



REVISTA JURÍDICA DA UFRN
inverbis

COMISSÃO EDITORIAL

Presidente

Yvisson Coutinho Ribeiro

Membros

Amanda Pinto Wingerter Barros
Anna Beatriz Lacerda Raposo
Clara Gabriela Dias Rodrigues
Fernando Henrique Calado Vieira
Júlia Yanina Machado de Azevedo
Luís Alfredo Macedo Soares
Maria Luiza Gazanneo Cabral
Priscilla Maria Coutinho Medeiros de Luna
Ramoñ Henrique Nogueira
Vanessa de Azevedo Matoso

CONSELHO EDITORIAL

Ana Beatriz Ferreira Rebello
Anderson Souza da Silva Lanzillo
Andreo Aleksandro Nobre Marques
Anna Emanuella Nelson dos Santos C. da Rocha
Artur Cortez Bonifácio
Bento Herculano Duarte Neto
Claudia Vechi Torres
Diogo Pignataro de Oliveira
Edilson Pereira Nobre Júnior
Elke Mendes Cunha
Érica Verícia Canuto de Oliveira Veras
Fabiano André de Souza Mendonça
Fábio Wellington Ataíde Alves
Fabrício Germano Alves

Francisco Barros Dias
Ivan Lira de Carvalho
Jahyr-Philippe Bichara
José Araújo da Silva
Keity Mara de Souza e Saboya
Leonardo Martins
Luciano Athayde Chaves
Luiz Alberto Gurgel de Faria
Madson Ottoni de Almeida Rodrigues
Marcelo Maurício da Silva
Marcelo Navarro Ribeiro Dantas
Marco Bruno Miranda Clementino
Marcus Aurélio de Freitas Barros
Maria dos Remédios Fontes Silva
Maria do Perpétuo Socorro Wanderley de Castro
Mariana de Siqueira
Morton Luiz Faria de Medeiros
Otacilio dos Santos Neto
Patrícia Borba Villar Guimarães
Paulo de Souza Coutinho Filho
-Paulo Roberto Dantas Leão
Paulo Renato Guedes Bezerra
Raoni Macedo Bielschowsky
Ricardo Tinóco de Góes
Ronaldo Pinheiro Queiroz
Victor Rafael Fernandes Alves
Virgílio Fernandes de Macedo Junior
Vladimir da Rocha França
Xisto Tiago de Medeiros Neto
Walter Nunes da Silva Júnior
Yanko Marcius de Alencar Xavier
Yara Maria Pereira Gurgel
Zeu Palmeira Sobrinho

REVISTA JURÍDICA IN VERBIS

Publicação Semestral dos Acadêmicos do Curso de Direito
da Universidade Federal do Rio Grande do Norte

Reitora

Ângela Maria Paiva Cruz

Vice-Reitora

Maria de Fátima Freire de Melo Ximenes

CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS

Diretora

Maria Arlete Duarte de Araújo

Vice-Diretor

José Dionísio Gomes da Silva

Coordenadora do Curso de Direito

Ana Beatriz Ferreira Rebello

Chefe do Departamento de Direito Público

José Orlando Ribeiro Rosario

Chefe do Departamento de Direito Privado

Thiago Oliveira Moreira

Coordenador da In Verbis

Xisto Tiago de Medeiros Neto

DIAGRAMAÇÃO

Hélder Souza de Lima

REVISÃO

Comissão Editorial da Revista Jurídica In Verbis

TIRAGEM

450 Exemplares

Solicita-se permuta.

Pídese canje.

On demande l'échange.

Si richiede lo scambio.

We ask for exchange.

Wir bitten um austausch.

**Revista Jurídica In Verbis / Publicação semestral dos Acadêmicos
do Curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do
Norte. – Ano 18, n. 34 (jul./dez. 2013).**

Semestral

ISSN 1413-2605

**1. Direito – Periódicos. I. Universidade Federal do Rio Grande do
Norte. Centro de Ciências Sociais Aplicadas - CCSA/UFRN**

CDU - 34

**Comissão Editorial da Revista Jurídica In Verbis
Universidade Federal do Rio Grande do Norte - Espaço Integrado CAAC - In Verbis
Av. Senador Salgado Filho, 3.000 - Setor I - Curso de Direito
Campus Universitário - Lagoa Nova - Natal/RN - CEP 59072-970
Home Page: www.inverbis.com.br
E-mail: contato@inverbis.com.br**

**Os artigos assinados são de exclusiva responsabilidade dos autores. É permitida a
reprodução total ou parcial dos artigos desta Revista, desde que citada a fonte.**

Sumário

EDITORIAL	05
------------------------	-----------

A CARACTERIZAÇÃO DO DANO MORAL COLETIVO DECORRENTE DA PUBLICIDADE ENGANOSA DAS EMPRESAS DE TELEFONIA	09
---	-----------

Lucely Ginani Bordon

Maria Eduarda Patriota Medeiros

A INCIDÊNCIA DO CDC SOBRE OS MÉDICOS: A INCONSISTÊNCIA DOUTRINÁRIO-JURISPRUDENCIAL DIANTE DOS ASPECTOS ÉTICO-NORMATIVOS E FÁTICOS DA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE	27
---	-----------

Ródio Luís Brandão Câmara

Illana Cristina Dantas Gomes

A OBSOLESCÊNCIA DA LEI FEDERAL 1.060/50 E A NECESSIDADE DE REVISÃO DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA A CONCESSÃO DA JUSTIÇA GRATUITA	47
---	-----------

Vinícius Dantas Garcia

A RESPONSABILIDADE DOS FORNECEDORES NA CLONAGEM DE CARTÕES DE CRÉDITO	61
--	-----------

Ziliane Marques da Silva

Cleciane de Mendonça Vasconcelos

ANTINOMIAS ENTRE A LEI GERAL DA COPA (LEI 12.663/12) E A NORMATIZAÇÃO CONSUMERISTA	81
---	-----------

Gustavo Henrique Lopes Fragoso

DANO EXTRAPATRIMONIAL E INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTROS DE	
---	--

PROTEÇÃO AO CRÉDITO: A INCONSTITUCIONALIDADE DA SÚMULA N. 385 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA 99

José Leôncio Guimarães Filho

Víctor Marinho Fernandes de Freitas

DELIMITANDO O CONCEITO LEGAL DE CONSUMIDOR MEDIANTE A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA VULNERABILIDADE PURA 119

Rafael Rubinho Zoffoli

DESONERAÇÃO DA FOLHA DE PAGAMENTO: ASPECTOS DE EXTRAFISCALIDADE TRIBUTÁRIA 133

Ivana Souto de Medeiros

EFEITO DA SENTENÇA PROFERIDA EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA E ADSTRIÇÃO AO TERRITÓRIO DO JUIZ PROLATOR: NECESSIDADE DE MITIGAÇÃO DO ART. 16 DA LEI N.º 7.347/85 145

Thiago Augusto Lopes de Moraes

O PAPEL SOCIAL DOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS DE UTILIZAÇÃO DE BENS PÚBLICOS PARA A REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA 165

Sâmia Larissa Dias Barros

Thiago César de Souza Silva

O PRAZO DECADENCIAL PARA RECLAMAÇÃO POR VÍCIOS OCULTOS À LUZ DO CRITÉRIO DA VIDA ÚTIL 181

Carolina Rodrigues Luciano de Azevedo

PUBLICIDADE INSTITUCIONAL IRREGULAR: A VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA IMPESSOALIDADE E DA ISONOMIA 203

Maise Gindre Mosseline

Izalucia Lopes de Medeiros

ARTIGO CONVIDADO: O IMPACTO DA DESONERAÇÃO TRIBUTÁRIA REALIZADA PELO PODER EXECUTIVO NO PACTO FEDERATIVO 223

Karoline Lins Câmara Marinho de Souza

REGRAS DE PUBLICAÇÃO PARA A PRÓXIMA EDIÇÃO 245

Editorial

Estamos encerrando mais um semestre de árduo trabalho e muita dedicação para o lançamento de mais uma edição da Revista Jurídica In Verbis. Foi imprescindível para chegarmos aqui muito empenho, dedicação, disciplina, foco e principalmente amor pela revista. Foram realizadas inúmeras abdições pessoais em nome da revista. De tal modo, que se não fosse o desprendimento e o comprometimento dos membros, vocês não estariam prestigiando este periódico que é uma voz da comunidade acadêmica. Chegamos agora a 34ª edição deste periódico e se faz mister reconhecer e agradecer a todos aqueles que trabalharam para manter essa revista em circulação.

Durante o caminho de construção desta edição passamos por exaustivas discussões e debates. Foram realizadas correções minuciosas em cada artigo e exaustivas revisões em todos os pormenores do corpo da revista, buscando sempre proporcionar o melhor instrumento acadêmico estabelecido no seio da comunidade jurídica potiguar. Associando tradição e inovação, montamos esse novo exemplar repleto de pertinentes temas jurídicos que deve ser considerado motivo de orgulho para os docentes e discentes da UFRN, pela qualidade e atualidade do conteúdo. Trazendo assim um conhecimento único que irá influenciar na formação e comportamento dos estudantes.

Sabemos que a In Verbis é um instrumento de transmissão do saber jurídico para acadêmicos, profissionais da área e para a sociedade em geral. E por isso nos aplicamos totalmente à construção desse veículo de conhecimento, que propaga ideais e inovações dentro do meio acadêmico.

Ao observarmos a organização da revista, percebemos alguns pontos que mereciam ser aprimorados, para tal iniciamos algumas inovações. Para facilitar a comunicação entre os articulistas e os membros da revista estamos trabalhando na modificação do e-mail e do site da revista. Também iniciamos

uma parceria com o CONSEJ para a criação do CNPJ da revista, de modo a agregar mais credibilidade ao periódico.

Gostaríamos de agradecer o interesse de todos que enviaram artigos para serem publicados nesta edição da revista, afinal, são eles que proporcionam a manutenção deste periódico. Parabenizamos aqueles que tiveram seus artigos publicados e agradecemos pela significativa contribuição ao meio acadêmico através do conhecimento materializado nessas produções e pelo debate que as mesmas irão suscitar no âmbito jurídico. Aqueles que tiveram seus artigos reprovados, agradecemos a confiança e pedimos que continuem com o interesse em publicar.

Agradecemos a disponibilidade do nosso Conselho Editorial em contribuir para o crescimento desta revista, nos ajudando a publicar um material de qualidade, selecionando temáticas pertinentes e atualizadas, oferecido pelos articulistas. Ressaltamos também o crescimento desse Conselho composto de juristas de renome, sendo encontrados inclusive antigos participantes da Comissão Editorial da In Verbis. Eles possibilitam a Avaliação Cega por Partes, sistema em que cada Artigo é anonimamente avaliado por dois corretores, sendo a nota final equivalente à média das notas atribuídas pelos avaliadores. O que eleva o nível do material jurídico disponibilizado gerando uma rica experiência acadêmica.

Agradecemos a disponibilidade e o interesse da professora Karoline Marinho em publicar na revista como articulista convidada. Temos certeza que o seu trabalho abrilhantará, e muito, essa edição. É uma honra para os acadêmicos do Curso de Direito ter nas páginas da In Verbis produções científicas de professores renomados e estimados da Casa.

Após 18 anos do lançamento da primeira revista, a In Verbis ainda mantém o seu ideal de fomentar a pesquisa científica e estimular a produção acadêmica. É um orgulho poder ser considerado o mais antigo periódico do país, feito por alunos.

Desejamos a todos uma proveitosa leitura.

A Comissão Editorial

Artigos

A CARACTERIZAÇÃO DO DANO MORAL COLETIVO DECORRENTE DA PUBLICIDADE ENGANOSA DAS EMPRESAS DE TELEFONIA

Lucely Ginani Bordon

Acadêmica do 6º período do
Curso de Direito da UFRN

Maria Eduarda Patriota Medeiros

Acadêmica do 6º período do
Curso de Direito da UFRN

Victor Rafael Fernandes Alves

Professor-orientador

RESUMO

O presente trabalho analisa a admissibilidade da responsabilidade civil pelo dano moral coletivo oriundo da veiculação de propagandas enganosas pelas empresas de telefonia. De acordo com os princípios e regras previstos pelo Código de Defesa do Consumidor, verifica-se a necessidade de desestimular as propagandas enganosas veiculadas costumeiramente pelas empresas de telefonia que atentam não só contra os direitos da parte vulnerável da relação de consumo – o consumidor – como também geram danos à coletividade a quem a mensagem publicitária se destina. Para que esse desestímulo seja possível, destaca-se o instituto da responsabilidade pelo dano moral coletivo, cujo objetivo é nitidamente punitivo, sendo um meio hábil para garantir os direitos coletivos do consumidor. O dano moral coletivo foi marcado por vários impasses na doutrina e nos tribunais,

sob o argumento da inexistência de direitos da personalidade pertencentes à coletividade. Superado esse debate, faz-se mister analisar as propagandas de telefonia que costumeiramente contêm omissões ou falsas informações acerca dos seus serviços, com a consequente indução do consumidor ao erro.

Palavras-chave: Publicidade enganosa. Serviços de telefonia. Omissão de informações. Informações falsas. Responsabilidade civil. Dano moral coletivo.

1 INTRODUÇÃO

A atenção especialmente dedicada ao consumidor, com a sua efetiva promoção e tutela, deu-se graças à força irradiante dos princípios inerentes à Constituição de 1988, a qual determinou explicitamente, em seu art. 5º,¹ o dever do Estado em promover sua defesa. O Código de Defesa do Consumidor (CDC), mais que uma simples lei ordinária, é o instrumento legal de realização dos valores emanados pela Lei Maior, e destina-se a efetivar, no plano infraconstitucional, especialmente os princípios constitucionais da isonomia substancial e da defesa do consumidor, a fim de corroborar o ideal do chamado Neoconstitucionalismo.

É indiscutível a força vinculante imanente à Constituição, pois ela permite a sobreposição dos ditames constitucionais às legislações especiais. Assim, é colocado em evidência no CDC, tendo em vista o desequilíbrio entre os dois pólos na relação de consumo, a necessidade de se promover a tutela do consumidor como um ser dotado de direitos constitucionalmente assegurados, a cuja dignidade se deve promover.

Além do mais, os direitos dos consumidores são direitos coletivos e fazem parte dos direitos fundamentais de terceira geração. Faz-se necessário, por conseguinte, que se promova a tutela coletiva, a qual decorre dos novos problemas trazidos pela sociedade moderna, em que uma relação jurídica pode afetar simultaneamente um grande número de pessoas. Assim sendo,

¹ “XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.”



vislumbra-se a tutela coletiva como a mais adequada para proteger as relações que englobam uma considerável quantidade de indivíduos - muitas vezes até indeterminável – que são titulares de interesses em comum, decorrentes de um mesmo fato ou ato jurídico.

A publicidade, a seu turno, é decorrência de uma sociedade de consumo baseada na industrialização e produção em massa, sendo utilizada para, muito além de informar, induzir o consumidor a adquirir o produto ou serviço ofertado. É nesse intuito que são utilizadas estratégias para mexer com o inconsciente dos consumidores, e é por essa poderosa ação que a publicidade foi disciplinada pelo CDC para conferir ao consumidor a proteção necessária na fase pré-contratual.

O serviço de telefonia é cada vez mais procurado pelos brasileiros. As ofertas das empresas desse ramo são tentadoras e suas vantagens conquistam cada vez mais os consumidores, os quais possuem inúmeras opções de escolhas referentes a planos, condições de pagamento e promoções. Assim, no caso de ocorrer um eventual dano decorrente da discrepância entre o que fora ofertado na publicidade e o que fora contratado, percebe-se um grande aglomerado de pessoas com o mesmo problema, visto que estão envolvidas na mesma situação. É exatamente nesse contexto que se discute a possibilidade da existência do dano moral coletivo decorrente da publicidade enganosa veiculada nos meios de comunicação a respeito das ofertas de telefonia e, em caso positivo, a sua consequente responsabilização.

2 A PROTEÇÃO OFERECIDA AO CONSUMIDOR PELO CDC

A discussão acerca do tema da proteção ou defesa do consumidor tem sido crescente nas nações desenvolvidas. No Brasil, por exemplo, a chegada da Constituição Federal, em 1988, fixou, no inciso XXXII do artigo 5º, que uma das obrigações do Estado é a promoção, “na forma da lei”, da defesa do consumidor, bem como em seu artigo 170, que coloca em evidência o princípio da defesa do consumidor como princípio norteador da ordem econômica.

O CDC teve sua origem no contexto do desenvolvimento do Neoconstitucionalismo, movimento que disseminou a promulgação de Constituições de caráter democrático e social, marcadas, sobretudo, pela previsão e tutela dos direitos humanos fundamentais e pela positivação de princípios jurídicos, com a primazia do princípio da dignidade da pessoa humana, a qual deve ser devidamente promovida e protegida pelos Poderes



Públicos e pela própria sociedade. Proteger o consumidor passou a ser um dever do Estado.

Com vistas a efetivar e potencializar a tutela do consumidor o CDC arrola, em seu art. 6º, os direitos básicos do consumidor, os quais são citados como síntese dos institutos que estão disciplinados nos títulos e capítulos seguintes. Saliente-se que, diante da dimensão coletiva que as relações de consumo podem assumir pode-se afirmar que se está diante de um feixe de direitos ou interesses, alguns vagos e difusos. (CAVALIERI, 2011, p. 91)

Entre os diversos direitos descritos no art. 6º², faz-se necessário destacar aqueles contidos nos incisos IV e VI, os quais tratam, respectivamente, da proteção contra a publicidade enganosa e da prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, bem como dos individuais, coletivos e difusos.

Inicialmente, vislumbra-se que o direito à proteção contra a publicidade enganosa é abarcada pelo princípio da boa-fé, contido explicitamente no inciso III do art. 4º do CDC, restando evidenciado que o respeito ao consumidor deve imperar mesmo na fase pré-contratual, tendo em vista a lealdade, a honestidade, a ética e a transparência inerentes à relação de consumo.

Dessa maneira, é preciso atentar-se para a força vinculante da publicidade, com vistas a corresponder à expectativa gerada no público consumidor. O CDC quis garantir efetivamente que o consumidor não seria enganado por uma mentira nem por uma “meia verdade”. (NUNES, 2009, p. 492)

A tutela dirigida à publicidade incidente nas práticas comerciais é farta e bastante abrangente no âmbito do CDC. A enganosidade, uma vez contida nos anúncios, está sujeita à responsabilização segundo os princípios explicitamente dispostos entre os artigos 30 e 38. São eles: o princípio da identificação da publicidade (art.36) – pelo qual se depreende que a publicidade só é lícita nos casos em que o consumidor puder identificá-la facilmente; o princípio da vinculação contratual da publicidade (art. 30) – que obriga o fornecedor

² Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

(...)

IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços; (...)

VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos.



que dela se utilizar, bem como integra o contrato que vier a ser celebrado; o princípio da transparência da fundamentação da publicidade (art.36) – o qual busca uma relação sincera e menos danosa entre o fornecedor e o consumidor; o princípio da veracidade da publicidade, ao proibir a publicidade enganosa no art. 37; e, por fim, o princípio da inversão do ônus da prova no informe publicitário, no art. 38, determinando que quem patrocina a publicidade tem o ônus de provar a sua veracidade independentemente de determinação do magistrado. (CAVALIERI, 2011, p.133-135)

Atente-se também, em sequência, para a preocupação do CDC em disciplinar a reparação efetiva e a prevenção de danos morais, patrimoniais, coletivos e difusos. Nesse ponto, necessário se faz o destaque à possibilidade de se responsabilizar determinado fornecedor por eventual dano causado à coletividade, ou a um grande número de pessoas. O sistema consumerista, assim, permite a reparação de qualquer lesão sofrida pelo consumidor, seja ela restrita a uma só pessoa ou que atinja uma quantidade considerável delas.

Para melhor amparar o consumidor nos casos de dano em massa, percebe-se que o microsistema consumerista também inovou, visto que complementou as ideias contidas na Lei de Ação Civil Pública (Lei 7.347/85) e no Código de Processo Civil e findou por regulamentar a proteção coletiva, com a definição dos direitos difusos e coletivos, e a adição dos direitos individuais homogêneos, em seu artigo 81.³

A proteção decorrente de publicidade enganosa é um nítido exemplo de direito difuso. Todas as pessoas que possam ser alcançadas pela propaganda são sujeitos passivos desse direito e estão ligadas pelo fato de serem ouvintes do meio de comunicação que veiculou a publicidade enganosa (circunstância de fato). Os bens jurídicos tutelados são a moral, a boa-fé, a segurança, a integridade física e o patrimônio do consumidor, sendo

³ Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.



absolutamente indissociáveis, de forma que uma ofensa a eles atingirá todas as pessoas. Por decorrência lógica, assim, a satisfação de um também ocorrerá na de todos os demais.

Pode-se extrair do conceito apresentado pelo CDC que os interesses ou direitos difusos possuem natureza indisponível, transindividual, objeto indivisível, sujeitos indeterminados ligados por circunstância de fato e reparabilidade indireta.

Assim, são direitos transindividuais porque, logicamente, vão além dos interesses individuais, visto que pertencem a todos e por isso não se pode deles dispor ou haver transação. A indivisibilidade do seu objeto diz respeito à extensão dos seus efeitos a toda a sociedade, de maneira que seus titulares são indeterminados e estão ligados por circunstâncias de fato. Portanto, abrange a coletividade que está exposta aos mesmos fatos, e não por uma relação jurídica base, não havendo nenhum vínculo jurídico que os associem, mas que por decorrência lógica são possuidores da mesma proteção jurídica.

2.1 A responsabilidade pela publicidade enganosa

O CDC, com o escopo de garantir a salvaguarda dos direitos dos consumidores, adotou a responsabilidade objetiva dos comerciantes. Sendo assim, despreza-se a prova da culpa na aferição da responsabilidade civil por danos materiais ou morais, bastando que o consumidor comprove o dano e o nexo de causalidade entre o dano e o produto ou serviço.

Como sabido, a publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal, conforme o princípio da vinculação da publicidade. Nessa perspectiva, tem entendido o Superior Tribunal de Justiça⁴ que a responsabilidade civil e administrativa decorrente de publicidade enganosa toca aos fornecedores-anunciantes que a patrocinaram, não havendo que se falar em responsabilidade da empresa publicitária.

Se se parte das premissas de que se deve responsabilizar a empresa anunciante, e que a publicidade atinge um elevado número de pessoas, chega-se à conclusão lógica do cabimento da responsabilização por dano moral coletivo decorrente de publicidade enganosa, já que esse tipo de anúncio é vinculante e é direcionado a toda a coletividade, fazendo-se possível que o seu

⁴ Como, por exemplo, no julgamento do Recurso Especial nº 604.172-SP, pelo relator Ministro Humberto Gomes de Barros.



não cumprimento possa acarretar ação indenizatória. Uma vez configurado o fato ensejador de reparação por dano moral, nada impede que ele seja pleiteado, conjuntamente, por todos os envolvidos, sob a forma de dano moral coletivo.

3 A RESPONSABILIDADE POR DANO MORAL COLETIVO NAS RELAÇÕES DE CONSUMO NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

O dano moral ocorre com a violação dos direitos da personalidade tanto de pessoa física quanto da jurídica e seus bens imateriais. Por se tratar de dano não aferível materialmente se diz que é um dano extrapatrimonial, mas que apesar disso pode ser indenizável. Tal indenização deve ser reconhecida com critérios de razoabilidade e proporcionalidade, a fim de evitar abusos, ao mesmo tempo em que satisfaça a vítima, puna o ofensor (caráter punitivo) e seja exemplo para a sociedade (caráter preventivo-pedagógico).

Com relação ao dano moral coletivo, é cabível a indenização se houver um abalo ao patrimônio moral de uma comunidade e do seu círculo de valores coletivos, existindo presunção absoluta de lesão e prejuízo diante da ocorrência da publicidade enganosa. A prova de lesão ao íntimo das pessoas é dispensada desde que demonstrado o fato ofensivo, ou seja, o dano moral existe *in re ipsa*.

O dano moral coletivo foi pauta de grandes debates doutrinários e jurisprudenciais, tendo alguns doutrinadores afirmado que a coletividade não tem personalidade, sendo, assim, impossível uma indenização por danos morais. Contudo, é mister salientar que o dano moral coletivo é figura autônoma, não devendo ser comparado com o dano moral individual. A ultrapassada concepção vinculativa da ocorrência do dano moral ou extrapatrimonial à esfera dos direitos da personalidade há de ser afastada.

Nesse sentido, a configuração do dano moral coletivo não deve ser limitada ao sofrimento, a dor pessoal, ao abalo, a repulsa e a indignação, que caracterizam o dano moral individual. Deve ser compreendido por qualquer agressão injusta e significativa que atente ao espírito coletivo, sendo aplicável a qualquer violação dos valores fundamentais compartilhados pela coletividade.

O CDC encerrou a discussão ao consagrar expressamente em seu artigo 6º, que são direitos básicos do consumidor, entre outros, a efetiva proteção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos e o acesso aos órgãos judiciários e administrativos, com vistas à



prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos. Na lei da Ação Civil Pública alterada pela Lei 8.884/94, o conceito resta mais evidente já que abrange todo tipo de direito difuso ou coletivo. A nova redação do artigo 1º da Lei 7.347/85⁵, além da condenação pelos danos materiais causados ao consumidor por propaganda enganosa, destaca a responsabilidade por dano moral em decorrência de violação de tais direitos.

A Constituição Federal também consagrou o direito à reparação do dano moral em seu artigo 5º, X, “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Sendo assim, em acórdão proferido⁶ em 15 de dezembro de 2009, o Superior Tribunal de Justiça muda o seu entendimento ao tratar do dano moral coletivo decorrente de condição exigida por concessionária do serviço de transporte público para que os idosos usufríssem do benefício do acesso gratuito ao transporte coletivo (passe livre), apesar de o art. 38 do Estatuto do Idoso ser expresso ao exigir apenas a apresentação de documento de identidade. Nesse caso, manifestou-se no sentido de que para caracterizar o dano extrapatrimonial coletivo não precisa da prova da dor, sentimento ou abalo psicológico sofridos pelos indivíduos, pois como direito transindividual, manifesta-se no prejuízo à imagem e moral coletivas e sua averiguação deve pautar-se nas características próprias aos interesses difusos e coletivos.

Essa evolução legal da proteção aos interesses de essência moral (extrapatrimonial) e dos direitos coletivos *lato sensu* são extremamente necessárias na realidade social atual. Sendo a reparação do dano moral coletivo, no âmbito da responsabilidade civil, anseio justo, legítimo e necessário (MEDEIROS NETO, 2004, p. 134).

No caso do dano moral causado pela publicidade, ele atinge esfera difusa, pois toda a coletividade é exposta, ao menos, à prática abusiva e ilegal. O consumidor lesado muitas vezes sequer é individualizado. Como

⁵ “Regem-se, pelas disposições desta lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

I - ao meio ambiente;

II ao consumidor;

III - a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo;

V - por infração da ordem econômica.

⁶ Resp 1.057.274-RS, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 1º/12/2009.



exposto alhures, a falta de clareza dos termos do serviço ofertado caracteriza a publicidade enganosa, ou seja, um ilícito civil, uma vez que é proibido pelo CDC. Enseja, portanto, a reparação dos danos morais, já que atenta contra garantias fundamentais dos cidadãos consumidores, na medida em que os induz em erro⁷.

3.1 A prova do dano moral coletivo

O dano moral coletivo prescinde de provas materiais. Ao contrário do dano moral individual que requer a constatação de angústia, dor, humilhação ou sofrimento do lesado, o dano moral coletivo é de natureza objetiva, caracterizado como *damnum in re ipsa*, ou seja, verificável de plano pela simples análise das circunstâncias que o ensejaram.

O juiz no caso concreto deve analisar o nexo de causalidade entre conduta do réu e os danos causados à coletividade de consumidores. Sem, contudo, haver a necessidade de prova da culpa, devendo-se responsabilizar o agente pelo simples fato da violação (responsabilidade objetiva). Isso porque a presunção de lesão é absoluta diante do fato ou ato ilícito e do nexo de causalidade entre o ato e o dano.

Desta feita, não há que se falar em prova do dano ou demonstração inequívoca do prejuízo sofrido pela coletividade de cidadãos. Mas só o fato de configuração da conduta ilícita já é motivo suficiente do dever de ressarcimento por parte do agente.

