casos concretos — que a própria dignidade individual acaba, ao menos de acordo com o que admite parte da doutrina constitucional contemporânea, por admitir certa relativização, desde que justificada pela necessidade de proteção da dignidade de terceiros, especialmente quando se trata de resguardar a dignidade de todos os integrantes de determinada comunidade.<sup>25</sup>

Deve-se asseverar, porém, que a relativização da dignidade da pessoa humana tem natureza **absolutamente excepcional**. Além disso, não pode contrariar o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana, concernente à vedação de o ser humano ser coisificado, perder a qualidade de sujeito de direito, para se constituir em objeto. Sarlet explica:

[...] ainda que se possa reconhecer a possibilidade de alguma relativização da dignidade pessoal e, nessa linha, até mesmo de eventuais restrições, não há como transigir no que diz com a preservação de um elemento nuclear intangível da dignidade, que justamente — e aqui poder-se-á adotar a conhecida fórmula de inspiração kantiana — consiste na vedação de qualquer conduta que importe em coisificação e instrumentalização do ser humano (que é fim, e não meio).

---

os anões fossem impedidos de ser lançados, o que não correspondia à realidade. Não foi identificada a violação, pela decisão reclamada, a direitos humanos. O assunto pode ser visto, entre outros, em SCHREIBER, Anderson. *Manual de direito civil contemporâneo*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

25. SARLET, op. cit., p. 160.



No exemplo-padrão da fábrica cuja fumaça prejudicava as residências nas cercanias, exemplo a partir do qual Coase desenvolveu seu teorema,<sup>26</sup> é inegável que o funcionamento da fábrica podia causar ou, efetivamente, causava danos à saúde dos moradores que conviviam com isso diariamente, respirando o ar impuro resultante daquela atividade produtiva. O risco potencial ou efetivo à saúde — um dos direitos fundamentais que integram a dignidade da pessoa humana — também se mostraria patente. A solução judicial da questão, todavia, não se resumiria ao fechamento da fábrica. Se a poluição, decorrente da atividade econômica, atingia a vizinhança, não se pode esquecer que também gerava benefícios coletivos, como emprego e renda, e tudo o mais que disso resultava em favor da vida, da saúde e da moradia para alguns dos integrantes e/ou familiares da mesma população atingida pela fumaça. Os proveitos sociais oriundos da atividade econômica não poderiam ser ignorados.

Nesse contexto, a AED seria um instrumento de fundamental importância para o levantamento do mencionado bem-estar social, compatibilizado com a preservação da dignidade dos seres humanos atingidos pela fumaça, resguardando, assim, a igualdade distributiva das utilidades em questão. Assim, caso se compreendesse, do ponto de vista da AED, que a colocação de filtros nas chaminés, malgrado o gasto inicial que isso geraria, seria capaz de assegurar o bem-estar social produzido pelo funcionamento da fábrica, sem colocar em risco a vida e a saúde dos atingidos pelo resultado da filtragem, não seria absurdo admitir que a dignidade de algumas pessoas (moradores da vizinhança) poderia ser relativizada em favor da dignidade de outras pessoas (trabalhadores da fábrica e seus familiares).<sup>27</sup>

---

26. COASE, R. H. The problem of social cost. *The Journal of Law & Economics*. vol.III. Chicago, EUA: The University of Chicago Press, 1960, pp 1-44. Disponível em: <https://www.law.uchicago.edu/files/file/coase-problem.pdf>. Acesso em: 2 jun. 2019.

27. Essa conclusão exsurge sob o enfoque da relação entre a dignidade de duas ou mais pessoas humanas (aquelas afetadas ou beneficiadas pelo funcionamento da fábrica), mas questões igualmente importantes, a exemplo da ambiental e do planejamento urbano, certamente teriam seu lugar na discussão.

A propósito, sob essa perspectiva, ainda que se percebesse, na prática do arremesso do anão, tomada a dignidade dos lançadores do mini-homem, que fariam jus a tal divertimento, em decorrência de seu direito à liberdade (ou de seu direito à busca da felicidade em sentido estrito), os resultados fornecidos pela AED não poderiam dirigir a situação, porque presente estava um vilipêndio, em seu núcleo essencial, à dignidade do pequeno trabalhador, que se encontrava reduzido a uma coisa na referida atividade econômica. Mostra-se precipitada, pois, a assertiva de que a AED nunca poderá ser considerada na aplicação do Direito se a dignidade da pessoa humana comportar diminuição em sua carga normativa.

Sem embargo do valor supremo ao qual, felizmente, foi alçada pós-Segunda Guerra Mundial e, em particular, pela Constituição de 1988, a dignidade da pessoa humana, quando, excepcionalmente, comportar relativização — resguardado seu núcleo fundamental —, poderá ser vista mais ou menos prestigiada, segundo os resultados disponibilizados pela AED, em termos de eficiência e distribuição de utilidades.

Os influxos que a dignidade da pessoa humana poderá eventualmente sofrer desde a AED, contudo, só podem ser admitidos e identificados em cada caso concreto. Isso porque a própria relativização da dignidade humana pode ser pensada apenas de forma casuística, na linha do que ocorre com os direitos fundamentais que enfeixa, sob pena do indevido abrandamento da carga valorativa superior de que é dotada.

## 6. CONCLUSÃO

Em síntese, temos que:

- i. O estudo das necessidades humanas, da insuficiência de recursos e da imperiosidade de serem bem utilizados, de modo a otimizar o aproveitamento por quem isso for possível, em determinado momento, constitui um dos objetos da Economia;

- ii. O Direito pretende regular as relações interpessoais com vistas à pacificação social;
- iii. Com objetivos próprios, o Direito e a Economia destinam-se a disciplinar as relações interpessoais, sendo esse o ponto de contato entre eles;
- iv. A AED começou a ser estudada, como disciplina, na década de 1960, inserindo-se na interdisciplinaridade entre Direito e Economia — interdisciplinaridade que, por intermédio da microeconomia, fornece o instrumental necessário para que o Direito melhor alcance sua finalidade;
- v. Em virtude das atrocidades provenientes das duas guerras mundiais, a dignidade da pessoa humana foi exaltada em várias declarações e/ou convenções de direitos; no Brasil, está prevista no art. 3º, III, da Constituição de 1988, como fundamento da República Federativa do Brasil;
- vi. A dignidade da pessoa humana constitui o plexo de direitos (valores positivados) que são titularizados pelo ser humano, só porque ele tem essa natureza, direitos que se revelam intrínsecos à condição humana, devendo ser reconhecidos e constituir objeto de proteção pela ordem jurídica, inclusive contra o próprio Estado;
- vii. A dignidade da pessoa humana também encontra previsão no art. 170, *caput*, da Constituição de 1988, com o fim de ser assegurada pela ordem econômica brasileira, algo de que seus agentes não podem escusar-se;
- viii. A AED não se mostra difundida entre os órgãos judiciários no Brasil, sobretudo de primeira e segunda instâncias, o que se reflete na recente alteração da LINDB pela Lei nº 13.655, de 2018;
- ix. A AED tem inegável importância para a solução das demandas apresentadas ao Poder Judiciário, o que, aos poucos, tem sido percebido pelas instâncias superiores;
- x. A dignidade da pessoa humana, em razão de sua importância para a própria existência do Estado (brasileiro), do qual emanam todos os

- direitos fundamentais, não pode ser objeto, em regra, de relativização; a AED, também em tese, não pode, necessariamente, conduzir o julgamento de um caso quando, pela solução apresentada, a dignidade da pessoa humana restar violada;
- xi. Não soaria absurdo concluir que, uma vez aferido o bem-estar social ocasionado pela situação causadora de embate entre as dignidades de pessoas humanas, consoante as ferramentas disponibilizadas pela AED, a dignidade de algumas poderia ceder, em prol da dignidade de outras;
  - xii. A dignidade da pessoa humana, quando excepcionalmente comportar relativização — sempre resguardado seu núcleo fundamental —, poderá ver-se mais ou menos prestigiada, segundo os resultados disponibilizados pela AED, em termos de eficiência e distribuição de utilidades;
  - xiii. As influências que a dignidade da pessoa humana, resguardado seu núcleo fundamental, poderá sofrer da AED só podem ser identificadas e até mesmo autorizadas em cada caso concreto, porquanto a própria relativização da dignidade humana pode ser concebida apenas de forma casuística.

## REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Eugênio Rosa de. *Direito econômico & financeiro*. 3 ed. Niterói: Impetus, 2013.
- BRASIL. Constituição (1988). Diário Oficial da União 191-A. Brasília, DF, 5 out. 1988, p. 1. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 2 jun. 2019.
- \_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. RESP 1163283/RS. Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO. QUARTA TURMA. Julgado em 07/04/2015. DJe 04/05/2015. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%22AN%C1LISE+ECON%D4MICA+DO+DIREITO%22&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 5 jul. 2020.

- \_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. RESP 1691748/PR. Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA. TERCEIRA TURMA. Julgado em 07/11/2017, DJe 17/11/2017. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%22AN%C1LISE+ECON%D4MICA+DO+DIREITO%22&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 5 jul. 2020.
- \_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. RESP 1734733/PE. Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN. SEGUNDA TURMA. Julgado em 07/06/2018. DJe 28/11/2018. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%22AN%C1LISE+ECON%D4MICA+DO+DIREITO%22&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 5 jul. 2020.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Pet 8002 AgR. Relator(a): LUIZ FUX. Primeira Turma. Julgado em 12/03/2019. PROCESSO ELETRÔNICO DJe-167. DIVULGAÇÃO 31-07-2019 PUBLICAÇÃO 01-08-2019. Disponível em: [https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&queryString=%22an%C3%A1lise%20econ%C3%B4mica%20do%20direito%22&sort=\\_score&sortBy=desc](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&queryString=%22an%C3%A1lise%20econ%C3%B4mica%20do%20direito%22&sort=_score&sortBy=desc). Acesso em: 5 jul. 2020.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. RE 839950. Relator(a): LUIZ FUX. Tribunal Pleno. Julgado em 24/10/2018. PROCESSO ELETRÔNICO. REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO. DJe-081. DIVULGAÇÃO 01-04-2020. PUBLICAÇÃO 02-04-2020. Disponível em: [https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&queryString=%22an%C3%A1lise%20econ%C3%B4mica%20do%20direito%22&sort=\\_score&sortBy=desc](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&queryString=%22an%C3%A1lise%20econ%C3%B4mica%20do%20direito%22&sort=_score&sortBy=desc). Acesso em: 5 jul. 2020.
- CARTA Africana dos Direitos Humanos e dos Povos. Disponível em: <http://www.achpr.org/pt/instruments/achpr/>. Acesso em: 7 maio 2019.
- COASE, R. H. “The Problem of Social Cost”, *The Journal of Law & Economics*, vol. III. Chicago, EUA: The University of Chicago Press, 1960, p. 1-44. Disponível em: <https://www.law.uchicago.edu/files/file/coase-problem.pdf>. Acesso em: 2 jun. 2019.
- COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and economics*. 6 ed. Berkeley Law Books. Book 2. Disponível em: <http://scholarship.law.berkeley.edu/books/2>. Acesso em: 2 jun. 2019.
- CONVENÇÃO Americana sobre Direitos Humanos. Disponível em: [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm). Acesso em: 18 maio 2019.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de Direito Constitucional*. 6 ed. Salvador, BA: Juspodivm, 2012.
- DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 7 maio 2019.

- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- PORTO, Antônio José Maristrello. Princípios de Análise do Direito e da Economia. In: \_\_\_\_\_; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro; PINHEIRO, Armando Castelar (orgs.). *Direito e economia: diálogos*. 1 ed. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019, v. 1.
- RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- SCHREIBER, Anderson. *Manual de direito civil contemporâneo*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de direito econômico*. 6 ed. São Paulo: LTr, 2005.
- STARCK, Christian. Dignidade humana como garantia constitucional: o exemplo da Lei Fundamental Alemã. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Trad. de Rita Dostal Zanini. 2 ed. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado Editora, 2009.
- WOLKART, Erick Navarro. *Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

# ***Identificação do aborrecimento como fato corriqueiro na vida daquele que gera o dano moral a exigir critérios para sua quantificação***

*Rilton Góes Ribeiro*

## 1. INTRODUÇÃO

É mister identificar o transtorno que faz parte da vida agitada que levamos em uma sociedade, com a realização de várias atividades, a aquisição de muitos bens, a contratação frequente de serviços e o sofrimento psíquico vivenciado diante da frustração de consumo por iniciativa do comerciante ou do fornecedor. No primeiro caso, estamos diante do que a doutrina e a jurisprudência chamam de “mero aborrecimento”; no segundo caso, estamos diante do dano moral, a ensejar uma indenização.

Assim, é preciso estabelecer critérios objetivos que permitam identificar o mero aborrecimento do fato ou ato gerador do dano moral, porquanto todos nós somos obrigados a suportar os transtornos de uma vida moderna cada vez mais complexa, mas não somos obrigados a suportar a violação de nossos direitos de personalidade — direitos que comportam respeito absoluto por parte de todos, inclusive do próprio Estado.

Nesse contexto, identificado o aborrecimento que configura transtorno da vida em sociedade e que não comporta uma indenização; e identificado aquele que representa uma violação do direito de personalidade e impõe uma indenização, o problema consiste na fixação do respectivo valor, para que não seja infame e, igualmente, não represente enriquecimento sem causa. Portanto, o grande dilema do juiz diante do reconhecimento do dano moral consiste na fixação do valor da indenização. Todavia, essa sua ação no campo de aplicação da Lei n. 9.099/95 é menos penosa, já que o valor máximo está limitado a quarenta vezes o salário mínimo vigente na data da propositura da ação.

Nesse contexto, este artigo tem por objetivo apresentar um critério para se distinguir entre o aborrecimento que fica no campo de mero transtorno e não enseja indenização e aquele que configura dano moral e exige indenização. Analisam-se o critério bifásico apresentado pelo STJ e o critério do arbitramento, para que o valor fixado não seja considerado infame nem represente enriquecimento sem causa. Fugindo disso, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade ficam atendidos.

## 2. MERO ABORRECIMENTO

Acredito que é praticamente impossível viver sem, em algum momento, sofrer aborrecimento, e isso se deve à complexidade da vida, pois nos relacionamos com várias pessoas, compramos bens e contratamos serviços imersos em uma sociedade de consumo. O aborrecimento ocorre



por conta de algo ou de alguém. E traz contrariedade, irritação e desânimo. Acaba com a serenidade e tira o ser humano de seu equilíbrio, ainda que momentaneamente.

O Direito só admite indenização para o aborrecimento que teve o condão de macular a honra e a dignidade da pessoa; caso contrário, trata-se de mero aborrecimento, algo comum na vida moderna, dentro de uma sociedade líquida. Ou seja, o mero aborrecimento não impõe sofrimento psíquico à sua vítima.

O grande problema consiste em distinguir, por um lado, o mero aborrecimento como consequência da vida cada vez mais dinâmica que se desenvolve com o desenrolar de vários acontecimentos e, por outro, o aborrecimento que atinge o direito de personalidade das pessoas. Sobre o aborrecimento que não atinge o patrimônio moral da pessoa, é dito pela jurisprudência tratar-se de “mero aborrecimento”. Mas é preciso haver um elemento para sua caracterização. E esse elemento é a falta de ilicitude na conduta praticada e apontada como geradora do dano moral praticado. Assim, se não houver ilicitude, o aborrecimento deve ser suportado pela pessoa como um transtorno diário, como algo comum na vida em sociedade.

Exemplificando: i) quando uma pessoa compra pela internet um aparelho celular em oferta e sem definição de cor, e, para sua surpresa, recebe o bem na cor verde. Então, ela fica irritada, por não gostar da cor verde, mas essa sua irritação não passa de mero aborrecimento, porque a empresa não cometeu ato ilícito ao entregar o aparelho nessa, já que o negócio foi realizado sem determinação de cor, definindo tão somente modelo e preço; ii) uma operadora de plano de saúde pode descredenciar clínica, hospital, profissionais de saúde autônomos, serviços de diagnóstico por imagem e laboratórios, mas é obrigada a informar, com uma antecedência de trinta dias, essa substituição aos seus beneficiários, sem gerar diminuição ou restrição em sua rede. Assim, se alguém alegar eventual aborrecimento em virtude de descredenciamento da clínica na qual

sempre fez suas consultas e exames, esse fato não configura ato ilícito e, portanto, não gera dano moral, devendo ser visto como um transtorno.