3.2 A quantificação do dano moral coletivo sob a luz da função punitiva da indenização

A obrigação de reparação do dano moral coletivo tem função

⁷ AÇÃO CIVIL PÚBLICA - MINISTÉRIO PÚBLICO - LEGITIMIDADE - DIREITO DIFUSO - PROPAGANDA ENGANOSA - VIAGENS PARA QUALQUER LUGAR DO PAÍS - DANO MORAL COLETIVO. A propaganda enganosa, consistente na falsa promessa a consumidores, de que teriam direito de se hospedar em rede de hotéis durante vários dias por ano, sem nada pagar, mediante a única aquisição de título da empresa, legitima o Ministério Público a propor a ação civil pública, na defesa coletiva de direito difuso, para que a ré seja condenada, em caráter pedagógico, a indenizar pelo dano moral coletivo, valor a ser recolhido ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos, nos termos do art. 13 da Lei nº 7.347/85. (Apelação Cível n.º 107020202929760011 – TJMG. Data da decisão: 23/06/2006).



essencialmente sancionatória. O abalo sofrido pela sociedade não é necessariamente aferível para fins de fixação do quantum indenizatório, podendo ser, portanto, prescindível para caracterização do dano moral coletivo. Assim, o julgador tem a punição como principal objetivo na sua fixação, mas esta se desdobra na prevenção geral. O que se observa, nesses casos, é que por se tratar de bens jurídicos de relevância para toda uma sociedade, e a fim de protegê-los, o valor da condenação deverá ser estabelecido de forma a desestimular o lesador a persistir na conduta ilícita, atingindo de forma significativa seu patrimônio, e, além disso, também se deve passar a toda a coletividade um exemplo expressivo do que o ordenamento jurídico reserva àqueles que infringirem tais valores.

A função punitiva torna efetiva a responsabilização do ilícito, isso porque uma sanção monetária branda em nada ia desestimular o agressor a repetir os seus atos. Imperioso, pois, que o agressor aprenda, pela sanção pecuniária imposta, de forma que haja desestímulo à prática de novos atos atentadores ao patrimônio cultural coletivo.

O juiz tem o livre arbítrio de fixar o *quantum* indenizatório do dano moral coletivo de acordo com o caso concreto, adequando-o a proteção legal. Contudo, para isso, ele deve analisar alguns elementos e parâmetros legais, como a capacidade econômica de quem indeniza e o caráter de punição do ofensor que serve de desestímulo para evitar situações semelhantes tanto por ele quanto por outros (função preventiva).

O valor da indenização deverá ser depositado em favor do Fundo de Defesa de Direitos Difusos, conforme a regra do art. 13 da Lei nº 7.347/85⁸, quantia esta que será convertida em benefício da própria comunidade. A finalidade primordial desse fundo é viabilizar a reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens de direitos de valor artísticos, estéticos, histórico, turístico, paisagismo, por infração à ordem econômica e outros interesses difusos e coletivos.

Na hipótese da reparação do dano moral coletivo ou difuso, o direcionamento da parcela pecuniária ao

⁸ Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.



Fundo é de importância indiscutível, por apresentar-se a lesão, em essência, ainda mais fluida e dispersa no âmbito da coletividade. Além disso, tenha-se em conta que a reparação em dinheiro não visa a reconstituir um bem material passível de quantificação, e sim a oferecer compensação diante da lesão a bens de natureza imaterial sem equivalência econômica, e sancionamento exemplar ao ofensor, rendendo-se ensejo para se conferir destinação de proveito coletivo ao dinheiro recolhido (MEDEIROS NETO, 2004, p. 177).

4 O DANO MORAL COLETIVO DECORRENTE DE ANÚNCIOS ENGANOSOS DE TELEFONIA

Atualmente, percebe-se um crescente aumento da publicidade dos planos de empresas de telefonia, com novas promoções e oferecimento de vantagens “perfeitas” ao consumidor. É curioso que, ao mesmo tempo em que aumentam as ofertas e vendas nesse ramo, crescem também o número de pleitos judiciais decorrentes de contratos, em grande parte como consequência da enganiosidade contida na publicidade e da não vinculação ao que fora anunciado.

Nesse diapasão, a jurisprudência atual aponta, ainda com certa relutância de alguns magistrados, que a responsabilidade pelo dano moral coletivo na seara da telefonia é tida como mecanismo eficaz para coibir as propagandas enganosas tão comuns por parte das empresas desse ramo.

O Ministério Público (MP) tem papel relevante nesse contexto, pois, como legitimado⁹ para propor ações coletivas em defesa dos direitos do consumidor, vem oferecendo diversas ações civis públicas consumeristas.

Em Maio de 2009, o MP de Santa Catarina ofereceu ação coletiva

⁹ AÇÃO CIVIL PÚBLICA - MINISTÉRIO PÚBLICO - LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM - FALTA DE INTERESSE DE AGIR - RECHAÇADA - PUBLICIDADE ENGANOSA - INTELIGÊNCIA DO ART. 37 DA LEI N. 8.078/90 - ATO DECISÓRIO COMPOSITIVO DA LIDE CONFIRMADO - APELO INACOLHIDO. "A veiculação de propaganda enganosa, capaz de ocasionar danos à sociedade, autoriza o órgão ministerial a ajuizar ação civil pública, por envolver interesses difusos e coletivos resguardados pelo Código de Defesa do Consumidor, não se tratando, pois, de hipóteses de interesses afetos a determinados grupos de pessoas" (TAMG, 4ª CCv, Acv 192.400-7-Capital. Juiz Ferreira Esteves, j. 7.6.95).



de consumo contra a empresa Vivo por publicidade enganosa que anunciava bônus decorrente da compra de um aparelho, que, entretanto, mostrou-se enganosa por omitir a necessidade de realizar uma recarga para o recebimento dos bônus no encarte publicitário. Foi omitido um detalhe relevante, que é capaz de ludibriar o consumidor, em desrespeito à boa-fé, à harmonia e à transparência que devem nortear as relações de consumo. A oferta não se mostrou clara e precisa e, conforme a responsabilidade objetiva, não necessita de prova do dolo. O dano moral atingiu esfera difusa, já que expôs toda a coletividade à ilegalidade e agrediu bens e valores jurídicos que são inerentes a todos de forma indivisível.¹⁰

Já em dezembro de 2012, o MP de São Paulo entrou na Justiça contra a mesma empresa, a Vivo, por propaganda enganosa na prestação do serviço de banda larga, pleiteando dano moral coletivo, pois a empresa não informava na oferta a velocidade mínima a ser assegurada em comercialização. A ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações) exige que as empresas de telefonia informem a velocidade média garantida ao consumidor. Percebe-se que a divulgação das propagandas enganosas, nesse caso, teve finalidade meramente lucrativa, já que foi divulgado um patamar de velocidade pelo qual, sabidamente, não conseguiria ser cumprido nos valores máximos.

Mais recentemente, em Junho de 2012, a empresa TIM foi condenada ao pagamento da multa de meio milhão de reais pela 16ª vara Cível de Porto Alegre/RS por publicidade enganosa na comercialização do serviço de Banda Larga 3G. A publicidade desse serviço induz o público em erro ao acreditar que a velocidade contratada lhe será disponibilizada na capacidade máxima negociada, pois omite os fatores que impossibilitam o seu desempenho nos moldes contratados pelo consumidor, bem como o percentual mínimo efetivamente garantido para a navegação.¹¹

As empresas de telefonia se justificam com a desculpa de que “tudo está no contrato”. É de conhecimento geral que a compra de aparelhos celulares e a adesão a planos de telefonia móvel são práticas corriqueiras, as quais não necessitam de maiores solenidades. Finalizam-se essas operações com grande rapidez, fato que acaba por desencorajar uma análise mais aprofundada do

¹⁰ Processo número 0040610-83.2009.8.24.0023, da 1ª Vara da Fazenda Pública de Santa Catarina, em fase de recurso.

¹¹ Processo número 001/1.10.0139601-5, 16ª Vara Cível do Foro Central da Comarca de Porto Alegre, 23/10/2012.



contrato. Além disso, nota-se que o público alvo deste tipo de serviço tem sido constituído cada vez mais pelas classes econômicas menos favorecidas, não sendo razoável exigir desses consumidores que tomem conhecimento integral das cláusulas contratuais, quanto mais que compreendam aquelas truncadas e confusas. Sendo assim, as informações veiculadas nas peças publicitárias presumem-se verdadeiras pela boa-fé do consumidor e, portanto, se não trazem todas as informações pertinentes, ao menos devem bastar para entender seus direitos e obrigações ao aderir a determinado serviço.

A propaganda enganosa, como se sabe, pode também ocorrer por omissão. É o que se observa no caso de uma anunciante prometer, a quem aderir ao seu plano, vários minutos de conversação por mês, mas sem fazer a ressalva de que dentre os minutos anunciados somente uma parte pequena deles seria destinado a ligações para outras operadoras. Há a possibilidade, ainda, de o consumidor ser induzido a trocar de operadora, muitas vezes até com necessidade de pagar uma multa para rescindir o contrato anterior¹². Assim, uma vez frustrada a expectativa de utilizar um serviço mais vantajoso, resta caracterizado o dano moral oriundo de propaganda enganosa por omissão, podendo o consumidor ajuizar ação de reparação e, no caso de serem atingidos inúmeros clientes, não há um porquê de não se pleitear o dano moral coletivo.

Percebe-se, da mesma forma, a ocorrência de anúncios enganosos quando determinada empresa divulga, por exemplo, fatos não verossímeis com o escopo de atrair um maior número de clientes, os quais são induzidos a erro. Além da má-fé, pode-se dizer que se trata de um comportamento contrário à boa convivência social, onde as relações como um todo devem ser norteadas pela verdade, honestidade e clareza. Quando se vai contratar, é preciso que haja um esclarecimento sobre a realidade dos fatos com vistas a permitir que o consumidor pondere as vantagens e as desvantagens e finde por escolher o que melhor lhe convier. Contudo, sabe-se que as condutas adotadas por algumas empresas não são as mais adequadas, e o consumidor, por sua vez, tem direito a ser ressarcido pelos danos materiais decorrentes

¹²Tome-se como exemplo a ação cível julgada pela Primeira Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do D.F. (TJ-DF - ACJ: 51816220048070004 DF 0005181-62.2004.807.0004) pelo relator Jesuino Rissato, no ano de 2005, na qual a empresa lançou o "Plano Incrível 500", oferecendo 500 minutos de conversação, quando na verdade não fez a ressalva de que somente 100 dos minutos seriam destinados a outras operadoras, restando caracterizado o dano moral por publicidade enganosa.



de anúncios mentirosos, bem como pela compensação pelos danos morais, inclusive com a possibilidade, aqui também, de dano moral coletivo¹³.

É presumível a boa-fé do consumidor ao partir da premissa que as informações veiculadas nas peças publicitárias são verdadeiras e, se não trazem todas as informações pertinentes, ao menos bastam para entender seus direitos e obrigações ao aderir a determinado serviço.

Por essa razão, e em decorrência das diversas consequências causadas pelos anúncios enganosos das empresas de telefonia – tais quais transtornos, aborrecimentos e frustrações – é que se justifica a possibilidade de se responsabilizar os anunciantes por dano moral coletivo, uma vez atingida a esfera difusa dos direitos dos consumidores. Já que a publicidade é dirigida à sociedade como um todo, pode-se concluir que a totalidade de indivíduos nela inseridos são vítimas em potencial de eventuais contratos telefônicos firmados. Uma vez atingidos injustificadamente os valores coletivos de uma comunidade, as ações de dano moral coletivo permitem, de certa forma, compensar o desrespeito aos direitos do consumidor, notadamente no que diz respeito à enganosidade publicitária.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nota-se que há um crescimento anual expressivo da base de clientes das prestadoras de telefonia móvel sem a correspondente melhoria na qualidade do serviço. Para atrair ainda mais clientes, num contexto de grande concorrência entre essas empresas, elas se aproveitam de omissões ou de informações falsas nas propagandas publicitárias, tendo por isso sido alvo de várias ações individuais e coletivas de consumidores lesados que pleiteiam indenização pelo dano moral e material causado pela publicidade enganosa. Em vez de informar adequadamente os consumidores de forma clara

¹³ Bom exemplo disso é a Ação Civil Coletiva contra a empresa Claro S/A, na qual foi caracterizada a publicidade enganosa pela transmissão, pela anunciante, de um fato que nunca existiu. A empresa divulgou a oferta de cobertura do sinal TDMA, porém incluiu no anúncio um município que não estava abrangido pela tecnologia, e a população da localidade em questão foi induzida a erro, uma vez que não pôde usufruir do serviço. A Claro S/A foi condenada a indenizar material e moralmente os consumidores lesados. (Processo nº 0011208-50.2011.8.17.0000, julgado pelo relator Ricardo de Oliveira Paes Barreto, no dia 11/08/2011 na 8ª Câmara Cível da Comarca de Recife).



e precisa, os artifícios utilizados maculam a publicidade e, por consequência, o contrato firmado.

Nesse contexto, a responsabilização por danos morais coletivos é trazida como possível solução para o problema das publicidades enganosas. Com vistas a encerrar essa prática por parte das empresas de telefonia, o Ministério Público, como legítimo para promover a ação civil pública em nome da coletividade na defesa dos seus direitos difusos, deve pleitear dano moral coletivo sempre que houver violação aos direitos do consumidor, a fim de garantir que as informações sobre os produtos e serviços oferecidos sejam claras, além de proteger a sociedade contra a publicidade enganosa, restando a sociedade salvaguardada de possíveis induções a erro.

Ressalte-se que a celeridade e a efetividade dessas ações são condizentes com o princípio do acesso à justiça, muito em voga nas discussões processuais atuais, e acabam por estimular cada vez mais a sua utilização. Uma única sentença de uma ação civil pública é capaz de promover a defesa dos interesses de inúmeros consumidores lesados, isto é, beneficia a coletividade; e, ainda, evita a multiplicidade de processos, com a consequente efetivação da justiça.

Com vistas à pacificação social, é preciso que a reparação do dano leve em conta todas as esferas lesadas pela prática ilegal, ou seja, tanto a individual como a coletiva. Tão ou mais grave que o prejuízo econômico que a publicidade enganosa provoca, é o sentimento aviltante gerado no consumidor após haver sido enganado. Em larga escala, é possível afirmar com atrevimento que essa quebra de confiança entre consumidor e fornecedor vai de encontro aos objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, em que se pretende construir uma sociedade livre, justa e solidária.

REFERÊNCIAS

BESSA, Leonardo Roscoe. **Dano moral coletivo**. Revista de Direito do Consumidor. n. 59. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul-set, 2006.

CANAL, Danielle Pires. **Dano moral coletivo na publicidade abusiva**. 2009. 92 f. Monografia apresentada ao final do curso de graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.



Disponível em: <http://www.canal.adv.br/site/admin/fotos_artigos/MONOGRAFIA%20DANO%20MORAL%20COLETIVO%20%28conclu%C3%ADda%29.pdf>. Acesso em: 25 de abril de 2013.

CAVALIERI, Sérgio. **Programa de Direito do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2011.

DIDIER, Fredie. ZANETI, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo**. 7. ed. Bahia: Editora JusPodivm, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 8. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2004.

MARQUES, Cláudia Lima. Benjamin, Antônio Herman de Vasconcellos. Mirage, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MARQUES, Marcelino Pereira. **Dano moral coletivo**. Revista Virtual Faculdade de Direito Milton Campos. Volume 7, ano: 2009. Disponível em: <<http://www.revistadir.mcampus.br/PRODUCAOCIENTIFICA/artigos/marcelinopereiramarquesdanomoralcoletivo.pdf>> Acesso em: 25 de abril de 2013.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. **Dano moral coletivo: fundamentos, características, incidência, sistema processual de reparação**. São Paulo: Editora LTr, 2004.

NUNES, Luis Antonio Rizzato. **Curso de Direito do Consumidor**. 4 ed -São Paulo: Saraiva. 2009



RAGAZZI, José Luiz. HONESKO, Raquel Schlommer. HONESKO, Vitor Hugo Nicastro. **Código de Defesa do Consumidor Comentado**. 1.ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2010.

RAMOS, Ana Carenina Pamplona Pinho. **Publicidade enganosa e abusiva à luz do Código de Proteção e Defesa do Consumidor**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 98, mar 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11209>. Acesso em: 25 de abril de 2013.

THE CHARACTERIZATION OF A COLLECTIVE MORAL DAMAGES RESULTING OF MISLEADING ADVERTISING OF TELEPHONE COMPANIES

ABSTRACT

This study aims to analyze the admissibility of collective and moral reparations from the phone companies announcements. In accordance with the principles and rules from the Code of Consumer Protection, there is a need to discourage deceptive advertisements customarily transmitted by telephone companies that violate not only against the rights of the vulnerable part of the consumer relationship - the consumer - as also generate damage to the community that the advertising message is intended. To make this discouragement possible, there is the institution of collective moral responsibility for the damage, with distinctly punitive purpose, being a skillful means to ensure the collective rights of the consumer rather than the supplier. The collective moral damage was marked by several impasses in doctrine and in the courts, on the grounds of lack of personal rights belonging to the community. Overcome this debate, it is mister analyze phone



advertisements which customarily contain omissions or false information about their services, with the consequent induction of consumer error.

Key words: Misleading. Telephony services. Omission of information. False information. Liability. Collective moral damage.



A INCIDÊNCIA DO CDC SOBRE OS MÉDICOS: A INCONSISTÊNCIA DOUTRINÁRIO-JURISPRUDENCIAL DIANTE DOS ASPECTOS ÉTICO-NORMATIVOS E FÁTICOS DA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE

Ródio Luís Brandão Câmara

Acadêmico do 5º período do
Curso de Direito da UFRN

Illana Cristina Dantas Gomes

Acadêmica do 5º período do
Curso de Direito da UFRN

Victor Rafael Fernandes Alves

Professor-orientador

RESUMO

As relações de consumo, em virtude do seu grande destaque na sociedade atual e da vulnerabilidade apresentada pelo consumidor, receberam proteção normativa no Brasil a partir do ano de 1990, com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor. O Código apresenta uma conceituação abrangente de consumidor e fornecedor, buscando abarcar todas as relações possíveis em que se possa caracterizar como de consumo. Nesse sentido, o presente artigo visa analisar o enquadramento do médico nas relações de consumo, sob o ponto de vista ético, jurídico e fático, considerando o atual entendimento jurisprudencial acerca da vulnerabilidade do consumidor. Conclui-se que o CDC não possui enquadramento expresse que configure a relação médico-paciente como

consumerista e que o Código de Ética Médica desconstitui tal tipo de relação. O médico, tal como o paciente, apresentam-se igualmente vulneráveis aos gerenciadores dos serviços de saúde, devendo ainda a doutrina consumerista considerar as normas ético-profissionais em seus construtos teóricos.

Palavras-chave: Consumidor. Médico. Vulnerabilidade. Profissional liberal.

1 INTRODUÇÃO

A partir da segunda metade do século passado, as relações comerciais tornaram-se mais intensas e complexas e a cadeia produtiva de bens e mercadorias, igualmente, torna-se cada vez mais longa e difusa, com produtos produzidos em diferentes partes do mundo, e destinados a um mercado consumidor situado além das fronteiras geográficas dos países. Tal perspectiva aponta para um destinatário final destas mercadorias, muitas vezes, desconhecedor de toda tecnologia e relações existentes nesta cadeia, tomando-o como vulnerável nas relações de consumo.

Na mesma linha, o terceiro setor, qual seja, o de serviços, ganha destaque nunca antes visto como na conjuntura global atual e, da mesma forma, as omissões contratuais ou prestação de serviços não satisfatória suscita a necessidade de proteção do consumidor destes serviços contra abusos de fornecedores. Diante da vulnerabilidade apresentada pelo consumidor perante fornecedores de produtos e serviços, surge a normatização de sua proteção em várias partes do mundo.

A proteção normativa no Brasil do consumidor foi estabelecida pelo Código de Defesa do Consumidor, promulgado em 1990. Embora alguns doutrinadores entendam pela ampliação do seu uso além das relações consumeristas, existem discussões quanto à aplicabilidade do Código em determinadas relações por ele abarcadas.

Desta feita, o presente artigo tem como objetivo analisar, mediante aspectos éticos, jurídicos e fáticos, a inserção do profissional da medicina nas relações de consumo, em contraposição ao seu enquadramento pelos doutrinadores do ramo, sob o ponto de vista da natureza constitutiva da relação médico-paciente, do conceito de vulnerabilidade do consumidor atualmente



adotado pela jurisprudência dos tribunais superiores e da prescrição prevista no Código de Ética Médica – CEM.

2 DEFINIÇÃO DE RELAÇÃO DE CONSUMO

Conforme Caldeira (2009, p. 13), a defesa do consumidor, tanto no âmbito individual quanto no coletivo, é direito e garantia fundamental (O Estado deve promover, conforme se depreende do art. 5º, inc. XXXII da Carta Magna). O princípio do protecionismo, segundo Rizzatto Nunes (2011, p. 160) também decorre diretamente do texto constitucional básico e obrigatório da ordem econômica nacional, o qual determina, em seu art. 170, inc. V, a proteção do consumidor como um dos princípios gerais da atividade econômica.

Em 11 de setembro de 1990, foi sancionado o Código de Defesa do Consumidor – CDC (Lei Ordinária Federal N. 8.078/1990), estabelecendo normas que regulam especificamente as relações de consumo. Desta feita, de acordo com Caldeira (2009, p. 13), configurada a relação de consumo, não se leva em consideração o negócio jurídico celebrado.

As relações de consumo, segundo Caldeira (2009, p. 15), pressupõem de um lado o fornecedor, do outro o consumidor, ligados por um objeto que será, necessariamente, um serviço ou produto. São requisitos que devem, necessariamente, coexistirem, sob pena de não se aplicar o CDC e sim, o direito comum. Dessa forma, precisamos saber quem é o consumidor, quem é o fornecedor e o que vem a ser o produto ou serviço.

O conceito de consumidor está definido no Código em quatro momentos, abrangendo, de acordo com Rizzatto Nunes (2011, p. 161) desde o conceito individual mais concreto, também denominado de conceito padrão (art. 2º, *caput*) e termina no conceito mais abstrato (art. 29), qual seja, o indivíduo exposto às práticas comerciais, passando por outros dois conceitos de consumidores equiparados, que, conforme Caldeira (2009, p. 15) são: a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo (parágrafo único, do art. 2º); e as vítimas do acidente de consumo (art. 17).

O atual entendimento dos tribunais superiores quanto à conceituação de consumidor está baseado na vulnerabilidade, adotando-se a teoria finalista aprofundada. Adere a esta teoria Grinover *et al* (2007, p. 33), entendendo cabível a inclusão das pessoas jurídicas no conceito desde que demonstre fragilidade perante a relação estabelecida, complementada pela



destinação final de produtos e serviços sem fim negocial e uso não profissional.
O conceito de fornecedor é dado no art. 3º do CDC, *verbis*:

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Percebe-se que o conceito é bastante extenso, preferindo alguns autores conceituá-lo por exclusão. Segundo Caldeira (2009, p. 27), estão “excluídos do conceito aqueles que exercem ou praticam transações típicas de direito privado e sem caráter de profissão ou atividade”. O mesmo autor, citando Roberto Senise Lisboa, adita que “a atividade profissional da pessoa física ou jurídica deve ser, em qualquer hipótese, o meio para que o consumidor proceda à aquisição do produto ou do serviço” (CALDEIRA, 2009, p.28).

Produto é definido no § 1º do art. 3º. Tomando-se a expressão usada pelo legislador “qualquer bem”, é clara a sua intenção em englobar no conceito a variedade de mercadorias oferecida ao consumidor. Neste sentido coaduna Caldeira (2009, p. 30), afirmando que todas as coisas são produtos se suscetíveis à valoração econômica, complementando que deve ser considerado como produto “qualquer bem que tenha sido colocado em circulação no mercado de consumo pelo fornecedor”.

Segue a amplitude da definição do conceito de produto o conceito de serviços. No entanto, Rizzatto Nunes (2011, p. 183), entende que a enumeração dada no §2º do art. 3º é exemplificativa, conceituando serviços como qualquer atividade fornecida ou prestada no mercado de consumo.

3 O PROFISSIONAL LIBERAL NO DIREITO DO CONSUMIDOR

Rizzatto Nunes (2011, p. 297), define como profissional liberal partindo de dois pressupostos: 1. A caracterização tradicional; e 2. De ela extrair elementos para fixar parâmetros da caracterização desse tipo de profissional.

Reconhecem-se os profissionais liberais tradicionais pela: autonomia profissional, sem subordinação para a tomada de decisões; prestação pessoal de serviços, nos seus aspectos mais relevantes; determinação de regras próprias



de atendimento profissional, dentro do permitido pelas leis e especialmente pela legislação de sua categoria profissional, conforme Rizzatto Nunes (2011, p. 297 e 298). Nesta definição, enquadram-se os advogados, médicos, dentistas, contadores, psicólogos, dentre outros.

Ademais, para o autor (2011, p. 298), tendo em vista a avaliação da responsabilidade dos danos causados ao consumidor, o profissional liberal é definido pelas características de sua prestação de serviço e não pelo enquadramento na regulamentação legal, permitindo, assim, o enquadramento dos profissionais liberais tradicionais e dos demais não tidos como tipicamente liberais. Coaduna com este pensamento Caldeira (2009, p. 28), o qual afirma que, em relação à pessoa física, tem-se “a figura do profissional liberal como prestador de serviço e que não escapou da égide da lei”.

O Código de Defesa do Consumidor estabeleceu, como regra geral, a responsabilidade civil objetiva por fato ou defeito do produto ou serviço, responsabilizando os fornecedores pela atividade ou prestação de serviços, independentemente de culpa.

Exceção à regra é instituída aos profissionais liberais, conforme preleciona o § 4º do art. 14, a seguir transcrito:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

[...]

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

Nesta esteira, verifica-se que optou o legislador por submeter o profissional liberal à obrigação de indenizar mediante responsabilidade subjetiva, averiguando, neste caso, a existência de culpa do profissional em defeito na prestação do serviço.

Segundo Silva (2009, p. 108), a responsabilidade civil subjetiva do profissional liberal contraria a finalística do ordenamento do CDC, vez que uma das razões de a regra geral ser a responsabilidade objetiva é “a impossibilidade de o consumidor dialogar tecnicamente com o fornecedor, produzir prova contra este, permanecendo numa posição realmente hipossuficiente e vulnerável”. Apesar da adoção da responsabilidade subjetiva para o profissional



liberal, não descarta o autor a possibilidade de inversão do ônus da prova. Adverte, ainda, que este tipo de responsabilidade atribuída ao profissional liberal só cabe na prestação de serviços, não comportando fato ou defeito de produto. Ressalta-se que, nos casos de vício, registra a doutrina que o profissional liberal responde objetivamente.

Existem algumas outras justificativas que contribuem para a responsabilidade civil subjetiva do profissional liberal. São elas: a natureza *intuitu personae* do serviço prestado e a atividade de meio do profissional liberal.

3.1 Natureza *intuitu personae*

Um dos argumentos para a responsabilidade subjetiva do profissional liberal, conforme Silva (2009, p. 108) nas relações de consumo e a consequente socialização dos riscos com o consumidor é a natureza *intuitu personae* da relação. Trata-se, no entendimento de Rizzatto Nunes (2011, p. 290), de relação entre o usuário do serviço e o profissional liberal, sendo a confiança a base da relação estabelecida.

Segundo Rizzatto Nunes (2011, p. 291), a confiança é um elemento subjetivo do cliente que determina sua ligação com o prestador do serviço liberal, por aquilo que lhe inspira. “A postura, a apresentação e o renome do profissional liberal geram no cliente o elemento chamado confiança”, que é subjetivo e dispensa justificativa. É, no ensejo levantado por Pasquini (2005, p. 1) contrato com caráter personalíssimo e as obrigações nele assumidas apenas podem ser cumpridas pelas partes contraentes.

Rizzatto Nunes (2011, p. 292) aponta ainda que, nos dias atuais, não se pode generalizar que toda relação estabelecida com profissional liberal é *intuitu personae*. Algumas relações são semelhantes a de outros tipos de prestações de serviços oferecidas em massa aos consumidores, que não possuem tal característica. Contudo, algumas permanecem com as características clássicas.

3.2 Atividade de meio

Trata-se, na compreensão de Rizzatto Nunes (2011, p. 22), de caracterizar a profissão liberal não como uma atividade de fim, mas de meio, pela impossibilidade do profissional em assegurar o fim de sua própria atividade. O cirurgião, por exemplo, não deveria garantir ao paciente que a



sua cirurgia será um sucesso e que estará novamente habilitado para ter uma vida normal. Do mesmo modo, o advogado não deveria garantir ao seu cliente que a sua causa já está ganha durante a contratação para dirimir um litígio.

Nos casos apresentados, o profissional não possui condições objetivas de garantir o fim do serviço. Pode nestes casos, o profissional trabalhar com probabilidades, no entender do referido autor (2011, p. 292).

Pretel (2010, p. 67), citando Yuri A. Mendes de Almeida, pontua que a obrigação de meio é aquela em que não é imposto ao profissional um objetivo específico e determinado. É imposto ao profissional apenas a realização de certa atividade, visando a um fim, mas sem o compromisso de atingi-lo. No entanto, não se esquivava o devedor de usar de cautela e de diligência técnica para alcançar o objeto do contrato.

Quanto à atividade de meio do médico, Fabrício Zamprogna Matielo (1998, p. 53) esclarece que o médico não está limitado a alcançar um resultado final, mas tem de emvidar esforços para atingi-lo. A cura não é o objetivo jurídico da contratação, mesmo que seja a finalidade do atendimento prestado. Afirma que se ao referido profissional fosse imposto alcançar um resultado específico, estaria derrubada a teoria da contratualidade nas relações médico-paciente. Sustenta ainda que aceitar o encargo de curar iguala-se a estabelecer no contrato obrigação impossível.