Em ambos os exemplos, resta caracterizada a falta de ilicitude na conduta praticada para produzir os alegados danos morais, embora não seja possível deixar de reconhecer os transtornos sofridos, seja com o recebimento do celular em uma cor não desejada, seja com o credenciamento da clínica pela operadora do plano de saúde na qual o usuário sempre fez suas consultas e exames.

A falta de sofrimento não é elemento para o reconhecimento do ato de mero aborrecimento, uma vez que a honra da pessoa pode ser atingida sem, necessariamente, provocar dor psíquica, como, por exemplo, no caso de ter seu nome inscrito em órgão de proteção ao crédito de forma indevida. Mas a dor pode ser um elemento necessário para o reconhecimento do dano moral. E sua ausência deixa o evento na zona de “mero aborrecimento”.

Por exemplo, o descumprimento de uma obrigação contratual, por si só, não gera dano moral, embora exija uma conduta ilícita. Se o descumprimento de uma obrigação contratual não violar direitos integrantes de personalidade do indivíduo, não gera dano moral. É o exame do caso concreto que dirá se o descumprimento da obrigação contratual violou ou não os direitos integrantes da personalidade do indivíduo. Assim, o não pagamento do aluguel pode gerar uma ação de despejo sem dano moral. Mas esse pode existir caso o locador prove que, com esse aluguel, pagava o prêmio de seu seguro-saúde e que esse fato era de conhecimento do locatário. Nesse contexto, a falta de pagamento do aluguel teria gerado a falta de pagamento da mensalidade do seguro-saúde, importando, assim, para sua pessoa, dor, sofrimento e abalo psíquico, em virtude da suspensão ou do cancelamento do seguro-saúde.

Outro exemplo em que a jurisprudência vem exigindo demonstração e prova do alegado sofrimento, para que não seja considerado “mero aborrecimento”, é o atraso nos voos pelas companhias aéreas, assunto que será retomado mais adiante.

Questão importante é saber se alguém que fica na fila de atendimento de uma agência bancária por um período superior ao fixado por lei municipal sofre dano moral ou não. Aqui, é preciso examinar o caso concreto para se identificar se houve mero transtorno ou dano moral. Se a pessoa tinha a opção de fazer sua operação financeira no caixa eletrônico de uma forma mais rápida, mas preferiu o caixa convencional, assumiu a consequência de permanecer por mais tempo na fila; por outro lado, se a operação envolvida só é viável no caixa convencional, não há outro caminho para essa pessoa senão ficar na fila pelo tempo necessário e ditado pelo banco — e, nesse caso, sim, sofre dano moral, pelo desvio de produtividade do consumidor. O que justifica o fato de alguém ficar mais de uma hora em uma fila bancária (tempo excessivo) é a má prestação do serviço, e isso configura prática de ato ilícito gerador de dano moral para a pessoa do consumidor. A Terceira Turma do STJ reconheceu o dano moral coletivo contra banco por demora excessiva em fila. Registrou a Ministra Nancy Andrighi: “Intolerável e injusta perda do tempo útil do consumidor, fruto do desrespeito voluntário das garantias legais, com o nítido intuito de otimizar o lucro em prejuízo da qualidade do serviço” (REsp n. 1737412).

Assim, para que a espera na fila de atendimento na agência bancária não caracterize transtorno, mas, sim, dano moral, é preciso que: 1) a operação bancária só possa ser realizada no caixa convencional; 2) o tempo na fila seja excessivo, devidamente provado com a senha e o documento autenticado ou gerado pelo caixa convencional.

### 3. ABORRECIMENTO CARACTERIZADOR DE DANO MORAL

O dano moral tem previsão de indenização na Constituição Federal, em seu art. 5º, incisos V e X:

[...]

V) é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.

[...]

X) são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Há aborrecimentos que, por si, *in re ipsa*, provocam abalo e maculam a honra e a dignidade da pessoa, como, por exemplo: ter seu nome inscrito indevidamente em órgão de proteção ao crédito ou ter recusado tratamento médico de cobertura obrigatória, por estar previsto no rol da ANS. E isso decorre de decisão dos tribunais. Em ambos os casos, o sofrimento psíquico é reconhecido por força dos atos praticados. No primeiro, a inscrição indevida no órgão de proteção ao crédito e, no segundo, a recusa a tratamento médico de cobertura obrigatória. E nada disso exige prova da dor alegada.

Questão relevante é saber se o atraso em voo de companhia aérea, por si só, provoca abalo e macula a honra e a dignidade da pessoa ou se é necessário provar o sofrimento psíquico envolvido. Também é preciso saber se existe um tempo de atraso que seja aceito pela especificação do serviço aéreo, não ultrapassando, portanto, a faixa de mero aborrecimento. Nesse sentido, temos o Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei n. 7.565, de 19 de dezembro de 1986), que estabelece, em seu art. 231, um atraso suportável de até quatro horas:

Art. 231. Quando o transporte sofrer interrupção ou atraso em aeroporto de escala por período superior a 4 (quatro) horas, qualquer que seja o motivo, o passageiro poderá optar pelo endosso do bilhete de passagem ou pela imediata devolução do preço.

Parágrafo único. Todas as despesas decorrentes da interrupção ou atraso da viagem, inclusive transporte de qualquer espécie, alimentação e hos-

pedagem, correrão por conta do transportador contratual, sem prejuízo da responsabilidade civil.

Desse modo, entendemos que o atraso do voo em tempo inferior a quatro horas não configura conduta ilícita geradora de dano moral. Mas, ultrapassando esse limite sem que seja apresentado um fato suficientemente justificador do aludido atraso, está presente o dano moral *in re ipsa*. Seriam fatos justificadores do atraso eventuais fatores climáticos ou problemas técnicos ou de segurança surgidos na aeronave na hora do voo que não resultem de falta de manutenção. Mas a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça afastou a presunção de dano moral em atraso de voo internacional, exigindo a demonstração do sofrimento psíquico para a fixação de uma indenização. Assim, não basta que o voo tenha ocorrido depois do horário fixado no bilhete; é necessário que também ocorra dor psíquica, razão pela qual restou afastado o dano moral por atraso de voo em sua forma presumida, seja internacional, seja nacional.

Outro exemplo de dano moral presumido que não demanda a existência de dor psíquica diz respeito à suspensão do fornecimento de serviços essenciais. Existem serviços que são usados cotidianamente pelos usuários para atender às suas necessidades, como, por exemplo, fornecimento de energia, água, gás e telefonia. Desses, diz-se que têm caráter essencial. Assim, quando ocorre a suspensão do fornecimento de um serviço essencial de forma injustificada, imotivada e indevida, tem-se configurado um ato ilícito e, por conta disso, entendem os doutrinadores, o dano moral decorre tão somente da suspensão indevida do serviço, ou seja, é *in re ipsa*, não se fazendo necessário provar a dor. Nesse passo, basta provar a suspensão do serviço essencial para que se tenha direito à indenização.

No entanto, ainda sobre o tema, é preciso estabelecer o prazo para que o fornecimento de um serviço essencial seja administrativamente suspenso — como meio de coação extrajudicial ao pagamento. Por conta do REsp 1.412.433-RS (Rel. Min. Herman Benjamin, Primeira Seção, por

unanimidade, julgado em 25/09/2018), acreditamos ser esse prazo de noventa dias. Vencido, se houver a suspensão, seja por falta do pagamento mensal de consumo ou da fatura de recuperação de consumo em caso de fraude do medidor realizada pelo consumidor, tal ato se apresenta como ilícito e, por si só, acarreta dano moral e exige indenização. Nesse contexto, age no exercício regular do direito a concessionária que suspende o fornecimento de energia em razão de a conta não ter sido paga no prazo de noventa dias. Igual prazo vale para contas de água, telefonia e gás, mas, vencido esse prazo, não poderá mais fazê-lo, sob pena de praticar ato ilícito gerador de dano moral para a pessoa do consumidor. Isso porque poderá proceder à cobrança judicial da dívida.

Também a falta de pagamento do plano de saúde individual pode provocar a rescisão ou a suspensão unilateral sem se configurar prática de ato ilegal, conforme prevê a Lei n. 9.656, de 5 de junho de 1998, em seu art. 13, parágrafo único, II, *in verbis*:

Parágrafo único. Os produtos de que trata o *caput*, contratados individualmente, terão vigência mínima de um ano, sendo vedadas: (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001).

[...]

II) a suspensão ou a rescisão unilateral do contrato, salvo por fraude ou não-pagamento da mensalidade por período superior a sessenta dias, consecutivos ou não, nos últimos doze meses de vigência do contrato, desde que o consumidor seja comprovadamente notificado até o quinquagésimo dia de inadimplência (redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001).

Assim, o não pagamento de plano individual de saúde por período superior a sessenta dias, consecutivos ou não, nos últimos doze meses de vigência do contrato, autoriza sua suspensão ou rescisão unilateral, desde que seu beneficiário tenha sido comprovadamente notificado até o quinquagésimo dia de inadimplência. Se houver a suspensão ou a rescisão unilateral do pla-

no de saúde por não pagamento em período não superior a sessenta dias ou se não tiver ocorrido a notificação do segurado até o quinquagésimo dia, a operadora pratica ato ilícito, mas não gera dano moral, porque cabe ao titular do plano efetuar seu pagamento. Assim, comporta apenas o acolhimento do pedido de reativar o plano nas mesmas condições.

#### 4. CÁLCULOS DA INDENIZAÇÃO

Reconhecida a existência do dano moral resultante de ação ou omissão que tenha violado um dos atributos da personalidade da pessoa, cabe a fixação do valor da indenização — tarefa nada fácil.

O Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, do Superior Tribunal de Justiça, adota o método bifásico para definir o montante das indenizações por danos morais. Em primeiro lugar, a análise considera o interesse jurídico lesado e um grupo de precedentes para a fixação do valor-base. Em seguida, verificam-se as circunstâncias do caso em concreto para a fixação em definitivo da indenização.

Tratando-se de dano moral praticado por inscrição indevida em órgão de proteção ao crédito, o interesse jurídico é pela manutenção do bom nome do consumidor, para que possa usufruir o crédito disponível no mercado quando bem entender. Tal inscrição torna difícil ou impede a obtenção do crédito desejado, tolhendo ou dificultando seu direito de consumir bens e contratar serviços. Identificada essa situação, devem-se observar o valor da indenização fixada em casos semelhantes e, por fim, as circunstâncias do caso concreto.

A média das indenizações fixadas pela Turma Recursal da Bahia em caso de inscrição indevida do nome do consumidor em órgão de proteção ao crédito varia entre três mil e seis mil reais. O juiz pode fixar o valor-base da indenização em quatro mil reais e, considerando o tempo de inscrição indevida, o impacto dessa inscrição na vida do consumidor e a capacidade

econômica e financeira da empresa, acrescentar dois mil reais, totalizando, assim, a importância de seis mil reais. Desse modo, é aplicado o critério bifásico, fundamentando plenamente o valor da condenação.

Se o consumidor já tem o nome inscrito em órgão de proteção ao crédito, e essa inscrição é lícita, embora a nova não seja, cabe a aplicação da Súmula n. 385: “Da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, não cabe indenização por dano moral, quando preexistente legítima inscrição, ressalvado o direito ao cancelamento”. No entanto, essa súmula peca ao afirmar a inexistência do dano moral, quando o correto é reconhecer sua existência e, por conta de uma inscrição anterior devida, afastar a fixação de uma indenização, gerando somente o cancelamento da inscrição indevida.

Em geral, as Turmas Recursais dos Juizados Especiais do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, em caso de reconhecimento de dano moral em virtude de corte indevido de energia ou da suspensão indevida de fornecimento de água, fixam a indenização na faixa que varia de dois mil reais a seis mil reais. Aplicando aqui também o critério bifásico, o juiz pode fixar a indenização-base em dois mil reais e, em seguida, passar a analisar as circunstâncias do caso, tais como: total de dias sem água ou sem energia; quantidade de moradores e suas idades; a existência de pessoas com algum problema de saúde que possa sofrer agravamento pela falta da energia ou da água; e histórico de bom pagador. Incidindo todas essas circunstâncias de forma substancial, a indenização-base deve ser elevada para seis mil reais.

O problema é se, no momento de prolação da sentença, não houver casos precedentes que possam ser tomados como parâmetro para a fixação da indenização por danos morais. Assim, o método a ser observado é o livre arbitramento ou arbitramento equitativo. Nele, a valorização dos danos morais é feita segundo o arbítrio fundamentado do juiz, observando: extensão do dano, culpabilidade do ofensor, eventual culpa corrente da vítima, capacidade econômica do ofensor, condições pessoais da vítima e o caráter pedagógico-punitivo das indenizações. Quando se observam



tais circunstâncias, a possibilidade de a indenização ser considerada de valor irrisório ou excessivo é menor, ficando no campo da razoabilidade e da proporcionalidade.

Dificuldade maior ocorre quando o consumidor compra algo de pouco valor pela internet e a mercadoria não é entregue, como, por exemplo, na compra de uma aliança de cinquenta reais para um noivado, sem que a peça seja entregue até o dia da festa do noivado. Não há dúvida de que isso gera dor psíquica para os noivos. O problema aqui consiste em definir o valor da indenização, de modo que não seja irrisório ou excessivo, para não acarretar enriquecimento indevido. Quem compra um par de alianças de cinquenta reais revela ser alguém que dispõe de poucos recursos. Pagou o preço pedido, não concorreu para o evento. A empresa tem capacidade econômica de suportar uma condenação e é preciso ressaltar o caráter pedagógico-punitivo das indenizações. Seguindo esses parâmetros, o valor da indenização deve atender aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Acredito que, com a fixação do valor da indenização entre mil e dois mil reais, não se deixa a vítima rica nem se leva à falência a empresa. E isso representa vinte ou quarenta vezes o valor pago pelo par de alianças, de cinquenta reais. Nessa condição, portanto, a indenização representa um ganho pelo sofrimento e uma sanção pela prática do ato ilícito.

Nos Juizados Especiais Cíveis estaduais, por imposição da Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, a condenação não pode exceder quarenta vezes o valor do salário mínimo, conforme dispõe o art. 3º, I, razão pela qual o valor da indenização por dano moral será, no máximo, de quarenta salários mínimos. O valor máximo da indenização por dano moral ainda pode cair para vinte salários mínimos, e isso ocorre com a aplicação do art. 9 dessa mesma lei, quando a parte autora se apresenta em juízo desacompanhada de advogado. Assim, a indenização decorrente de dano moral nos Juizados Especiais Cíveis corresponderá, no máximo, a vinte vezes o valor do salário mínimo. E, se a parte autora estiver acompanhada de advogado, de quarenta salários mínimos.

Já fora dos Juizados Especiais Cíveis, não há limite legal para a fixação do valor máximo da indenização por dano moral, a qual deve atender aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, para que se evite indenização com valor irrisório ou elevado.

## 5. VALOR MÍNIMO DA INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL

Outra questão importante é definir o valor mínimo que pode ser considerado razoável para a indenização por dano moral. Acredito que esse valor não pode estar vinculado ao valor econômico ou financeiro da situação fática que lhe deu causa.

Lembramos o exemplo, já citado, de alguém que sofreu dano moral em razão de haver comprado um par de alianças de cinquenta reais para seu noivado e a mercadoria não foi entregue, o que lhe trouxe dor e sofrimento. Se estivermos no campo de aplicação da Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, o valor da indenização por dano moral deve situar-se na faixa de uma a quarenta vezes o salário mínimo vigente à época do fato. E essa interpretação se impõe, em razão de seu artigo 3º, I, da Lei n. 9.099/95. Logo, toda indenização fixada no Juizado Especial por dano moral em valor inferior ao salário mínimo não escapa ao reconhecimento de sua falta de razoabilidade, independentemente do valor econômico ou financeiro do ato causador do dano.

No exemplo da aliança não entregue na data estabelecida, por exemplo, o valor da indenização não pode ser fixado em relação ao valor pago pela mercadoria. Se multiplicarmos por dez, encontraremos o valor de quinhentos reais, bem acima do valor pago, mas inferior ao salário mínimo, sendo, nesse caso, inadmissível, por violar o princípio da razoabilidade.

A indenização por dano material, por sua vez, pode ficar abaixo do salário mínimo, porquanto corresponde ao efetivo dano sofrido. Assim, se

alguém ingressa, no Juizado Especial, com uma ação postulando a restituição do valor pago de cinco reais em dezembro de 2018, pela compra de uma caneta, em razão de haver apresentado o vício consistente em ficar falhando (não escrevendo), pode pedir também dano moral no valor de cinco mil reais. Mas a sentença afasta o alegado dano moral, pois o magistrado entende que o fato de a caneta falhar não tem força suficiente para impor sofrimento psíquico dentro das circunstâncias e provas produzidas nos autos, julgando parcialmente procedente a ação para condenar o réu a restituir o valor pago devidamente corrigido, devolvendo o autor a caneta. Aqui, não há violação ao princípio da razoabilidade, pois o dano material é aquele efetivamente expresso na condenação, sendo inferior ao salário mínimo vigente na data da compra da caneta, que era de R\$ 954,00.

Outra coisa importante a ser observada é que o reconhecimento de um dano moral concretizado dentro de uma relação de consumo não deve ter como parâmetro o valor do bem adquirido ou do serviço contratado, para que não seja ínfimo nem represente enriquecimento sem causa. Como leciona o ministro Salomão, a indenização não pode ser ínfima, de modo a servir de humilhação à vítima, nem exorbitante, para não representar enriquecimento sem causa.

Dentro do Juizado Cível, o valor da ação vai de uma a quarenta vezes o valor do salário mínimo vigente à época do fato. Assim, considero ínfima e humilhante toda indenização decorrente de dano moral fixada abaixo do salário mínimo, ainda que o dano moral tenha como causa a compra de um acarajé, quitute delicioso e patrimônio cultural da Bahia. Nesse sentido, fixar o valor de indenização abaixo do salário mínimo vigente à época do fato é desconsiderar a dor sofrida, desqualificando-a, fazendo pouco-caso do sofrimento alheio e sinalizando para o comerciante ou fornecedor que a dor humana provocada pode ter um valor bem insignificante para pagamento, quando, por exemplo, fixada em R\$ 150,00, R\$ 200,00, R\$ 400,00 etc.

Nos Juizados Especiais, o valor máximo da indenização por dano moral é de quarenta vezes o valor do salário mínimo. Assim fixado, não pode ser

considerado violador do princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade para ser visto como enriquecimento sem causa, porquanto atende ao teto fixado na Lei n. 9099/95, não estando o valor da indenização vinculado ao valor do bem adquirido, do serviço contratado ou do valor do contrato violado. Seguindo essa mesma linha de critério, o valor da indenização não pode ficar abaixo do salário mínimo vigente na data da propositura da ação, para que não figure no campo da insignificância, do descaso, da insensibilidade e da humilhação. Com isso, deixa de atender aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

## 6. CONCLUSÃO

O esforço desenvolvido foi no sentido de buscar identificar o fato que gera eventual transtorno comum e próprio da vida em sociedade àquele que atinge o direito de personalidade da pessoa e, nessa condição, gera a necessidade de se fixar uma indenização dentro dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, para que não seja tida como ínfima ou exagerada.

A contrariedade e a irritação sofrida por alguém retiram sua paz, seu equilíbrio, mas, se não for algo suficiente para atingir seu direito de personalidade, situam-se na esfera do que a doutrina e a jurisprudência chamam de “mero aborrecimento” e, nessa condição, não cabe fixar indenização.

Sempre que a conduta praticada pode ser reconhecida como ilícita, atende-se ao elemento da ilicitude para reconhecimento do dano moral sofrido, mas pode ocorrer de uma conduta ser ilícita e não gerar o dano moral alegado, como, por exemplo, na hipótese de descumprimento de uma obrigação contratual. Nesse caso, é preciso que esteja presente o elemento de sofrimento, de dor psíquica, como no exemplo citado da locação do imóvel, cujo valor do aluguel se destina ao pagamento do plano de saúde do locador, fato de conhecimento do locatário. Assim, a falta de pagamento do aluguel gera falta de pagamento do prêmio do plano de saúde, que, consequentemen-

te, vem a ser cancelado. Assim, não há dúvida de que o locador sofre dor psíquica com o cancelamento de seu plano — dor que enseja indenização.

Para a caracterização do dano moral, sempre se exige uma conduta ilícita, mas nem sempre é exigida a dor psíquica, como, por exemplo, no caso de inscrição indevida do nome do consumidor no órgão de proteção ao crédito. Mas, tratando-se de atraso de voo, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça exige a demonstração do sofrimento psíquico para o reconhecimento do dano moral.

Quanto aos serviços de energia, água, gás e telefonia, ditos essenciais, na falta de pagamento, cabe a respectiva suspensão, mas, quando essa suspensão ocorre de forma indevida, caracteriza dano moral, ensejando, portanto, uma indenização.

Reconhecido o dano moral, segue-se a etapa de fixação da indenização. E o Superior Tribunal de Justiça adota o método bifásico para definir esse montante. Em primeiro lugar, considera o interesse jurídico lesado e um grupo de precedentes para a fixação do valor-base. Vencida essa etapa, verificam-se as circunstâncias do caso em concreto para a fixação definitiva da indenização. A vantagem consiste em deixar claro como foi atingido o valor fixado. O outro método é o do livre arbitramento ou arbitramento equitativo, segundo o qual a valorização dos danos morais é feita segundo o arbítrio fundamentado do juiz, observando-se os seguintes elementos: extensão do dano, culpabilidade do ofensor, eventual culpa corrente da vítima, capacidade econômica do ofensor, as condições pessoais da vítima e o caráter pedagógico-punitivo das indenizações.

É importante ressaltar que, seja o método bifásico ou de arbitramento equitativo, é preciso atender aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, para que a indenização não seja infame ou exagerada, produzindo, assim, enriquecimento sem causa.

Os exemplos dados de indenizações fixadas por dano moral seguiram a aplicação da Lei n. 9.099/95. E uma indenização fixada em quarenta vezes o salário mínimo não pode ser tida como motivo de enriquecimento sem

causa, porque é o teto fixado em lei. Mas uma indenização fixada abaixo do salário mínimo é ínfima, humilhante, independentemente do valor do bem comprado ou do valor do serviço contratado.

## REFERÊNCIAS

- AMARAL, Francisco. O dano à pessoa no direito civil brasileiro, *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, n. 1, p. 13- 46, jul. 1982.
- AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. 11 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. O direito pós-moderno e a codificação, *Revista de Direito do Consumidor*, n. 33.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988.
- BRAZ, Alex Trávison. *Dano moral por inadimplemento contratual*. São Paulo: Almedina, 2006.
- CHINI, Alexandre. Juizados especiais cíveis e criminais. In: CHINI, Alexandre et al. (orgs.). Salvador: Editora JusPodium, 2018.

# ***Criptomoedas: inovação tecnológica x ausência de legislação específica — enfrentamento das demandas submetidas ao Poder Judiciário***

*Rita de Cássia Ramos de Carvalho*

## 1. INTRODUÇÃO

As criptomoedas surgem para a ciência especializada no mercado financeiro globalizado como um instrumento de grandes polêmicas, dando vazão a fartas discussões e debates relativos ao tema.

Nascidas como fruto da inovação tecnológica e da nova dinâmica econômica e social surgida através da internet, hoje as criptomoedas já dividem espaço como objeto de estudo ao lado dos grandes fenômenos econômicos contemporâneos, oferecendo desafios que conduzem a uma

crescente necessidade de produção científica, no afã de edificar suas estruturas teóricas e delimitar o devido tratamento científico a ser dispensado às problemáticas circundantes.

O corrente estudo analisará o fenômeno das criptomoedas sob a ótica do Direito, sem olvidar o raciocínio econômico, empregando o marco teórico da *Law & Economics* para tecer comentários a respeito das celeumas que envolvem a ausência de sua regulamentação no Brasil, bem como as dificuldades enfrentadas pelo Poder Judiciário no tratamento de suas demandas.

O aludido marco teórico adotado visa analisar o objeto de estudo das criptomoedas sob os conceitos econômicos, tecendo um raciocínio crítico de que devem ser tratadas pelo ordenamento jurídico de modo a minimizar ao máximo possível os efeitos econômicos negativos que eventual atuação estatal possa causar. Afinal, as criptomoedas surgiram na intenção de se mostrar mais fluidas e desprendidas das limitações estruturantes impostas pelo Estado. Parte-se da hipótese de que uma regulamentação legislativa se faz necessária, mas com a devida cautela, para não causar efeitos econômicos indesejáveis.

A pesquisa recorreu à análise de discurso da doutrina especializada e dos precedentes judiciais do Superior Tribunal de Justiça, produzindo-se, epistemologicamente, uma pesquisa de gabinete, com uma abordagem teórica calcada no raciocínio econômico e jurídico, com vistas a efetuar uma descrição técnica do fenômeno e das dificuldades que a ausência de uma legislação específica em relação a essa inovação tecnológica causa no enfrentamento das demandas submetidas ao Poder Judiciário.

## 2. MOEDA E DINHEIRO: SURGIMENTO E DEFINIÇÃO

Embora, segundo o senso comum, dinheiro e moeda sejam tratados como sinônimos, não o são de fato. Qualquer objeto ou registro verificável e



socialmente aceito na troca de bens e serviços pode ser considerado dinheiro. A moeda, por sua vez, para ser constituída, depende de regulação estatal e do cumprimento de suas funções, sujeitando-se, obviamente, à aceitação social e à utilização para se tornar, na prática comercial, uma forma de dinheiro. Essa simbiose é interessante quando se observam, por exemplo, as situações em que mercado e Estado divergem a respeito do que representa dinheiro em determinados momentos históricos. Assim, por exemplo, têm-se situações de hiperinflação ou de guerra em que é comum haver fuga de capital, assim como as transações passaram a ser firmadas em moeda estrangeira em substituição à nacional, consistindo em interessante fenômeno de comportamento monetário: existe a moeda nacional, mas a sociedade começa a ter dificuldade em aceitá-la em todas as operações.<sup>1</sup>

Torna-se relevante destacar que “dinheiro” é um termo mais amplo, e que passa pela própria noção daquilo que as sociedades aceitam e elegem como tal: a moeda é uma das espécies de dinheiro, cuja história está diretamente ligada à da própria humanidade e continua evoluindo com ela. Nesse sentido, não há uma origem determinada para o dinheiro. Sabe-se apenas que ele surgiu para ser um ativo de troca e um marcador de hierarquia e *status* social. Afinal, o homem se relacionava (e ainda se relaciona) economicamente com a intenção de ascender na estratifica-

---

1. O Brasil não autoriza a realização de pagamento e transações em moeda estrangeira desde a vigência do Decreto nº 23.501, de 27 de novembro de 1933, com destaque para seu art. 2º: “a partir da publicação deste decreto, é vedada, sob pena de nulidade, nos contratos exequíveis no Brasil, a estipulação de pagamento em moeda que não seja a corrente, pelo seu valor legal”. Contudo, nos momentos históricos de inflação acelerada ou de hiperinflação, a moeda nacional sofreu reiteradas desvalorizações, e muitos preços e produtos passaram a ser medidos através do parâmetro de uma moeda estrangeira (dólar americano). O pagamento muitas vezes poderia até ser feito em moeda corrente, mas na quantidade correspondente à moeda estrangeira, que passava a funcionar como o parâmetro de valor (SANTOS, Luis Paulo Ferreira dos. Inflação e hiperinflação. Utilização das funções da moeda como ferramentas para a estabilização dos preços. O caso brasileiro de 1994, *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, ano 6, n. 3, p. 1.255. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2020. Disponível em: [https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2020/3/2020\\_03\\_1239\\_1343.pdf](https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2020/3/2020_03_1239_1343.pdf). Acesso em: 19 jun. 2020).

ção social. Através das relações econômicas, visava-se a ganhos sociais, e a proximidade sólida entre os membros de determinada sociedade adicionava o fator da confiança entre os agentes, tornando a troca de bens de primeira ordem (bens já prontos para consumo) e bens de ordens superiores (bens de produção) não só mais fácil, como também constante. Obviamente, essas relações foram se fortalecendo e se resignificando, o que garantiu que a humanidade e o mercado se expandissem, até atingir o patamar observado nos dias de hoje.<sup>2</sup>

Por essa razão, afirma-se que a origem e a evolução do dinheiro estão intrinsecamente ligadas à história da humanidade. Para que a humanidade pudesse continuar a evoluir, sempre necessitou reinventar seus mercados e formas de negociação, sendo algo observado em diversos momentos históricos, a exemplo de como ocorreu no imperialismo e na Revolução Industrial, e como ocorre hoje no novo mercado globalizado através da internet. A expansão e a reestruturação do mercado só foram possíveis por causa do uso de ativos de troca comuns, já que, sem eles, certamente teria sido muito difícil ocorrer todo esse processo, como se observa nos livros de História.

A moeda, por sua vez, como uma modalidade regulada de dinheiro, tem, igualmente, origem incerta. Não é possível determinar se foi o Estado quem a criou ou se o Estado se apossou da ideia de outrem. No entanto, a ele a moeda sempre esteve ligada, já que o poder de cunhar, emitir, alterar e invalidar uma moeda sempre foi estatal, assim como a atribuição de regulá-la.<sup>3</sup>

A bem da verdade, há certa tendência em entender o Estado contemporâneo como um agente que tem o dever de regulamentar o mercado

---

2. BERNARDO, Marcel Pereira; NORI, Rodrigo Braian; BERNADELLI, Luan Vinicius. A história da moeda – Uma proposta da união entre teoria econômica e etnografia. *Interdisciplinary Journal of Philosophy Law and Economics*, São Paulo: MISES, v. 7(2), Mai./Ago, 2019.

BITVALOR. *Mercado Brasileiro de Bitcoins em junho de 2015*. Disponível em: [https://bitvalor.com/files/Infografico\\_Bitcoins\\_Mercado\\_Brasileiro\\_Junho2015.pdf](https://bitvalor.com/files/Infografico_Bitcoins_Mercado_Brasileiro_Junho2015.pdf). Acesso em: 24 jun. 2020.

3. PEDRO, João Vieira. *A história do dinheiro*. Lisboa: Academia das Ciências de Lisboa, 2017, p. 3.

monetário e financeiro. Trata-se, utilizando da melhor expressão, de um poder-dever, já que o Estado, ao tomar para si o poder de regulamentar, tem o dever de fazê-lo e termina por exercer funções essenciais que garantem não só a segurança das pessoas físicas, como também das pessoas jurídicas, com vistas ao equilíbrio da Economia em geral, sobretudo quando se fala do uso do dinheiro e da moeda.<sup>4</sup>

A moeda é um trato social, uma regra de convívio entre os entes de determinada sociedade. Seu surgimento tem por objetivo solucionar o problema do valor de uso e o valor de troca em cada mercadoria. Enquanto a mercadoria tem um valor de uso e um valor de troca, a moeda é um não valor para seu proprietário. Assim, pela troca feita através da moeda, essa contradição se dissolve, tornando-se o “equivalente universal” de todas as mercadorias, permitindo e facilitando a respectiva circulação.<sup>5</sup>

Antes do surgimento da moeda, o comércio girava por meio de escambo: se um pescador quisesse comprar um barco, precisaria encontrar alguém que estivesse interessado em peixes e tivesse um barco para oferecer em troca, o que dificultava essa permuta, já que nem todos os proprietários de barcos estariam interessados em peixes — o proprietário de barcos poderia, ao revés, estar, naquele momento, interessado em grãos. Então, com a moeda, nasceu uma nova forma de adquirir aquilo que se desejava ter, pois, através da moeda padronizada em determinado Estado (atrela-se aí também a noção de moeda oficial), pescador passou a vender os peixes a qualquer um que tivesse barcos para obter a moeda, e o proprietário de barcos, por sua vez, também a usaria para comprar grãos.<sup>6</sup>

---

4. SADDI, Jairo. Direito e Economia no mercado de crédito. In: SAMPAIO, Patricia Regina Pinheiro et al. (orgs.). *Direito e Economia: diálogos*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019, p. 18-19.

5. MARX, Karl. *O capital*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1971.

6. BERNARDO, Marcel Pereira; NORI, Rodrigo Braian; BERNADELLI, Luan Vinicius. A história da moeda: uma proposta da união entre teoria econômica e etnografia, *Interdisciplinary Journal of Philosophy Law and Economics*, São Paulo: Mises, v. 7(2), mai./ago. 2019, p. 2.