Marcus Vinícius Coltri (2010, p. 54) aponta que vínculo estabelecido entre médico e paciente refere-se ao “emprego da melhor técnica e diligência entre as possibilidades de que dispõe o profissional, no seu meio de atuação, para auxiliar o paciente”.

4 INCIDÊNCIA DO CDC SOBRE O MÉDICO A PARTIR DA DOUTRINA FINALISTA APROFUNDADA E DA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

A partir do que já foi exposto, percebe-se que o enquadramento de uma relação jurídica como uma relação de consumo submetida ao âmbito normativo do Código de Defesa do Consumidor está baseado nos conceitos de: consumidor, fornecedor, produto ou serviço e vínculo finalístico.

Assim, o profissional liberal seria enquadrado como fornecedor de serviços. É necessário esclarecer que os profissionais liberais podem exercer suas atividades de várias formas. Quando se pensa em fornecedor, normalmente, a pessoa jurídica é a forma mais comum encontrada na prestação de serviços,



mas também a pessoa física se enquadra no art. 3º do CDC.

O enquadramento do profissional liberal ao CDC parece ser mais claro e coerente quando tal profissional atua no âmbito privado, tanto como pessoa física, que é típico do profissional liberal, ou como pessoa jurídica, o que hoje, com a EIRELI, pode acontecer mesmo com o profissional liberal atuando sozinho.

É importante ressaltar, segundo Garcia (2012, p. 112) que se o profissional liberal desempenha suas atividades a título gratuito, por exemplo, prestando favores ou por parentesco, no chamado serviço puramente gratuito, não se caracteriza a relação consumerista e não há incidência do CDC.

Apesar disso, alguns serviços prestados pelos profissionais liberais, embora sejam gratuitos ao consumidor, mesmo assim são abrangidos pelo CDC, uma vez que o profissional liberal esteja, de alguma forma, sendo remunerado pelo serviço. Esse aspecto, entretanto, deve ser muito bem ponderado no caso concreto, pois, frequentemente, o profissional liberal desenvolve suas atividades como servidor de pessoa jurídica prestadora de serviço público. Nesse caso, de acordo com Garcia (2012, p. 112) é a pessoa jurídica prestadora de serviço público que será enquadrada como fornecedor no âmbito do CDC, mas apenas se o fornecimento desse serviço acarrete uma contraprestação direta pelos consumidores (serviços de água, luz, telefone, etc.).

O médico é profissional liberal. Em sendo profissional liberal, suas atividades, a princípio, são regidas pelo CDC. Entretanto, conforme o que já foi exposto, a aplicação do CDC está excluída ao médico quando ele presta serviços puramente gratuitos, o que eventualmente pode ocorrer, embora, normalmente, o médico desenvolva as suas atividades sob remuneração seja no âmbito privado ou no serviço público. Também nesse entendimento, submete-se ao CDC o médico que desenvolve suas atividades no âmbito privado, seja remunerado diretamente pelo paciente, ou por intermédio de empresas prestadoras de serviços de saúde. Já o médico que desenvolve suas atividades enquanto servidor público da saúde é regido pelas normas do direito administrativo e do direito civil. Por outro lado, caso o médico atue como terceirizado junto ao serviço público de saúde, ele sofrerá a incidência do CDC.

Na compreensão do enquadramento jurídico da relação médico-paciente como relação de consumo, é necessário esclarecer que, no atual entendimento da doutrina e conforme a jurisprudência mais recente dos tribunais superiores, a aplicação do CDC aos casos concretos fundamenta-se na chamada doutrina finalista mitigada ou aprofundada.

Conforme Cláudia Lima Marques, na delimitação da incidência



do CDC nas relações contratuais, tomando-se como base a definição de consumidor, é necessário interpretar o art. 2º em sintonia com a finalidade do sistema de proteção consumerista. O destinatário final mencionado, mas não definido diretamente nesse ponto do texto legal, deve ser reconhecido a partir da vulnerabilidade destacada pelo art. 4º, I. Nesse entendimento, a tutela do CDC somente deve ser aplicada quando existe a vulnerabilidade de uma das partes na relação contratual (BENJAMIN, 2013).

Para Cláudia Lima Marques, há quatro tipos de vulnerabilidades. A vulnerabilidade técnica caracteriza-se pela falta de conhecimentos específicos sobre o produto ou serviço, pelo consumidor, que pode ser iludido no momento da contratação. A vulnerabilidade jurídica estaria relacionada à própria falta de conhecimentos jurídicos pertinentes à relação contratual. A vulnerabilidade fática é a real, de dependência numa relação contratual, com uma das partes estando em superioridade pelo monopólio exercido sobre serviço essencial. A vulnerabilidade informacional decorre da falta de informações sobre a relação contratual e sobre os produtos e serviços a serem adquiridos. (BENJAMIN, 2013).

A vulnerabilidade é atualmente considerada o marco central para aplicação do CDC, com a finalidade de fortalecer a parte que se encontra em dificuldade, restabelecendo o equilíbrio contratual. O destinatário final para o art. 2º somente podendo ser aquele que se encontra vulnerável. O juiz averigua no caso concreto a vulnerabilidade, para então aplicar o CDC (GARCIA, 2012, p.109).

Assim, pela doutrina finalista mitigada ou aprofundada, a vulnerabilidade do paciente diante do médico é o parâmetro que direcionaria a relação médico-paciente à incidência do CDC. A consequência da incidência do CDC na relação médico-paciente é a de uma acentuada proteção normativa ao paciente-consumidor diante do médico-fornecedor de serviços.

Nesse ponto deve ser destacada a diferença que a doutrina faz entre os termos vulnerabilidade e hipossuficiência. A vulnerabilidade está relacionada ao direito material, art. 4º, I do CDC. A hipossuficiência está relacionada ao direito processual, art. 6º, VIII, CDC. A hipossuficiência deverá ser averiguada pelo juiz segundo as regras ordinárias de experiência. (GARCIA, 2012, p.117).

Assim a consequência da vulnerabilidade do paciente na relação médico-paciente é que a sua constatação no caso concreto pelo juiz caracteriza a hipossuficiência desse e redundará na proteção normativa do CDC em âmbito processual a este paciente em relação ao médico.



Numa primeira abordagem, conforme já foi discutido anteriormente, pode ser interpretado que o art. 14, §4º teria mitigado, nos casos de fato do serviço (prestação de serviço defeituoso), a protetividade normativa processual do paciente hipossuficiente, ao excepcionar a responsabilidade do profissional liberal, tornando-a subjetiva ao invés de objetiva, justificando principalmente pela natureza *intuitu personae* e de meio das atividades exercidas.

A responsabilidade assim, não só para médicos, mas também para os demais profissionais liberais tais como advogados, engenheiros, arquitetos, dentistas, dentre outros, será apurada mediante verificação da culpa, ou seja, da constatação de imperícia, imprudência ou negligência.

Entretanto, é importante observar que essa aparente mitigação da proteção processual ao hipossuficiente, feita pelo próprio CDC de forma supostamente incoerente, restringe-se apenas à responsabilidade pelo fato do serviço. Quando ocorre vício do serviço em qualidade e quantidade, a regra geral da responsabilidade objetiva não é excepcionada aos profissionais liberais, conforme consta no art. 20 do CDC. Mas, no contexto do caso concreto, na realidade fática da relação médico-paciente, a distinção a ser feita entre fato do serviço e vício do serviço em qualidade e quantidade mostra-se de tal modo confusa, que pode ser concluído que tal construto legislativo e doutrinário é incongruente com essa espécie de relação jurídica, comprometendo a própria aplicação racional da norma.

Ademais, o aspecto jurídico principal em questão é que, pela subsunção da relação médico-paciente ao âmbito do CDC, ainda que fique excluída teoricamente a regra geral da responsabilidade objetiva para o profissional do médico, serão aplicáveis todas as demais normas processuais decorrentes do CDC para a responsabilização médica por má prática profissional.

Assim, o art. 14, § 4º do CDC ao normatizar no sentido da responsabilidade civil subjetiva do médico, daria margem a uma interpretação de que haveria um direcionamento da relação médico-paciente para a normatividade geral que consta no Código Civil no art. 951, que, por sua vez, remete aos arts. 948, 949 e 950. Entretanto, na realidade processual isso não ocorre. Não será aplicada a normatização processual cabível a uma relação obrigacional contratual. Esta situação só ocorreria se a relação médico-paciente tivesse sido enquadrada no âmbito do Código Civil. As normas processuais a serem aplicadas amparadas majoritária doutrina finalista aprofundada serão as de uma relação jurídica consumerista previstas no CDC. Dessa forma, processualmente, tudo muda: desde o lugar da propositura da ação de



responsabilidade, o prazo de prescrição da ação e o regime de prova da culpa médica (GÓMEZ, 2004).

Os direitos processuais estipulados pelo CDC a favor do paciente conceituado enquanto consumidor, considerando sua vulnerabilidade e consequente hipossuficiência, visam facilitar a defesa de seus próprios direitos. Assim, enquanto autor da ação, o paciente-consumidor tem a possibilidade de propositura da ação de responsabilidade no seu domicílio, conforme o art. 101 do CDC e a inversão a seu favor do ônus da prova no processo civil, se a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências, conforme o art. 6, VII do CDC. (GÓMEZ, 2004).

É importante frisar que apesar de todo o construto doutrinário e jurisprudencial majoritário direcionado ao enquadramento da relação médico-paciente à normatividade do CDC, não existe em todo o texto da lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, nenhuma referência expressa aos serviços médicos e hospitalares.

5 A JUSTIFICATIVA DA NÃO INCIDÊNCIA DO CDC SOBRE OS ADVOGADOS

Após divergência inicial, paradoxalmente, e em nítida quebra da isonomia em relação ao que é aplicado aos demais profissionais liberais, a doutrina e a jurisprudência mais recente dos tribunais superiores, consolidaram o entendimento de que não incide o conceito de fornecedor de serviços sobre os advogados, não se submetendo a relação advogado-cliente ao âmbito do CDC (Resp. 539.077; Resp. 914.105, 2008; Resp. 1123422, 2011).

A justificativa para tal entendimento é dada pelo argumento de que já existe norma específica, a Lei nº 8.906/94, que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil, regulamentando a relação advogado-cliente. O outro argumento é que as prerrogativas e obrigações impostas aos advogados que tornariam a atividade incompatível com a atividade de consumo.

Entretanto, tal argumentação não demonstra suficiente coerência, ao ser confrontada com a vigente doutrina finalista aprofundada e o seu conceito de consumidor vulnerável, tido como marco na constatação da incidência do CDC na relação jurídica. Pois, levando em consideração a classificação de Cláudia Lima Marques, a própria vulnerabilidade jurídica pode ser considerada como condição característica e essencial do cliente em sua relação com o advogado. Simplesmente, nessa argumentação, não se considera o ponto essencial para definição da relação de consumo segundo a doutrina



mais contemporânea.

Contrapondo-se a essa tendência jurisprudencial dos tribunais superiores, é imprescindível constatar a inadmissibilidade do seu tratamento desigual conferido aos demais profissionais liberais, ao reconhecerem rotineira e sistematicamente a incidência do CDC para todos esses profissionais, cujos clientes, via de regra, não se encontram em um nível de desigualdade, de vulnerabilidade jurídica tão intenso e patente quanto aqueles clientes que dependem de um advogado.

O outro argumento empregado para exclusão dos advogados ao âmbito do CDC é o da existência de uma Lei que já disciplina a relação advogado-cliente. Pelo princípio da especificidade, tal argumento parece bem mais consistente e justificado. Entretanto, também nesse argumento, constata-se outra clara inconsistência discriminatória em relação aos demais profissionais liberais. Todos os profissionais liberais possuem regulamentações das suas profissões, através de diversos instrumentos normativos de alcance jurídico. Nesse raciocínio, conclui-se que o princípio da especificidade também a eles deveria ser aplicado, da mesma forma que está sendo aplicado aos advogados pelos tribunais superiores.

6 ASPECTOS ÉTICO-NORMATIVOS DA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE

Retomando a discussão do item anterior, no sentido de considerar a exclusão do âmbito do CDC extensiva aos demais profissionais liberais, e não apenas aos advogados, a partir da constatação da existência de normatização profissional específica para as diferentes categorias e que abrange as relações desses profissionais com seus clientes, deve ser destacada a regulamentação da profissão médica a partir do seu Código de Ética Médica.

O atual Código de Ética Médica foi aprovado pela Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.931 de 17 de setembro de 2009.

O CEM versa sobre os diversos aspectos da profissão médica, com destaque para a relação médico-paciente. É interessante notar que diversos artigos seus são semelhantes a artigos do CDC. Assim tem-se, por exemplo, a notória correspondência dos arts. 9º; 39,VI e 40 do CDC, nessa ordem, com os arts. 22 e 61 do CEM:

É vedado ao médico:

Art. 22. – Deixar de obter consentimento do paciente



ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte.

[...]

Art.61 – Deixar de ajustar previamente com o paciente o custo estimado dos procedimentos

A partir do exemplo desses artigos tem-se a confirmação da incontestável consonância normativa do CEM ao CDC em relação a proteção do paciente, no que tange à sua vulnerabilidade, que conforme já foi dito é o pilar do diploma legal consumerista.

Entretanto, no que se relaciona à possibilidade do estabelecimento de um paralelo entre a relação médico-paciente e a relação de consumo, assim dispõe o CEM, em seus incisos do Capítulo I:

PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS IX – *A medicina não pode, em nenhuma circunstância ou forma, ser exercida como comércio.* [...] XIX – O médico se responsabilizará, em caráter pessoal e nunca presumido, pelos seus atos profissionais, resultantes de relação particular de confiança e executados com diligência, competência e prudência. XX – *A natureza personalíssima da atuação profissional do médico não caracteriza relação de consumo.* (destaques nossos)

Pelo exposto ético-normativo do CEM, não resta dúvida que a natureza da relação médico-paciente encontra-se expressamente positivada e que essa relação definitivamente não é uma relação de consumo.

Dessa forma, a partir do princípio da especificidade, considerando que a relação médico-paciente não se encontra descrita enquanto relação de consumo em nenhuma parte do texto atual do CDC, vislumbra-se que a atual construção doutrinário-jurisprudencial a respeito do tema é claramente inconsistente com o que está disposto nas regras positivadas do ordenamento jurídico pátrio.

A afronta ao CEM que está sendo feita pela jurisprudência dos tribunais superiores, a partir de construtos doutrinários aplicados arbitrariamente e contraditoriamente aos diferentes profissionais liberais e, aqui, especificamente aos médicos, não encontra justificação numa possível absurda e antijurídica alegação de que o CEM, por ser apenas resolução administrativa do Conselho



Federal de Medicina, deveria ser desconsiderado durante a interpretação do CDC quanto à natureza da relação médico-paciente, pelo fato deste ser efetivamente uma Lei Federal.

Ora, mesmo em plano hierárquico inferior na pirâmide normativa do ordenamento jurídico pátrio, o CEM está em plena conformidade com os princípios constitucionais e com o próprio CDC, complementando-o em sua lacuna normativa relativa à caracterização da natureza da relação jurídica existente entre o médico e o paciente.

Além disso, o CEM também possui sua própria força normativa, mesmo como “simples” resolução do CFM.

Tudo isso leva à conclusão de que, nesse aspecto, a discutida construção doutrinário-jurisprudencial atenta contra a segurança do nosso ordenamento jurídico no que concerne ao direito do consumidor.

7 ASPECTOS FÁTICOS DA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE

Não resta dúvida que o paciente é uma pessoa vulnerável. Mas na relação médico-paciente, a caracterização do médico como mero prestador de serviços e em posição de superioridade diante do suposto paciente-consumidor necessita ser analisada ante a realidade fática dos serviços de saúde no Brasil.

No contexto da revolução científico-tecnológico-informacional das últimas décadas, a relação médico-paciente tem sofrido constantes desafios e transformações, que devem ser consideradas para uma adequada compreensão dos atuais papéis dos envolvidos nessa relação.

No passado a figura do médico da família generalista, caracterizava-se pelo seu vínculo próximo, humanizado, junto aos seus pacientes. Ele, entretanto, não dispunha dos recursos avançados de diagnóstico e terapêutica, hoje disponíveis a parcelas cada vez maiores da população.

Por outro lado, na atualidade, os avanços científico-tecnológicos também contribuíram indiretamente para enfraquecer o vínculo entre o médico e o paciente. Existe uma grande fragmentação da medicina entre as diferentes especialidades, o médico tende a ter um contato cada vez mais impessoal com o paciente, e necessita habitualmente encaminhar esse paciente a outros especialistas ou para exames complementares cada vez mais complexos, quando, no passado, ele disporia de mais tempo para escutar, tocar e examinar o paciente. Esse médico geralmente enfrenta uma extenuante carga



de trabalho, dividida muitas vezes entre a rede pública e privada de saúde. E, nesses dois ambientes, existem sérios problemas.

A paulatina degradação da rede pública de saúde, resultante de políticas neoliberais recentes que objetivavam diminuir a participação efetiva do Estado nesse setor resultaram na caótica situação constante e amplamente divulgada pela mídia. O médico que exerce suas atividades na rede pública em geral atende uma população extremamente carente que, por diversos fatores, muitas vezes não consegue receber o acompanhamento e tratamento mais adequados de que necessitam.

Por outro lado, na rede privada de saúde, seja atuando em seu consultório particular ou em hospitais bem melhor equipados que os da rede pública, o médico sofre a ingerência dos planos de saúde pelos quais passou a ser remunerado, com restrições diversas à sua livre atuação, que criam obstáculos à sua escolha quanto a indicação de exames complementares, ou quanto ao melhor tratamento a ser dispensado ao paciente.

Nessa realidade descrita, não há como deixar de reconhecer que o médico, por toda essa série de fatores, encontra-se também em uma situação de vulnerabilidade diante do seu paciente. Ele não depende apenas do seu conhecimento técnico-científico, de suas habilidades relacionais humanas para garantir, nem ao menos, a sua obrigação de meio em sua relação com paciente.

Na realidade contemporânea, o médico talvez seja um dos profissionais liberais que mais dependa de toda uma eficiente infraestrutura para o exercício adequado, seguro e tranquilo das suas atividades.

Assim, é perfeitamente possível concluir, que o médico, em sua individualidade, também é polo extremamente vulnerável na relação médico-paciente. Dessa forma, em termos fáticos, é evidentemente inapropriado caracterizá-lo como o prestador de serviços em posição de superioridade, o que mitiga a aplicação inadvertida da doutrina finalista nessa relação jurídica.

É possível que, muito da inadequação da construção doutrinário-jurisprudencial que autoriza a incidência do CDC, via de regra, ao médico enquanto profissional liberal seja devida à persistência do senso comum que considera unicamente o médico e o paciente nessa relação, não levando em conta a existência de um terceiro polo efetivamente preponderante, conformador de uma relação desigual não linear, mas sim triangular. Esse terceiro polo seria constituído pelos gerenciadores dos serviços de saúde (sejam eles públicos ou privados), aos quais os médicos encontram-se faticamente submetidos em condição de vulnerabilidade e dependência durante a prestação de seus serviços ao paciente.



8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pela doutrina finalista aprofundada, o conceito da vulnerabilidade do cliente (consumidor) diante do profissional liberal (prestador de serviços) é o marco principal para caracterização da relação consumerista. A partir dessa caracterização, o consumidor vulnerável no direito material é considerado hipossuficiente no direito processual, sendo assim beneficiado.

A consequência dessa incidência do CDC sobre o profissional liberal é a sua submissão a uma normatividade processual mais rigorosa, que favorece o seu cliente em caso de demanda judicial contra ele próprio. A jurisprudência mais recente dos tribunais superiores tem adotado a doutrina finalista aprofundada fazendo incidir o CDC sobre os profissionais liberais, mas tem excluído os advogados da sua incidência, em detrimento dos demais profissionais, justificando tal entendimento principalmente pela existência de lei específica (Lei nº 8.906/94) que já normatiza as relações entre advogados e seus clientes.

Sob o aspecto ético-normativo, o CDC, em seu texto, não possui nenhum enquadramento expresso que configure a relação médico-paciente como relação consumerista. Entretanto, o Código de Ética Médica é expresso nesse sentido, excluindo a relação médico-paciente das relações de consumo, já em seus princípios fundamentais.

Em termos fáticos, a incidência do CDC sobre os médicos, enquanto profissionais liberais, a partir do emprego precipitado e inadvertido da doutrina finalista aprofundada, constitui-se num evidente equívoco, ao desconsiderar que na relação médico-paciente existe um terceiro polo - o dos gerenciadores dos serviços de saúde - em relação aos quais tanto o médico quanto o paciente estão em condição de efetiva vulnerabilidade.

A doutrina consumerista deve considerar as normas ético-profissionais em seus construtos teóricos, pois se não o fizer incorre em antijuridicidade e compromete a segurança do ordenamento positivado.

REFERÊNCIAS

BENJAMIN, Antonio Herman de V.; MARQUES, Cláudia Lima e BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.



CALDEIRA, Patrícia. **Caracterização da relação de consumo. Conceito de consumidor/ fornecedores. Teorias maximalista e finalista. Análise dos artigos 1 a 3, 17 e 29 do CDC.** In Comentários ao Código de defesa do consumidor. Coord. Marcelo Gomes Sodré, Fabíola Meira, Patrícia Caldeira. 1. ed. São Paulo: Verbatim. 2009.

COLTRI, Marcos Vinicius. **Alerta no Centro Cirúrgico.** In Revista Consulex. Ano XIV, nº 320. 15 de maio de 2010.

GARCIA, Leonardo de Medeiros Garcia. BARROS, Guilherme Freire de Melo Barros. Thomé, Romeu. **Direito ambiental, direito do consumidor, estatuto da criança e do adolescente . Coleção OAB.** 1 ed. Salvador: Jus Podium, 2012.

GÓMEZ, J. Miguel Lobato. A aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor ao contrato de serviços médicos e à responsabilidade civil dele decorrente. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 387, 29 jul. 2004 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5507>>. Acesso em: 01 de maio de 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto.** 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2007.

MATIELO, Fabrício Zamprogna. **Responsabilidade Civil do Médico.** Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1998.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor.** 6. ed. São Paulo: Saraiva. 2011.

PASQUINI, Luís Fernando Barbosa. **O profissional liberal e sua responsabilidade civil na prestação de serviços.** Jus Navigandi, Teresina, ano



11, n. 1095, 1 jul. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8574>>. Acesso em: 28 abr. 2013.

PRETEL, Mariana Pretel e. **Da Responsabilidade Civil do Médico** – A culpa e o dever de informação. Juris Plenum. Ano VI, n. 36 (nov./dez. 2010). Caxias do Sul, RS: Plenum, 2010. p. 63-70.

SILVA, Marcus Vinicius Fernandes Andrade. **Considerações acerca da responsabilidade pelo fato do produto ou serviço no CDC**. In Comentários ao Código de defesa do consumidor. Coord. Marcelo Gomes Sodré, Fabíola Meira, Patrícia Caldeira. 1. ed. São Paulo: Verbatim. 2009.

THE CDC IMPACT ON PHYSICIANS: THE INCONSISTENCY DOCTRINAL AND JURISPRUDENTIAL BEFORE THE ETHICAL, REGULATORY AND FACTUAL ASPECTS ON PHYSICIAN-PATIENT RELATIONSHIP

ABSTRACT

Consumer relations received protection rules in Brazil since 1990, with the enactment of the Consumer Protection Code. The Code provides a comprehensive conceptualization of consumer and supplier, seeking to cover all possible relations that can be characterized as a consumer. In this sense, this article seeks to analyze the composition of the physician in consumer relations, under the ethical point of view, legal and factual, considering the current legal understanding about the vulnerability of the consumer. We conclude that the CDC has not expressed that set the framework doctor-patient relationship as consumerist and that the Code of Medical Ethics breaks this kind of relationship. The doctor, as the patient, are



presented equally vulnerable to managers of health services, and should also consider the consumerist doctrine ethical and professional standards in their theoretical constructs.

Keywords: Consumer. Physician. Vulnerability. Freelancer.



A OBSOLESCÊNCIA DA LEI FEDERAL 1.060/50 E A NECESSIDADE DE REVISÃO DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA A CONCESSÃO DA JUSTIÇA GRATUITA

Vinícius Dantas Garcia

Acadêmico do 8º período do
Curso de Direito da UFRN

RESUMO

A assistência judiciária gratuita vem a garantir a muitos o acesso à justiça sempre que este é obstruído pela falta de recursos financeiros para custear toda uma demanda judicial. No entanto, sob a finalidade de ampliar esse acesso, vem se concedendo o benefício da justiça gratuita a muitos que não fazem jus ao seu recebimento, numa vaga interpretação literal da Lei 1.060/50, em detrimento da inovação constitucional trazida pela Carta de 1988, que exige, - em seu art. 5º, LXXIV, - a comprovação de insuficiência de recursos para a concessão do benefício. Assim sendo, o mandamento encartado no art. 4º da chamada Lei de Assistência Judiciária - que exige apenas uma declaração do postulante afirmando não possuir condições de arcar com os custos da demanda - não foi recepcionado pela Constituição de 1988, sendo imprescindível o imediato reconhecimento desse vício de constitucionalidade.

Palavras-chave: Justiça gratuita. Benefício. Requisitos. Constituição. Comprovação.

1 INTRODUÇÃO

No cenário forense atual, a banalização do pedido a concessão do benefício da Justiça Gratuita vem gerando a necessidade de se repensar as origens desse instituto e as bases legais sobre as quais ele se sustenta, neste pórtico, surge a análise sobre a receptividade ou não do art. 4º da lei Federal 1.060/50¹ em face da redação do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal².

Assim, com o fito de analisar as divergências doutrinárias existentes, e de repensar o modelo atual, no que tange a necessidade da comprovação da situação de hipossuficiência financeira para a concessão do benefício da Justiça Gratuita e de que forma se daria essa comprovação é que se pauta o objetivo geral da presente obra.

Para atingir o objetivo mencionado, se fará necessário responder aos questionamentos que resumem os objetivos específicos deste trabalho, tais como: o art. 4º da lei 1.060/50 foi recepcionado pelo texto constitucional? Qual o alcance do termo “comprovação” presente no inciso LXXIV, do art. 5º, da Constituição Federal? Qual a natureza de Taxa Judiciária, e por que o seu pagamento se faz necessário?

2 CONCEITO DE JUSTIÇA GRATUITA

Inicialmente, imperioso se faz distinguir os institutos da Assistência Judiciária, Assistência Jurídica e Justiça Gratuita.

Confusão no meio forense se dá no uso equivocado da nomenclatura desses institutos, trazendo distorções acerca dos seus reais significados. Assistência Judiciária nada mais é, nos termos de Fredie Didier Jr. e Rafael Oliveira (2008, p. 11), que “o patrocínio gratuito da causa por advogado público (ex.: defensoria) ou particular (entidades conveniadas ou não com o Poder Público, com, por exemplo, os núcleos de prática jurídica das faculdades de direito)”; ou seja, muito embora a Lei Federal 1.060/50 tenha por objetivo

¹ Art. 4º. A parte gozará dos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família.

² Art. 5º, LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.



estabelecer normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados, na realidade, ela está a falar sobre justiça gratuita ou gratuidade judiciária, vez que não se refere ao patrocínio gratuito de causas judiciais, e sim sobre a concessão de benefício que isenta a parte de pagar as despesas processuais, incluindo-se nestas despesas a dispensa do pagamento dos honorários de advogado, e até mesmo outras despesas não judiciais, mas que tenham diretamente vinculação com o processo. A despeito disso, as leis que fazem referência, na realidade, a gratuidade judiciária, se referem em suas redações normativas à assistência judiciária, um erro técnico que, por muito tempo, confundiu os dois institutos.

Por fim, temos o conceito de assistência jurídica, terminologia usada pelo texto constitucional no art. 5º, LXXIV, como sendo um instituto mais amplo, que abrange tanto a assistência judiciária, quanto a justiça gratuita, além da prestação de serviços jurídicos extrajudiciais.

3 JUSTIÇA GRATUITA COMO UM MANDAMENTO CONSTITUCIONAL: EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A primeira constituição brasileira que alça o benefício da justiça gratuita a esse status é a de 1934, que aduz, em seu art. 113, 32, que “A União e os Estados concederão aos necessitados assistência judiciária, criando, para esse efeito, órgãos especiais assegurando, a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos.”; esse artigo fazia referência justamente aos direitos e garantias individuais do cidadão daquela época, não havia, contudo, no mandamento constitucional, qualquer exigência para a concessão do benefício.

A Constituição de 1937 retirou a justiça gratuita dos seus comandos, ficando a cargo da legislação ordinária regulamentá-lo, fato esse que ocorreu com o Código de Processo Civil de 1939 que exigia, em seu art. 72, para a concessão do benefício da gratuidade, que a parte mencionasse - na petição - os rendimentos ou vencimentos que recebia, bem como os seus encargos pessoais e de família, além disso, o art. 74 aduzia que se fazia necessário um atestado de pobreza a ser expedido pelo serviço de assistência social ou autoridade policial.

A Constituição democrática pós Era Vargas, a de 1946, trouxe novamente, no artigo referente aos direitos e garantias individuais, art. 141, em seu parágrafo 35, que o “Poder Público, na forma que a lei estabelecer, concederá assistência judiciária aos necessitados.” Ou seja, essa constituição



apenas garantia o direito ao benefício, deixando ao encargo de legislação ordinária a regulamentação desse direito, lei essa que já existia com o CPC de 1939, mas que, posteriormente, a partir da criação da lei federal 1.060/50, passou a existir uma norma específica sobre o tema, em vigor até hoje após algumas alterações. A princípio a mencionada lei não trouxe nenhuma alteração significativa no que tange ao requisito para concessão do benefício, como aduz Victor Marinho (2012, p. 149): “A única modificação, *a priori*, foi que o atestado de pobreza não mais seria emitido pelo serviço de assistência social, ficando disso incumbido, para além da autoridade policial, o prefeito do município.”.

Nessa esteira, veio a Constituição de 1967, que em seu art. 150, § 32, garantia a assistência judiciária aos necessitados, na forma da lei. Dessa forma, a constituição de 1967, a exemplo do que ocorreu com a de 1946, deixou ao encargo do legislador ordinário dizer a forma como se daria a concessão do benefício da justiça gratuita, se assim era, a lei 1.060/50, já em vigor, foi perfeitamente recepcionada pela então nova constituição, sendo mantida em todos os seus termos.

Após isso, houve quatro importantes alterações na lei 1.060/50 ou, como é mais conhecida, na lei da assistência judiciária (LAJ), a primeira realizada pela lei 6.654/79, substituiu a necessidade do atestado de pobreza pela apresentação da carteira de trabalho e previdência social da parte (acréscimo do §3º ao art. 4º da LAJ); a segunda mudança aconteceu com o advento da lei 6.707/79, que modificou o §1º do art. 4º, afirmando que quando viesse a ser acostado à petição do requerente cópia de contrato de trabalho que comprovasse que este recebia salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal regional, seria dispensado o atestado de pobreza. A terceira alteração veio com a Lei 7.115/83, que trouxe uma presunção de veracidade a todo documento que se destinasse a fazer prova de – dentre outras coisas – pobreza, desde que firmada pelo interessado ou seu procurador. Por último, a Lei 7.510/86, que instituiu as alterações legislativas utilizadas ainda hoje, estabelecendo a concessão do benefício a todos aqueles que declarassem, mediante simples afirmação, não possuir condições de arcar com as custas do processo e os honorários advocatícios. Essa última alteração teve a intenção de desburocratizar o sistema, mas agiu assim em demasia, e findou por transformar a concessão do benefício da justiça gratuita em regra, sendo o pagamento da taxa judiciária a exceção.



3.1 Alteração na Constituição de 1988

A Constituição Federal de 1988, a primeira da recente fase democrática brasileira, que buscou dar o maior número possível de liberdades aos cidadãos, assim afirma em seu art. 5º, LXXIV, acerca da assistência jurídica: “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. Duas alterações saltam aos olhos a partir da nova redação que a Constituição trouxe: primeiro não se fala mais em assistência judiciária, conforme as outras constituições, e sim em assistência jurídica, essa mudança de nomenclatura trás consigo uma mudança de institutos e uma abrangência maior de direitos que serão prestados pelo Estado, conforme já foi mencionado, assistência jurídica envolve tanto o patrocínio de causas judiciais e extrajudiciais quanto a gratuidade judiciária. Seria, assim, a assistência jurídica o tronco comum de onde derivam às raízes da assistência judiciária e da gratuidade de justiça, logo, a nova Constituição quis albergar o maior número de direitos possível, usando assim a nomenclatura assistência jurídica.

A segunda alteração diz respeito à necessidade de comprovação de insuficiência de recursos, nenhuma outra Constituição previu esse tipo de requisito, sempre deixando a cargo da legislação ordinária regulá-los, dessa vez não, a própria constituição trouxe em seu comando normativo a exigência da comprovação de insuficiência de recursos, agora, a dúvida que carece ainda de solução definitiva, e que gera inúmeros conflitos doutrinários e jurisprudenciais reside em dizer como se daria a comprovação exigida pela Constituição?

Sob a égide de outros diplomas, já foi exigido anteriormente à declaração de vencimentos e de encargos pessoais do requerente, devidamente confirmada por alguma autoridade pública, e, posteriormente, veio a ser exigida a exibição da carteira de trabalho e/ou do contrato de trabalho, até que se chega ao que a doutrina majoritária mais aceita como correta, hoje, que bastaria uma simples declaração do requerente, no sentido de ser carente de recursos financeiros para arcar com as despesas do pagamento das custas processuais e dos demais encargos inerentes a demanda sem prejuízo do seu próprio sustento ou de sua família.³ A nosso ver, com a devida vênia a esse

³ Capitaneada por autores como Fredie Didier (2008, p. 37); Rafael Oliveira (2008, p. 37); Rogério Nunes de Oliveira (2006, p. 129), dentre outros, há o entendimento de que a Constituição teria sido omissa em estabelecer qual seria essa comprovação, razão pela qual esse papel caberia a legislação infraconstitucional, tendo a Lei 1.060/50 determinado que uma simples declaração



entendimento, uma simples declaração, escrita e subscrita pela própria parte, não tem o condão de comprovar absolutamente nada. Conforme será melhor explicado mais adiante.

4 NATUREZA TRIBUTÁRIA DAS CUSTAS PROCESSUAIS

As chamadas custas processuais, na realidade, possuem natureza tributária, trata-se de uma taxa que, pode ser definida, nos dizeres de Hugo de Brito Machado (2012, p. 437), como uma “espécie de tributo cujo fato gerador é o exercício regular do poder de polícia, ou o serviço público, presta ou posto à disposição do contribuinte”.

A prestação de atividade jurisdicional é, sem dúvidas, um serviço público à disposição da sociedade, o contribuinte paga a taxa, e possui como contraprestação toda a movimentação do Estado, no sentido de assegurar o regular andamento processual, bem como, ao fim, se assim lhe for de direito, o devido provimento do seu pleito.

Configurando-se como uma espécie de tributo, temos que a LAJ vem a tratar da matéria utilizando o termo isenção tributária, quando, na realidade, a Constituição ao abranger o conceito de assistência jurídica trata também da temática, concedendo, de fato, uma imunidade tributária no que tange a essa vertente da assistência jurídica. A Constituição, no entanto, condicionou o acesso a essa assistência jurídica - e, conseqüentemente a essa imunidade tributária das taxas judiciais - a comprovação de insuficiência de recursos. Cumpre indagar agora, se apenas uma simples declaração escrita da parte, seria suficiente para abarcar o conceito de “comprovação”, e, assim, servir de mecanismo para que determinada parte venha a ser beneficiada com uma imunidade tributária, suspendendo a exigibilidade por parte do Estado de determinado crédito tributário.

O dicionário jurídico de De Plácido e Silva (2010, p. 324) ao conceituar a palavra “comprovação” afirma que:

A comprovação é reforço de prova, para torná-la irrefutável. E quando se comprova tem-se a confirmação

serviria como comprovação, não havendo, segundo essa doutrina, confronto com o texto constitucional, e sim uma complementação deste.



integral da prova anterior, que assim se robustece e se avoluma para acentuar a veracidade da asserção sobre o fato argüido, ou a irrefutabilidade da prova apresentada. Fatos comprovados, assim, devem ser fatos que se encaram como integralmente demonstrados ou postos em evidência.

Se assim é, uma declaração da parte seria incapaz de servir de comprovação da sua situação de insuficiência de recursos, simplesmente porque em nada demonstra essa insuficiência, apenas argui um fato, que precisa sim ser demonstrado para, realmente, comprovar que a parte é, sim, merecedora dessa imunidade tributária. Afirmar que uma declaração serve de comprovação de insuficiência de recursos é fugir do próprio conceito de comprovação, é simplesmente alterar o claro mandamento constitucional.

E mais, não há qualquer retrocesso na Constituição Federal em requerer algum tipo de comprovação, não há abuso nisso como parcela doutrinária afirma, pelo contrário, a probabilidade de abuso e de excessos existe em se conceber um benefício dessa natureza, sem se requerer o mínimo possível para se aferir que aquela pessoa realmente é merecedora. E são esses excessos que são vistos todos os dias nos tribunais brasileiros.

5 A NÃO RECEPTIVIDADE DA LAJ PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A LAJ, da forma como se encontra, não é recepcionada pela nossa Lei Maior. Primeiro porque, como dito anteriormente, o caput do art. 4 da mencionada lei vai de encontro direto ao que preceitua o art. 5º, LXXIV, da Constituição de 1988; segundo porque ela trás uma isenção tributária, quando a Constituição ao tratar da matéria, concede uma imunidade tributária e condicionando a sua concessão ao preenchimento de um determinado requisito, não previsto na LAJ. Como fica o ordenamento neste ponto, ao mesmo tempo há a previsão de uma imunidade pela Constituição e de uma isenção pela LAJ? Como ambas as normas podem conviver se uma exige um requisito enquanto a outra não? A resposta evidente é que não há como essas normas conviverem harmonicamente dentro de um sistema jurídico, entendendo-se, assim, por dedução lógica, que a LAJ, pelo menos a grande maioria dos seus artigos, não foi recepcionada pela Constituição Federal, tratando-se de uma lei obsoleta que não mais se coaduna com o ordenamento.



Para se ter uma idéia, o § 1º do art. 4º da LAJ chega ao cúmulo de presumir pobre, até que se prove o contrário, todos que se afirmarem assim. No entanto, importante atentar para que se há a possibilidade de se provar o oposto é porque, de fato, não houve comprovação alguma de insuficiência de recursos. Além disso, trata-se de uma inversão do ônus da prova completamente ilógica e desnecessária, ilógica porque é evidente que a parte requerente do benefício possui mais meios de provar sua situação financeira que a outra parte, desnecessária porque ao assim estabelecer, a LAJ institui no § 2º do mesmo artigo ora em análise, que a impugnação ao pedido de justiça gratuita, feita obviamente pela outra parte que tentará provar que o beneficiário não é pobre na forma da lei, não suspenderá o curso processual e será feita em autos apartados. A única coisa que pode se depreender disso é a existência de uma completa atecnia, visto que caso a impugnação seja acolhida, o outro processo que tramitou normalmente não teve utilidade alguma, pois ao se comprovar que o beneficiário na verdade não era merecedor do benefício, o magistrado deve aplicar a multa prevista no § 1º - pagamento do décuplo das custas judiciais – que, muito provavelmente, inviabilizará qualquer prosseguimento do feito, e este terá que ser extinto sem julgamento de mérito por falta de um pressuposto processual de constituição do processo, que é justamente o pagamento da taxa judiciária, assim sendo, o procedimento previsto na citada lei acaba indo de encontro até mesmo ao princípio constitucional da celeridade processual.

Não se pode perder de vista que, nas hipóteses de imunidades ou isenções tributárias, o valor que não é pago pelo cidadão beneficiado não deixa simplesmente de existir, ele é, na realidade, arcado por toda a coletividade. Logo, não se visualiza que a comprovação de hipossuficiência financeira seja um ônus gravoso ou humilhante para a parte requerente, trata-se, na verdade, de um requisito fundamental para que a coletividade não venha a arcar com todos os custos, inerentes a gratuidade judiciária, de alguém que não faz jus ao recebimento de tal benefício.

5.1 Métodos interpretativos para o art. 5º, LXXIV, da CF.

Dentro de uma interpretação teleológica – onde o intérprete busca com mais afinco a finalidade para a qual a norma foi criada - do mandamento constitucional encartado no art. 5º, LXXIV, flagrantemente visualiza-se que o fito da norma em exame é o de restringir a concessão da assistência



jurídica gratuita, a todos aqueles que realmente necessitem, exigindo uma comprovação da necessidade do pleiteante.

Noutro pórtico, dentro do uso do método histórico de interpretação, percebe-se que as constituições anteriores, conforme anteriormente falado, foram silentes quanto a exigir um elemento comprovador de hipossuficiência econômica, quando muito, deixavam ao encargo a modificar essa redação, e a exigir ela própria o preenchimento de um requisito.

De modo que, dentro de uma interpretação conforme a Constituição, não cabe a uma norma infraconstitucional, vir a exigir para a concessão de um benefício menos do que exige a própria Constituição, não se trata de ampliação de direitos ou desoneração do contribuinte, e sim de desrespeito a Lei Maior. No caso, como a LAJ é anterior a Carta de 1988, flagrante é, então, a sua não receptividade pelo novo regramento constitucional.

No sentido do acima exposto, aduz Hugo de Brito Machado (2012, p. 113):

Admitir que a lei ordinária redefina conceitos utilizados por qualquer norma da Constituição é admitir que a lei modifique a Constituição. É certo que a lei pode, e deve, reduzir a vaguidade das normas da Constituição, mas, em face da supremacia constitucional, não pode modificar o significado destas.

Admitir que uma declaração escrita pelo próprio requerente do benefício venha a servir de comprovação de hipossuficiência econômica, é tentar deliberadamente, alterar o significado do mandamento constitucional.

6 COMO SERIA ESSA COMPROVAÇÃO?

Uma vez visualizada a não receptividade da LAJ perante o texto constitucional atual, encaramos uma situação de omissão legislativa, no que tange a necessidade de se definir como se daria essa comprovação de que o requerente do benefício não pode arcar com os custos de demandar judicialmente sem prejuízo do seu próprio sustento ou de sua família, imperioso se faz, então, a adoção – que já vem acontecendo jurisprudencialmente – da exigência de alguns documentos.

O primeiro seria um comprovante de rendimentos, a parte precisa



demonstrar quanto recebe por mês para só a partir daí, abatendo-se seus débitos, se ter em vista a sua real situação econômica; o segundo seria justamente o comprovante desses débitos, com a juntada das dívidas que a parte possui. Nada burocrático demais que exija a assinatura de qualquer autoridade que seja, como anteriormente era exigido, mas também nada desburocratizado ao ponto de se banalizar um instituto tão importante. Trata-se de uma exigência razoável e proporcional ao benefício que é gerado.

6.1 Matéria abordada pelo novo CPC

O anteprojeto do novo Código de Processo Civil, tentando corrigir essa flagrante obsolescência da LAJ, trás novas disposições legislativas sobre o tema, que terá uma seção própria, o art. 85 do anteprojeto assim aduz:

Art. 85. A parte com insuficiência de recursos para pagar as custas e as despesas processuais e os honorários de advogado gozará dos benefícios da gratuidade de justiça, na forma da lei.

§ 1º O juiz poderá determinar de ofício a comprovação da insuficiência de que trata o caput, se houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos requisitos legais da gratuidade de justiça.

§ 2º Das decisões que apreciarem o requerimento de gratuidade de justiça, caberá agravo de instrumento, salvo quando a decisão se der na sentença.

Notável e substancial alteração ocorrida, o magistrado não precisará mais aguardar a impugnação da outra parte para, a partir daí, negar a gratuidade judiciária, pelo contrário, poderá e deverá de ofício determinar a comprovação, desde que haja nos autos elementos que evidenciem a falta dos requisitos legais, ou seja, há requisitos legais para a concessão do benefício, não sendo suficiente para preenchê-los uma mera declaração da parte que o requer⁴.

⁴ Em algumas situações concretas, obviamente, a comprovação é completamente desnecessária, mas não porque seja um requisito supérfluo, e sim porque a hipossuficiência econômica do postulante da justiça gratuita pode ser facilmente visualizada por outros elementos existentes na própria relação processual.



Outro importante ponto trazido pelo anteprojeto do novo CPC é tratado pelo § 3º do art. 83, vejamos:

Art. 83. Cada parte pagará a remuneração do assistente técnico que houver indicado; a do perito será rateada entre as partes quando por ambas requerida.

§ 3º O valor da prova pericial requerida pelo beneficiário da gratuidade de justiça será fixado conforme tabela do Conselho Nacional de Justiça e pago ao final pelo Poder Público.

Assim sendo, visualiza-se que a inversão do ônus da prova, determinada em alguns casos, sobretudo em litígios envolvendo relações consumeristas, não mais se confundirá com inversão de ônus econômico⁵.

A outra parte da ação só será responsável economicamente pelas provas que ela mesma requisitar, cabendo ao Estado arcar com os custos da prova requisitada pelo beneficiário. Dessa forma, a concessão do benefício da Justiça Gratuita só deve ser dada a quem realmente fizer jus ao seu recebimento, caso contrário, o Poder Público - e a coletividade - estará arcando com os diversos custos que envolvem uma demanda judicial desnecessariamente, privilegiando um em detrimento de todos.

7 CONCLUSÃO

Questão de grande controvérsia jurídica, a concessão do benefício da gratuidade judiciária não pode ser dada a todos que simplesmente a requeiram, anexando uma simples declaração de que não possui condições de arcar com os custos de demandar judicialmente, isso banaliza o instituto, abre espaços para excessos e transforma, por vezes, o que deveria ser um benefício para quem realmente precisa, em um privilégio para postulantes que não são hipossuficientes economicamente.

O bônus concedido a alguns se transforma, quando encarado em

⁵ Fato recorrente nos tribunais pátrios se dava quando o beneficiário da gratuidade judiciária necessitava produzir alguma prova pericial, e o Juiz, tendo em vista a qualidade de beneficiário, determinava que a outra parte arcasse com o ônus financeiro da prova a ser produzida.



larga escala, num enorme ônus para a coletividade, responsável por arcar com as taxas judiciais e os demais gastos inerentes ao conceito de assistência judiciária gratuita, sendo imprescindível que, em cada caso concreto, seja feita a aferição da real necessidade do requerente.

Aliás, diferente não é o mandamento constitucional encartado no art. 5º, LXXIV, da Carta de 1988, este inciso concede a gratuidade jurídica a todos aqueles que comprovam a insuficiência de recursos, e essa necessidade de comprovação é fundamental para que o instituto não se banalize como, infelizmente vem ocorrendo.

Nesse sentido, diante dessa inovação trazida pela CF, percebe-se que a LAJ, sobretudo em seu art. 4º, a despeito do que ocorreu na vigência das Constituições anteriores, não foi recepcionada pela de 1988, vez que a mencionada lei ao falar apenas na exigência de uma declaração, vem a exigir requisito inferior ao determinado pela própria Constituição, não havendo como se confundir uma mera declaração com uma comprovação de insuficiência de recursos. Admitir isso seria permitir que uma lei ordinária, anterior a Constituição, viesse a alterar o sentido desta.

Visualizada a não receptividade da norma em exame, cumpre aos tribunais pátrios suprimem a omissão legislativa que se impõe - diante da obsolescência verificada na LAJ -, e aplicarem diretamente o texto constitucional, concedendo o benefício apenas aos que comprovam fazerem jus a recebê-lo. Trata-se de uma forma de se fazer justiça, não só a quem de fato merece receber o benefício, mas com toda a coletividade que arca com essas concessões.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25ª edição, atualizada. São Paulo: Malheiros, 2010.

DIDIER JUNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael. **Benefício da Justiça Gratuita**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2008.

FREITAS, Victor Marinho Fernandes de. **O infrutífero dissenso sobre a**



recepção do modelo de concessão da gratuidade judiciária. In Verbis, Natal, v. 32, p.147-167, jul./ago. 2012. Semestral.

LIMA, João Emmanuel Cordeiro. **O instituto da justiça gratuita e a interminável polêmica sobre a necessidade da prova de hipossuficiência para sua concessão.** Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1982, 4 dez. 2008. Disponível em < <http://jus.com.br/revista/texto/12043>>. Acesso em: 13 maio 2013.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário.** 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo.** 5. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2011.

MAZZA, Willame Parente. **A interpretação das normas de imunidade tributária.** Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 3054, 11 nov. 2011. Disponível em:< <http://jus.com.br/revista/texto/20403>>. Acesso em: 10 de maio de 2013.

OLIVEIRA, Rogério Nunes de. **Assistência Jurídica Gratuita.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico.** 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

**THE OBSOLESCENCE 1.060/50 FEDERAL
LAW AND THE NEED FOR REVIEW OF THE**



REQUIREMENTS FOR THE GRANTING OF JUSTICE FREE

ABSTRACT

The legal aid is to ensure access to justice to many, since access was hampered by lack of financial resources to fund an entire lawsuit. However, in order to extend this access has been giving the benefit of free justice to many who are not entitled to receive it, a vague literal interpretation of Law 1.060/50, at the expense of constitutional innovation brought by the 1988 Constitution, that requires proof of insufficient resources for granted. Thus, the commandment chartered in art. 4th Call for Legal Aid Act - which requires only a statement of the applicant stating conditions do not have to bear the costs of demand - was not approved by the 1988 Constitution, being essential to immediate recognition of addiction constitutionality.

Keywords: Free Justice. Benefit. Requirements. Constitution. Proof.



A RESPONSABILIDADE DOS FORNECEDORES NA CLONAGEM DE CARTÕES DE CRÉDITO

Ziliane Marques da Silva

Acadêmica do 7º período do
Curso de Direito da UFRN
PRH-36

Cleciane de Mendonça Vasconcelos

Acadêmica do 7º período do
Curso de Direito da UFRN

Victor Rafael Fernandes Alves

Professor-orientador

RESUMO

O presente artigo pretende analisar a responsabilidade civil das administradoras de cartões de crédito no que tange à clonagem, tipo de fraude ao sistema de cartões muito corriqueiro na atualidade. Fazendo uma abordagem crítica sobre os projetos de lei que versam sobre essa matéria, que tramitam no Legislativo brasileiro; dos artigos do Código de Defesa do Consumidor que são aplicáveis ao assunto, da jurisprudência que vem se consolidando nos Tribunais e do procedimento da clonagem em si; de forma a obter um apanhado geral da presente situação, por ser temática atual, recorrente no judiciário brasileiro e sem lei específica aprovada.

Palavras-chave: Clonagem de cartões de crédito. Código de Defesa do Consumidor. Projeto de Lei nº 1.547/2007. Projeto de Lei nº 137/2011. Projeto

de Lei nº 35/2012. Responsabilidade Civil.
Fornecedoras de cartões.

1 INTRODUÇÃO

A escolha dos consumidores e do mercado pela ampla utilização de cartões de créditos se deve, principalmente, à praticidade advinda de seu uso, tornando-o mais simples até mesmo que o pagamento com o dinheiro em cédulas, vez que o risco de assaltos e furtos se torna menor ao se usar o cartão; o qual pode ser imediatamente cancelado com uma simples ligação telefônica, quando do seu extravio por qualquer que seja o motivo.

A distribuição de cartões de crédito se faz mediante a assinatura de um instrumento contratual. O qual se formaliza por meio de um instrumento de contrato de adesão. Ou seja, a fornecedora entrega um contrato já pronto ao consumidor, com cláusulas, em sua maioria, exorbitantes, avançando em questões tuteladas pelo direito público e que, portanto, não podem ser negociadas livremente por um instrumento de direito privado; as cláusulas chegam ao absurdo, inclusive, de eximir as fornecedoras de qualquer responsabilidade por danos decorrentes da má prestação de serviços ou ainda por evento fortuito, como é o caso das clonagens de cartões de crédito, conforme será demonstrado no decorrer do artigo.

Especificamente nesses casos de clonagem de cartão de crédito, a quem cabe a responsabilidade por tais eventos? Quem ressarcirá os danos sofridos? Os consumidores, os fornecedores ou os prestadores de serviços? Caberá alguma espécie de responsabilidade solidária ou subsidiária? Deverá haver o ressarcimento ao consumidor do valor debitado em função da clonagem? São perguntas como essas que serão discutidas juridicamente no decorrer do trabalho.

O objetivo principal do presente artigo é proceder a uma análise da responsabilidade dos fornecedores de cartões de crédito, nos casos em que o consumidor é vítima especificamente da fraude de clonagem, abordando as leis presentes em nosso ordenamento jurídico que são aplicadas a tais eventos, bem como a forma sob a qual vem sendo feita a aplicação prática nos casos concretos que são demandados ao Poder Judiciário; e, ainda, uma breve discussão sobre o entendimento jurisprudencial consolidado sobre a



matéria, principalmente no âmbito do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

2 NOÇÕES SOBRE ALGUNS ASPECTOS CONTRATUAIS DO SISTEMA DE CARTÕES DE CRÉDITO

Como o intuito desse artigo é analisar a responsabilidade civil dos fornecedores de cartões de crédito em face à sua clonagem, incluindo-se também os cartões de débito, faz-se necessário abordar alguns aspectos contratuais desse sistema, uma vez que (mesmo que sejam de adesão) ainda há o uso de contratos para regularem direitos e deveres do contratado e do usuário do cartão (“associado”).

Atualmente, os instrumentos de crédito são administrados, em sua grande parte, por empresas coligadas aos bancos ou pelas próprias instituições financeiras, como o Banco do Brasil, por exemplo. Na relação contratual são denominados “emissores”, também chamados genericamente de administradoras ou de fornecedores de cartões de crédito. Como bem afirmou Martins (2005, p.187) ao mencionar que o banco concentra a função de “administradora do cartão”.

Todavia, essas duas partes mencionadas não são os únicos participantes da relação jurídica de cartão de crédito, há ainda outro: o estabelecimento comercial. Levando Bulgarelli (2001, p. 679) a afirmar que o cartão de crédito é um negócio jurídico integrado por vários contratos que se unificam numa única finalidade, qual seja a de permitir que o consumidor adquira de imediato bens e serviços que necessita.

Na mesma linha de raciocínio que Bulgarelli seguiu acima, outros autores também afirmam que há uma verdadeira coligação de relações contratuais, formando um sistema de contratos trilateral, ou triangular, ou ainda múltiplos, complexos e de longa duração como afirmou Martins (2005, p. 188). Haveria, inclusive, uma aproximação, com a figura do contrato de promessa de fato de terceiro (SIDOU, 1975 *apud* MARTINS, 2005, p. 188).

Inicialmente é importante afirmar que o artigo 3º, § 2º do Código de Defesa do Consumidor deixa claro que as atividades de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária fornecidas no mercado de consumo são consideradas serviços e protegidas pelo próprio CDC.

Então, as relações decorrentes do uso de cartões de crédito são relações de consumo, conforme artigo mencionado supra. A necessidade de



serem coerentemente tuteladas pelo microsistema consumerista deve-se, justamente, a essa conformação triangular, por privilegiar o emissor do cartão, uma vez que o sucesso do empreendimento depende dele, que selecionará os portadores do cartão e os fornecedores filiados, os quais farão a adesão a um modelo contratual também por ele previamente definido (MARTINS, 2005, p. 188).

É tendência nos contratos de cartão de crédito a administradora se escusar de quaisquer responsabilidades, inclusive no tocante à clonagem. Entretanto, mesmo que haja cláusulas nesse sentido, e a despeito do Código de Defesa do Consumidor (CDC) não abordar especificamente a matéria, tais cláusulas reputam-se abusivas, uma vez que se mostram contrárias ao princípio da boa-fé, o qual deve permear todas as relações contratuais.

Além do princípio jurídico da boa-fé objetiva, a responsabilidade, ainda em relação à clonagem, não pode ser escusada pelas administradoras de cartões para contemplar o princípio da interpretação mais favorável ao consumidor, presente no art. 47 do CDC.

Essas cláusulas seriam abusivas, conforme dito supra, cabendo a aplicação do disposto no artigo 51, I, do CDC, posto que, se fossem válidas, impossibilitariam a responsabilização das administradoras de cartões de crédito no tocante à clonagem, que é definitivamente um vício no serviço creditício.

Entretanto, mesmo que o caráter genérico da clonagem de cartões seja abarcado pelos dispositivos do CDC, tal matéria carecia, até pouco tempo de regulação específica, de um detalhamento de tipificação penal, de uma análise mais aprofundada da responsabilidade civil das várias partes presentes nessa coligação contratual, entre outros aspectos. Há projetos de lei que versam sobre alguns desses pontos e outras temáticas relacionadas que estão em tramitação nas casas legislativas. Além de uma alteração no Código Penal, realizada recentemente, com a aprovação da chamada informalmente “Lei Carolina Dieckman”, que acrescentou ao artigo 298 a seguinte redação: “Parágrafo único. Para fins do disposto no caput, equipara-se a documento particular o cartão de crédito ou débito”. Ou seja, a falsificação de cartão de crédito ou débito equiparou-se à falsificação de documento particular.

Esses projetos e alterações serão abordados mais detalhadamente nos tópicos seguintes, bem como será feita uma análise mais profunda da responsabilidade civil na clonagem de cartões de crédito.



3 A QUESTÃO DA CLONAGEM DOS CARTÕES DE CRÉDITO

Um dos pontos que se faz necessário discutir antes de principiar a análise da responsabilidade civil das administradoras e dos fornecedores na clonagem de cartões de crédito é, justamente, explicar – mesmo que de modo superficial - como ocorre a clonagem, e quais os dispositivos presentes no Ordenamento Jurídico Brasileiro que trazem proteção ao consumidor contra esse tipo de fraude.