No exemplo anterior, observa-se a moeda atuando como um instrumento de troca, viabilizando esses processos na sociedade de uma forma mais dinâmica, uma vez que é possível usá-la para adquirir aquilo que se deseja, encerrando, assim, o problema da dupla coincidência de desejos. Ademais, a moeda também passou a cumprir outras funções, como, por exemplo, figurar no papel da unidade de estipulação de valores dos bens e serviços, contagem de riquezas e balanços financeiros; além disso, passou a funcionar como reserva de valor, preservando o poder de compra com o passar do tempo, já que não perece em meio às crises financeiras.<sup>7</sup>

Em outras palavras, a moeda tem três funções básicas: (i) atuar como bem de troca; (ii) ser uma unidade de conta; (iii) possibilitar reserva de valor.

Quanto à primeira função, não há dúvida de que a moeda é um bem móvel e fungível, pois circula como um ativo de troca, sendo equivalente a todos os produtos e mercadorias, já que é possível adquirir praticamente tudo com o uso da moeda. Com o dinheiro-moeda, é possível comprar desde um café em uma padaria até um carro ou pagar por uma viagem. Assim, como já abordado, a moeda elimina as dificuldades enfrentadas pelo sistema de troca direta, atuando como um instrumento geral de trocas indiretas ou monetárias.<sup>8</sup>

Ao servir como uma unidade de conta, a moeda equipara-se a um sinal ou um marco, pois torna una a informação por ela representada: através da moeda, é possível exprimir em números quanto uma pessoa tem de

---

7. SANCHES, Lucio. *Introdução à economia*. Paraíso do Norte: FAPAN, 2011, p. 79-80. Disponível em: <https://biblioteca.isced.ac.mz/bitstream/123456789/1340/1/Apostila-%20Economia%20%28Introducao%29.pdf>. Acesso em: 23 jun. 2020.

8. SANTOS, Luis Paulo Ferreira dos. Inflação e hiperinflação: utilização das funções da moeda como ferramentas para a estabilização dos preços. O caso brasileiro de 1994, *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, ano 6, n. 3, p. 1254, Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2020. Disponível em: [https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2020/3/2020\\_03\\_1239\\_1343.pdf](https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2020/3/2020_03_1239_1343.pdf). Acesso em: 19 jun. 2020.

poder aquisitivo, tornando-se possível valorar, representar e exprimir em números a quantidade de moeda necessária para atuar como meio de pagamento. É necessário que os valores de diferentes mercadorias e serviços sejam quantitativamente comparáveis, pressupondo a existência de uma linguagem que os torne qualitativamente homogêneos.<sup>9</sup> Todos os bens, produtos e serviços encontram um mesmo denominador comum que os valora: a moeda. Assim, torna-se possível calcular a quantidade de unidades de moeda necessárias para se comprar certo produto ou contratar determinados serviços.<sup>10</sup>

Atuando como reserva de valor, a moeda é capaz de garantir o poder de compra ao seu possuidor ao longo dos anos. Por meio do antigo sistema de trocas, o interessado em estocar valores era obrigado a adquirir imóveis, obras de arte, entre outros bens, como uma forma de reserva para possíveis contingências futuras, já que os bens de consumo para troca direta são, em regra, perecíveis.<sup>11</sup> Por outro lado, a moeda pode ser estocada para atuar como meio de pagamento em momentos futuros, pois, mesmo com o passar do tempo, mantém sua liquidez. Ademais, manter moeda em estoque a transforma em um bem produtor de receitas, já que, ao ser estocada, pode ser remunerada mediante juros, gerando rendimento e, assim, cumprindo o importante papel de estoque rentável de valores.<sup>12</sup>

---

9. ANJOS JR., Moacir dos. Moeda e cultura: elementos para uma abordagem institucional da moeda, *Revista de Economia Política*, v. 18, n. 1 (69), jan.-mar. 1998. São Paulo: Editora 34, 1998, p. 61. Disponível em: <http://www.rep.org.br/PDF/69-4.PDF>. Acesso em: 15 jun. 2020.

10. SANTOS, op. cit., p. 1254.

11. BAROSSO, Milton Filho; SZTAJN, Rachel. Natureza jurídica da moeda e desafios da moeda virtual, *Revista Justitia*, São Paulo: Ministério Público de São Paulo, v. 70-72, jan./dez. 2013-2015, p. 26-261. Disponível em: [https://es.mpsp.mp.br/revista\\_justitia/index.php/Justitia/article/view/81](https://es.mpsp.mp.br/revista_justitia/index.php/Justitia/article/view/81). Acesso em: 26 jun. 2020.

12. SANTOS, op. cit., p. 1258.

### 3. CRIPTOMOEDAS: DEFINIÇÃO E TRATAMENTO ESTATÍSTICO

Com o mercado globalizado e, sobretudo, com o advento da internet, as moedas nacionais e suas intermediações passaram a servir como um entrave à velocidade esperada nas transações eletrônicas. Assim, as criptomoedas surgiram com a função de facilitar as operações, não demandando a existência de um intermediário entre as partes, muito menos a existência de confiança entre os envolvidos.<sup>13</sup>

As primeiras criptomoedas surgiram nas décadas de 1980 e 1990.<sup>14</sup> Essas, porém, foram apenas propulsoras para as que viriam depois. Atualmente, existem mais de mil tipos de criptomoedas disponíveis em circulação, a exemplo do *Ethereum*, do *Litecoin*, do *Monero* e do *Bitcoin*.

Nos dias de hoje, o *Bitcoin* é a criptomoeda mais conhecida e comercializada. Sua criação foi divulgada no dia 31 de outubro de 2008, em um *paper* publicado pelo pseudônimo Satoshi Nakamoto,<sup>15</sup> após a crise financeira de 2008, de conjuntura econômica global, precipitada pela falência do tradicional banco de investimento estadunidense *Lehman Brothers*, fundado em 1850. Seu sucesso foi motivado pelo fato de as criptomoedas anteriores apresentarem o problema do gasto duplo,<sup>16</sup> o que apenas foi solucionado com o *Bitcoin*, que realiza a verificação das transações por meio de um algoritmo de validação conhecido como *proof of work*, realizado pelos próprios “mineradores”. Com esse sistema de

---

13. OLIVEIRA, Victor Augusto de Almeida. *Moeda eletrônica do Banco Central: Uma introdução*. Universidade de São Paulo-USP, Ribeirão Preto, 2019, p. 11.

14. Exemplos de criptomoedas que surgiram nessa época: *ECash*; *E-Gold*; *Beenz*; *Flooz*; *B-Money*; *Bitgold*, *Rpow* (OVERTURE, Benjamin. 7 criptomoedas que vieram antes do Bitcoin. *Portal do Bitcoin*. Disponível em: <https://portaldobitcoin.com/7-criptomoedas-que-vieram-antes-do-bitcoin/>. Acesso em: 23 jun. 2020.).

15. NAKAMOTO, Satoshi. *Bitcoin: A peer-to-peer electronic cash system*, 2008. Disponível em: <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>. Acesso em: 23 jun. 2020.

16. Ocorre gasto duplo quando a mesma unidade monetária é trocada por vários bens simultaneamente, ou seja, trata-se, basicamente, de uma fraude no sistema de trocas.

segurança, o *Bitcoin* evita eventuais fraudes que retirem a credibilidade de operações com a criptomoeda, sem a necessidade de haver uma autoridade reguladora presente.<sup>17</sup>

Na prática, o *Bitcoin* surgiu como um protótipo de moeda eletrônica para a realização de pagamentos *on-line*. Esse mecanismo tecnológico trouxe como inovação a possibilidade de se realizarem transações diretas entre duas partes. A criptomoeda baseia-se na rede *peer-to-peer*, a mesma utilizada para a troca de dados via internet, como, por exemplo, o compartilhamento de músicas, cuja tecnologia emprega criptografia para garantir a segurança e a integridade de todos os dados trafegados. Diferentemente do compartilhamento de músicas, em que o foco está na segurança do usuário, e não na segurança das informações, a rede do *Bitcoin* está focada nesses dois aspectos, ou seja, tanto na privacidade de seus usuários (embora não seja infalível) como na segurança em que as trocas monetárias transacionadas na rede são únicas e confiáveis.

Tal sistema tem sua confiança demonstrada em uma contabilidade pública denominada *blockchain*, que registra todo o histórico das transações da moeda já realizadas na rede mundial de computadores. O histórico de transações é protegido por meio de chaves públicas (códigos alfanuméricos) que não são vinculadas a nenhum usuário. Para evitar o risco de exposição da privacidade dos usuários, é possível recorrer a softwares como o TOR,<sup>18</sup> um navegador (*browser*) que previne a análise do tráfego de dados na rede e não deixa rastro das operações, dificultando, assim, a vigilância sobre os usuários, sem ameaça à sua liberdade pessoal e à sua privacidade.

---

17. Além das criptomoedas, existem outras formas de dinheiro digital. Se pensarmos que o dinheiro, em sua grande maioria, não é transacionado de forma física, com o uso de cartões de crédito, empréstimos, milhas de viagem, pontos acumulados em determinadas lojas, chegamos à conclusão de que tudo isso é dinheiro digital. Uma vez que uma moeda não física possui um código que pode ser copiado e transferido, a única garantia de segurança seria confiar em uma autoridade (pública ou privada), e isso é o que torna, em nossa sociedade, os bancos centrais, comerciais e as instituições financeiras em geral tão importantes (JÚNIOR, 2017, p. 182).

18. TOR PROJECT. Disponível em: <https://www.torproject.org/>. Acesso em: 26 Jun. 2020.

O *Bitcoin* é uma moeda descentralizada,<sup>19</sup> assim como a rede *peer-to-peer* também é uma rede descentralizada, pois depende apenas de seus usuários para funcionar, e suas informações não ficam armazenadas em um servidor central. Cada usuário compartilha pedaços de informações com os outros usuários da rede, garantindo maior escalabilidade (disponibilidade, conectividade e *performance*), adaptação às falhas, aceleração das comunicações e redução dos custos relacionados à infraestrutura.

A rede *peer-to-peer* desempenha uma função essencial para o funcionamento do *Bitcoin*, pois garante acesso ao *blockchain* a todos os seus usuários (anônimos, não diretamente envolvidos na transação e em qualquer ponto da rede). Assim, por meio desse sistema, todos os usuários da rede têm uma cópia atualizada do histórico completo de transações. Ou seja, as novas transações são transmitidas a todos em um registro único e compartilhado, o que torna dispensável a presença de um servidor central que funcione como terceiro intermediário para a realização de transações.<sup>20</sup>

Igualmente, com a utilização dessa rede descentralizada, o surgimento de novas unidades de moeda, chamado de “mineração”<sup>21</sup> do *Bitcoin*, funciona como uma forma de colocar novos *Bitcoins* em circulação e como uma forma de “validação” das operações. É necessário que os “mineradores” possuam computadores de alta *performance* para realizar essas operações, garantindo, assim, a segurança da rede e a sincronicidade entre todos os participantes da rede *peer-to-peer*, razão pela qual faz-se necessário um alto investimento financeiro nessas máquinas.<sup>22</sup>

---

19. O *Bitcoin* é uma criptomoeda descentralizada, pois rompe com a necessidade de ter uma autoridade central, um núcleo que gerencie suas transações (JUNIOR, 2017, p. 182).

20. ULRICH, Fernando. *Bitcoin: a moeda na era digital*. 1 ed. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2014, p. 45.

21. O processo é chamado “mineração”, em referência direta à mineração de ouro. Trata-se de um mecanismo usado para gerar novos *Bitcoins* até chegar ao limite máximo de 21 milhões em circulação e, assim, com esse número finito, evitar a inflação da criptomoeda (HOLLINS, Steve. *Bitcoin para iniciantes: o guia definitivo para aprender a usar Bitcoin e criptomoedas*. S.l.: Create Space Independent Publishing Platform, 2018, p. 20).

22. *Ibidem*, p. 20.



O processo de transferência de *Bitcoins* na rede *peer-to-peer* funciona através dos fundamentos tecnológicos do *blockchain*,<sup>23</sup> na seguinte ordem: (i) o usuário primário (que enviará os *Bitcoins*) encaminha uma solicitação de transferência para a rede; (ii) logo após, os computadores mais próximos fazem a validação, comprovando que ele tem aquela quantidade para transferência, bem como que a carteira que receberá os *Bitcoins* é válida; (iii) feita a validação, as informações dessa transação são transmitidas a todos os computadores próximos; (iv) esses últimos computadores, então, confirmam a transação, transmitindo-a a outros próximos, gerando, assim, um “efeito cascata”. Ao final, a transação terá sido adicionada a todos os usuários da rede *peer-to-peer*.<sup>24</sup>

Nesse contexto, a expressão *blockchain* faz muito sentido, já que há uma cadeia (*chain*) de blocos (*block*) que validam e asseguram a idoneidade das operações. No caso das transações com *Bitcoins*, há um registro coletivo dos dados, validados por uma assinatura digital (*hash*), que ligam um bloco a outro nessa cadeia. Ao final, os dados não permanecem num único local; eles estarão distribuídos e se mantêm acessíveis entre os diversos computadores conectados, sem haver uma centralização de seu controle: um usuário brasileiro, por exemplo, pode ter acesso às informações de uma negociação em *Bitcoins* ocorrida entre um usuário alemão e um usuário japonês.

De acordo com Julian Assange, o criador de *Wikileaks* e ativista em prol da privacidade e da liberdade das informações na rede, o *Bitcoin*, como moeda, apresenta diversos benefícios, como, por exemplo, a agilidade nos registros contábeis e a redução dos custos de transferência de recursos internacionais.<sup>25</sup>

---

23. De acordo com BRAGA *et al.* *blockchain* é uma base de dados de transações distribuída e compartilhada pelos nós de um sistema distribuído organizado como uma rede *peer-to-peer* (BRAGA, A. M. et. al. Segurança de aplicações *blockchain* além das criptomoedas. In: Minicurso do XVII Simpósio Brasileiro em Segurança da Informação e de Sistemas Computacionais (SBSeg 2017), 2017, p. 99-149.

24. HOLLINS, op. cit., p. 20.

25. ASSANGE, Julian. *Cyberpunks: liberdade e o futuro da internet*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2013, p. 90.

A forma como o *Bitcoin* funciona levou uma grande comunidade de *experts* nas áreas de computação e tecnologia a se formar, com a intenção de se tornarem “mineradores”, encontrando as soluções criptográficas exigidas para a obtenção de *Bitcoins* como recompensa. Porém, se, por um lado, a união de tantos especialistas é benéfica, por outro, tornou a comunidade vulnerável ao ataque de *hackers* e a furtos *on-line*, entre outras ações criminosas que utilizam sua rede, até então segura, para fins ilícitos, como lavagem de dinheiro ou tráfico de drogas.<sup>26</sup>

Outra característica desfavorável das criptomoedas, incluindo o *Bitcoin*, é a volatilidade de seu valor, fazendo com que o risco de investimento seja muito alto, uma vez que não há um valor fixo definido, tampouco uma instituição que faça seu monitoramento: tudo é regulado apenas pela lei de oferta e demanda. Não há sequer uma instituição para garantir que o investidor não perca todo o dinheiro investido caso a criptomoeda perca todo o seu valor,<sup>27</sup> o que dificulta classificá-la como uma moeda em si, já que, como abordado, uma das funções essenciais de qualquer moeda é servir como uma forma confiável de reserva de valor.

Evidentemente, dentro da atividade bancária já regulamentada, também há riscos inerentes e sistêmicos: qualquer investidor, inclusive na caderneta de poupança, pode ser afetado por situações atípicas e ter seus valores afetados,<sup>28</sup> mas o fato de se tratar de uma operação regulamentada e fiscalizada torna mais difícil a ocorrência de riscos irrazoáveis e atividades ilícitas. Regulamentar o *Bitcoin*, portanto, seria uma forma de imprimir mais segurança aos investidores e de minimizar o cometi-

---

26. KAMINSKA, I. Democratising Finance: Vision for Bitcoinis Beginning to Fade. *Financial Times*, 03 de fevereiro de 2015. Disponível em: <https://www.ft.com/content/f5937b80-7ee8-11e4-b83e-00144feabdc0>. Acesso em: 24 jun. 2020.

27. CARVALHO, C. E. et al. *Bitcoin, criptomoedas, blockchain: desafios analíticos, reação dos bancos, implicações regulatórias*. São Paulo: Centro de Liberdade Econômica Mackenzie, 2017, p. 14.