De acordo com Barwinski(2012), a clonagem dos cartões de crédito não é feita de maneira muito sofisticada aqui no Brasil. O principal aparelho usado na clonagem é apelidado de “chupa cabra”. Esse aparelho é bem rústico, possuindo uma memória interna semelhante às leitoras comuns de cartões e, no momento que o cartão é passado, são lidas e copiadas todas as suas informações, inclusive as senhas. Após isso, os dados são reproduzidos em outro cartão.

Esse aparelho geralmente é mais usado em estabelecimentos comerciais (bares, restaurantes, lanchonetes, postos de gasolina, etc.) ou em caixa eletrônicos. Uma das formas é o atendente trazer o “chupa-cabra” escondido no bolso e, no momento em que o consumidor entrega o cartão para efetuar algum pagamento, o atendente por sua vez, passa o cartão escondido no já mencionado aparelho, obtendo assim todos os dados do cliente. Outra forma é quando o chupa-cabra está instalado diretamente no leitor de cartão de crédito ou débito do próprio estabelecimento¹.

Outra maneira usada para a realização da clonagem é através da *internet*. Com as compras realizadas via *internet* e a criação do *Internet Banking*, esse tipo de fraude se tornou muito corriqueiro. Nesse caso, o agente que faz a clonagem do cartão manda um e-mail contendo arquivos espíões e, no instante em que a vítima abre o e-mail, o programa rouba os dados do cartão de crédito e a senha do computador da vítima. Ou ainda, enviam e-mails fraudulentos, se passando pela Receita Federal, Caixa Econômica ou pelo banco da vítima, pedindo que ela preencha alguns dados, e a vítima, que muitas vezes não tem conhecimento de que esses e-mails podem conter ameaças, acaba por preencher o que está pedido na mensagem e, por consequência,

¹ Como cartões de crédito são clonados. Disponível em:< <http://cartaoecredito.net/seguranca-e-fraudes/cartoes-clonados/>>. Acesso em: 31 out. 2012.



caindo no golpe².

De acordo com informações da Associação Brasileira das Empresas de Cartões de Crédito e Serviço (Abecs), uma das maneiras de amenizar esse tipo de crime é a utilização de cartões com *chip*³, mas esse tipo de estratégia só funcionará com mais precisão quando todos usarem cartão com *chip*, pois enquanto existirem cartões sem *chip*, apenas com a tarja magnética, os estabelecimentos comerciais aceitarão os dois tipos de cartão, e se as máquinas estiverem com o aparelho que copia os dados do cartão, é possível a clonagem da mesma forma, tanto para os cartões com tarja magnética quanto para os cartões com *chip*⁴.

Pensando em melhorar a proteção ao consumidor, o Legislativo Brasileiro já se manifestou sobre o assunto. A Primeira iniciativa Legislativa nesse sentido, ainda que genérica (com o intuito de legislar sobre diversos temas até então controversos), foi a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor. O CDC traz uma ampla proteção ao consumidor, normas gerais, que podem ser interpretadas de maneira ampla em face do consumidor. Em seu art. 14, dispõe sobre a tutela do consumidor em caso de defeito do serviço, respondendo o fornecedor independente da existência de culpa ou não, pela reparação de danos causados ao consumidor por defeitos relativos à prestação de serviços, pelas informações erradas ou insuficientes, e pelos riscos do uso.

A prestação de serviço defeituosa a que se refere o artigo 14 é presumida quando o serviço que foi contrato pelo consumidor, por si só já levanta uma razoável expectativa de riscos ou ainda quando o serviço é mal prestado, como bem define Zelmo Denari (2007, p. 203).

É importante ressaltar que, na clonagem de cartões, não se pode confundir o chamado defeito do serviço com o vício do serviço. Como já citado anteriormente, o defeito é caracterizado quando este é mal prestado ao consumidor, ou quando da própria natureza do serviço, a qual acarreta

² Cartão: Chip é arma no combate às fraudes. Disponível em: <<http://www.abecs.org.br/site2012/noticiasInterna.asp?id=106>>. Acesso em: 31 out. 2012.

³ Cartão: Chip é arma no combate às fraudes. Disponível em: <<http://www.abecs.org.br/site2012/noticiasInterna.asp?id=106>>. Acesso em: 31 out. 2012.

⁴ Informação fornecida pelo Lorenzo Parodi, especialista em combate a fraudes, em entrevista ao Jornal Folha de São Paulo, disponibilizada no site da Associação Brasileira das Empresas de Cartões de Crédito e Serviço, em junho 2012. Disponível em: <<http://www.abecs.org.br/site2012/noticiasInterna.asp?id=106>>. Acesso em: 31 out. 2012.



riscos; mais uma vez menciona-se os ensinamentos de Zelmo Denari (2007, p. 221-222) a fim de definir o vício do serviço, como sendo aquele que fica evidente quando o serviço prestado é inapropriado para o consumidor e, ainda, quando se mostra inadequado aos fins aos quais se propõem - o que efetivamente ocorre no caso da clonagem de cartões.

Outra iniciativa nesse sentido foi o Projeto de Lei nº 1.547 de 2007⁵, que está em tramitação na mesa da Câmara dos Deputados, que versa sobre a responsabilidade por prejuízos causados pela clonagem de cartão de crédito. O PL é composto de apenas três artigos. O parágrafo primeiro dispõe que no caso de clonagem do cartão, a responsabilidade será das administradoras de cartão de crédito, garantindo à vítima da clonagem, estorno imediato de todos os débitos lançados na fatura. E no parágrafo único define clonagem como sendo obtenção fraudulenta de dados pessoais do usuário ou a cópia e transferência dos códigos da tarja magnética para um cartão falso, com a finalidade de realizar operações em nome do verdadeiro titular. O parágrafo segundo veda a administradora de restringir a utilização de cartão por quem foi vítima de clonagem, e o parágrafo terceiro prevê que a lei entrará em vigor no prazo de 30 dias.

Para Alves (2012), a falha do mencionado Projeto de Lei é que ele restringe a responsabilidade pelo dano sofrido pelo consumidor apenas às administradoras de cartão, ao passo que CDC quando fala sobre responsabilidade pelo serviço, no art. 14, *caput*, fala em fornecedor, um conceito mais amplo que atinge toda a cadeia produtiva, tornando a responsabilidade solidária, abrindo um leque maior de possibilidades contra quem o consumidor possa demandar.

Mais recente que o PL nº 1.547, existe o Projeto de Lei nº 137 de 2011, que aborda o assunto de forma mais abrangente. Além de responsabilizar o

⁵ Projeto de Lei nº 1.547, de 2007. Art. 1º No caso de “clonagem” de cartão de crédito, será de inteira responsabilidade da administradora os prejuízos decorrentes da utilização fraudulenta do cartão, garantindo-se ao titular o estorno imediato de todos os débitos lançados em sua fatura mensal.

Parágrafo único. Para os efeitos dessa lei, “clonagem” é a obtenção fraudulenta de dados pessoais do usuário de cartão de crédito ou a cópia e transferência dos códigos da tarja magnética para um cartão falso, com a finalidade de realizar operações em nome do verdadeiro titular. Art. 2º É vedado à administradora de cartão de crédito adotar qualquer medida de restrição ao crédito ou à utilização do cartão por parte de usuário que teve seu cartão “clonado”. Art. 3º Esta Lei entra em vigor após decorridos 30 (trinta) dias de sua publicação oficial.



fornecedor no caso de clonagem de cartão, o PL nº 137 proíbe as cláusulas contratuais que impõem ao consumidor a responsabilidade no caso de clonagem de cartão⁶, garantindo ressarcimento ao consumidor dos débitos contraídos em função da clonagem, incumbindo aos administradores de cartões de criarem meios mais eficazes para comprovar a idoneidade do portador do cartão, além garantir indenização por danos morais ao consumidor que tiver seu nome inscrito na proteção ao crédito pelas dívidas contraídas com o cartão clonado⁷.

Nesse sentido, há ainda o projeto de lei nº 35, de 2012, que dispôs sobre a tipificação criminal dos delitos informáticos alterando a Seção IV do atual Código Penal ao acrescentar os artigos 154-A e 154-B. O mesmo projeto foi posteriormente anexado ao Projeto de Lei nº 236, de 2012, que institui o novo Código de Processo Penal.

O *caput* do art. 154-A trata sobre a invasão de dispositivos informáticos alheios, com a finalidade de obter, destruir ou adulterar dados ou informações sem autorização expressa do titular dos dispositivos. Esse artigo cria um novo tipo penal qual seja a “invasão de dispositivo informático”, culminando uma pena de detenção de três meses a um ano. Nos quatro parágrafos que se seguem trata-se de um tipo equiparado ao *caput* e de qualificadoras do crime⁸. E o artigo 154-B diz a ação penal cabível para esse

⁶ Projeto de Lei nº 137 de 2011. Art. 2º, §1º: “São nulas as cláusulas contratuais que impõem ao consumidor a responsabilidade absoluta por compras realizadas com cartões de créditos furtados, roubado ou extraviado, até o momento da comunicação do fato. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=491128>>. Acesso em: 02 nov. 2012.

⁷ Projeto de Lei nº 137, de 2011. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=837309&filename=PL+137/2011>. Acesso em: 02 nov. 2012.

⁸ Projeto de Lei nº 35, de 2012. Art. 154-A: “Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não a rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades”. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=116099&tp=1>>. Acesso em: 01 nov. 2012.

PL 35/2012, Art. 154-A: “nos crimes definidos no art. 154-A, somente se procede mediante representação, salvo se o crime é cometido contra a administração pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios ou contra empresas concessionárias de serviços públicos.

§ 1º Na mesma pena incorre quem produz, oferece, distribui, vende ou difunde dispositivo ou programa de computador com o intuito de permitir a prática da conduta definida no caput;

§ 2º Aumenta-se a pena de um sexto a um terço se da invasão resulta prejuízo econômico;

§ 3º Se da invasão resultar a obtenção de conteúdo de comunicações eletrônicas privadas,



crime⁹. Atualmente, a clonagem de cartão de crédito configura comumente o crime de estelionato, com pena de reclusão de cinco anos mais pagamento de multa¹⁰.

Todas essas recentes iniciativas do Legislativo Brasileiro são muito bem vindas, uma vez que mostram uma preocupação maior com a questão da clonagem e outras fraudes semelhantes, entretanto, talvez o Legislativo esteja dispensando esforços a Projetos de Leis desnecessários - enquanto outros assuntos estão fora do foco de sua atenção e necessitam dela com mais urgência -, pois quando se trata de proteger a vulnerabilidade do consumidor o CDC não deixa a desejar e, muitas vezes, esses projetos de lei acabam se revelando meras repetições de alguns artigos do Código de Defesa do Consumidor, só que mais restritivamente, de certa forma, diminuindo a proteção do consumidor, como no caso do PL nº 1.547/2007 supracitado.

3 A RESPONSABILIDADE CIVIL NA CLONAGEM DE CARTÃO DE CRÉDITO

No panorama atual, de vigência do CDC e da minguada lei mais específica no sistema brasileiro, quem vem regulamentando e dirimindo os conflitos surgentes em torno da responsabilidade civil quando da clonagem

segredos comerciais e industriais, informações sigilosas assim definidas em lei, ou o controle remoto não autorizado do dispositivo invadido, Pena – reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa;

§ 4º Na hipótese do § 3º, aumenta-se a pena de um a dois terços se houver divulgação, comercialização ou transmissão a terceiro, a qualquer título, dos dados ou informações obtidos, se o fato não constitui crime mais grave;

§ 5º Aumenta-se a pena de um terço à metade se o crime for praticado contra: I – Presidente da República, governadores e prefeitos; II – Presidente do Supremo Tribunal Federal; III – Presidente da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Assembleia Legislativa de Estado, da Câmara Legislativa do Distrito Federal ou de Câmara Municipal; ou IV – dirigente máximo da administração direta e indireta federal, estadual, municipal ou do Distrito Federal”.

⁹ Art. 154-B. “Nos crimes definidos no art. 154-A, somente se procede mediante representação, salvo se o crime é cometido contra a administração pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios ou contra empresas concessionárias de serviços públicos”.

¹⁰ Art. 171, Código Penal: “Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento: Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, de quinhentos mil réis a dez contos de réis”.



de cartões de crédito é o STJ e os Tribunais de Justiça Estaduais.

Nos últimos anos, a jurisprudência vem se tornando uniforme, no sentido de a responsabilidade civil das administradoras de cartões de crédito ser objetiva, uma vez que elas devem adotar medidas tecnológicas que impeçam a clonagem de cartões, somando-se a esse argumento o fato de ser um risco inerente a essa atividade empresarial, devendo ser assumido, então, por aquele que se arrisca a ofertar o referido tipo de serviço. Sobre esse fato, há um acórdão – entre tantos outros semelhantes -, ainda do ano de 2005, que já apontava o supramencionado entendimento¹¹:

REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS. CLONAGEM DE CARTÃO DE CRÉDITO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA OPERADORA. É DEVER DA ADMINISTRADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO ADOPTAR MEDIDAS DE PROTEÇÃO QUE IMPEÇAM A CLONAGEM DE CARTÃO DE CRÉDITO. TAL DEVER DECORRE DO PRINCÍPIO DA BOA FÉ OBJETIVA, NA SUA FUNÇÃO DE TUTELA OU PROTEÇÃO, EM CONSEQUÊNCIA DO QUE DECORRE O DEVER DE CADA UM DOS CONTRATANTES DE ADOPTAR AS MEDIDAS NECESSÁRIAS PARA RESGUARDAR OS INTERESSES PESSOAIS E PATRIMONIAIS DO OUTRO CONTRATANTE. DEVEM AS OPERADORAS DE CARTÃO DE CRÉDITO INVESTIR PARTE DE SEUS FABULOSOS LUCROS EM PESQUISAS DE QUE RESULTEM MAIOR SEGURANÇA PARA A UTILIZAÇÃO DO SISTEMA DE CARTÃO. AS FRAUDES QUE NÃO SE CONSEGUE EVITAR DEVEM SER DEBITADAS EM DESFAVOR DAS ADMINISTRADORAS E NÃO DE SEUS CLIENTES.

Ainda nesse sentido, tem-se o art. 14 do CDC, o qual afirma que a responsabilidade do fornecedor, independentemente da culpa deste, será aplicável para reparar os danos sofridos pelo consumidor em relação ao serviço defeituoso, ou seja, equiparando a clonagem a um defeito no serviço creditício realizado por intermédio do instrumento do cartão¹².

¹¹ TJRS. Acórdão nº 71000632943. T3. Min. Eugênio Facchini Neto. J. 19/04/2005.

¹² Art. 14, CDC: "O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos".



Adentrando mais nesse ponto de equiparação a um defeito no serviço creditício, à luz do CDC, percebe-se que tal defeito é, na realidade, um vício de serviço, o qual realmente enseja a responsabilidade objetiva do fornecedor, em consonância com a jurisprudência firmada. O art. 18 do CDC explica bem quando afirma que os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios¹³. Seria o vício, portanto, a modalidade que mais se aproximada da falha no serviço originado da clonagem do cartão de crédito. Vale salientar, apenas, que a segurança é uma atividade meio, não uma atividade fim do sistema de cartões de crédito, mas abarcada em pleno pelo art. 14, § 1º: “O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar”.

Levanta-se ainda a questão da responsabilidade do lojista, todavia também há entendimento firmado nos tribunais, a saber:

Prestação de serviços Indenização - Cartão de crédito - Clonagem - Operação autorizada pela administradora do cartão - Inexistência de responsabilidade do lojista - Indenização por danos materiais - Cabimento - Dever da administradora de fiscalizar e prover meios que impeçam a falsificação dos cartões de crédito. “A ‘clonagem’ de cartão de crédito insere-se dentre os riscos da exploração dos serviços pela administradora, que deve por eles se responsabilizar, sendo descabida a atribuição do débito ao lojista afiliado”.¹⁴

Esse entendimento deriva primeiramente da coligação contratual, a qual perfaz necessária uma análise das várias relações jurídicas envolvidas nas transações com cartões de crédito. Porém, vale-se da teoria do risco dos

¹³ Art. 18, CDC: “Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas”.

¹⁴ (1155678000 SP, Relator: Andreatta Rizzo, Data de Julgamento: 14/04/2008, 26ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 18/04/2008). Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4654658/apelacao-com-revisao-cr-1155678000-sp-tjsp>>. Acesso em: 03 nov. 2012.



negócios jurídicos para justificar a responsabilidade da emissora, invalidando qualquer cláusula em *contrario sensu*¹⁵.

Ainda envolvendo a teoria do risco, controvérsia maior sempre foi entre as administradoras de cartões e os estabelecimentos comerciais filiados. Analisando-se entendimento do Tribunal de Justiça do Paraná, em apelação relatada pelo Dr. Francisco Jorge (AC 474.644-7, 09.02.2011), sobre cartões clonados, envolvendo uma agência de turismo, com recusa por parte da administradora e da companhia aérea de repassar os valores, ficando a própria agência responsável pelo ônus do valor integral das vendas, percebe-se que o principal fundamento do acórdão proferido embasou-se no art. 927 do Código Civil¹⁶, aplicando a teoria do risco-atividade, em consonância com o exposto num trecho da decisão: “ao colocar no mercado a atividade de pagamentos com uso de cartão de crédito, a administradora do sistema assume a responsabilidade pelo risco do negócio”¹⁷.

Todavia, há julgado mais recente do STJ que reconheceu a existência de uma relação de consumo entre uma farmácia e uma empresa de cartão, mostrando que o tema mudou de raciocínio nas Cortes de Justiça Brasileira:

COMPETÊNCIA. CONTRATAÇÃO. SERVIÇO. CRÉDITO. EMPRESA. RELAÇÃO. CONSUMO.

O estabelecimento comercial, no caso, uma farmácia, celebrou contrato de prestação de serviço de pagamento por meio de cartão de crédito com a ré. Lastreada nesse contrato, vendeu, mediante cartão de crédito, depois de prévia consulta, medicamentos a

¹⁵ Nesse sentido, posiciona-se Renato Olímpio, em: AZEVEDO, Renato Olímpio Sette de. Cartão de Crédito – Aspectos Contratuais. Dissertação de conclusão de mestrado. Orientador: Roberto João Elias. Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo - USP. P. 103. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-17122007-105245/pt-br.php>>. Acesso em: 03 nov. 2012.

¹⁶ Art. 927, Código Civil de 2002: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 04 nov. 2012.

¹⁷ Conforme afirma o advogado Luiz Fernando C. Pereira, em: PEREIRA, Luiz Fernando C. Cartões clonados – a responsabilidade das administradoras. Disponível em: <<http://www.vgpadvogados.com.br/Artigos.html.16>>. Acesso em: 04 nov. 2012.



um consumidor. Contudo a administradora do cartão não pagou a farmácia. Diante da recusa, à farmácia ajuizou uma ação cujo objetivo é o pagamento de dano moral, material, emergente e lucro cessante, bem como a devolução da importância relativa à compra dos medicamentos. A ação foi proposta no foro do Rio de Janeiro, sede da farmácia. Todavia a ré suscitou exceção de incompetência, ao fundamento de existir cláusula de eleição de foro. Acolhida a exceção, remeteram-se os autos à Comarca de São Paulo. A seção, prosseguindo o julgamento, por maioria, entendeu ser a farmácia destinatária final do serviço de crédito, portanto é o Código de Defesa do Consumidor que rege a relação comercial entre as partes e, conseqüentemente, declarou inválida a cláusula de eleição de foro para privilegiar o foro do consumidor (art. 6º, VIII, do CDC). CC 41.056-SP, Rel. originário Min. Aldir Passarinho Junior, Rel. para acórdão Min. Nancy Andrigli, julgado em 23/6/2004.

Consonante com os aspectos acima analisados, ainda se faz importante mencionar que, caso a administradora venha a efetuar a cobrança de valores indevidos ao consumidor, feitos por um terceiro mediante clonagem dos dados do cartão, e caso o consumidor pague, ou tenha tal valor debitado de sua conta (nos casos de cartões de crédito com pagamento por meio de débito automático em conta corrente), cabe à administradora devolver em dobro o valor indevidamente cobrado, conforme art. 42, parágrafo único do CDC¹⁸.

Outro problema comum é o das empresas alegarem caso fortuito ou força maior, ante a impossibilidade de evitar todas as fraudes que possam ocorrer, ou ainda a culpa exclusiva de terceiro, já que ele executou a fraude. Todavia, primeiramente deve ser observado:

[...] a cláusula geral ditada pelo inc. IV do art. 51 do CDC, que estabelece a “nulidade de pleno direito, das cláusulas contratuais abusivas que estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que

¹⁸ Art. 42, Parágrafo único, CDC: “O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável”.



coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”. (NERY, 1995 *apud* MARTINS, 2005, p. 206)

E, ainda sobre a alegação feita pelas empresas fornecedoras, é interessante o pensamento de Eberlin (2007, p. 21), segundo o qual uma das finalidades da responsabilidade objetiva do CDC é a transferência de determinados riscos, que antes eram suportados pela sociedade, para os fornecedores. Aplicando ao argumento utilizado, portanto, mitiga-o.

4 POSIÇÃO JURISPRUDENCIAL

É notável a quantidade de demandas que versam sobre a clonagem de cartões, e suas questões decorrentes, que chegam ao judiciário brasileiro. A jurisprudência nacional, tanto em nível de Supremo Tribunal de Justiça, como nos Tribunais Estaduais, já se manifestou inúmeras vezes sobre o assunto. Sobre a aplicação do CDC nos contratos com Instituições Financeiras, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 297, consolidando seu entendimento sobre o assunto como possível a aplicação nesse caso¹⁹.

É pacífico o entendimento que os fornecedores de cartão de crédito respondem objetivamente em caso de clonagem de cartão de crédito. Os fornecedores não podem exigir da vítima os créditos que foram adquiridos em nome dela, tendo ainda o dever de restituir os débitos feitos - nos casos em que o cartão serve para crédito e débito ao mesmo tempo.

O entendimento jurisprudencial sobre o assunto é fundamentado e tem abrigo legal no Código de Defesa do Consumidor, mais precisamente em seu artigo 14, que dispõe sobre a responsabilidade dos fornecedores de serviços independentemente da existência de culpa da sua parte, por danos causados aos consumidores no que tange aos defeitos relativos à prestação de serviços. Pelo art. 14, §3º e incisos I, II, o fornecedor só não será responsabilizado se provar que tendo prestado o serviço à culpa inexistente, ou que a culpa foi

¹⁹ TJ Súmula nº 297 - 12/05/2004 - DJ 09.09.2004: Código de Defesa do Consumidor - Instituições Financeiras – Aplicação: “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/stj_0297.htm>. Acesso em: 02 nov. 2012.



exclusiva do consumidor²⁰.

Nesse sentido o Tribunal de Justiça de São Paulo proferiu Acórdão, julgando a Apelação nº 9140219-32.2008.8.26.0000 reafirmando o entendimento²¹:

INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAL - SAQUES INDEVIDOS EM CONTA-CORRENTE - CLONAGEM DE CARTÃO ELETRÔNICO DE ACESSO À CONTA - APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR ÀS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS EXEGESE DA SÚMULA 297 DO STJ E ARTIGO 14CDC - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA CABÍVEL - NÃO DEMONSTRAÇÃO PELA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA DE QUE OS SAQUES SE DERAM POR CULPA DA PARTE AUTORA - COMPROVAÇÃO DO ABALO MORAL SOFRIDO NÃO MERO ABORRECIMENTO - APONTAMENTO INDEVIDO NO CADASTRO DE DEVEDORES INADIMPLENTES - FALHA DO BANCO INCONTROVERSA - DANO MORAL PRESUMIDO CONFIGURADO ALEGAÇÃO DE MONTANTE INDENIZATÓRIO, FIXADO EM R\$ 19.200,00, SER MÓDICO - UTILIZAÇÃO DE CRITÉRIOS DE RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE NA FIXAÇÃO DO VALOR INDENIZATÓRIO - VALOR MANTIDO - RECURSO IMPROVIDO.

A jurisprudência também se mostra uníssona nos casos em que devido à fraude do cartão de crédito, o fornecedor inscreve o nome da vítima no Serviço de Proteção Crédito (SPC), admitindo danos morais à vítima, e tendo o fornecedor prazo de cinco dias para retirar o nome do consumidor do serviço de proteção ao crédito, de acordo com o artigo 43, § 3º do CDC. Novamente o Tribunal de Justiça de São Paulo se manifesta sobre o assunto²²:

²⁰ CDC Art. 14 § 3º: "O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro".

²¹ TJSP – AC Nº 9140219-32.2008.8.26.0000. Rel. Edgard Jorgelauand. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18606275/apelacao-apl-9101579332003826-sp-9101579-3320038260000-tjsp>>. Acesso em: 03 nov. 2012.

²² TJSP- AC Nº 9179154782007826. Rel. Plínio Novaes de Andrade Júnior Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22182984/apelacao-apl-9179154782007826-sp-9179154-7820078260000-tjsp>>. Acesso em: 03 nov. 2012.



AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANO MORAL - SAQUES INDEVIDOS DE CONTA BANCÁRIA - CARTÃO CLONADO. ATO FRAUDULENTO QUE ACARRETOU IMPOSIÇÃO DE RESTRIÇÕES CADASTRAIS AOS AUTORES - RESPONSABILIDADE DO BANCO RÉU PELO DANO MORAL CAUSADO AOS CORRENTISTAS - SÚMULA 479 DO STJ -A INDEVIDA INSCRIÇÃO DO NOME DOS CORRENTISTAS, PERANTE CADASTROS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO, ACARRETA DANO MORAL PRESUMIDO, PASSÍVEL DE REPARAÇÃO - VAIOR DA INDENIZAÇÃO REDUZIDO PARA R\$ 10.000,00, LEVANDO EM CONTA CRITÉRIOS DE PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE, BEM COMO AS PECULIARIDADES DO CASO E PARÂMETROS DA JURISPRUDÊNCIA. SUCUMBÊNCIA - RECONHECIDO O DIREITO À INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL, CABE AO RÉU ARCAR, POR INTEIRO, COM AS VERBAS DECORRENTES DA SUCUMBÊNCIA, AINDA QUE O VALOR ARBITRADO PELO JUÍZO SEJA INFERIOR AO PLEITEADO PELO AUTOR - SÚMULA 326 DO STJ. RECURSO PROVIDO PARCIALMENTE, POR MAIORIA DE VOTOS PARA REDUZIR O VALOR DA INDENIZAÇÃO.

No acórdão supra o Supremo Tribunal de Justiça condenou o Banco Real a pagar uma indenização em favor um cliente, vítima de clonagem de cartão e que teve seu nome indevidamente inscrito em órgão de Proteção ao crédito. A relatora afirma que é direito do consumidor a segurança básica, bem como a efetiva prevenção e reparação dos danos, sendo inerente uma atividade bancária segura.

Acrescentou também como fundamento a Súmula 479 do STJ, que responsabiliza objetivamente as instituições financeiras pelos danos causados por fraudes e delitos praticados por terceiros, no âmbito das transações bancárias. E a falta de segurança por parte da instituição financeira causou danos e vexames ao cliente, que teve seu nome inscrito no rol dos inadimplentes, devido a clonagem de seu cartão. Nesse caso o dano sofrido pelo cliente do Banco é *in re ipsa*, ou seja, é um dano presumido pelo próprio fato em si, e que causou indevido transtorno ao autor.

Assim, fica claro que a jurisprudência dos Tribunais, tantos Estaduais quanto no Superior Tribunal de Justiça, está pacificada quanto à questão da clonagem de cartão de crédito e se mostra como uma ferramenta na produção de precedentes, fazendo uma justa aplicação do CDC em favor dos



consumidores hipossuficientes, de modo que os fornecedores de cartão de crédito, no sentido amplo de fornecedor, respondam objetivamente pelos danos sofridos pelos consumidores que foram vítimas de clonagem de cartão, fundamentado devidamente pelo CDC e pela Teoria do Risco Contratual.

A jurisprudência está tão bem consolidada em tais matérias, que não há tanta necessidade de uma lei que aborde a responsabilidade civil, talvez seja mais necessária a responsabilização criminal, conforme PL nº 35/2012. Haveria um excesso de normas positivadas, na medida em que a jurisprudência é considerada e adotada oficialmente como fonte de direito, logo também é uma norma no ordenamento jurídico pátrio.

5 CONCLUSÃO

No atual contexto brasileiro, é necessário um amplo investimento em tecnologia para evitar as fraudes com cartões de crédito, entre elas a clonagem. Uma das formas encontrada pela doutrina e pela jurisprudência de proteger o consumidor hipossuficiente e, concomitantemente, de estimular as administradoras de cartões a utilizarem seus lucros para modernizar o sistema de crédito e, por conseguinte, diminuir o número de fraudes, foi justamente responsabilizá-las objetivamente, em conformidade com diversos dispositivos do Código de Defesa do Consumidor, com alguns princípios reportados como constitucionais (como o é o princípio da boa-fé), e com a teoria do risco-atividade.

Além dos pontos supramencionados, há entendimento jurisprudencial se consolidando no que tange a proteger os consumidores dos contratos das administradoras de cartões, geralmente leoninos, permeados por vezes de cláusulas abusivas. Alguns doutrinadores, conforme se constatou em pesquisa à doutrina mais crítica, afirmam ser desnecessária a aprovação de leis, já que elas muitas vezes se mostram verdadeiras armadilhas aos consumidores, limitando a responsabilidade das administradoras de cartões, como afirmou Marco Aurélio Alves sobre o PL nº 1.547/2007, em posicionamento já mencionado anteriormente.

A despeito dessa e de algumas outras críticas negativas, há uma demanda intensa para a aprovação e entrada em vigor dos projetos de lei sobre tal matéria que estão em tramitação no Legislativo brasileiro, entretanto com a aprovação recente da Lei Contra Crimes Cibernéticos, que tipifica inclusive a clonagem de cartões, provavelmente tais anseios serão, mesmo



que parcialmente, atendidos.

Enquanto isso, a jurisprudência dos Tribunais vem se mostrando a verdadeira ferramenta de produção de precedentes, obrigando as administradoras de cartões de crédito a arcarem com o ônus das fraudes, na grande maioria dos casos, mediante a sua justa responsabilidade objetiva, nos moldes da teoria do risco, e do próprio Código de Defesa do Consumidor.

Percebendo-se, pelo analisado no decorrer do artigo, que a responsabilidade é do fornecedor de cartões, posto ser inerente ao risco da atividade empresarial, a qual já transfere muitos dos seus ônus para o consumidor e para a sociedade, que não deve arcar com mais essa indevida cobrança.

REFERÊNCIAS

ALVES, Marco Aurélio. **Clonagem de Cartão – Mais uma lei desnecessária a caminho**. Disponível em: <<http://maalves-consumidor.blogspot.com.br/2011/05/clonagem-de-cartao-mais-uma-lei.html>>. Acesso em: 02 nov. 2012.

AZEVEDO, Renato Olímpio Sette de. **Cartão de Crédito – Aspectos Contratuais**. Dissertação de conclusão de mestrado. Orientador: Roberto João Elias. Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo - USP. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-17122007-105245/>>. Acesso em: 31 out. 2012.

BRUNNER, Thais. **O Contrato de Cartão de Crédito à luz do Código de Defesa do Consumidor**. Jus Navigandi, Teresina. ano 9, n. 287, 20 abr. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5079>>. Acesso em: 30 out. 2012.

BULGARELLI, Waldirio. **Contratos Mercantis**. 14ª Ed. São Paulo: Atlas. 2001.

PEREIRA, Luiz Fernando C. **Cartões clonados – a responsabilidade das administradoras**. Disponível em: <<http://www.vgpadvogados.com.br/Artigos.html>>. Acesso em: 05 nov. 2012.



BARWINSKI, Luís. **Clonagem de cartão: entenda como acontece e os riscos.** Disponível em: <<http://www.tecmundo.com.br/email/2726-clonagem-de-cartao-entenda-como-acontece-e-os-riscos.htm>>. Acesso em: 31 out. 2012.

COMO cartões de crédito são clonados. Disponível em: <<http://cartaoecredito.net/seguranca-e-fraudes/cartoes-clonados/>>. Acesso em: 31 out. 2012.

CARTÃO: Chip é arma no combate às fraudes. Disponível em: <<http://www.abecs.org.br/site2012/noticiasInterna.asp?id=106>>. Acesso em: 31 out. 2012.

DENARI, Zelmo et al. Da qualidade de produtos e serviços, da prevenção e da reparação dos danos: responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço. In: PELLEGRINI, Ada et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor:** comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitaria, 2007. Cap. 3, p. 203.

EBERLIN, Fernando Büsher Von Teschenhausen. **Responsabilidade dos fornecedores pelos danos decorrentes dos riscos do desenvolvimento:** análise sob a ótica dos princípios gerais da atividade econômica. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 64, p.9-42, out./dez. 2007.

MARTINS, Maria Fernanda Raposo de Medeiros Tavares. A proteção do consumidor titular de cartões de crédito. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, n. 24, p.172-219, out./dez. 2005.

WAGNER, Luiz Augusto. **O Cartão de Crédito e a Responsabilidade Civil na sua utilização indevida.** Disponível em: <<https://www.unochapeco.edu.br/static/data/portal/downloads/1686.pdf>>. Acesso em: 29 out. 2012.



SUPPLIER'S LIABILITY IN CLONING CREDIT CARDS

ABSTRACT

This article aims to analyze the liability of credit card companies regarding the cloning fraud to card system very commonplace nowadays. Taking a critical approach to the bills that deal with this matter, they proceed through the Brazilian legislature, the articles of the Code of Consumer Protection that are applicable to the subject, the case law that has been consolidated in the Courts and the procedure of cloning itself, in order to obtain an overview of the present situation, be current issues, appellant in Brazilian judicial and no specific law passed.

Keywords: Cloning of credit cards. Code of Consumer Protection. Bill No. 1.547/2007. Bill No. 137/2011. Bill No. 35/2012. Liability. Supply of cards.



ANTINOMIAS ENTRE A LEI GERAL DA COPA (LEI 12.663/12) E A NORMATIZAÇÃO CONSUMERISTA

Gustavo Henrique Lopes Fragoso

Acadêmico do 8º período do
Curso de Direito da UFRN
Monitor da disciplina “Direito das
Relações de Consumo”

Fabício Germano Alves

Professor-orientador

RESUMO

A Copa do Mundo FIFA 2014 e a Copa das Confederações 2013 são eventos bastante esperados pelo povo brasileiro. Com o objetivo de regular estes torneios foi publicada a Lei nº 12.663, em 05 de junho de 2012, chamada de Lei Geral da Copa. Ela contém dispositivos que afastam alguns direitos assegurados aos consumidores, sobretudo pelo próprio Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90). Neste caso, criou-se uma antinomia entre certas disposições constantes na Lei Geral da Copa e outras que fazem parte do microssistema de proteção consumerista. Inicialmente, esse trabalho procura caracterizar a venda de ingressos enquanto relação de consumo e, em seguida, demonstrar que devido à base constitucional, principiológica, e ao caráter de ordem pública da legislação consumerista, esta deve prevalecer sobre a Lei Geral da Copa. Por fim, será feita uma análise específica acerca de três dispositivos constantes na Lei nº 12.663/12 que desrespeitam diretamente direitos

já consagrados aos consumidores: a proibição da “venda casada”, o direito de arrependimento e a “meia entrada” para estudantes.

Palavras-chave: Lei Geral da Copa. Consumidor. Antinomia.

1 INTRODUÇÃO

A Copa do Mundo FIFA é um evento quadrienal, na qual 32 seleções de futebol disputam entre si, durante cerca de um mês, o título. O primeiro torneio ocorreu em 1930 no Uruguai. Depois disso, a cada edição o evento só vem ganhando mais importância, tendo atingido na atualidade um público capaz de gerar lucros sem precedentes na história do esporte mundial.

Em 20 de outubro de 2007, o Brasil foi escolhido para sediar a Copa do Mundo de 2014. A partir de então, inúmeros esforços foram feitos pelo país com o intuito de atender todas as metas estabelecidas pela FIFA em consonância com governo brasileiro.

Para legitimar o enorme dispêndio de recursos públicos que um evento dessa natureza demanda, os dirigentes e governantes se utilizam do discurso de que o evento trará benefícios para toda a população. Esta, por sua vez, devido à grande paixão pelo esporte, tende a creditar facilmente esta informação.

Em 05 de junho de 2012, foi publicada a Lei nº 12.663, intitulada Lei Geral da Copa. Esta foi editada no intuito de regular a Copa das Confederações, a Copa do Mundo e a Jornada Mundial da Juventude. Na referida legislação é possível perceber claramente que houve um tratamento destes eventos privados como se públicos fossem, na medida em que, por exemplo, foi permitido ao Estado arcar com alguns riscos gerados pelo evento, e ainda afastou algumas proteções já consagradas à população pautadas em direitos fundamentais.

Ao observar a forma como a Lei nº 12.663/12 regulamenta a venda de ingressos para os jogos, é possível perceber que existem disposições na mesma que contrariam diretamente alguns direitos dos consumidores expressamente garantidos pela Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor (CDC), além de outras normas que compõem o microsistema consumerista. Será permitida durante as



competições a prática da chamada “venda casada”, a determinação de cotas de ingressos para estudantes e o desrespeito ao direito de arrependimento, que consiste no direito dos consumidores de desistir das compras realizadas fora de estabelecimento comercial, desde que isso seja feito em um prazo de até sete dias.

Neste artigo será demonstrado que, apesar das normas que compõem o microssistema consumerista estarem formalmente na mesma hierarquia da Lei Geral da Copa, esta não pode ab-rogar aquelas em razão, dentre outras coisas, de se tratarem de normas de ordem pública e interesse social, que regulamentam um direito fundamental, a saber, a defesa do consumidor.

2 CARACTERIZAÇÃO DA VENDA DE INGRESSOS PELA FIFA COMO RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO

Preliminarmente, é necessário determinar se a venda de ingressos pela FIFA consiste efetivamente em uma relação jurídica de consumo, o que consequentemente ensejaria a aplicação não somente do Código de Defesa do Consumidor, mas também das demais normas que fazem parte do microssistema consumerista. Para isto, deve-se observar se na referida relação é possível identificar os elementos considerados pela doutrina como imprescindíveis para a caracterização da mesma.

Estes elementos são divididos em objetivo, subjetivo, e causal ou finalístico. Sendo o objetivo referente aos produtos ou serviços, o subjetivo referente aos sujeitos desta relação, que são o consumidor e o fornecedor e o último referente ao fato de, na relação de consumo, o consumidor restringir-se a ser o destinatário final do produto ou serviço (MUKAI, 1991, p. 6-7).

O Código de Defesa do Consumidor traz uma definição de produto como “qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial” (Artigo 3º, §1). O serviço, por sua vez, é também definido pelo mesmo diploma legislativo, nos termos do artigo 3º, §2, como qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, desde que seja exercida mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, excetuando-se as decorrentes das relações de caráter laboral.

O ingresso de um jogo de futebol tem natureza jurídica de título



de crédito ao portador¹, pois representa uma obrigação da FIFA para com o torcedor, que é proporcionar a este a visualização de uma partida de futebol. Quando o Código de Defesa do Consumidor permite que uma atividade de crédito seja objeto da relação em tela, conforme o artigo 3º, § 2 (citado anteriormente), ela já enquadra a própria venda do ingresso do jogo de futebol no âmbito das relações consumeristas.

Quanto ao conceito de fornecedor, a disposição contida no artigo 3º, *caput*, do Código o classifica como toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, inclusive os entes despersonalizados, que desenvolve atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. A partir da leitura do referido dispositivo do Código, pode-se afirmar que não resta dúvida de que a FIFA, sendo uma pessoa jurídica estrangeira prestadora de serviços, pode ser considerada fornecedora na relação jurídica de venda de ingressos.

Por fim, cabe analisar a possibilidade do adquirente de uma senha ou ingresso para uma partida qualquer ser considerado consumidor. Para tal finalidade é necessário que se defina também o que deve ser entendido como destinatário final (elemento causal). O Superior Tribunal de Justiça²

¹ O que significa dizer que ele é representativo de um serviço e que não identifica o seu portador, de modo que aquele que o tiver em mãos será o seu beneficiário.

² Neste sentido: "Direito do Consumidor. Recurso especial. Conceito de consumidor. Critério subjetivo ou finalista. Mitigação. Pessoa Jurídica. Excepcionalidade. Vulnerabilidade. Constatação na hipótese dos autos. Prática abusiva. Oferta inadequada. Característica, quantidade e composição do produto. Equiparação (art. 29). Decadência. Inexistência. Relação jurídica sob a premissa de atos sucessivos. Renovação do compromisso. Vício oculto. - A relação jurídica qualificada por ser "de consumo" não se caracteriza pela presença de pessoa física ou jurídica em seus pólos, mas pela presença de uma parte vulnerável de um lado (consumidor), e de um fornecedor, de outro. - Mesmo nas relações entre pessoas jurídicas, se da análise da hipótese concreta decorrer inegável vulnerabilidade entre a pessoa-jurídica consumidora e a fornecedora, deve-se aplicar o CDC na busca do equilíbrio entre as partes. Ao consagrar o critério finalista para interpretação do conceito de consumidor, a jurisprudência deste STJ também reconhece a necessidade de, em situações específicas, abrandar o rigor do critério subjetivo do conceito de consumidor, para admitir a aplicabilidade do CDC nas relações entre fornecedores e consumidores-empresários em que fique evidenciada a relação de consumo. - São equiparáveis a consumidor todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas comerciais abusivas. - Não se conhece de matéria levantada em sede de embargos de declaração, fora dos limites da lide (inovação recursal). Recurso especial não conhecido." (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Resp. 476.428 – SC. T3, Relatora: Ministra Nancy Andrighi, j. 18/04/2005. DJ. 09/05/2005).



adota a denominada Teoria Finalista Atenuada, para a qual, é considerado destinatário final o consumidor que possui vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica. O torcedor vai possuir, de regra, todas essas fragilidades em relação ao ente organizador, tendo em vista que tecnicamente, a FIFA possui uma superioridade em relação a qualquer instituição ou pessoa em se tratando da relação de compra de ingressos, pois consiste em uma organização muito poderosa economicamente e que, conseqüentemente, pode contratar uma equipe de advogados muito bem qualificada.

Diante do exposto, apresenta-se demonstrada como ocorre a caracterização da relação jurídica de consumo no momento da comercialização de ingressos para as partidas do Mundial de Clubes de 2014.

3 A SUPERIORIDADE HIERÁRQUICA MATERIAL DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR EM RELAÇÃO À LEI GERAL DA COPA

Tanto a Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) quanto a Lei nº 12.663/12 (Lei Geral da Copa) foram aprovadas pelo Congresso Nacional com o quórum de maioria simples³, de modo que ambas são consideradas formalmente leis ordinárias.

Quando existe contradição entre essas duas disposições normativas que tratam de matéria de consumo, dá-se, adotando a classificação sugerida pela doutrina italiana⁴ e muito aplicada no Brasil, a chamada antinomia aparente. Existem três critérios para solução deste conflito: o cronológico, o hierárquico e o da especialidade.

O primeiro critério se refere ao tempo, e também pode ser chamado *lex posterior*, sendo aquele com base no qual, há prevalência da norma posterior, quando colidem duas normas incompatíveis, podendo ser sintetizado no brocardo latino *lex posterior derogat priori*. O segundo critério é o hierárquico, também chamado de *lex superior*. Segundo este, deve sempre haver a prevalência da norma hierarquicamente superior quando duas regras se chocam, ou seja, *lex superior derogat inferior*. Por fim, resta o critério da especialidade (*lex specialis*), pelo qual a norma mais específica

³ É o quórum no qual 50% mais um dos presentes votam de maneira favorável à Lei.

⁴ O principal nome desta classificação é Norberto Bobbio, que em sua obra Teoria do Ordenamento Jurídico, às páginas 92-96 trata da mesma.



para determinado caso concreto prevalece sobre a mais geral, de maneira que *lex specialis derogat generali*. (BOBBIO, 1995, p. 92-96).

Analizando este conflito de leis puramente sob a ótica do critério cronológico, pode-se facilmente afirmar que a Lei Geral da Copa deve prevalecer em relação ao Código de Defesa do Consumidor, pois aquela entrou em vigor no ano 2012, ou seja, 12 anos após a promulgação do Código.

No tocante à análise do critério da especialidade, quando se trata de disposições normativas que fazem parte do microsistema consumerista, nenhuma legislação é mais específica do que a Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), o que significa que sob esta ótica, ela sempre deverá prevalecer em relação todas as demais.

A hierarquia entre os dois diplomas legais é um tema bastante complexo. No que se refere à perspectiva formalista, ambas se equiparam, pois conforme dito anteriormente, são leis ordinárias. Quanto à hierarquia material destacam-se três pontos principais: a fundamentação constitucional das normas de proteção e defesa do consumidor, o caráter principiológico dessas normas, e a sua classificação como normas de ordem pública e interesse social.

3.1 Fundamento constitucional da proteção consumerista

Com o agigantamento das relações comerciais que ocorreu no século XX, começou-se a sentir a necessidade de dar uma proteção mais efetiva aos direitos do consumidor, de modo que, rapidamente, esta classe de direitos foi assumindo, nos principais países do mundo, um status constitucional. A defesa do consumidor pertence ao grupo dos novos direitos coletivos ou difusos, uma vez que sua tutela ocorre muitas vezes de forma coletiva, onde o consumidor é tratado enquanto categoria, sem referência a pessoas concretas (DIMOULIUS; MARTINS, 2010, p. 61-62).

A Constituição Federal enuncia em seu artigo 5º, inciso XXXII: “O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. Sendo assim, o constituinte originário instituiu um direito subjetivo aos brasileiros e estrangeiros residentes no país em relação a certos direitos enquanto consumidores protegidos pelo Poder Público.

Essa instituição proporcionou ao Código de Defesa do Consumidor um diferencial em relação às outras leis, pois quando uma lei ordinária consubstancia um princípio constitucional (neste caso a defesa do consumidor), ela ganha uma qualidade nova. Deste modo, apesar de ser uma



lei ordinária, ela é excepcionalmente qualificada pelo fato de versar sobre um direito fundamental, uma matéria que a Constituição encomendou a uma lei especialíssima. O Ministro Cesar Peluso, quando presidente do Supremo Tribunal Federal, já afirmava que a defesa do consumidor além de objeto de norma constitucional é direito fundamental (art. 5º, XXXII), e ainda *clausula pétrea*, de acordo com o artigo 60, §4º, inciso IV⁵ (CAVALIERI FILHO, 2011, p. 13).

Além da consagração da defesa do consumidor dentre o rol dos direitos fundamentais (artigo 5º, XXXII, CF), no título referente à ordem econômica, a Constituição Federal institui a proteção ao consumidor como um dos princípios que devem reger a atividade econômica (artigo 170, inciso V, CF). Essa proteção se mostra bastante importante na medida em que a reprodução acumulativa de capital dos empresários é medida pela vendagem e aceitação de seus produtos e serviços pelos consumidores (TAVARES, 2011, p. 174).

Por último, no artigo 48 do Ato Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), existe a previsão expressa da necessidade do Congresso Nacional elaborar um Código de Defesa do Consumidor dentro de cento e vinte dias após a promulgação da Constituição Federal.

Em vista do exposto, pode-se perceber que a defesa do consumidor foi uma pretensão clara do constituinte brasileiro, ao tratar desse tema em diversos dispositivos da Constituição Federal, conforme anteriormente explicitado. Isto fortifica e ampara toda a normatização de natureza consumerista, que deve ser interpretada pelo aplicador do Direito segundo a perspectiva constitucional, de maneira que quando se afronta qualquer disposição normativa protetiva do consumidor, está-se indo de encontro à própria Constituição Federal.

3.2 Caráter principiológico das normas consumeristas

Antes de se adentrar no cerne deste ponto, é necessária uma conceituação do que se entende por princípio. Os princípios gerais do Direito podem ser definidos como enunciações normativas de caráter genérico, que condicionam e orientam o entendimento do ordenamento jurídico, seja para

⁵ Em seu voto no Recurso Extraordinário nº 351.750. Rio de Janeiro – RJ. Rel. Min. Marco Aurélio. Julgamento em: 17/03/2009. DJe 24/09/2009.



a sua aplicação e integração, seja para a elaboração de novas normas (REALE, 2004, p. 304). Igualmente, pode-se defini-los como pensamentos diretores de uma regulamentação jurídica, critérios para a ação e constituição de normas e institutos jurídicos, sendo diretivas básicas e gerais que orientam o aplicador do direito (AMARAL, 2008, p. 62).

Toda a normatização que compõe o microsistema consumerista é fundamentada no princípio constitucional da defesa do consumidor, que possui *status* de direito fundamental (artigo 5º, inciso XXXII, CF) e funciona como vetor de orientação da atividade econômica (artigo 170, inciso V, CF).

O Código de Defesa do Consumidor representa um novo tipo norma no sistema jurídico brasileiro: a lei principiológica. Isto permite que o mesmo que faça um corte horizontal no sistema jurídico de modo a incidir em toda e qualquer relação que possa ser caracterizada como relação de consumo. V.g., o contrato de seguro é regulado pelo Código Civil (Lei nº 10.046/02) e pelas disposições normativas editadas pelos órgãos que regulam o setor, na medida em que a aquisição do seguro configurar uma relação de consumo, esse contrato passa a ter a obrigação de se sujeitar a todos os princípios e regras contidas na Lei nº 8.078/90, de modo que, se houver colisão entre as duas referidas normatizações, a consumerista deve prevalecer (NUNES, 2009, p. 65-66). Essa mesma conclusão também se aplica ao conflito central deste estudo, que se desenvolve entre a Lei Geral da Copa e o Código de Defesa do Consumidor.

Com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor o legislador criou uma sobreestrutura jurídica multidisciplinar, um conjunto de normas de sobredireito aplicável em todos os ramos do Direito onde ocorrem relações de consumo (CAVALIERI FILHO, 2011, p. 15). A constatação da existência de tal natureza em uma determinada relação jurídica enseja necessariamente a aplicação da normatização que lhe é própria, ou seja, a consumerista.

3.3 Natureza de ordem pública e interesse social das normas de proteção consumerista

O artigo primeiro do Código de Defesa do Consumidor⁶ determina

⁶ O referido artigo possui a seguinte redação: “O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII,



que as normas estabelecidas pelo mesmo, nos termos da Constituição Federal, possuem natureza de ordem pública e interesse social. De tal forma, pode-se afirmar que a normatização consumerista é de interesse de toda coletividade de consumidores, e não apenas de cada consumidor que individualmente necessite de sua proteção. Essa característica possui vários desdobramentos práticos, especialmente no que tange à tutela coletiva, como por exemplo, a possibilidade de utilização da Ação Civil Pública em matéria de consumo, nos termos do artigo 1º, inciso II da Lei nº 7.347/86 (Lei da Ação Civil Pública).

As normas de ordem pública contêm valores básicos e fundamentais do ordenamento jurídico. São normas indisponíveis e inafastáveis, pois, apesar de poderem ser consideradas de Direito Privado, ostentam um interesse público (MARQUES, 2006, p. 60). O conceito de interesse social é traduzido no fato do Código consumerista visar não apenas a resgatar a coletividade da marginalização em face do poder econômico, mas também dotá-la de instrumentos jurídicos de tutela individual e coletiva (FILOMENO, 2004, p. 27).

Considerando as duas características apresentadas (ordem pública e interesse social), é possível perceber que as normas de natureza consumerista, diferentemente da Lei Geral da Copa, não representam apenas interesses de uma instituição ou de determinados grupos empresariais (plano individual), mas de praticamente toda a coletividade, uma vez que nas sociedades atuais, consideradas “de consumo”, cada vez mais esse tipo de relação jurídica adquire relevância e demanda ações estatais no sentido de protegê-la.

Esse caráter público das normas protetivas do consumidor tem o condão de dotar as mesmas da característica de serem cogentes. Em outras palavras, as normas de proteção e defesa do consumidor não podem simplesmente serem afastadas pela vontade das partes em nenhuma espécie de contrato. Todavia, foi exatamente o que fez a Lei Geral da Copa, em virtude da vontade da FIFA, no que se refere a práticas como a “venda casada”, a mitigação da cláusula de arrependimento, e o estabelecimento de cotas para “meia entrada” de estudantes.

170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias”.



4 PRINCIPAIS ASPECTOS CONTRADITÓRIOS ENTRE A LEI GERAL DA COPA E O MICROSSISTEMA CONSUMERISTA

Partindo-se então do pressuposto da sobreposição da normatização consumerista em relação à Lei Geral da Copa, em caso de possível conflito, será feita uma análise acerca de três dispositivos específicos da Lei nº 12.663/12, que vão de encontro a certos direitos e interesses do consumidor que adquire ingressos para as partidas esportivas que são objeto da referida lei.

4.1 Configuração da “Venda Casada”

O Código de Defesa do Consumidor no artigo 39, inciso I, classifica a “venda casada” como uma prática abusiva caracterizada pelo condicionamento do fornecimento de um determinado produto ou serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como sem justa causa a limites quantitativos. Esta conduta também constituía crime contra a ordem econômica (artigo 5º, incisos II e III, da Lei nº 8.137/90) até pouco tempo atrás, entretanto, no dia 29 de maio de 2013, com a entrada em vigor da Lei nº 12.529/11, a referida prática foi descriminalizada em razão da revogação do dispositivo legal que a previa como crime.

A Lei Geral da Copa (Lei nº 12.663/12), por sua vez, enuncia em seu artigo 27, inciso II, que a FIFA poderá dispor sobre a possibilidade de existir venda de ingressos de forma avulsa ou de maneira conjunta com pacotes turísticos e de hospitalidade. Em princípio, essa possibilidade por si só não caracterizaria necessariamente uma espécie de legalização da prática da “venda casada”, repelida pelo Código de Defesa do Consumidor (artigo 39, inciso I). Entretanto, em documento encontrado no site oficial da Copa do Mundo, intitulado de “Emissão de Ingressos para a Copa do Mundo FIFA 2014: P&R Versão 1”, é explicado mais claramente como se configurará esta transação. Segundo encontra-se escrito no mesmo, haverá determinada quantidade de assentos reservados apenas para venda conjunta e outra para a venda individual.

A “venda casada” se configura no momento em que o consumidor deseja adquirir determinado produto ou serviço, e o fornecedor somente o oferece no mercado de consumo atrelado a outro produto ou serviço, impossibilitando o consumo de apenas um dos dois individualmente.



Segundo nota técnica do Ministério Público Federal⁷, o fato da FIFA também oferecer parte dos ingressos de forma avulsa afastaria a abusividade da prática em questão. Entretanto, embora haja manifestação expressa do *parquet* nesse sentido, esse afastamento não se mostra adequado para todos os casos. É possível que ocorra uma situação em que sejam vendidos todos os ingressos individuais e restem apenas os que são comercializados necessariamente de forma conjunta. Nesse instante, o consumidor não teria outra opção, de maneira que somente poderia adquirir os ingressos para assistir aos eventos esportivos por meio de “venda casada”. Sendo assim, restaria configurada a prática abusiva por parte dos dirigentes do evento, que nesse caso são os fornecedores na relação de consumo.

A hipótese aqui classificada como caracterizadora da “venda casada” não se confunde com os casos em que a venda de produtos ou serviços em conjunto é considerada legítima, v.g., as vendas promocionais do tipo “pague 2 e leve 3”. Estas são ainda consideradas legais desde que o consumidor sempre possa adquirir cada produto ou serviço de forma individual (GARCIA, 2008, p.222). No caso da condição imposta pela FIFA, o consumidor que desejar participar do evento se vê obrigado a realizar a aquisição conjunta em razão da impossibilidade de se adquirir os ingressos de forma individualizada, o que configura claramente a prática da “venda casada”, repudiada pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90).

4.2 Mitigação do prazo de arrependimento previsto no Código de Defesa do Consumidor

Segundo o Código de Defesa do Consumidor (artigo 49, *caput* e parágrafo único) em caso de compras realizadas fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio, tem o consumidor direito a se arrepender da aquisição do produto ou serviço. Neste caso, esse direito deve ser exercido no prazo de sete dias a contar da assinatura do contrato ou do ato de recebimento do objeto da relação, e o consumidor faz

⁷ O Ministério Público Federal emitiu, através da 3ª Câmara de Coordenação e Revisão do Consumidor e Ordem Econômica, nota técnica neste sentido, segundo notícia do site da Procuradoria Geral da República. Disponível em: <http://noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_geral/mpf-considera-que-venda-casada-de-pacotes-para-a-copa-de-2014-nao-e-ilegal>. Acesso em: 13 fev. 2013.



jus à devolução dos valores eventualmente pagos a qualquer título durante o prazo de reflexão, juntamente com a atualização monetária.

Em contrapartida, a Lei nº 12.663/12 dá a FIFA a possibilidade de estabelecer uma cláusula penal para o caso de desistência da compra de ingressos após a aceitação do pedido ou depois do pagamento dos mesmos, independentemente da forma ou do local de submissão do pedido ou aquisição do ingresso (artigo 27, inciso I). Em geral, a cláusula penal pode ser definida como uma pena pecuniária ou não contra a parte infringente de uma dada obrigação, como consequência da sua inexecução completa culposa ou à de alguma cláusula especial, ou ainda de seu retardamento (DINIZ, 2010, p. 438). Trata-se de um instrumento utilizado para desestimular o descumprimento de uma obrigação.

Ao instituir esse tipo de cláusula independentemente da forma de contratação, a Lei Geral da Copa simplesmente desconsidera o direito de arrependimento garantido aos consumidores pelo artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor, nos casos em que a aquisição de produtos e serviços for realizada fora do estabelecimento comercial.