28. Vide o congelamento das cadernetas de poupança ocorrido na recente história brasileira, durante o governo Collor.

mento de *cybercrimes*,<sup>29</sup> mesmo que seja impossível, apenas com regulamentações, anular os riscos e as atividades ilícitas quando se trata de mercado financeiro.<sup>30</sup>

Em 2018, os clientes de *exchanges*<sup>31</sup> de criptomoedas no Brasil somaram mais de duas vezes o número de usuários inscritos na Bolsa de Valores de São Paulo, chegando à monta de 1,4 milhão de investidores à época, com *trades* médios de R\$ 1.700,00.<sup>32</sup> Segundo a Receita Federal, apenas considerando os *Bitcoins*, foram negociados aproximadamente 8,3 bilhões de reais em 2017, com a supervalorização da criptomoeda, ocorrida no final daquele ano, contribuindo para a ampliação de seus investimentos: apenas em dezembro de 2017, foram negociados aproximadamente 4 bilhões de reais em *Bitcoins*.<sup>33</sup> Considerando que, nesse mesmo mês, um *Bitcoin* valia aproxima-

29. Relembra-se o fatídico evento ocorrido em 12 de maio de 2017, em que um ataque cibernético sequestrou bancos de dados de diversas empresas e organizações no mundo inteiro que usavam do sistema operacional *Windows*, exigindo um pagamento em *Bitcoins* para recuperar os arquivos que foram sequestrados (PORTAL G1 DE NOTÍCIAS, 2017).

30. LIMA JÚNIOR, João Manoel de. Introdução às instituições financeiras e sua regulação. In: SAMPAIO, Patricia Regina Pinheiro et al. (orgs.). *Direito e Economia: diálogos*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019, p. 12-13.

31. *Exchange* é a expressão utilizada para fazer referência às instituições que atuam como uma espécie de casa de câmbio virtual. Na prática, as *exchanges* podem atuar de diversas formas: (i) vendendo diretamente as criptomoedas, por meio de sistemas de pagamentos *on-line* (a exemplo do *Paypal*) ou por operações diretas de compra via cartões de débito e crédito; (ii) intermediando as operações entre usuários que estão comprando determinadas criptomoedas e usuários que as estão vendendo, aplicando a respectiva cotação; (iii) emprestando criptomoedas ou armazenando-as para o usuário numa espécie de “carteira virtual”, como se fossem bancos; entre outras atuações. Em geral, cobram taxas em suas operações, de onde extraem seus lucros. Na definição do art. 5, II, da Instrução Normativa nº 1.888, de 03 de maio de 2019, da Receita Federal (2019), as *exchanges* são “pessoa jurídica, ainda que não financeira, que oferece serviços referentes a operações realizadas com criptoativos, inclusive intermediação, negociação ou custódia, e que pode aceitar quaisquer meios de pagamento, inclusive outros criptoativos”.

32. PORTAL G1 DE NOTÍCIAS. *Coluna Economia*. Bitcoin já tem mais que o dobro de investidores da bolsa no Brasil. 21 de janeiro de 2018. Disponível em: <https://www.enfoquems.com.br/bitcoin-ja-tem-mais-que-o-dobro-de-investidores-da-bolsa-no-brasil/?amp>. Acesso em: 24 jun. 2020.

33. RECEITA FEDERAL DO BRASIL. Consulta Pública nº 06/2018. Dispõe sobre a prestação de informações relativas às operações com criptoativos. Disponível em: <http://receita.economia.gov.br/sobre/consultas-publicas-e-editoriais/consulta-publica/arquivos-e-imagens/consulta-publica->

damente 49 mil reais, é notável observar essa mudança em relação aos anos anteriores, já que, em junho de 2015, seu preço médio era de R\$ 771,01.<sup>34</sup>

A evolução das criptomoedas como um todo, sobretudo do *Bitcoin*, denota seu crescente impacto no mercado financeiro mundial: um *Bitcoin* valia duzentos dólares americanos em junho de 2014, mil dólares no final de 2016 e, recentemente, em 1º de junho de 2020, passou a valer exatos 10.210,10 dólares americanos.<sup>35</sup> Apenas no ano de 2017, o *Bitcoin* valorizou mais de 1.500%, chegando a causar à Bolsa de Valores de Chicago um verdadeiro colapso e provocando a interrupção de suas negociações por duas vezes no mesmo dia, em 11 de dezembro de 2017.<sup>36</sup>

Quanto à aceitação do *Bitcoin*, em 2018 havia, aproximadamente, apenas 11.500 lojas no mundo que reconheciam a criptomoeda como meio de pagamento; dessas, apenas cerca de 150 encontravam-se no Brasil.<sup>37</sup> Esses números são interessantes para demonstrar, especificamente, que o *Bitcoin*, de forma isolada, já movimentava grandes valores financeiros, mas, ainda assim, há poucas opções para a realização de transações diretas de compra de produtos e serviços. Tal constatação conduz a uma conclusão interessante: a supervalorização do *Bitcoin* tornou mais atrativo aos usuários da criptomoeda tê-la como forma de investimento em especulação financeira do que utilizá-la para transações mais ágeis no mercado mundial globalizado.

Em última análise, o *Bitcoin* teve, como um dos principais motivos para sua criação, a agilidade e a ausência de intermediação, mas, na prá-

---

-rfb-no-06 2018.pdf/@download/file/Consulta%20P%C3%ABlica%20RFB%20n%C2%BA%2006-2018.pdf. Acesso em: 24 jun. 2020.

34. BITVALOR. *Mercado brasileiro de Bitcoins em junho de 2015*. Disponível em: [https://bitvalor.com/files/Infografico\\_Bitcoins\\_Mercado\\_Brasileiro\\_Junho2015.pdf](https://bitvalor.com/files/Infografico_Bitcoins_Mercado_Brasileiro_Junho2015.pdf). Acesso em: 24 jun. 2020.

35. COINDEX. *BitcoinValue*. Disponível em: [www.coindex.com/](http://www.coindex.com/). Acesso em: 24 jun. 2020.

36. TEMOTEO, A. Bitcoin causa euforia e preocupação, *Correio Braziliense*, 12 dez. 2017. Disponível em: [https://www.correio braziliense.com.br/app/noticia/economia/2017/12/12/internas\\_economia,647223/o-que-e-bitcoin.shtml](https://www.correio braziliense.com.br/app/noticia/economia/2017/12/12/internas_economia,647223/o-que-e-bitcoin.shtml). Acesso em: 24 jun. 2020.

37. GRACIANO, Wallace. Bitcoins já são aceitos em mais de 150 locais no Brasil, *O Tempo*, 2018. Disponível em: <https://www.otempo.com.br/capa/economia/bitcoins-j%C3%A1-s%C3%A3o-aceitos-em-mais-de-150-locais-no-brasil-1.1559415>. Acesso em: 16 fev. 2019.

tica, tem desempenhado um papel muito mais relevante na especulação financeira que na intermediação de negócios ágeis através da internet, destoando, até certo ponto, de seus fins originários. Obviamente, esse quadro pode mudar nos próximos anos.

Ocorre que, nos dias atuais, pouco mais de 90% da soma total de dinheiro mundial já circula de modo não físico,<sup>38</sup> o que, por si só, é suficiente para demonstrar que a forma como as trocas econômicas são realizadas tem passado por transformações, e a tradicional utilização da moeda física na intermediação de compra de produtos e serviços tem perdido espaço para as operações com cartão de débito e crédito, transferências e movimentações bancárias realizadas pela internet. Em poucas décadas, foram muitas mudanças que redimensionaram a economia mundial: em 1950, foi inventado o primeiro cartão de recarga para pagamento pelos fundadores do Diners Club, Ralph Schneider e Frank McNamara; em 1967, o banco nova-iorquino Citybank inventou o cartão de crédito *everythingcard*, conhecido mundialmente como “Mastercard”; em 1977, o Bank Americard mudou sua marca para “Visa”, ampliando o número de consumidores com acesso ao recurso dos cartões de pagamento; em 1980, a Motorola apresentou o primeiro cartão com uso de *microchip*, o que ampliou a segurança e a confiança nessas operações, facilitando, assim, o crescimento no número de estabelecimentos comerciais que se sentiram seguros para adquirir aparelhos capazes de ler a tarja magnética.<sup>39</sup> Numa evolução histórica muito rápida, o uso do papel-moeda físico migrou para informações eletrônicas geradas por um cartão de plástico.

Hoje em dia, dificilmente se ingressa em um estabelecimento comercial que não aceite algum tipo de cartão. Posteriormente, com o advento da

---

38. SANTANA JUNIOR, Edemilson Cruz, *Dinheiro e poder social: um estudo sobre bitcoin*, Universidade de Brasília, Brasília, 2018, p. 180.

39. CÁRDENAS, Z. J. P. et al. Bitcoin como alternativa transversal de intercambio monetário em la economía digital, *Redes de Ingeniería*, v. 6, n. 1, jan.-jun. 2015, p. 110. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.14483/udistrital.jour.redes.2015.1.a08>. Acesso em: 10 jun. 2020.

internet, as compras cotidianas passaram cada vez mais a se tornar transações eletrônicas, já que não é possível transacionar, nesse espaço, com moeda física. Note-se como, ao longo do processo histórico-financeiro dos meios de pagamento, a humanidade tem migrado progressivamente para os meios digitais. Possivelmente a consolidação de moedas digitais venha a ser o próximo passo de um mercado globalizado.

Um adendo pertinente é que, diante da expansão dos meios de pagamento virtuais e da exigência de exclusividade do pagamento dessa forma para a realização de certas compras na internet, o Banco Mundial estima que, em 2016, por volta de 2,5 bilhões de pessoas em idade adulta, em todo o mundo, ainda não tinham sequer acesso a bancos e serviços financeiros.<sup>40</sup> Essas pessoas não têm disponível para si crédito ou cartões de pagamento, quiçá contas bancárias, o que as impede de fazer parte do novo mercado da internet, sendo essa uma das justificativas sociais que tornam as criptomoedas tão atrativas para a ampliação do mercado globalizado.<sup>41</sup> Bastaria a abertura de postos de *exchanges* em regiões remotas, inclusive em convênio com estabelecimentos comerciais já instalados e conveniados, para, com uma estrutura simples e barata, abrir o mercado globalizado a toda a população mundial, através da internet.

As criptomoedas encerram as dificuldades causadas pelo câmbio e pela intermediação de agentes financeiros ou estatais, permitindo que transações globais realizadas através da internet sejam processadas com a mesma velocidade que as locais. Se considerarmos que se trata de um instrumento econômico regulado totalmente por oferta e demanda, e que a ausência da atuação de intermediários torna sua utilização mais barata, além de seu

---

40. Tal inacessibilidade se dá pelas mais diversas causas, como infraestrutura bancária insuficiente em determinadas regiões, documentação inadequada, altas taxas bancárias, entre outros, afetando diretamente as microeconomias, sobretudo as rurais (BOFF, Salete Oro; FERREIRA, Natasha Alves. Análise dos benefícios sociais da bitcoin como moeda, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, v. XVI, p. 514, Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2016).

41. Idem.

funcionamento facilitar transações através da internet, a principal barreira para que se torne um sistema de troca comercial bem-sucedido talvez resida no nível de confiança que se deposita nele.

Seu êxito depende, igualmente, de uma mudança no comportamento dos usuários. Nos próximos anos, o número de usuários de criptomoedas em operações de compra e venda na internet pode crescer, em vez de as utilizarem como forma de investimento e/ou especulação financeira. Todavia, uma vez que essa confiança somente poderá ser semeada com o reconhecimento das criptomoedas por instituições financeiras e governos regulamentando seu uso em nível mundial, a necessidade de um posicionamento dos Estados acerca das criptomoedas é medida que se impõe.<sup>42</sup>

#### 4. O PROBLEMA DA AUSÊNCIA DE NORMATIZAÇÃO DAS CRIPTOMOEDAS NO BRASIL

A sociedade sempre teve muitos anseios por mudanças envolvendo a tecnologia, e essas inovações produziram resultados fantásticos.<sup>43</sup> No entanto, todos esses processos também sofreram, logo no início, alguma rejeição por parte de grupos que não tinham interesse em modificar a sociedade.<sup>44</sup> Não é diferente quanto às criptomoedas.

Mesmo que as criptomoedas tenham trazido inúmeras vantagens relacionadas à circulação dos ativos, a possibilidade de realização de transações financeiras e comerciais de forma anônima facilita seu uso, mas também estimula diversas atividades ilegais, como lavagem de di-

---

42. CÁRDENAS et al., op. cit., p. 107.

43. Há inúmeros exemplos, como internet, computador e, até se voltarmos mais na história, energia elétrica, entre outras inovações que acrescentaram de forma significativa à evolução da humanidade como um todo.

44. BOFF; FERREIRA, op. cit., p. 504.

nheiro, evasão de divisas e tráfico de entorpecentes (a exemplo de seu expressivo uso na *darkweb*).<sup>45</sup> Não se deve olvidar, ainda, que a ausência de regulamentação facilita o uso das criptomoedas como um novo meio de se obterem ganhos ilícitos em detrimento da coletividade, como a criação de pirâmides financeiras e outros mecanismos fraudulentos que lesam seus investidores, trazendo risco à higidez da ordem econômico-financeira nacional.<sup>46</sup> Obviamente, a ausência de uma regulamentação estatal dificulta a persecução criminal, pois não há como se enquadrar em determinados tipos penais algo que não conta com uma resposta firme acerca de sua natureza jurídica no ordenamento jurídico. Deve-se lembrar que, por sua própria natureza, tipos penais inadmitem analogias em desfavor do réu.

Contudo, a aguardada regulamentação das criptomoedas pode funcionar como uma “faca de dois gumes”, pois, se, de um lado, pode funcionar como um mecanismo de consolidação e fortalecimento dessa inovação

---

45. A *darkweb* é a porção mais obscura da internet, a menor fração e a mais profunda, cujos conteúdos são deliberadamente ocultados para manter o sigilo e a privacidade dos dados. As páginas da *darkweb* não são indexadas por ferramentas de busca, no afã de assim permanecerem anônimas. Metaforicamente, quando se ingressa em uma sala escura e se deseja enxergar objetos específicos nela, é necessário contar com uma fonte de luz. De modo similar, é o que ocorre na *darkweb*, já que, para acessar qualquer conteúdo seu, é preciso usar navegadores específicos como o Tor. Embora as expressões *deepweb* e *darkweb* sejam corriqueiramente utilizadas como sinônimos, na realidade não o são, pois *deepweb* inclui todas as páginas que não aparecem numa simples busca na web, a exemplo de páginas que necessitam de *login* e senha, como internet *banking*, que estão inseridos conceitualmente na *deepweb*. A *darkweb*, por sua vez, é mais difícil de ser acessada, pois além de seus dados não serem localizáveis em ferramentas de busca ou através de protocolos de navegação padrão, também não consegue ser acessada através dos navegadores mais utilizados como Internet Explorer, Google Chrome, Firefox etc. Numa metáfora muito usada, a internet é como um *iceberg*, e, seu uso comum ocorre na chamada “*SurfaceWeb*”, que é a parcela da web exposta fora da água, facilmente visível. Logo abaixo da superfície ficaria a *deepweb*, cujo acesso é mais complicado, e, nas zonas afólicas do oceano, sem iluminação, onde este *iceberg* alcança, se situaria a *darkweb*, que é palco de um sem número de atos ilícitos (NAIRet *al*, 2020, p. 4)

46. SIMEÃO, Álvaro Osório do Valle; VARELLA, Marcelo Dias, A impossibilidade de regulação jurídica nacional do *blockchain*: rumo a um direito criptográfico?, *Revista Direitos Culturais*, v. 13, set./dez, Brasília: [s.n.], 2018, p. 60.



tecnológica, por outro também pode ser a origem de sua derrocada. O *Bitcoin*, por exemplo, tem como característica atrativa e indissociável a ausência de intermediação dos Estados e instituições bancárias. Dessa forma, a depender de como os Estados venham a regular e encarar as criptomoedas, taxando-as ou exigindo medidas burocráticas mais rígidas, as operações podem acabar se tornando menos ágeis e mais dispendiosas, perdendo, assim, as vantagens de sua aplicação.

Por tais motivos, a abordagem do *Law & Economics* é imprescindível para o estudo das criptomoedas, demandando cada vez mais estudos do fenômeno através desse marco teórico, pois, assim, é possível compreender, de forma mais efetiva, os impactos econômicos da intervenção estatal nessa inovação tecnológica. Devem-se empregar os conceitos e a teorização da ciência econômica como uma lente de análise do Direito,<sup>47</sup> atuando, de forma crítica, nos possíveis institutos que venham a ser positivados na regulação das criptomoedas, com vistas a minimizar eventuais impactos econômicos negativos e maximizar a concretização do interesse público, sobretudo no que se refere à tributação das criptomoedas e à persecução criminal dos delitos que as envolvem.