De acordo com o site oficial da Copa do Mundo da FIFA⁸, os ingressos serão disponibilizados na internet, hipótese onde se aplica perfeitamente o direito de arrependimento previsto no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90). Isso porque as menções feitas no artigo 49, *caput*, em relação às vendas realizadas por telefone ou em domicílio são meramente exemplificativas, devendo-se entender a aplicabilidade do direito de arrependimento a qualquer venda realizada fora do estabelecimento comercial (NUNES JÚNIOR; MATOS, 2009, p. 223). Sendo assim, consequentemente, todas as aquisições feitas por meios eletrônicos também devem garantir ao consumidor o direito de arrepender-se dentro do prazo de reflexão instituído pelo Código (7 dias).

Assim, o que ocorreu na realidade foi que a Lei Geral da Copa estabeleceu uma possibilidade de punição para o consumidor, ao instituir uma cláusula penal, que queira exercer um direito consagrado na legislação consumerista, mitigando e desestimulando o exercício do mesmo.

⁸ Disponível em: <<http://pt.fifa.com/worldcup/index.html>>. Acesso em: 01 de maio de 2013.



4.3 Instituição de cotas para “meia entrada” de estudantes

O direito à “meia entrada” para estudantes não está consagrado expressamente no Código de Defesa do Consumidor, no entanto, ao ser instituído mediante legislações que fazem parte do microsistema de proteção consumerista, esse direito é perfeitamente aplicável nas relações de consumo a que diz respeito⁹. Dentro desse âmbito, encontra-se certamente a aquisição de ingressos para os jogos da Copa do Mundo da FIFA.

A Medida Provisória nº 2.208, de 17 de agosto de 2001¹⁰, trata genericamente do tema quando dispõe sobre a carteira de identidade estudantil como instrumento de comprovação da qualificação de estudante para a obtenção de eventuais descontos. Segundo esta disposição normativa (artigo 1º), será garantido ao estudante descontos em estabelecimentos de diversão e eventos culturais, esportivos e de lazer.

A regulamentação mais detalhada deste direito à “meia entrada” está apenas em legislações estaduais e municipais, que possuem certa uniformidade e garantem geralmente 50% de desconto em todos os tipos de eventos determinados pela MP nº 2.208/01. V.g., no estado do Rio Grande do Norte há a Lei nº 6.503/93¹¹, e no Município de Natal a Lei nº 4.743/96¹², garantindo direito à “meia entrada” aos estudantes.

A Lei Geral da Copa (Lei nº 12.663/12) trata de eventos esportivos e como tal, logicamente, deveria garantir aos estudantes direito a “meia entrada” nos mesmos. Neste caso, o problema não é a desconsideração total desse direito, mas o estabelecimento de cotas para o seu exercício. A referida Lei divide os ingressos em quatro categorias. A categoria nº 4 é aquela reservada para os que pagarão 50% do valor do ingresso, que são os idosos,

⁹ O que foi dito neste artigo em relação ao Código do Consumidor também se aplica a meia-entrada para estudantes, visto que a constituição trata da proteção ao consumidor de forma genérica, abrangendo, portanto, toda a legislação consumerista. A Medida Provisória nº 2208/01 é considerada hierarquicamente equivalente a Lei Ordinária. Portanto, o direito a meia-entrada para estudantes é abarcado pela proteção constitucional ao consumidor.

¹⁰ A Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001, garante que as medidas provisórias editadas anteriormente a sua publicação continuam em vigor até que medida provisória posterior as revogue. Portanto, a Medida Provisória nº 2.208/01 ainda encontra-se em vigor.

¹¹ “Assegura a estudantes o direito ao pagamento de meia entrada em espetáculos esportivos, culturais e de lazer, e dá outras providências correlatas.”

¹² “Dispõe sobre a concessão aos ESTUDANTES da redução equivalente a 50% (cinquenta por cento) do valor do ingresso ou entrada em espetáculos artísticos, e dá outras providências.”



os estudantes e os participantes de programa nacional de transferência de renda. Para esta categoria haverá pelo menos trezentos mil ingressos na Copa do Mundo e cinquenta mil para a Copa das Confederações. Porém, isso significa dizer que os estudantes apenas poderão obter desconto em uma categoria dentre os quatro grupos, tendo ainda que dividi-la com mais outros dois grupos beneficiados. Assim, percebe-se facilmente que o direito dos discentes resta bastante prejudicado.

Não há nenhuma base legal além da Lei nº 12.663/12 que permita esse tipo de procedimento¹³. Considerando que a referida lei entra em conflito com outras disposições normativas mais benéficas para o consumidor (as leis estaduais e municipais que garantem o direito à “meia entrada”) que também fazem parte do microsistema consumerista, ela deve ser afastada em nome da maior proteção do consumidor, e, deste modo, enquanto houver ingressos disponíveis, deve ser garantida ao estudante a possibilidade de adquirir a “meia entrada”.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o objetivo de regulamentar a Copa do Mundo FIFA 2014 e a Copa das Confederações 2013, foi editada a Lei nº 12.663, de 5 de junho de 2012, chamada Lei Geral da Copa. Esta trouxe dispositivos que afastam alguns direitos assegurados aos consumidores, em algumas leis esparsas, mas, sobretudo pelo próprio Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90). Entre os pontos controversos encontram-se: a “venda casada” de ingressos, a mitigação do prazo de arrependimento e a instituição de cotas para a “meia entrada” de estudantes.

A compra e venda de ingressos para os eventos tutelados pela Lei nº 12.663/12 (Copa do Mundo FIFA 2014 e Copa das Confederações 2013) caracteriza uma relação jurídica de consumo, na medida em que o ingresso é considerado um título de crédito (objeto da relação), a FIFA pode ser considerada fornecedora (elemento subjetivo), e o torcedor consumidor (elemento subjetivo) destinatário final (elemento finalístico ou causal) dos ingressos para os jogos.

¹³ Informação obtida no site: <<http://www.meiaentrada.com.br/info/8/index.htm>>. Acesso em: 13 fev 2013.



Em razão da sua base constitucional, seu caráter principiológico e sua natureza de ordem pública e interesse social, as normas que regem as relações de consumo (principalmente o Código de Defesa do Consumidor) possuem uma superioridade material em relação à Lei nº 12.663/12 (Lei Geral da Copa). Analisando os três critérios criados por Bobbio para solução de antinomias, percebe-se que as normas consumeristas se sobressaem em dois (especificidade e hierarquia) devendo, portanto, prevalecer em relação à Lei Geral da Copa no caso de eventuais conflitos.

As disposições constantes na Lei Geral da Copa que permitem a instituição da “venda casada” de ingressos, a desconsideração do direito de arrependimento dentro do prazo de reflexão e a instituição de cotas para a “meia entrada” de estudantes não devem ser aplicadas na medida que contrariam direitos já consolidados dos consumidores. Pois, nenhuma legislação de natureza consumerista pode ser elaborada de maneira a afastar direitos fundamentais dos consumidores, mesmo que se esteja tratando de eventos do porte da Copa das Confederações ou mesmo da Copa do Mundo FIFA.

Assim sendo, todos os dispositivos da Lei Geral da Copa que forem de encontro a direitos já consagrados aos consumidores, seja pelo Código de Defesa do Consumidor ou por qualquer outra disposição normativa, devem perder a validade em nome da proteção consumerista, sejam os dispositivos que neste trabalho foram analisados ou quaisquer outros que por ventura sejam posteriormente identificados.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. **Direito civil**: Introdução. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 714.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos; MIRAGEM, Bruno; MARQUES, Claudia Lima. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2006. p. 1311

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Apresentação: Tercio Sampaio Ferraz Júnior. Tradução: Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Revisão Técnica: Claudio de Cicco. 6. ed. São Paulo: Unb, 1995. p. 184



CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 409.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2009. p. 304.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: Teoria Geral das Obrigações**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 501.

EMISSÃO de ingressos para a copa do mundo fifa 2014: P&R Versão 1. Disponível em: <http://pt.fifa.com/mm/document/tournament/ticketing/01/53/63/65/2014fwcticketing_questions_version2_findocallcomments_11-02375_105_en_pt.pdf> Acesso em: 13 fev. 2013.

FILOMENO, José Geraldo Brito et al. **Código de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direito do consumidor: Código Comentado e Jurisprudência**. 4. ed. Niterói: Impetus, 2008.

MIKAI, Toshio *et al.* **Comentários ao código de proteção do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1991.

NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 852.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano; MATOS, Yolanda Alves Pinto Serrano de. **Código de defesa do consumidor interpretado**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 394.



REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 391.

TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. 3. ed. São Paulo: Método, 2011. p. 368.

ANTINOMIES BETWEEN THE WORLD CUP GENERAL LAW (LAW 12.663/12) AND CONSUMER'S NORMATIZATION

ABSTRACT

The FIFA World Cup 2014 and the Confederation's Cup 2013 are events eagerly awaited by the Brazilian people. With the purpose of regulate these tournaments, it was published the 12.663 Law, on 5 June 5th 2012, called World Cup General Law. It contains provisions that derogated some rights safeguarded to the consumers, manly by Consumer's Code (8.078/90 Law). In this case, an antinomy appeared between some provisions contained under the World Cup General Law and others that are part of microsystem of consumer's protection. Initially, this study tries to characterize the ticket sales as a consumer's relation and, then, demonstrate that because of consumer's legislation constitutional and principiological base, and its public order nature, the consumer's normatization should prevail over the World Cup General Law. Finally, it will be done an specific analysis concerning three provisions contained under the 12.663/12 Law, that disrespect directly consumer's rights already consecrated: prohibition of "tie-in sale", regret's right e student's "half-fare".

Key-words: World Cup General Law. Consumer. Antinomy.



**DANO EXTRAPATRIMONIAL
E INSCRIÇÃO INDEVIDA
EM CADASTROS DE
PROTEÇÃO AO CRÉDITO: A
INCONSTITUCIONALIDADE DA
SÚMULA N. 385 DO SUPERIOR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

José Leôncio Guimarães Filho

Acadêmico do 7º período do

Curso de Direito da UFRN

Monitor da disciplina “Direito Constitucional II”

Víctor Marinho Fernandes de Freitas

Acadêmico do 7º período do

Curso de Direito da UFRN

Monitor da disciplina “Direito Constitucional I”

Victor Rafael Fernandes Alves

Professor-orientador

RESUMO

Se desde 2009, com a edição da Súmula n. 385, vem o Superior Tribunal de Justiça apregoando que o consumidor inscrito indevidamente em cadastro de proteção ao crédito não tem direito a ser indenizado quando contra ele pesem inscrições preexistentes legítimas, a Constituição de 1988, mediante seu art. 5º, inc. X, com clareza solar já assegurava a indenização por dano moral em decorrência da violação à honra e à imagem das pessoas. Por isso, à luz de uma moderna teoria do dano extrapatrimonial, sem descurar dos princípios do acesso à justiça, da dignidade da pessoa humana e da máxima efetividade das normas constitucionais, não passa despercebida a incompatibilidade pelo

filtro constitucional da tese esboçada na nova compreensão jurisprudencial.

Palavras-chave: Súmula n. 385. Superior Tribunal de Justiça. Cadastro de proteção ao crédito. Inscrições preexistentes legítimas. Indenização. Dano extrapatrimonial. Filtro constitucional.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Têm sido habituais, no cotidiano forense, as demandas judiciais de consumidores cuja pretensão, a par da declaração de inexigibilidade de débito, e da retirada de inscrição indevida em cadastros de inadimplentes, é, principalmente, o ressarcimento pecuniário dos danos morais suportados ante a negligência dos fornecedores¹.

Em vários casos, porém, coincidentemente – ou não – já pesam, contra esses consumidores, inscrições preexistentes legítimas em tais cadastros de proteção ao crédito.

De todo modo, o Superior Tribunal de Justiça, por meio da Súmula n. 385, desde 2009 vem se posicionando no sentido de que “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, será mesmo que os consumidores, ainda que prévia e legitimamente insertos nos bancos de dados creditícios, não sofrem prejuízo de natureza moral quando, de forma ilícita, são posteriormente inscritos? Seria albergado, pelo espírito da Lei Maior de 1988, esse óbice jurisprudencial à reparação dos danos extrapatrimoniais?

Eis a celeuma que, a merecer inquietação, doravante será perquirida.

Assim, contextualizando o panorama do dano moral à vista da Constituição e das anotações irregulares nos bancos de dados creditícios brasileiros, sem descurar de uma lapidação conceitual do instituto que fuja dos subjetivismos do operador do Direito, o presente trabalho tem em mira a demonstração da inconstitucionalidade da tese esboçada na Súmula n. 385 da jurisprudência dominante do STJ.

¹ São as intituladas ações declaratórias de inexigibilidade de débito, cumuladas com pedido de indenização por dano moral, e, quase sempre, de tutela antecipada.



2 DIREITOS DA PERSONALIDADE, DANO MORAL E CONSTITUIÇÃO DE 1988

Em avanço à Constituição de 1967/69, cujo art. 150, que tratava dos direitos e garantias individuais, nada dispunha acerca dos direitos da personalidade, a Carta de 1988, refletindo a eleição da dignidade humana a um dos fundamentos de nosso Estado Democrático de Direito (art. 1º, inc. III), os erigiu ao *status* de direitos fundamentais, a mercê de posicioná-los no topo axiológico do ordenamento jurídico brasileiro. Não à toa, o art. 5º, inc. X, da atual é categórico ao afirmar que “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”. Daí logo se vê, com a mesma lente de Xisto Tiago de Medeiros Neto (2004, p. 88), que certamente foi a Constituição em vigor, sem qualquer resistência à constitucionalização do Direito Civil, o “marco divisor para a compreensão e o trato em relação ao dano moral no Brasil”.

Corolário desse paradigma adotado pelo constituinte originário, consubstanciado na elevação da pessoa humana à condição de protagonista da tutela estatal, é o aumento vertiginoso das ações que visam à reparação dos prejuízos extrapatrimoniais. É que foi a Norma Ápice de 1988, conforme Rizzatto Nunes (2005, p. 71), a responsável por criar condições para que a indenização por danos morais² deixasse de ser repelida pela doutrina e jurisprudência brasileiras, as quais, até então, somente a concebia em casos excepcionais³.

Conquanto legítimas, na maioria das vezes, essas demandas, cujo objetivo, que de maneira alguma pode ser olvidado, é a efetivação de um direito fundamental, e, por isso mesmo, umbilicalmente inserido na mais

² Ainda que, de acordo com Felipe Peixoto Braga Netto (2012, p. 159), etimologicamente, nem de indenização, em se tratando de dano moral, poder-se-ia falar. Isso porque “indenização” advém do latim *in dene*, que significa “voltar ao estado anterior”, ao *status quo ante*. Tal retorno é possível no dano material, mas impossível no extrapatrimonial. Esse dano, conceitualmente, “não tem volta”. Por isso, diz-se que os danos morais são “compensáveis”, não ressarcíveis nem reparáveis. Acontece, todavia, que as expressões “indenização”, “ressarcimento” ou “reparação” são consagradas, pelo que a doutrina e a jurisprudência as utilizam para se referirem ao dano extrapatrimonial. Eis o motivo de ainda lançarmos mão delas nesse trabalho.

³ Ao pretexto da transitoriedade e impossibilidade de avaliação rigorosa do dano, da inadequação de se levar a Juízo sentimentos e afetos, da irracionalidade de se compensar dor com dinheiro, do perigo do arbítrio do juiz, da ausência de previsão legal para a reparação, dentre outros argumentos (CASTRO, 2006, p. 83).



ampla tutela do valor estruturante do sistema jurídico pátrio, ainda tem sido corriqueiro deparar-se com o iníquo rótulo de “indústria” do dano moral para (des)caracterizá-las.

Diante disso, é forçoso perceber, não obstante com infelicidade, que muitos dos representantes do Poder Judiciário, remando contra a corrente cuja força propulsora provém da própria Constituição, têm sido partidários de um movimento de desvalorização do dano moral, seja por estarem apegados à concepção anacrônica de que apenas os danos materiais são passíveis de reparações pecuniárias, seja por sentirem-se inseguros em reconhecer o instituto frente à falta de uma conceituação objetiva para que possam melhor manejá-lo⁴.

3 BANCOS DE DADOS CREDITÍCIOS BRASILEIROS

No Brasil, os arquivos de consumo surgiram em meados da década de 1950, em decorrência do progressivo aumento do oferecimento de crédito no mercado. Isso levou os proprietários dos estabelecimentos empresariais a criarem cadastros contendo informações acerca dos futuros consumidores, a fim de terem maior segurança em suas atividades comerciais. A partir do reconhecimento da importância de se obter notícias sobre a (in)adimplência dos clientes nas relações travadas não só no próprio estabelecimento comercial, como também no universo de todo o mercado de consumo, os empresários passaram, então, a partilhar os dados acumulados⁵. Foi justamente da intensificação desse fluxo de dados que se desenvolveram as grandes gerenciadoras cadastrais de consumo.

Hodiernamente, dentre os principais bancos de dados mantenedores de cadastros restritivos de crédito do país, destacam-se: o SPC (Serviço de Proteção ao Crédito), fundado na década de 1950, em Porto Alegre, por

⁴ Afinal, como bem notou Anna Emanuella Nelson dos Santos Cavalcante da Rocha (2012, p. 236-237), é justamente na conceituação que “reside o maior problema na tratativa do dano moral pelo Judiciário Brasileiro”.

⁵ André de Carvalho Ramos (2005, p. 41) rememora que, curiosamente, nesse momento inicial de organização dos arquivos consumeristas, os estabelecimentos que atuavam no comércio possuíam funcionários dedicados exclusivamente a, logo pela manhã, percorrerem todos os magazines que detinham dados sobre créditos concedidos a clientes, e averiguarem quais desses não vinham cumprindo suas obrigações.



empresários locais interessados; e a Serasa (Centralização de Serviços dos Bancos S.A.), criada em 1968 pelos bancos comerciais e instituições financeiras⁶. Ademais, são também dignos de menção: o Cadin (Cadastro Informativo do Banco Central), que contém a lista dos inadimplentes junto a entidades ou órgãos públicos federais; e o CCF (Cadastro de Emitentes de Cheques sem Fundos), de propriedade do Banco Central, mas operacionalizado pelo Banco do Brasil.

É indubitável que essas entidades desempenham o importante papel de conferir mínima segurança às operações creditícias, que incessantemente se avultam na economia brasileira. Suas atividades, malgrado em aparente antinomia com o art. 17 do Código Civil⁷, estão regulamentadas pelo art. 43 do Código de Defesa do Consumidor, sendo, inclusive, consideradas constitucionais e lícitas pela jurisprudência dos tribunais superiores⁸.

Contudo, igualmente incontroverso que condutas abusivas em face dos direitos dos consumidores têm acontecido, porquanto nem sempre tais órgãos e os fornecedores que utilizam seus serviços pautam seu *modus procedendi* pelos ditames da boa-fé, agindo, por vezes, em completa dissonância em relação às disposições da legislação consumerista⁹.

4 ANOTAÇÃO IRREGULAR E DANO MORAL

Dentre os direitos encartados no art. 43 do CDC que corriqueiramente

⁶ Embora “Serasa” signifique “Centralização de Serviços dos Bancos S.A.”, a sigla inicia-se com a letra “s” porque, quando foi criada, chamava-se “Serviços e Assessorias S.A.”, tendo tal denominação sido alterada apenas em 1970, quando a Serasa já gozava de certa projeção perante o mercado brasileiro.

⁷ Cujo teor reza que “o nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória”.

⁸ Sobre o tema, ver: STF. ADIn. 1.790-5/DF. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Tribunal Pleno. Julgamento em 24/04/1998; STJ. REsp. 22.337/RS. Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar. 4ª Turma. Julgamento em 13/02/1995.

⁹ Tanto assim que, nos dias de hoje, conforme atenta Carlos Adroaldo Ramos Covizzi (2000, p. 41), os bancos de dados mantidos por aqueles serviços têm inequívoca significação pejorativa, e, por isso, ao invés de cumprirem o papel de informar, passaram a atuar como armazenadores de informações conceituadamente degeneradas. Por aí que, costumeiramente, as pessoas neles insertas levam a pecha de “negativadas”, “caloteiras”, “relapsas”, dentre outras expressões de cunho preconceituoso e reducionista.



são desrespeitados, sobressaem: i) o direito de o consumidor ser cientificado, por escrito, da inclusão de seu nome no cadastro; ii) o direito de ter acesso às informações, quando solicitar; iii) o direito à informação verídica e legítima; e iv) o direito à correção das informações equivocadas. Nesses casos, cabe ao consumidor prejudicado provocar a Jurisdição para pleitear a reparação dos danos que possivelmente possam advir da conduta comissiva ou omissiva do banco de dados ou do estabelecimento empresarial¹⁰.

No que concerne às anotações irregulares dos consumidores nos cadastros de proteção ao crédito, tem-se que, para ser reconhecido o dano patrimonial, esse deve ser provado por quem requer a indenização no bojo da demanda judicial interposta, através de elementos probatórios pelos quais reste evidenciado o prejuízo¹¹. Já em relação ao dano moral, a jurisprudência do STJ caminha para que a simples inscrição ilegítima seja, *de per se*, idônea a configurá-lo, sendo desnecessária a prova do prejuízo suportado pelo consumidor¹². Trata-se do dano moral “*in re ipsa*”, provado pela força dos próprios fatos ilícitos que o originam, cuja reparação, segundo Antonio Junqueira de Azevedo (2000, p. 45), é fixada independentemente de haver indícios efetivos da lesão¹³. Possui presunção *hominis* de existência, de modo que, para não ser reconhecido, exige-se prova em sentido contrário.

Muito bem. Com supedâneo no referido entendimento, segundo Leonardo de Medeiros Garcia (2012, p. 336), até o ano de 2009 o STJ sublinhava que a preexistência legítima de diferentes inscrições do consumidor, em cadastros de proteção ao crédito, não elidia seu direito à indenização na hipótese de anotações irregulares posteriores. Ocorre que, desde então, com a edição da Súmula n. 385, após o julgamento do Recurso Especial do qual

¹⁰ Conforme assegura o art. 927 do Código Civil: “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

¹¹ Ressalvada, logicamente, a possibilidade, conforme o caso, de inversão do ônus da prova, nos moldes do art. 6º, inc. VIII, do CDC: quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação, ou for o consumidor hipossuficiente.

¹² Vide o leading case citado em todos os julgamentos dessa matéria: STJ. REsp. 51.158/DF. Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar. 4ª Turma. Julgamento em 27/03/1995.

¹³ Das lições de Sérgio Cavalieri Filho (2010, p. 162), observa-se que tal entendimento não é nada mais que aplicação da teoria objetiva do abuso do direito, perfilhada pelo art. 187 do CC/2002, nos seguintes termos: “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.



se extraiu sua *ratio decidendi*¹⁴, o posicionamento da Corte é o de que, se o consumidor já carrega o fardo de ter uma negativação anterior legítima, não lhe cabe pretensão reparatória em relação ao dano moral decorrente de nova inscrição, mesmo que indevida, sendo ressalvado apenas o direito ao cancelamento.

Nesse contexto, sobreleva-se, então, a seguinte questão: mas, se o STJ enquadra como presumido (*in re ipsa*) o dano decorrente da inscrição indevida em cadastro de inadimplentes, tão só em virtude da ilicitude da anotação, qual caminho hermenêutico embasou o Colegiado à conclusão de que não mais cabe ser o consumidor reparado especificamente quando possuir, em seu desfavor, inscrição legítima pretérita? Ora, a ocorrência presumida do abalo moral não deveria ter como pressuposto lógico-jurídico a própria ilicitude da inscrição, sendo, por consectário, totalmente irrelevante o histórico do consumidor lesado? Logo se vê, por meio dessa reflexão, que não se contemporizam os posicionamentos. Não só, aliás. Mais do que isso, são eles nitidamente incompatíveis.

Partindo-se dessa premissa, vislumbramos que a compreensão jurisprudencial estreada pelo STJ, e consolidada pela sua Súmula n. 385, ao ignorar a complexidade das situações que ocorrem no âmbito das relações creditícias, e, não bastasse, conflitar com os fundamentos dos seus próprios precedentes, cria óbices injustificáveis à correta reparação dos consumidores aviltados com anotações irregulares em cadastros de proteção ao crédito.

O gérmen do problema a ser solvido, a nosso ver, reside precipuamente na própria tratativa do dano moral. Por conta disso, somente uma teoria do dano plasmada em consonância com os valores constitucionais é que pode corrigir o equívoco pretoriano.

5 DANO MORAL: TERMINOLOGIA, CONCEITO E NATUREZA DA REPARAÇÃO

O estudo do dano moral, de acordo com a proposta do presente trabalho, requer necessariamente a abordagem de questões ainda controversas nos âmbitos doutrinário e jurisprudencial, as quais, a seguir, sumariamente serão defrontadas. São elas: nomenclatura, conceituação e natureza jurídica da reparação.

¹⁴ Razão pela qual vale a pena conferi-lo: STJ. REsp. 1.002.985/RS. Rel. Min. Ari Pargendler. 2ª Turma. Julgamento em 14/05/2008.



5.1 Dano moral, a direito da personalidade, ou extrapatrimonial?

A princípio, cumpre esclarecer que o dano a que se está a qualificar refere-se à lesão aos bens jurídicos fundamentais à pessoa humana, estando intimamente ligados à sua dignidade, tais como a vida, a saúde, a liberdade, a honra, o nome, a intimidade e a imagem.

Posto que consagrada pelo uso, e, por isso, ainda utilizada neste trabalho, a expressão “dano moral” traz à lume a conotação de “dor” e “sofrimento”, sentimentos esses que, em verdade, são meras consequências advindas do dano a qualquer direito da personalidade. Demais disso, uma vez admitindo o Direito Brasileiro, mesmo que jurisprudencialmente, a reparação extrapatrimonial em favor das pessoas jurídicas – essencialmente fictícias, e, como tais, desprovidas de quaisquer sentimentos¹⁵ – é que se identifica no “dano moral” um significado restritivo, eivado de subjetivismos.

Certo que toda e qualquer violação a direito personalíssimo deve dar ensejo à reparação do dano que se configura. Todavia, o uso da alcunha “dano a direito da personalidade” também se mostra inadequado e restritivo, pois o conceito do dano ora examinado deve ser ainda mais amplo, abarcando não só as lesões a essa modalidade de direitos, como também as lesões à dignidade humana em sentido lato, além de aspectos abstratos das relações cotidianas, a citar o exemplo da “lealdade” e da “confiança”¹⁶. Dessa forma, ao adotar-se tal nomenclatura, seu caráter restritivo daria azo a incertezas quanto ao manejo do instituto, por remetê-lo apenas aos direitos personalíssimos.

Diante desse quadro, na esteira de Felipe Peixoto Braga Netto (2012, p. 151), entendemos que o epíteto “dano extrapatrimonial”, realmente, protagoniza a opção mais adequada, já que, ao passo em que se distancia da noção de sofrimento inculcada no “dano moral”, engloba tanto os danos a direito da personalidade, quanto os danos estéticos, bem como quaisquer outros cuja origem não remeta a bens de equivalência econômica – tutelados, por sua vez, pelo dano patrimonial – além de ter o mérito de ser facilmente

¹⁵ Eis o enunciado da Súmula n. 227 do STJ: “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral”.

¹⁶ São os casos em que os danos originam-se, a depender das circunstâncias concretas, no seio das relações tipicamente obrigacionais. Nesse sentido é a jurisprudência dominante do STJ, que admite a tutela da confiança nas avenças, mormente em contratos de longa duração. A esse respeito, indica-se conferir: STJ. AgRg. no AREsp. 109.387/SP. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. 3ª Turma. Julgamento em 04/10/2012.



compreendido¹⁷.

5.2 Mas o que é dano extrapatrimonial?

Pela análise semiológica proposta, já foram adiantados muitos dos elementos que compõem o melhor conceito de dano extrapatrimonial. Não obstante ainda haja vozes que insistem em relacioná-lo impreterivelmente às noções de sofrimento e abalo psicológico¹⁸, não vislumbramos coerência nessa definição¹⁹. Trata-se, definitivamente, de confusão entre o que é causa e o que é efeito. Isso porque a dor, a angústia, a humilhação e o abalo psíquico são meras consequências – ou melhor, potenciais consequências – dos danos à dignidade humana, a direito da personalidade, ou mesmo a valor primordial ao bom convívio social²⁰.

Yussef Said Cahali (1998, p. 20) vaticina que se qualifica como dano moral tudo aquilo que “molesta gravemente a alma humana, ferindo-lhe os valores fundamentais inerentes à sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado”. Porém, em que pese sua autoridade própria, impende alertar: nem sempre o *damage* vai resultar em sofrimento psicológico, o qual, muito embora o acompanhe na maioria das situações concretas, pode não se manifestar, sem qualquer prejuízo para sua concretização, conforme ocorre justamente nos danos às pessoas jurídicas, e, no mais das vezes, aos

¹⁷ Com razão, portanto, Sérgio Severo (1996, p. 36), quando, defendendo que esses danos não mais comportam uma redução ao elemento “dor”, acentua que sempre que ocorrer um dano moral, estar-se-á diante de um dano extrapatrimonial, mas a recíproca não é verdadeira, pois nem sempre que um dano extrapatrimonial se efetivar, um dano moral terá existido. Assim, com nosso assentimento, oportunamente conclui que dano extrapatrimonial é gênero, do qual é espécie o dano moral.