É preciso, igualmente, refletir sobre outros aspectos afetos ao tema, como, por exemplo, o fato de as legislações não conseguirem acompanhar o ritmo do avanço tecnológico desse mercado. Também é preciso ponderar a viabilidade ou não de se imprimir flexibilidade aos ordenamentos jurídicos, com vistas a facilitar ou dificultar a tendência natural da tecnologia de modificar os paradigmas estruturais do sistema econômico: trata-se de uma escolha política e jurídica, mas que não pode estar dissociada do pensamento científico-econômico.

No caso do Brasil, até então, as criptomoedas não são consideradas moedas, uma vez que, de acordo com o art. 21, VII, da Constituição Federal (1988), compete apenas à União a emissão de moeda, por meio do Banco

---

47. SADDI, op. cit., p. 1.

Central do Brasil, que tem a exclusividade para esse ato, nos termos do art. 164 da Carta Magna. Por tais razões, as criptomoedas vêm sendo tratadas pela doutrina especializada muito mais como ativos financeiros, equiparados a ações na Bolsa de Valores. Contudo, uma vez que as criptomoedas também funcionam como meio de pagamento, essa definição exclusiva e estanque não se enquadra totalmente na forma como ocorre seu uso, com a simplificação de um fenômeno bem mais complexo.

Diante da insuficiência do enquadramento das criptomoedas na natureza jurídica de mero ativo financeiro e com vistas a regulamentar as transações financeiras nos meios em que figura como meio de pagamento, tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n. 2.303/2015, com o intuito de classificar as criptomoedas (assim como as milhas de cartão de crédito) como arranjos de pagamento sob a supervisão do Banco Central.<sup>48</sup> Até a presente data deste estudo, o projeto de lei ainda não foi votado pelo plenário da Câmara de Deputados, nem mesmo foi aprovado pelas principais mesas, estando ainda na fase de oitiva das representações populares e governamentais em audiências públicas, tendo, inclusive, recebido poucas emendas nos primeiros atos do *iter* legislativo. Se as criptomoedas passarão a ser assim classificadas ou não no ordenamento jurídico brasileiro, isso dependerá do processo legislativo.

Na ausência de uma lei em sentido contrário, até então o Banco Central segue no entendimento de que as criptomoedas não estão sob sua regulação, ao argumento de que não são moedas fiduciárias e, portanto, não se inserem no escopo da legislação atinente aos meios de pagamento. Contudo, obviamente, há uma tendência desse órgão em se preocupar com a segurança cibernética na contratação de serviços e armazenamento de dados financeiros na internet. Por exemplo, menciona-se a

---

48. BRASIL. Projeto de Lei 2303/2015. Dispõe sobre a inclusão das moedas virtuais e programas de milhagem aéreas na definição de “arranjos de pagamento” sob a supervisão do Banco Central. 2015. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1555470>. Acesso em: 28 maio. 2019.

Resolução Bacen nº 4.658, de 26 de abril de 2018, que traz consigo uma visão analítica que pode ser aproveitada, de forma analógica, para os casos em que as *exchanges* emprestam criptomoedas cobrando taxas, situação que, de forma razoável, equipara-se a uma operação de crédito contratada na internet, e que, por isso, deveria observar a política de segurança cibernética.

Menciona-se, ainda, que, diante da necessidade de estudo e regulamentação da matéria, a Comissão de Ciência, Tecnologia, Inovação, Comunicação e Informática (CCT) do Senado Federal, aprovou, no dia 15 de abril de 2019, um requerimento subscrito pelo Senador Paulo Rocha, do Pará, para a realização de uma audiência pública, em conjunto com a Comissão de Assuntos Econômicos, com o objetivo de debater a importância da regulação do mercado de criptoativos no Brasil.

Paralelamente, no dia 7 de maio de 2019, foi publicada, no *Diário Oficial da União*, a Instrução Normativa da Receita Federal do Brasil nº 1.888/2019, instituindo e disciplinando a prestação obrigatória de informações à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB) em relação às operações realizadas com criptoativos, com entrada em vigor a partir de agosto de 2019. De acordo com a referida Instrução Normativa, tanto as pessoas físicas como as pessoas jurídicas, além das corretoras que realizam operações com criptoativos, devem prestar informações dessas operações à Receita Federal, sob pena de multa.

A norma administrativa define os criptoativos para os fins da Receita Federal em seu art. 5º, I, como

representação digital de valor denominada em sua própria unidade de conta, cujo preço pode ser expresso em moeda soberana local ou estrangeira, transacionado eletronicamente com a utilização de criptografia e de tecnologias de registros distribuídos, que pode ser utilizado como forma de investimento, instrumento de transferência de valores ou acesso a serviços, e que não constitui moeda de curso legal.

Nota-se, na construção do próprio texto, a dificuldade de se positivar a natureza jurídica das criptomoedas, já que se mencionou a função de unidade de conta, de intermediação de pagamento e de investimento (reserva de valor), ou seja, as exatas três funções da moeda, mas sem reconhecer sua característica de moeda de curso legal, definindo-a meramente como um “criptoativo”.

## 5. A REGULAMENTAÇÃO DAS CRIPTOMOEDAS NO MUNDO

As criptomoedas são realmente um fenômeno inovador e, apesar de suas eventuais consequências negativas, não é possível ignorar sua relevância. Por esse motivo, é importante haver um estudo mais aprofundado sobre suas consequências jurídico-econômicas e decidir quais seriam as ações mais apropriadas do Estado para lidar com essa inovação tecnológica. Um estudo dessa natureza só é possível pela ótica do *Law & Economics* e diante da análise das questões pontuais que envolvem esse fenômeno, que é tanto jurídico como econômico. Para tanto, é imprescindível analisar como os ordenamentos jurídicos estrangeiros estão lidando com essa matéria.<sup>49</sup>

O motivo principal para a falta de regulamentação das criptomoedas está relacionado ao seu caráter descentralizado, não se podendo submetê-las às políticas monetárias já existentes.<sup>50</sup> Esse é um problema enfrentado não apenas no Brasil, mas em âmbito mundial. A já mencionada Instrução

---

49. CAMPOS, Gabriela Isa Rosendo Vieira. Bitcoin: consequências jurídicas do desenvolvimento da moeda virtual, *Revista Brasileira de Direito*, v. 11(2), p. 77-84, jul.-dez. 2015, Passo Fundo: Imed, 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.18256/2238-0604/revistadedireito.v11n2p77-84>. Acesso em: 10 jun. 2020.

50. SOUZA, Amâncio Gleyck. Território das criptomoedas: limites à regulamentação estatal quanto à circulação de moedas no ciberespaço e possíveis alternativas, *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, p. 62-78, 2017. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5102/rbpp.v7i3.4902>. Acesso em: 2 jun. 2020.

Normativa da Receita Federal do Brasil nº 1888/2019, por exemplo, vai de encontro ao que tem sido realizado em diversos países, tentando forçar uma prestação de informações para centralizar os dados nos servidores estatais, com cunho furtivamente tributário, à míngua da existência de uma lei específica, e sem sequer discutir, cientificamente, os impactos econômicos de uma medida assim. Por natureza, determinadas criptomoedas, a exemplo do *Bitcoin*, atuam numa rede de dados descentralizada, e uma busca por qualquer tipo de centralização pode desestimular investimentos e desaquecer seu uso.

Países ao redor do mundo têm adotado algumas iniciativas: há países que incluíram mercados de criptomoedas em suas leis sobre lavagem de dinheiro, contra terrorismo etc., ou, em alguns casos, chegaram até mesmo a proibir todas as atividades envolvendo criptomoedas (a exemplo da China e do Cazaquistão). No outro lado do debate, há países que tentam, de alguma forma, taxá-las, com o fim de aproveitá-las como mais uma forma de arrecadação.<sup>51</sup>

Segue, por sua clareza e pertinência, uma tabela que lista a forma como alguns países têm regulamentado a questão das criptomoedas em seus respectivos ordenamentos jurídicos:

Aplicação de leis tributárias	Leis contra lavagem de dinheiro/ financiamento contra terrorismo	Ambas
Argentina	Ilhas Cayman	Austrália
Finlândia	Costa Rica	Canadá
Islândia	República Checa	Dinamarca
Israel	Estônia	Japão
Itália	Gibraltar	Suíça
Noruega	Hong Kong	
Polônia	Ilha de Man	

51. SILVA, F. C. et al. Criptomoedas: apontamentos sob a ótica macroeconômica, *Diversitas Journal*, v. 5, n. 1, p. 379, jan.-mar. 2020, Santana do Ipanema: UNEAL, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.17648/diversitas-journal-v5i1-934>. Acesso em: 20 jun. 2020.

Aplicação de leis tributárias	Leis contra lavagem de dinheiro/ financiamento contra terrorismo	Ambas
Romênia	Jersey	
Eslováquia	Letônia	
África do sul	Liechtenstein	
Espanha	Luxemburgo	
Suécia	Cingapura	
Reino Unido		

Fonte: Atualizado de SILVA *et al.*, 2020.

Outro país também aderiu à regularização das criptomoedas: a Alemanha. Em fevereiro de 2018, o Ministério das Finanças alemão emitiu uma nota informando que as criptomoedas passavam a ser um meio de pagamento legítimo, podendo ser usadas no cotidiano para as compras usuais. Na Alemanha, atualmente, quando a criptomoeda é usada como meio de pagamento, equivale a uma moeda legal para fins fiscais e comerciais no âmbito do território nacional.<sup>52</sup>

## 6. A DIFICULDADE DO PODER JUDICIÁRIO NO ENFRENTAMENTO DE DEMANDAS ENVOLVENDO CRIPTOMOEDAS

Devido ao seu funcionamento tão inovador e peculiar, as criptomoedas dificultam a regulamentação jurídica, cuja ausência, por sua vez, acaba por gerar insegurança aos magistrados na hora de enfrentar as demandas que as envolvem.

52. GERMAN MINISTRY OF FINANCE (Alemanha). *VAT Treatment of bitcoin and other virtual Currencies*, 27/02/2018. Disponível em: [https://pt.scribd.com/document/372651554/2018-02-27-Umsatzsteuerliche-Behandlung-Von-Bitcoin-Und-Anderen-Sog-Virtuellen-Waehrungen#from\\_embed](https://pt.scribd.com/document/372651554/2018-02-27-Umsatzsteuerliche-Behandlung-Von-Bitcoin-Und-Anderen-Sog-Virtuellen-Waehrungen#from_embed). Acesso em: 25 jun. 2020.

No Brasil, o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Conflito de Competência nº 161.123/SP,<sup>53</sup> decidiu acerca da competência para julgar os crimes relacionados e/ou decorrentes da atividade de intermediação de investimentos em criptomoedas. No caso concreto, duas pessoas, por intermédio de suposta *exchange* irregular, captavam dinheiro de investidores, oferecendo ganhos fixos mensais, atuando no mercado financeiro especulativo dos *Bitcoins* sem que tivessem qualquer registro prévio ou autorização da administração para tanto. No decorrer da persecução criminal, o *parquet* opinou que, como existiam indícios de crimes como evasão de divisas e sonegação fiscal, a ação deveria ser processada na Justiça Federal. Assim, a Justiça Estadual declinou da competência e, recebidos os autos no foro federal, foi suscitado conflito negativo de competência, ao argumento de que o *Bitcoin* não configura ativo financeiro, motivo pelo qual não se sujeitava ao controle da Receita Federal.

Em prosseguimento, no STJ, o ministro-relator Sebastião Reis Júnior entendeu que “a conduta investigada não se amolda aos crimes previstos nos artigos 7º, II, da Lei 7.492/1986, e 27-E da Lei 6.385/1976, notadamente porque a criptomoeda, até então, não é tida como moeda nem valor mobiliário”,<sup>54</sup> devolvendo os autos à Justiça Estadual para que houvesse a investigação do tipo penal inicial do estelionato e dos crimes contra a economia popular.

---

53. STJ. CC 161.123/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Junior, 3ª Seção, julgado em 28/11/2018, DJe 05/12/2018.

54. O art. 2º da Lei nº 6.385 estipula um rol enunciativo das espécies de valores mobiliários, sendo: (I) as ações, debêntures e bônus de subscrição; (II) os cupons, direitos, recibos de subscrição e certificados de desdobramento relativos aos valores mobiliários; (III) os certificados de depósito de valores mobiliários; (IV) as cédulas de debêntures; (V) as cotas de fundos de investimento em valores mobiliários ou de clubes de investimento em quaisquer ativos; (VI) as notas comerciais; (VII) os contratos futuros, de opções e outros derivativos, cujos ativos subjacentes sejam valores mobiliários; (VIII) outros contratos derivativos, independentemente dos ativos subjacentes; (IX) quando ofertados publicamente, quaisquer outros títulos ou contratos de investimento coletivo, que gerem direito de participação, de parceria ou de remuneração, inclusive resultante de prestação de serviços, cujos rendimentos advêm do esforço do empreendedor ou de terceiros. Ainda, exclui desse rol: (I) os títulos da dívida pública federal, estadual ou municipal; (II) os títulos cambiais de responsabilidade de instituição financeira, exceto as debêntures.

Nota-se, com esse simples exemplo prático extraído de um caso concreto, como a ausência de uma mera definição legal sobre a natureza jurídica das criptomoedas gera um problema sistêmico ao Poder Judiciário. Ora, o Banco Central entende que as criptomoedas consistem em representações digitais de valor que “não são emitidas nem garantidas por qualquer autoridade monetária, por isso não têm garantia de conversão para moedas soberanas, tampouco são lastreadas em ativo real de qualquer espécie, ficando todo o risco com os detentores”,<sup>55</sup> ou seja, não são moedas. Por sua vez, a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) entende que nenhuma criptomoeda se submete à sua fiscalização, pois o ativo “não é considerado atualmente um valor mobiliário”,<sup>56</sup> ou seja, as criptomoedas não podem ser equiparadas a ações.

Enquanto não for possível definir a natureza jurídica das criptomoedas, haverá essa enorme dificuldade para que o Estado atue, de forma efetiva, nas demandas que as envolvam, tanto na esfera cível como em âmbito penal. Vale ressaltar que, no Direito Penal, não é possível aplicar analogia em prejuízo do réu. Assim, à míngua de uma definição legal, as condutas ilícitas envolvendo as criptomoedas têm a criminalização primária dificultada e, determinados crimes cometidos com o uso do *Bitcoin*, por exemplo, como lavagem de dinheiro, evasão de divisas e outros, têm difícil persecução criminal, não só por serem de difícil investigação (em face de sua própria natureza descentralizada de criptomoeda), como também por serem de difícil adequação à tipicidade penal objetiva.

Determinar a natureza da criptomoeda, portanto, deveria ser o ponto de partida para o enfrentamento do problema pela ciência jurídica, sendo imprescindível a análise da questão sob a ótica da *Law & Economics*, com

---

55. BANCO CENTRAL DO BRASIL. Comunicado nº. 31.379, de 16 de novembro de 2017 – alerta sobre os riscos decorrentes de operações de guarda e negociação das denominadas moedas virtuais, p. 1. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/exibenormativo?tipo=-Comunicado&numero=31379>. Acesso em: 7 jun. 2019.

56. COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS (Brasil). Relatório semestral: supervisão baseada em risco, jul./dez. 2017. Disponível em: <https://bit.ly/2HsurxQ>. Acesso em: 25 abr. 2020.



vistas a minimizar eventuais impactos econômicos negativos. Deve-se definir como esse ativo será tratado no panorama nacional, sem olvidar que posicionamentos jurídicos geram consequências econômicas que impõem seu tratamento com cuidadosa racionalidade.

Obviamente, o enfrentamento da problemática é difícil e demanda uma série de estudos científicos mais aprofundados, não sendo possível seu exaurimento através deste singular *paper* acadêmico, pois as criptomoedas, de fato, apresentam características singulares, o que justifica a realização de pesquisas ostensivas de diversas fontes e sob vários focos de análise. Entretanto, as criptomoedas apresentam muitas características similares a outros fenômenos que já estão regulamentados em nosso ordenamento jurídico: no momento em que as criptomoedas atuam como meio de troca e unidade de valor, operam como dinheiro ou moeda; e, no momento em que figuram como ativo financeiro e investimento, atuam, sob alto risco, como uma reserva de valor. Por outro lado, seu comércio está inserido no mercado de consumo, como bens adquiríveis pelo consumidor. Assim, se há como definir a natureza jurídica dessas criptomoedas de maneira mais direta, com a bibliografia até então disponível, o certo seria afirmar que sua natureza jurídica é fluida e depende da análise de sua aplicação ao caso concreto: ora servindo como dinheiro ou moeda, ora servindo como ativo financeiro, inclusive podendo atuar dentro do mercado de consumo.<sup>57</sup>

Se a criptomoeda operar como bem de troca no mercado globalizado, favorecendo-se de sua rápida permuta no mercado financeiro através da internet, se aproximará ainda mais da natureza jurídica de dinheiro ou moeda, a exemplo de quando se adquire qualquer produto na internet, pagando-o com *Bitcoins*. (Na Alemanha e no Japão, por exemplo, isso já é possível.) Por outro lado, se a criptomoeda for comprada por um investidor e adicionada à sua carteira virtual, com a finalidade de realizar especulação financeira,

---

57. SILVA, Luiz Gustavo Doles. *A regulação do uso de criptomoedas no Brasil*. São Paulo: Mackenzie, 2017, p. 31.

então se enquadrará mais nas características de um ativo mobiliário; por outro lado, perante uma *exchange* financeira e em sua relação jurídica com o investidor, a criptomoeda se comportará como um bem de consumo.<sup>58</sup>

É lógico afirmar que os conflitos decorrentes do serviço prestado pelas *exchanges* aos investidores devem ser dirimidos sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor, já que o investidor *standard* é o destinatário final dos serviços prestados pelas *exchanges* para seu uso pessoal, não sendo aplicado o serviço como insumo de qualquer produção comercial. Conforme tal caracterização, é imperioso reconhecer a vulnerabilidade do consumidor em face das *exchanges* e da aplicação de todos os princípios legais decorrentes dessa presunção.

Caracterizada a relação de consumo, incidem todas as nuances havidas da aplicação do Código de Defesa do Consumidor às demandas submetidas ao Poder Judiciário. Nessa seara, considerando a inexistência de uma legislação específica que regule o mercado de criptomoedas, os comandos legislativos protetivos em defesa do consumidor ainda se encontram nebulosos, devendo o magistrado analisar sua aplicação ao caso concreto através dos instrumentos já existentes.

A vulnerabilidade dos investidores perante as *exchanges* é uma presunção que decorre da lei, partindo do pressuposto de que se trata de uma relação de consumo. Entretanto, o risco das operações decorrentes de sua natureza deve ser ponderado pelo julgador ao deparar com o caso concreto. Se as falhas de segurança são tão comuns no sistema bancário, não é difícil imaginarmos quão voláteis podem ser as atividades desem-

---

58. De acordo com o Código de Defesa do Consumidor, “bem de consumo” equipara-se conceitualmente à noção de produto, que, como descrito no art. 3, §1º, é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial. No caso do *Bitcoin*, quando um usuário procura uma *exchange* para receber seus serviços, perante essa empresa e em sua relação com o consumidor, ele se comporta como um bem imaterial adquirido no mercado de consumo. Encontram-se presentes todos os requisitos legais para tanto, já que a própria *exchange* se enquadra no amplo conceito de fornecedor, contido no art. 3, *caput*, do CDC, e o serviço financeiro integra o mercado de consumo, por força do art. 3, §2º, do CDC.

penhadas pelas *exchanges* de criptomoedas, uma vez que suas atividades são novas e carecem de regulação.

Uma vez que a transação decorrente da relação de consumo entre o prestador de serviços (*exchange*) e o mercado concretiza-se de forma anônima, exclusivamente por meio remoto, através da internet, é difícil até mesmo avaliar na prática os abusos praticados no mercado de consumo, já que qualquer produção de prova torna-se mais difícil, e esse é outro desafio enfrentado pelo Poder Judiciário.

Obviamente, à luz do Código de Defesa do Consumidor, as eventuais falhas de segurança nas atividades desempenhadas pelas *exchanges* nas transações e no armazenamento de ativos de criptomoedas deverão configurar vício do serviço e ensejar a reparação dos danos causados ao consumidor, nos moldes do art. 20 do *Codex*. Entretanto, há de se ponderar que, se os riscos da atividade financeira sequer são anulados na atuação das instituições financeiras de grande porte, não é difícil imaginar quão frágeis são as barreiras que impedem as *exchanges* de sofrer tais ataques.

Mesmo diante da segurança na validação das transações, a natureza das criptomoedas a torna sujeita a riscos imensuráveis, incluindo, nesse caso, a possibilidade de perda de todo o capital investido, diante de um “ataque”, além da típica e brusca variação de preços, diante da instabilidade flutuante do valor da moeda no mercado virtual globalizado, através da internet. Definir até onde esses riscos devem ser ostensivamente informados pelas *exchanges* e qual é o limite no qual a respectiva conduta passa de atuação regular a ilícito civil indenizável, sob a égide do CDC, é outro desafio dado ao Poder Judiciário diante do caso concreto. Analisar até onde as promessas de ganhos pelos investimentos podem ser consideradas informações vinculativas aos moldes do art. 30 do CDC e quando ultrapassam esse limite para o ilícito civil (ou também para o ilícito penal previsto no art. 66 do CDC) são desafios que se apresentam ao juiz no caso concreto, ao lidar com demandas envolvendo investidores e *exchanges*.

Um problema evidente ao se considerarem as criptomoedas como bens de consumo e seu mercado financeiro submetido às normas do CDC é que, com frequência, o protecionismo do microssistema das relações de consumo torna dispendiosa a atuação dos agentes de mercado, ampliando o custo econômico das operações e subindo as taxas praticadas pelas *exchanges* (já que os riscos da atividade ficam maiores), o que possivelmente gera um efeito negativo na circulação das criptomoedas. Todavia, quanto a isso, não há alternativa, sob pena de se ferir a disposição legal do CDC, que adota um conceito finalista de consumidor e uma definição ampla de fornecedor, produtos e serviços.

Obviamente, uma vez que as *exchanges* de criptomoedas não foram objeto de regulamentação pertinente, não podem ser consideradas instituições financeiras ou, ao menos até então, ser reguladas pelo Banco Central do Brasil. Contudo, de forma prospectiva, esse cenário pode ser modificado através do *iter* legislativo do já mencionado Projeto de Lei nº 2.303/2015.<sup>59</sup>

Até então, as *exchanges* são encaradas pelos tribunais como fornecedores no mercado de consumo, ou seja, empresas que desenvolvem uma atividade econômica no mercado financeiro de consumo (e isso também facilita a compreensão das criptomoedas como bens de consumo). Por conseguinte, outro ponto observável e que contribui para essa definição é que a relação de *exchanges* com os bancos que figuram como clientes se apresenta como insumo comercial, não havendo, por isso, relação de consumo nesse caso, da forma como já definido pelo Superior Tribunal de Justiça (2018) no REsp nº 1.696.214-SP.<sup>60</sup>

Por ser importante comentar, no precedente supramencionado, uma instituição bancária encerrou unilateralmente o contrato de conta-cor-

---

59. BRASIL. Projeto de Lei 2303/2015. Dispõe sobre a inclusão das moedas virtuais e programas de milhagem aéreas na definição de “arranjos de pagamento” sob a supervisão do Banco Central. 2015. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1555470>. Acesso em: 28 maio 2019.

60. Superior Tribunal de Justiça (2018). REsp 1696214/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze. Terceira Turma, jul. em 09/10/2018, DJe 16/10/2018.

rente com uma *exchange*, e o STJ entendeu que tal conduta não constituía prática abusiva, uma vez que a empresa atuava como concorrente direta do banco no mercado financeiro, produzindo, assim, impacto no faturamento daquela instituição financeira, o que, na visão do STJ, justificaria a tal conduta adotada.

Ao menos uma afirmação interessante surge desse precedente: o avanço das criptomoedas assusta até mesmo as instituições financeiras e, talvez, em última análise, assuste até o próprio Estado, razão pela qual a China e o Cazaquistão, por exemplo, as proibiram.

Recentemente, em 26 de junho de 2020, o considerado “lendário” comentarista financeiro e investidor estadunidense Jim Rogers fez uma declaração polêmica ao jornal japonês *Aera Dot*, afirmando que, mais cedo ou mais tarde, o preço do *Bitcoin* chegará a zero, e os países eliminarão as criptomoedas. Nas palavras de Rogers: “Se as criptomoedas se tornarem dinheiro real, em vez do objeto de apostas que são hoje, o governo as tornará ilegais e as eliminará”. E acrescenta: “O governo quer saber tudo. O dinheiro eletrônico controlável sobreviverá e as moedas virtuais fora da influência dos governos serão apagadas”.<sup>61</sup>

Em que pesem os comentários de Jim Rogers apresentarem sua usual relevância, causa certa perplexidade, segundo suas palavras, a forma como os governos vão apagar algo que se encontra fora de sua influência. A real tendência que vem sendo observada é que os países têm tentado regulamentar as criptomoedas na medida do possível. Não há outra escolha, pois é impossível fazer cessar a evolução tecnológica e eliminar a tendência natural de virtualização das coisas, inclusive da economia. Os fenômenos virtuais, com sua velocidade e versatilidade, e também com seu potencial de reinvenção, são mais ágeis do que aquilo com que o aparato estatal é capaz de lidar para a realização de uma proibição efetiva. O papel da ciência,

---

61. MATOS, Gino. Lendário investidor afirma que *bitcoin* será apagado por governos, *Portal CriptoFacil*. Disponível em: <https://www.criptofacil.com/lendario-investidor-afirma-que-bitcoin-sera-apagado-por-governos/>. Acesso em: 28 jun. 2020.

sobretudo do Direito, diante do marco da *Law & Economics*, é pensar num meio de atuar sob essa inovação tecnológica, minimizando os impactos econômicos negativos e maximizando suas vantagens.

## 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o fim de tecer as considerações finais da presente pesquisa, desde logo se aponta que a moeda e o dinheiro sofreram ressignificações ao longo do processo histórico da humanidade, e é razoável concluir que o surgimento e a expansão das criptomoedas decorrem de natural evolução da economia e da própria humanidade, sendo uma das consequências da globalização e do novo mercado surgido na internet.

Sem dúvida, as criptomoedas apresentam idiossincrasias que tornam difícil a definição de sua natureza jurídica, sobretudo diante da análise das funções da moeda. Por exemplo, o *Bitcoin* surgiu com o objetivo de funcionar como um bem de troca ágil e desvinculado de regulação estatal nas operações realizadas na internet. Contudo, acabou sendo absorvido pelo mercado muito mais como um ativo financeiro, embora sua fragilidade e sua volatilidade dificultem apontá-lo, com confiança, como um fenômeno que preenche plenamente as funções de uma reserva segura de valor. Ainda assim, existem estabelecimentos comerciais que aceitam a compra de produtos e serviços usando o *Bitcoin* como uma unidade de conta.

Portanto, embora as três funções da moeda possam ser, de certa maneira, observadas em sua utilização, há uma grande dificuldade sistêmica de se considerarem as criptomoedas (notadamente, o *Bitcoin*) como moedas, sobretudo no Brasil, onde o ordenamento jurídico só autoriza a emissão de moeda pelo Banco Central e a utilização de moeda estrangeira é vedada. Por outro lado, considerar criptomoedas apenas meros ativos financeiros não é algo capaz de descrever o fenômeno em sua inteira complexidade. Obviamente, a resposta para tal celeuma dependerá de

uma produção científica ostensiva para que se firme um posicionamento seguro. Contudo, a presente pesquisa ousa opinar que, até se alcançar uma solução definitiva, as criptomoedas devem ser consideradas um fenômeno de natureza fluida, ora se comportando como moeda, ora como um ativo financeiro, e também como bens de consumo, a depender da relação jurídica em que estejam inseridas: tudo dependerá da análise de seu comportamento diante do caso concreto.

O fato é que, cada vez mais, a ciência jurídica precisa estudar esse fenômeno sob a ótica da *Law & Economics*, a fim de prescrever as melhores definições e os mais adequados institutos jurídicos aplicáveis, sempre com vistas a minimizar possíveis impactos econômicos negativos nesse novo mercado ascendente.

Estatisticamente, há uma expansão do mercado mundial de criptomoedas, verificando-se cada vez mais capital investido, o que, por si só, já justificaria a necessidade de regulação desse fenômeno. Contudo, o fato de as criptomoedas também estarem atreladas à concretização de condutas criminosas, sobretudo na *darkweb*, bem como serem utilizadas como meio de lavagem de dinheiro, evasão de divisas e outros crimes, conduz à imprescindibilidade de sua regulamentação pelos países.

Determinados países, como Itália e Noruega, apenas regulamentaram as criptomoedas para fins tributários, sem definir ainda suas questões criminais. Por outro lado, países como Costa Rica, Estônia e República Checa regulamentaram as criptomoedas apenas nas leis penais contra lavagem de dinheiro e financiamento contra terrorismo, sem definir os aspectos tributários. Por derradeiro, há Estados que as regulamentaram nos dois aspectos, como Japão, Canadá e Suíça, isso sem mencionar a inovação de países como a Alemanha, que, inclusive, já aceitam as criptomoedas como moedas legais dentro de seu território para a realização de qualquer transação de compra e venda.

No caso do Brasil, a ausência de um posicionamento estatal firme produz instabilidade no tratamento das criptomoedas: o Banco Central não as consi-

dera moedas; a CVM não as considera valores mobiliários; porém, por outro lado, a Receita Federal as considera um ativo, mas descreve, em sua utilização, determinadas funções que são típicas de moeda; os tribunais tendem a encará-la como um bem de consumo, ao menos quando consumidores demandam contra as *exchanges*. Ainda não há uma lei que resolva a celeuma, e, no meio de toda essa indefinição, o Poder Judiciário encontra dificuldade para enfrentar as questões atinentes a essa matéria que são submetidas à sua apreciação.

Sem dúvida, no que se refere ao tratamento da questão em demandas que envolvam pretensões dos investidores contra práticas abusivas das *exchanges*, trata-se de relação de consumo regrada pelo Código de Defesa do Consumidor. Todavia, os liames acerca de como aplicar institutos como a vinculação da informação dada e, em última análise, até mesmo os crimes contra as relações de consumo são questões ainda não definidas, encontrando-se pendentes de análise do caso concreto nos tribunais.

Não se sabe ainda se as criptomoedas conduzirão as sociedades a uma nova economia globalizada ou se são apenas uma bolha que será superada e afastada pelos governos. Contudo, sem dúvida, trata-se de uma inovação que merece observação científica e, sobretudo, demanda um posicionamento da ciência jurídica em consonância com o raciocínio econômico, recorrendo-se ao marco teórico da *Law & Economics*, com vistas a que essa atuação atenuie, ao máximo, possíveis efeitos econômicos negativos.

## REFERÊNCIAS

- ANJOS JR., Moacir dos. Moeda e cultura: elementos para uma abordagem institucional da moeda, *Revista de Economia Política*, v. 18, nº 1 (69), jan.-mar. 1998. São Paulo: Editora 34, 1998. Disponível em: <http://www.rep.org.br/PDF/69-4.PDF>. Acesso em: 15 jun. 2020.
- ASSANGE, Julian. *Cypherpunks: liberdade e o futuro da internet*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2013.



- BANCO CENTRAL DO BRASIL. Comunicado nº. 31.379, de 16 de novembro de 2017 – alerta sobre os riscos decorrentes de operações de guarda e negociação das denominadas moedas virtuais. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/exibenormativo?tipo=Comunicado&numero=31379>. Acesso em: 7 jun. 2019.
- \_\_\_\_\_. Resolução nº 4.658, de 26 de abril de 2018 — Dispõe sobre a política de segurança cibernética e sobre os requisitos para a contratação de serviços de processamento e armazenamento de dados e de computação em nuvem a serem observados pelas instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil. Disponível em: [https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/download-Normativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/50581/Res\\_4658\\_v1\\_O.pdf](https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/download-Normativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/50581/Res_4658_v1_O.pdf). Acesso em: 28 jun. 2020
- BAROSSO, Milton Filho; SZTAJN, Rachel. Natureza jurídica da moeda e desafios da moeda virtual, *Revista Justitia*, São Paulo: Ministério Público de São Paulo, v. 70-72 (204/206), jan./dez. 2013-2015. Disponível em: [https://es.mpsp.mp.br/revista\\_justitia/index.php/Justitia/article/view/81](https://es.mpsp.mp.br/revista_justitia/index.php/Justitia/article/view/81). Acesso em: 26 jun. 2020
- BERNARDO, Marcel Pereira; NORI, Rodrigo Braian; BERNADELLI, Luan Vinicius. A história da moeda: uma proposta da união entre teoria econômica etnografia, *Interdisciplinary Journal of Philosophy Law and Economics*, São Paulo, MISES, v. 7(2), mai./ago. 2019.
- BITVALOR. Mercado brasileiro de bitcoins em junho de 2015. Disponível em: [https://bitvalor.com/files/Infografico\\_Bitcoins\\_Mercado\\_Brasileiro\\_Junho2015.pdf](https://bitvalor.com/files/Infografico_Bitcoins_Mercado_Brasileiro_Junho2015.pdf). Acesso em: 24 jun. 2020.
- BOFF, Salette Oro; FERREIRA, Natasha Alves. Análise dos benefícios sociais da bitcoin como moeda, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, v. XVI, p. 499-523, Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2016.
- BRAGA, A. M. et al. Segurança de aplicações blockchain além das criptomoedas. In: Minicursos do XVII Simpósio Brasileiro em Segurança da Informação e de Sistemas Computacionais (SBSeg 2017), p. 99-149, 2017.
- BRASIL. Projeto de Lei 2303/2015. Dispõe sobre a inclusão das moedas virtuais e programas de milhagem aéreas na definição de “arranjos de pagamento” sob a supervisão do Banco Central. 2015. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1555470>. Acesso em: 28 maio 2019.
- \_\_\_\_\_. Comissão de Valores Mobiliários. Relatório semestral: supervisão baseada em risco, jul./dez. 2017. 2018. Disponível em: <https://bit.ly/2HsurxQ>. Acesso em: 25 abr. 2020.

- CAMPOS, Gabriela Isa Rosendo Vieira. Bitcoin: consequências jurídicas do desenvolvimento da moeda virtual, *Revista Brasileira de Direito*, v. 11(2), p. 77-84, jul.-dez. 2015, Passo Fundo: IMED, 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.18256/2238-0604/revistadireito.v11n2p77-84>. Acesso em: 10 jun. 2020.
- CÁRDENAS, Z. J. P. et al. Bitcoin como alternativa transversal de intercambio monetário em la economía digital, *Redes de Ingeniería*, v. 6, n. 1, jan.-jun. 2015, p. 106, 128. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.14483/udistrital.jour.redes.2015.1.a08>. Acesso em: 10 jun. 2020.
- CARVALHO, C. E. et al. *Bitcoin, criptomoedas, blockchain: desafios analíticos, reação dos bancos, implicações regulatórias*. São Paulo: Centro de Liberdade Econômica Mackenzie, 2017.
- CASEY, Michael J. *World's 'unbanked' en route to financial inclusion with mobile money*. Disponível em: <https://blogs.wsj.com/moneybeat/2014/11/05/worlds-unbanked-en-route-to-financial-inclusion-with-mobile-money/>. Acesso em: 24 jun. 2020.
- COINDEX. *BitcoinValue*. Disponível em: [www.coindex.com/](http://www.coindex.com/). Acesso em: 24 jun. 2020.
- GERMAN MINISTRY OF FINANCE (Alemanha). *VAT Treatment of bitcoin and other virtual currencies*. Disponível em: [https://pt.scribd.com/document/372651554/2018-02-27-Umsatzsteuerliche-Behandlung-Von-Bitcoin-Und-Anderen-Sog-Virtuellen-Waehrungen#from\\_embed](https://pt.scribd.com/document/372651554/2018-02-27-Umsatzsteuerliche-Behandlung-Von-Bitcoin-Und-Anderen-Sog-Virtuellen-Waehrungen#from_embed). Acesso em: 25 jun. 2020.
- GRACIANO, Wallace. Bitcoins já são aceitos em mais de 150 locais no Brasil, *O Tempo*, 2018. Disponível em: <https://www.otempo.com.br/capa/economia/bitcoins-j%C3%A1-s%C3%A3o-aceitos-em-mais-de-150-locais-no-brasil-1.1559415>. Acesso em: 16 fev. 2019.
- HOLLINS, Steve. *Bitcoin para iniciantes: o guia definitivo para aprender a usar bitcoin e criptomoedas*. S.l.: Create Space Independent Publishing Platform, 2018.
- KAMINSKA, I. Democratising finance: vision for bitcoins beginning to fade, *Financial Times*, 03 fev. 2015. Disponível em: <https://www.ft.com/content/f5937b80-7ee8-11e4-b83e-001444feabdc0>. Acesso em: 24 jun. 2020.
- LIMA, João Manoel de Junior. Introdução às instituições financeiras e sua regulação. In: SAMPAIO, Patricia Regina Pinheiro et al. (orgs.). *Direito e economia: diálogos*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019.
- MARX, Karl. *O capital*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1971.
- MATOS, Gino. Lendário investidor afirma que bitcoin será apagado por governos, *Portal Criptofácil*. Disponível em: <https://www.criptofacil.com/lendario-investidor-afirma-que-bitcoin-sera-apagado-por-governos/>. Acesso em: 28 jun. 2020.

- NAIR, Adarsh et al. *Dark web demystified: into the power of anonymity*. S.l.: s.n., 2020.
- NAKAMOTO, Satoshi. Bitcoin: a peer-to-peer electronic cash system, 2008. Disponível em: <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>. Acesso em: 23 jun. 2020.
- OLIVEIRA, Victor Augusto de Almeida. *Moeda eletrônica do Banco Central: uma introdução*. Ribeirão Preto: Universidade de São Paulo, 2019.
- OVERTURE, Benjamin. 7 criptomoedas que vieram antes do Bitcoin, *Portal do Bitcoin*. Disponível em: <https://portaldobitcoin.com/7-criptomoedas-que-vieram-antes-do-bitcoin/>. Acesso em: 23 jun. 2020.
- PEDRO, João Vieira. *A história do dinheiro*. Lisboa: Academia das Ciências de Lisboa, 2017.
- PORTAL G1 DE NOTÍCIAS. *Coluna Economia*. O que se sabe até agora do ‘sequestro’ de computadores em grandes empresas ao redor do mundo. 12 de maio de 2017. Disponível em: <https://g1.globo.com/tecnologia/noticia/o-que-se-sabe-ate-agora-do-sequestro-de-computadores-em-grandes-empresas-ao-redor-do-mundo.ghtml>. Acesso em: 24 jun. 2020.
- \_\_\_\_\_. *Coluna Economia*. Bitcoin já tem mais que o dobro de investidores da bolsa no Brasil. 21 de janeiro de 2018. Disponível em: <https://www.enfoquems.com.br/bitcoin-ja-tem-mais-que-o-dobro-de-investidores-da-bolsa-no-brasil/?amp>. Acesso em: 24 jun. 2020.
- RECEITA FEDERAL DO BRASIL. Consulta Pública nº 06/2018. Dispõe sobre a prestação de informações relativas às operações com criptoativos. Disponível em: <http://receita.economia.gov.br/sobre/consultas-publicas-e-editoriais/consulta-publica/arquivos-e-imagens/consulta-publica-rfb-no-06-2018.pdf/@@download/file/Consulta%20P%-C3%BAblica%20RFB%20n%C2%BA%2006-2018.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2020.
- \_\_\_\_\_. Instrução Normativa nº 1.888, de 03 de maio de 2019. Publicado no DOU de 07/05/2019. Disponível em: <http://www.in.gov.br/web/dou/-/instru%C3%87%-C3%83o-normativa-n%C2%BA-1.888-de-3-de-maio-de-2019-87070039>. Acesso em: 28 jun. 2020.
- \_\_\_\_\_. Instrução Normativa RFB n. 1888, de 03 de maio de 2019, *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 07 maio 2019. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=100592>. Acesso em: 28 jun. 2020.
- SADDI, Jairo. Direito e Economia no mercado de crédito. In: SAMPAIO, Patricia Regina Pinheiro et al. (orgs.). *Direito e Economia: diálogos*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019.
- SANCHES, Lucio. *Introdução à Economia*. Paraíso do Norte: FAPAN, 2011. Disponível em: <https://biblioteca.isced.ac.mz/bitstream/123456789/1340/1/Apostila-%20Economia%20%28Introducao%29.pdf>. Acesso em: 23 jun. 2020.

- SANTANA JUNIOR, Edemilson Cruz. *Dinheiro e poder social: um estudo sobre bitcoin*. Brasília: Universidade de Brasília, 2018.
- SANTOS, Luis Paulo Ferreira dos. Inflação e hiperinflação: utilização das funções da moeda como ferramentas para a estabilização dos preços. O caso brasileiro de 1994, *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, ano 6, nº 3. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2020. Disponível em: [https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2020/3/2020\\_03\\_1239\\_1343.pdf](https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2020/3/2020_03_1239_1343.pdf). Acesso em: 19 jun. 2020.
- SENADO FEDERAL (Brasil). Requerimento n. 19/2019 – CCT. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/comissoes/reuniao?8&reuniao=8531&codcol=1363>. Acesso em: 28 maio 2019.
- SILVA, F. C. da et al. Criptomoedas: apontamentos sob a ótica macroeconômica, *Diversitas Journal*, v. 5, n. 1, p. 371-383, jan.-mar. 2020, Santana do Ipanema: UNEAL, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.17648/diversitas-journal-v5i1-934>. Acesso em: 20 jun. 2020.
- SILVA, Luiz Gustavo Doles. *A regulação do uso de criptomoedas no Brasil*. São Paulo: Mackenzie, 2017.
- SIMEÃO, Álvaro Osório do Valle; VARELLA, Marcelo Dias. A impossibilidade de regulação jurídica nacional do blockchain: rumo à um direito criptográfico? *Revista Direitos Culturais*, v. 13, set./dez., Brasília: [s.n.], 2018.
- SOUZA, Amâncio Gleyck. Território das criptomoedas: limites à regulamentação estatal quanto à circulação de moedas no ciberespaço e possíveis alternativas, *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, p. 62-78, 2017. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5102/rbpp.v7i3.4902>. Acesso em: 2 jun. 2020.
- TEMOTEO, A. Bitcoin causa euforia e preocupação. *Correio Braziliense*, 12 dez. 2017. Disponível em: [https://www.correio braziliense.com.br/app/noticia/economia/2017/12/12/internas\\_economia,647223/o-que-e-bitcoin.shtml](https://www.correio braziliense.com.br/app/noticia/economia/2017/12/12/internas_economia,647223/o-que-e-bitcoin.shtml). Acesso em: 24 jun. 2020.
- TOR PROJECT. Disponível em: <https://www.torproject.org/>. Acesso em: 26 jun. 2020.
- ULRICH, Fernando. *Bitcoin: a moeda na era digital*. 1 ed. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2014.

## ***Sobre os organizadores***

**Armando Castelar Pinheiro** | Coordenador de Economia Aplicada do Instituto Brasileiro de Economia (FGV Ibre) e professor da FGV Direito Rio e do Instituto de Economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Trabalhou como analista da Gávea Investimento, como pesquisador do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) e como chefe do Departamento Econômico do BNDES. É Ph.D em Economia pela Universidade da Califórnia (Berkeley), mestre em Administração pela COPPEAD/UFRJ e em Estatística pelo Instituto de Matemática Pura e Aplicada (IMPA), além de engenheiro eletrônico pelo Instituto Tecnológico de Aeronáutica (ITA). É membro do Conselho Técnico da Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo (CNC) e articulista dos jornais *Valor Econômico* e *Correio Braziliense*.

**Antônio José Maristrello Porto** | Doutor em Direito (*Doctor of the Science of Law – J.S.D.*) pela University of Illinois. Mestre (*Master of Laws – LL.M.*) pela University of Illinois. Professor da graduação e da pós-graduação *stricto sensu* em Direito da Regulação da FGV Direito Rio. Vice-diretor e coordenador do Centro de Pesquisa em Direito e Econo-

mia (CPDE) da FGV Direito Rio. Foi presidente da Associação Brasileira de Direito e Economia (ABDE).

**Patrícia Regina Pinheiro Sampaio** | Professora da graduação e da pós-graduação *stricto sensu* em Direito da Regulação da FGV Direito Rio. Pesquisadora do Centro de Pesquisa em Direito e Economia (CPDE). Doutora e mestre pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP).

## ***Sobre os autores***

**Maurício Albagli Oliveira** | Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Mestrando em Segurança Pública, Justiça e Cidadania pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Pós-graduado em Direito Civil pela Faculdade Baiana de Direito e pelo Instituto Juspodium.

**Monique Ribeiro de Carvalho Gomes** | Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Mestranda em Segurança Pública, Justiça e Cidadania pela UFBA. Especialista em Direito Constitucional do Trabalho pela UFBA. Especialista em Direitos Humanos e Contemporaneidade pela UFBA. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela UNIFACS.

**Pedro Henrique Izidro da Silva** | Juiz de Direito titular da 3ª Vara de Família, Órfãos, Interditos, Ausentes e Sucessões da Comarca de Feira de Santana, Bahia. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Especialista em Direito Público pelo Instituto de Direito Público, Distrito Federal (IDP-DF). Especialista em Direito Processual Civil pelo Juspodium, Salvador/BA. Ex-analista pro-

cessual do Ministério Público da União (ramo do Ministério Público Federal – Procuradoria Geral da República). Ex-advogado da União, com atuação no Ministério do Desenvolvimento Agrário, e no gabinete do Advogado-Geral da União.

**Rilton Góes Ribeiro** | Juiz de Direito da 7ª Vara do Sistema dos Juizados Especiais do Consumidor da Comarca de Salvador, tendo ingressado na magistratura em 1989. Graduado em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA) em 1986. Pós-graduado, *lato sensu*, em Ciências Criminais em 2007, pela Universidade da Amazônia, em convênio com a Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes.

**Rita de Cássia Ramos de Carvalho** | Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia; Mestre em Segurança Pública, Justiça e Cidadania pela Universidade Federal da Bahia (UFBA); formadora e tutora integrante do Banco Nacional de Formadores da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM); aluna do Programa de Doutorado em Direito Civil pela Universidade de Buenos Aires (UBA); especialista em Direito do Estado pela Faculdade Baiana de Direito; docente em Prática no Ensino Superior pela Faculdade Mauricio de Nassau e Faculdade Baiana de Ciências; especialista em Direito Eleitoral pela Faculdade Mauricio de Nassau e Escola Judiciária Eleitoral; pós-graduada e especialista em Direito Civil pela Universidade Federal da Bahia (UFBA); pós-graduada em Direito Eleitoral pela Universidade Federal da Bahia (UFBA); pós-graduada em Direito Público Municipal pela Universidade Federal da Bahia (UFBA); magistrada formadora da UNICORP; capacitada em Gestão de Pessoas, Gestão Cartorária pela ENFAM; capacitada em Poder Judiciário pela FGV; capacitada em Administração Judiciária pela ENFAM; multiplicadora em Técnicas de Mediação pela EMAB; capacitada em Justiça Restaurativa pela EMAB; capacitada em Planejamento de Ensino no Contexto da Magistratura pela



ENFAM; coordenadora do Centro Judiciário de Solução de Conflitos (CEJUSC) do Consumidor da Comarca de Salvador (biênio 2016/2018); coordenadora do Núcleo Permanente de Mediação e Conciliação (Nupemec, biênio 2018/2020); juíza assessora especial da Presidência para Assuntos Institucionais (biênio 2018/2020); coordenadora-geral da Universidade Corporativa do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (UNICORP) desde o ano de 2018 até a atualidade.

Este livro foi produzido pela FGV Direito Rio,  
composto com a família tipográfica  
Warnoock Pro, no ano de 2021.



“O velho Smith escreveu: ‘A paz e a ordem na sociedade são mais importantes’. Mas esse também é o objetivo fundamental do Direito. E, para alcançá-lo, é preciso avaliar continuamente as políticas públicas, bem como as legislações correspondentes, por seus resultados, e não pelas intenções de seus formuladores. A Economia é um instrumento importante para esse tipo de avaliação. Os autores dos diversos artigos deste livro se empenharam, sem exceção, na análise de diversas práticas e normas jurídicas, e em seus possíveis resultados. Dão continuidade, assim, à tradição de Adam Smith. Só posso parabenizá-los.”

**Antônio Porto Gonçalves**