¹⁸ A despeito do avanço observado nos últimos tempos, ainda é comum deparar-se com a definição de que dano moral é o “abalo psicológico que não seja mero dissabor da vida cotidiana”. A própria jurisprudência do STJ aproxima o dano extrapatrimonial das noções de “transtorno” e “frustração”. Veja, por exemplo, em: STJ. REsp. 114.1675/MG. Relª. Minª. Maria Isabel Gallotti. 4ª Turma. Julgamento em 13/12/2011.

¹⁹ Consoante pontifica Xisto Tiago de Medeiros Neto (2004, p. 59), a evolução da teoria do dano ultrapassou a concepção limitada dos elementos subjetivos traduzidos na dor, no sofrimento e na angústia para assimilar um novo campo de ocorrência, de natureza objetiva, ligado aos valores exteriorizados no meio social, ensejadores de lesão à honra, ao bom nome, à consideração, ao prestígio e à credibilidade gozados na comunidade.

²⁰ Na mesma toada parece caminhar Humberto Theodoro Júnior (2011, p. 313).



incapazes²¹.

Por conseguinte, vemos o dano extrapatrimonial como aquele resultante de toda conduta comissiva ou omissiva que tenha o condão de abalar direitos personalíssimos da pessoa natural – ou jurídica, nos que couberem – no âmbito de sua dignidade e dos valores mais caros ao bom convívio social. É que compreendemos o dano em seu viés objetivo, cuja materialização refere-se à lesão em si mesma, de sorte que a dor, o sofrimento, o constrangimento, a humilhação, dentre outros, configuram-se como meras consequências daquele, as quais podem ou não ocorrer, mas que, se ocorrerem, serão levadas em consideração pelo julgador no momento da definição do *quantum* compensatório.

5.3 Qual a natureza jurídica da reparação?

O caráter pecuniário da satisfação atinente às violações à personalidade humana sofreu resistência durante muito tempo na ciência jurídica brasileira. Todavia, frente à impossibilidade de se reconstituir o *status quo ante* nessas lesões não patrimoniais, em virtude da subjetividade ínsita às suas consequências, o dinheiro transmuda-se numa espécie de calmante, verdadeiro lenitivo, com vistas a alcançar a pacificação social.

A tutela jurisdicional do dano extrapatrimonial deve ter como norte o princípio da reparação integral, atendendo, o quanto possível, aos imperativos de satisfazer o lesado – a guisa de proporcionar à vítima uma compensação pecuniária pelo prejuízo sofrido, distinguindo-se da finalidade de ressarcimento típica dos danos materiais – e de sancionar o ofensor, como decorrência do caráter punitivo da condenação. Para além das dimensões compensatória e punitiva, a reparação judicial deve ter em mira, de acordo com Héctor Valverde Santana (2009, p. 189-199), uma função nitidamente preventiva. Essa se revelaria como meio eficaz a reduzir a incidência de atentados contra os bens mais valiosos à pessoa humana, intimidando o

²¹ Note, leitor, que se o conceito de dano extrapatrimonial se confundisse com o de abalo psicomoral, a jurisprudência pátria dificilmente concederia reparação por dano moral aos absolutamente incapazes, os quais, por vezes, não têm o discernimento suficiente para assimilarem situações vexatórias. Se assim fosse, essas pessoas veriam seus direitos fundamentais obstaculizados sem justificativa plausível, em virtude da necessidade de se demonstrar o abalo psíquico.



pretensão agressor com a possível diminuição patrimonial coercitiva²².

Para se chegar ao valor da compensação, sem se perder de vista a tripla finalidade elencada, Maria Celina Bodin de Moraes (2007, p. 295-296) lista, com prioridade, os seguintes aspectos, que deverão ser levados em conta: i) o grau de culpa e a intensidade do dolo do ofensor; ii) a situação econômica do causador da ofensa; iii) a natureza, a gravidade e a repercussão do dano; iv) as condições pessoais da vítima; e v) a intensidade do sofrimento.

Conforme se vê, tanto a repercussão da ofensa, quanto a intensidade do abalo psíquico que porventura venha a ocorrer em razão do dano – fatores esses que deram embasamento à edição da Súmula n. 385, ora em debate – devem ser aferidos apenas no momento da definição do *quantum* compensatório. Daí que, se o consumidor inscrito indevidamente em cadastros de proteção ao crédito já possuir anotações preexistentes legítimas, o juiz deverá sopesar o justo valor reparatório, haja vista a presunção de menor repercussão social da ofensa e intensidade da perturbação psicológica, e não negar a própria ocorrência do dano extrapatrimonial, como pretende o STJ.

6 A INCONSTITUCIONALIDADE DA SÚMULA N. 385

Superadas as considerações sobre o dano suportado pelo consumidor diante da inclusão indevida de seu nome nos cadastros de restrição ao crédito, chega-se ao cerne de nossa proposta. Já é sabido – mas convém, nesse momento, repisar – que a Constituição de 1988 foi peremptória ao assegurar, com o quilate de direito fundamental, a indenização por dano moral decorrente da violação a direitos personalíssimos do cidadão (art. 5º, inc. X), tornando-se, assim, à luz do princípio da dignidade humana (art. 1º, inc. III), “divisora de águas” no que toca ao reconhecimento e à compreensão do dano extrapatrimonial.

6.1 Violação direta ao art. 5º, inc. X, da Constituição da República

Do então exposto, conclusão melhor não há senão a de que a

²² O próprio STJ, inclusive, vem inclinando-se a conceber a natureza tríplice da reparação pecuniária dos danos extrapatrimoniais. Veja, por exemplo, em: STJ. REsp. 1.239.780/DF. Rel. Min. Benedito Gonçalves. Decisão Monocrática. Julgamento em 28/02/2013.



Súmula n. 385 – cujo verbete dispõe que “da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, não cabe indenização por dano moral, quando preexistente legítima inscrição, ressalvado o direito ao cancelamento” – infringe frontalmente o enunciado normativo do art. 5º, inc. X, da Constituição, que, como visto alhures, assim reza: “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”.

Parte-se da premissa de que, em sendo os consumidores, por iniciativa dos fornecedores, inscritos ilicitamente em cadastros de restrição ao crédito, é incontestado que findariam arranhados direitos personalíssimos seus, notadamente a honra e o bom nome, configurando o conhecido dano *in re ipsa*, provado pela própria ilicitude dos fatos, pelo que desnecessária seria a comprovação do prejuízo de ordem moral. Até aqui, tudo bem. Nada além do que vem preconizando o próprio STJ.

Sucede que, ainda quando já pesem, em desfavor desses consumidores, inscrições legítimas, há, outrossim, afronta aos seus direitos da personalidade. E por quê?

Em primeiro lugar, a honra e o bom nome, enquanto direitos personalíssimos irrenunciáveis, intransmissíveis e imprescritíveis, não podem ser mitigados pelo histórico dos consumidores. Em segundo, se certamente nenhum devedor deve ser lembrado por dívidas que exorbitem os exatos valores por ele devidos, que dirá então por débitos nem mesmo contraídos.

Daí por que tanto sob o prisma jurídico quanto fático, definitivamente, não há de se falar – como corriqueiramente ainda se ouve – que os consumidores prévia e regularmente inscritos, em cadastros de proteção ao crédito, não se sentem ofendidos quando o são posterior e indevidamente, como se não mais tivessem direitos à honra e ao bom nome a merecerem a tutela jurisdicional. De fato, um grande equívoco, do qual não escapou o Min. Ari Pargendler, ao consignar, no Recurso Especial cuja *ratio decidendi* serviu de paradigma à edição da Súmula n. 385, que “quem já é registrado como mau pagador não pode se sentir moralmente ofendido por mais uma inscrição do nome como inadimplente em cadastros de proteção ao crédito”²³. Ora, mas é

²³ STJ. REsp. 1.002.985/RS. Rel. Min. Ari Pargendler. 2ª Turma. Julgamento em 14/05/2008. A propósito, entendemos, data venia, que, em sua fundamentação, o citado Ministro enganou-se duplamente: primeiro, demonstrou preconceito com os inadimplentes, pois quem está inscrito em cadastro de restrição ao crédito não deve ser taxado de “mau pagador”; segundo, não é dado



claro que pode. Não só pode, como comumente se sente.

Entrementes, seja como for, isso pouco importa no caso concreto. É que, conforme delineado, o fundamental não reside no provável abalo psíquico do consumidor, embora geralmente se configure, repita-se. A se entender o contrário, quedar-se-ia na confusão conceitual – já denunciada linhas atrás – cujo desdobramento é a mescla entre a “causa” (violação a direito da personalidade) e o “efeito” (abalo psicológico) do dano extrapatrimonial. É, por sinal, a última coisa que se pretende nessa oportunidade.

Pois bem. A essa altura, é cediço que o dano extrapatrimonial se manifesta no momento em que o direito da personalidade tutelado pelo ordenamento é violado, independentemente de causar sofrimento ao lesado. Nesse diapasão, infere-se, no que se refere à relação jurídico-material investigada, o seguinte: havendo afronta a direito da personalidade, e, conseqüentemente, tão logo consumado o dano, o consumidor inscrito ilicitamente em cadastro de inadimplentes faz jus à reparação integral, consoante assegura claramente o art. 5º, inc. X, da CF. Vindo o STJ a negá-la com a Súmula n. 385, garantindo apenas o cancelamento da anotação, incorreu em violação direta ao texto constitucional.

Vê-se, diante disso, que, na realidade, o STJ equivocou-se em dobro com o enunciado da Súmula em questão. Desde logo, ao que tudo indica, afastou a ocorrência do dano extrapatrimonial com a violação ao direito personalíssimo à honra e ao bom nome do consumidor. Não bastando, ainda negou expressamente a possibilidade de esse sentir-se psicologicamente afetado, o que, na prática, pode muito bem ocorrer.

Paradoxal, é tal entendimento. Primeiramente, pois a Corte entendia – e continua a entender – que o dano ao consumidor, em virtude da própria ilicitude de sua inscrição indevida, é presumido de forma *hominis*²⁴; a não ser que a prévia e justa anotação transformasse, repentinamente, uma conduta ilícita em lícita, o que, de tão absurdo, preferimos nem cogitar. E

ao magistrado o poder de determinar quem pode ou não se sentir ofendido quando a situação envolve afronta a direito personalíssimo, da mais simples, até a mais grave.

²⁴ Veja, claramente: “a indevida inscrição em cadastro de inadimplentes, bem como o protesto do título, geram direito à indenização por dano moral, independentemente da prova objetiva do abalo à honra e à reputação sofrida pelo autor, que se permite, na hipótese, presumir, gerando direito a ressarcimento que deve, de outro lado, ser fixado sem excessos, evitando-se enriquecimento sem causa da parte atingida pelo ato ilícito” (STJ. REsp. 457.734/MT. Rel. Min. Aldir Passarinho. 4ª Turma. Julgamento em 22/10/2002).



secundariamente, porque se posiciona no sentido de que cabe indenização por dano moral quando restar comprovado o prejuízo que, por seu turno, não se configure como mero dissabor da vida cotidiana.

Quer-se dizer com isso que, se o STJ vinha inclinando-se a conceber que o dano extrapatrimonial, nos casos de inclusão irregular de consumidor em cadastros de inadimplentes, restaria presumidamente configurado por causa da ilicitude de tal conduta, deveria o Tribunal estender a mesma lógica jurídica para as hipóteses em que os lesados já teriam inscrições prévias legítimas, já que, forçoso convir, continuaria a ser ilícita a conduta dos fornecedores; ou, no mínimo, deixasse em aberto a possibilidade de o consumidor prejudicado comprovar o abalo moral que não se conformasse com o mero dissabor.

Traduzindo: o STJ, equivocadamente, confundiu a causa com o efeito do dano extrapatrimonial e, injustificadamente, equiparou sua provável menor amplitude à própria inexistência. Olvidou que a gravidade e a repercussão social da ofensa, conforme oportunamente assentou Maria Celina Bodin de Moraes (2007, p. 295-296), devem ser ponderadas só quando da fixação do valor da compensação, isto é, depois de verificado o próprio dano, e não serem levadas em consideração como elementos de sua ocorrência.

6.2 Violação reflexa ao art. 5º, inc. XXXV, da Carta Constitucional

O art. 5º, inc. XXXV, da Lei Ápice, cuja dicção perfilha que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, insculpe o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, o qual, neoconstitucionalizado, vem sendo denominado didaticamente de princípio do acesso à justiça.

O princípio constitucional do acesso à justiça pode ser tomado em seus aspectos formal e material. Por aquele, o Estado deve se portar de modo passivo, não legislando a obstaculizar a apreciação de lesões ou ameaças a direito pelo Poder Judiciário. No entanto, não basta só isso. Por aí que, compreendido consoante o Estado Democrático de Direito de nosso tempo, deve o Estado, por este, instigar direta ou indiretamente o jurisdicionado a buscar a tutela de seus direitos através de uma ordem jurídica justa e igualitária²⁵.

²⁵ Aliás, não é outra coisa que propugnam as “três ondas do acesso à justiça” apontadas por Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988, p. 25).



Nesse pórtico, urge consignar nossa compreensão de que a Súmula n. 385 do STJ fere “reflexamente” o princípio do acesso à justiça, entendido aqui sob suas duas óticas.

Há de se convir que o consumidor lesado pela inscrição irregular, em sentido diametralmente oposto ao que propõe aquele princípio constitucional, se sentirá inibido a buscar a tutela jurisdicional de seu direito. Além do mais, mesmo que o Poder Judiciário venha a apreciar as demandas propostas pelos aviltados, estarão essas fadadas ao fracasso, com a possibilidade, inclusive, de aplicação da improcedência *prima facie* (art. 285-A, CPC) em relação ao pedido de reparação do dano, quando no Juízo já se tenha adotado o posicionamento pretoriano²⁶. Eis, nesse ponto, a violação ao aspecto material.

Junto a isso, destaque-se que não se trata nem mesmo de preceptivo legal a negar a reparação do dano, mas de simples súmula do Tribunal, que, de resto, deveria exercer a nobilíssima tarefa de uniformizar a interpretação da legislação subconstitucional conforme a Constituição. E isso é grave, pois não é dado ao operador do Direito contrariar a Lei Maior através de uma súmula. Sem embargo de reconhecermos uma possível intenção da Corte de evitar o recebimento de indenizações desarrazoadas pelos consumidores já inscritos, o fato é que o STJ foi além da conta. Pecou pelo excesso.

Dito isso, poder-se-ia buscar argumentar que as súmulas não possuem caráter vinculante, de sorte que os demais Tribunais e Juízos do país não estariam adstritos às suas disposições. Mas não se pode, nessa oportunidade, fechar os olhos para a tendência do moderno processo civil de ser observada a jurisprudência dominante dos tribunais superiores²⁷, além do que esquecer que a legislação processual civil oferece mecanismos que limitam a atuação jurisdicional em determinados casos. E aqui se vislumbra a violação ao aspecto formal do princípio em comento.

²⁶ Isso é possível porque, nas “ações declaratórias de inexigibilidade de débito, cumuladas com pedido de indenização por dano moral, e tutela antecipada”, quase sempre o autor já colaciona à exordial a cópia dos cadastros nos quais constam as inscrições que contra ele pesam. Sendo assim, ainda que com a instrução fático-probatória reste caracterizado que a inscrição demandada era, realmente, ilegítima, o consumidor não fará jus à indenização, ante o teor da Súmula n. 385.

²⁷ Está para comprovar o inciso IV do art. 882 do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, já com as alterações introduzidas pelo Senado Federal, que assim apregoa: “a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores deve nortear as decisões de todos os tribunais e juízos singulares do país, de modo a concretizar plenamente os princípios da legalidade e da isonomia”.



Um exemplo virá a calhar: o art. 518, § 1º, do Diploma Processual Civil estatui a possibilidade de o magistrado não receber recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do STJ. Logo, pode ocorrer de o consumidor lesado por anotação irregular, ao se insurgir, mediante apelação, contra sentença de primeiro grau que não atendera total ou parcialmente os seus reclamos, ver seu direito fundamental de ação – ora instrumentalizado pela via recursal – obstaculizado em razão do teor da Súmula n. 385, em arrepio ao art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal.

6.3 O princípio da máxima efetividade das normas constitucionais

J. J. Gomes Canotilho (2011, p. 1.224) preleciona que, pelo princípio da máxima efetividade, também designado por princípio da eficiência ou princípio da interpretação efetiva, “a uma norma constitucional, deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê”. Segundo ele, apesar de o princípio ser operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, deve ser invocado, sobretudo, no âmbito dos direitos fundamentais, concretizadores, por excelência, do princípio da dignidade humana. Nesse prisma, em havendo dúvida, deve se preferir a interpretação que maior eficácia lhes reconheça.

Destarte, na temática em análise, está claro que a Súmula n. 385 irradia um posicionamento que restringe o âmbito de eficácia de um direito fundamental – no caso, o estampado no art. 5º, inc. X, da CF; fato que, a nosso sentir, só poderia ser tolerado pelo sistema jurídico se houvesse conflito entre dois ou mais direitos fundamentais, o que nem se fale quanto aos motivos capitaneados por sua *ratio decidendi*. Assim, não havendo qualquer choque entre direitos fundamentais, a interpretação empreendida pelo STJ, além de esfacelar a própria efetividade do texto constitucional, golpeia o espírito garantista de nossa Carta Magna, razão pela qual desemboca na foz da inconstitucionalidade.

6.4 A dignidade humana e o dever anexo de proteção e cuidado

Maria Celina Bodin de Moraes (2007, p. 131), com propriedade, defende que o ordenamento jurídico deve concretizar ou densificar a cláusula de proteção humana, não admitindo assim que, em sua esfera de incidência, violações à igualdade, à integridade psicofísica, à liberdade e à solidariedade permaneçam irressarcidas. E se nesse sentido propugna a leitora constitucional dos danos extrapatrimoniais, é porque a Constituição de 1988 alçou a



dignidade humana à prestigiada posição de fundamento do Estado Brasileiro.

Conquanto proporcionar violações impunes aos direitos da personalidade e à integridade psicológica dos consumidores não tenha sido o propósito dos Ministros da 2ª Seção do STJ, é certo que, ao construírem o precedente que culminou na Súmula n. 385, concederam margem para isso. É que, doravante, casos haverá – não raros, diga-se de passagem – em que um fornecedor atentará contra a honra e o bom nome daqueles sem qualquer obrigação civil respectiva de reparar-lhes, em desrespeito material ao texto da Constituição, ao sistema da responsabilidade civil brasileiro, e ao código consumerista, de cujo art. 6º, inc. VI, extrai-se que “a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos” são direitos básicos dos consumidores.

Com isso, lamentavelmente consentiram que os fornecedores e os cadastros restritivos de crédito se tornem mais “relaxados” – para não dizer negligentes – a propósito dos deveres anexos de proteção e cuidado com os quais devem sempre proceder em relação aos consumidores, pelo que salta aos olhos o desprestígio com que viram os princípios da vulnerabilidade, da boa-fé objetiva, da coibição e repressão dos abusos de mercado e do incentivo ao autocontrole dos fornecedores, elencados no art. 4º do CDC.

7 CONCLUSÃO

Pelas considerações traçadas, acreditamos que o enunciado da Súmula n. 385 da jurisprudência dominante do STJ é inconstitucional. E o porquê, por fim, pode ser assim sintetizado: feridos os direitos da personalidade do consumidor por ocasião da inscrição indevida em cadastros de proteção ao crédito, notadamente à honra e ao bom nome, e, consecutivamente, tão logo consumado o dano, independentemente de padecimento psicológico, fará jus à reparação integral, como assegura o art. 5º, inc. X, da Constituição; vindo a Súmula n. 385 exatamente a negá-la, descurando, além do mais, dos princípios da dignidade da pessoa humana, do acesso à justiça, da máxima efetividade das normas constitucionais, da vulnerabilidade do consumidor, da boa-fé objetiva, dentre outros; já nasceu gravitando na órbita da inconstitucionalidade.

Posto que se busque entender a intenção dos intérpretes pretorianos de se evitar indenizações desproporcionais, o resultado foi ruinoso. Se, antes, a matéria caminhava a passos largos, especialmente pelo reconhecimento do dano *in re ipsa*, com a Súmula n. 385 sofreu nítido revés. Por aí que, consentânea



com a ordem constitucional, o sistema da responsabilidade civil e a legislação consumerista brasileiros seria se tal Súmula fosse redigida nos seguintes termos, ilustrativamente: “da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, cabe indenização por dano moral, ainda que preexistente legítima inscrição, devendo o juiz ponderá-la no momento da definição do valor da indenização”.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Cadastros de restrição ao crédito. Dano moral. In: **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 36, p. 45-53, out./dez., 2000. Ed. RT. ISSN: 1415-7705.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Manual de Direito do Consumidor**: à luz da jurisprudência do STJ. 7ª ed. Salvador: Juspodvm, 2012.

CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2011.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CASTRO, Flávia Viveiros de. **Danos à Pessoa nas Relações de Consumo**: Uma Abordagem Civil Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

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



COVIZZI, Carlos Adroaldo Ramos. **Práticas Abusivas da SERASA e do SPC:** doutrina, jurisprudência, legislação. 2ª ed. Bauru: Edipro, 2000.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direito do Consumidor:** Código Comentado e Jurisprudência. Niterói: Impetus, 2012.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. **Dano Moral Coletivo.** São Paulo: LTr, 2004.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana:** uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

NUNES, Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

RAMOS, André de Carvalho. O pequeno irmão que nos observa: os direitos dos consumidores e os bancos de dados de consumo no Brasil. In: **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 53, p. 39-53, jan./mar., 2005. Ed. RT. ISSN: 1415-7705.

ROCHA, Anna Emanuella Nelson dos Santos Cavalcante da. A quantificação do dano moral no direito brasileiro: até quando conviver com essa indefinição?. In: **Revista Jurídica In Verbis**, Natal/RN, n. 31, p. 235-251, jan./jun., 2012. ISSN: 1413-2605.

SANTANA, Héctor Valverde. **Dano Moral no Direito do Consumidor.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. (Biblioteca de Direito do Consumidor; Vol. 38)

SEVERO, Sérgio. **Os Danos Extrapatrimoniais.** São Paulo: Saraiva, 1996.



THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direitos do Consumidor:** a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais do direito civil e do direito processual civil. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MORAL DAMAGE AND ILLEGAL ANNOTATION IN CREDIT PROTECTION CADASTRES: THE UNCONSTITUTIONAL PRECEDENT 385 OF THE SUPERIOR COURT OF JUSTICE

ABSTRACT

If since 2009, with the advent of the precedent 385, comes the Superior Court of Justice claiming that the consumer who entered improperly in credit protection cadastre is not entitled to be compensated when there are legal preexisting annotation against him, the Constitution of 1988, through its art. 5th, inc. X, clearly has ensured compensation to the moral damages, due to the violation of the honor and image of people. Therefore, in the light of a modern theory of moral damages, without neglecting the principles of access to justice, dignity of the human person and the maximum effectiveness of constitutional norms, does not go unnoticed the constitutional incompatibility of new jurisprudential thesis.

Keywords: Precedent 385. Superior Court of Justice. Credit protection cadastre. Legal preexisting annotation. Compensation. Moral damages. Constitutional incompatibility.



DELIMITANDO O CONCEITO LEGAL DE CONSUMIDOR MEDIANTE A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA VULNERABILIDADE PURA

Rafael Rubinho Zoffoli

Acadêmico do 7º período do
Curso de Direito da UFRN

RESUMO

A definição legal de consumidor, contida no art. 2º da Lei 8.078/90, tem suscitado imenso dissenso no âmbito doutrinário e jurisprudencial, dada a amplitude e indeterminação de seus termos. Com efeito, o presente artigo, busca critérios objetivos para a melhor aferição do tema, no afã de minimizar a insegurança jurídica atualmente instalada. Para tanto, empenha-se em identificar o elemento gerador da controvérsia, recorrendo a um conceito analítico de consumidor e analisando as correntes doutrinárias que daí exsurgem. Nesse passo, observa-se que o critério da vulnerabilidade do consumidor tem perdido sua força restritiva, em razão das muitas divisões doutrinárias, o que ocasiona um regresso a teorias já superadas. Assim, propõe solução para o tema, recorrendo à ideia pura da vulnerabilidade, a qual leva em consideração apenas a desigualdade econômica dos indivíduos.

Palavras-chave: Consumidor. Destinatário Final. Vulnerabilidade.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, seguindo a tendência do direito internacional, e visando atender aos anseios da sociedade brasileira, conferiu aos direitos do consumidor a categoria de norma fundamental, ao inseri-los em seu art. 5º, inciso XXXII, bem como o *status* de princípio geral da ordem econômica, por força do disposto no art. 170, inciso V.

Ainda buscando dar efetividade a tais direitos, e não um mero caráter programático, o constituinte assinalou o prazo de cento e vinte dias para que o Congresso Nacional elaborasse o Código de Defesa do Consumidor.¹

Neste diapasão, em 11 de setembro de 1990, foi promulgada a Lei nº 8.078, positivando em nosso ordenamento jurídico diversas regras e princípios de proteção ao consumidor, tendo em vista, principalmente, a vulnerabilidade deste ante os fornecedores de produtos e serviços.

Visando esclarecer os objetivos do CDC, Sérgio Cavaliere Filho (2011, p. 24) aduz:

O objetivo primordial do CDC não é desequilibrar a balança em favor do consumidor, mas sim harmonizar os interesses de ambos. Nisso consiste o princípio da equivalência contratual, núcleo dos contratos de consumo; esse é o ponto de partida para a correta aplicação do CDC.

Dentre outros mecanismos trazidos a lume pelo Código, temos a possibilidade de inversão do ônus da prova, a presunção de solidariedade entre os fornecedores, o princípio da interpretação mais favorável ao consumidor e a responsabilidade objetiva dos fornecedores.

Tais regras, entretanto, não devem ser aplicadas indistintamente a todas as relações civis, mas somente às de consumo, sob pena de tornar desequilibradas relações originariamente iguais.

Assim, para delimitar o âmbito de sua incidência, o CDC adotou o critério subjetivo, ou seja, já em seus primeiros artigos, trouxe a definição de consumidor e fornecedor, passando a identificar uma relação de consumo em razão de seus sujeitos, e não de seu objeto.

¹ Art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT).



Nas palavras do eminente ex-ministro Antônio César Peluso (2011, p. 18): “O Código de Defesa do Consumidor tem por escopo, não regrear determinada matéria, mas proteger certa categoria de sujeito, ainda que também protegido por outros regimes jurídicos”.

Entretanto, a despeito da louvável iniciativa do legislador em prever, já no texto legal, o conceito de consumidor e fornecedor, no afã, certamente, de evitar dissensos doutrinários sobre o tema, desde a promulgação do Código, não se pode responder com exatidão à pergunta: quem é o consumidor?

O que se vê na prática forense é, de fato, uma incerteza jurídica que paira sobre o tema, haja vista as decisões conflitantes proferidas pelos nossos tribunais que, diante de casos semelhantes, ora aplicam o CDC, ora afastam a sua incidência.

O Poder Judiciário, portanto, é tido como uma verdadeira loteria, porquanto, a depender do julgador, poderá ser ou não reconhecida a condição de consumidor de uma das partes, o que pelas normas protetivas acima mencionadas, influencia decisivamente o desfecho do processo.

Tal casuísmo fere de morte tanto o princípio da segurança jurídica quanto o ideal de justiça, ambos corolários do Estado Democrático de Direito.

Nas palavras de Miguel Reale (1996, p. 482):

A ideia de justiça liga-se intimamente à ideia de ordem. No próprio conceito de justiça é inerente uma ordem, que não pode deixar de ser reconhecida como valor mais urgente, o que está na raiz da escala axiológica, mas é de grau indispensável a qualquer aperfeiçoamento ético

Por essa razão, é gritante a necessidade de se aperfeiçoar a definição legal de consumidor, através da criação de parâmetros objetivos para a sua compreensão, de modo a restringir ao máximo o trabalho do intérprete, com o intuito de minimizar a insegurança jurídica que recai sobre o tema.

2 CONCEITO ANALÍTICO DE CONSUMIDOR

Conforme dispõe o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo segundo: “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.”

Tal redação, em razão de sua amplitude e da indeterminação de seus termos, gera imensa dificuldade para o intérprete, quando na busca



pelos sujeitos a quem realmente deve se aplicado os amparos da legislação consumerista.

É certo, todavia, que como em todos os ramos do direito, há uma zona de certeza absoluta, na qual todos os sujeitos que ali estiverem serão indubitavelmente classificados como consumidores, *verbi gratia* a pessoa física que adquire um produto para utilizá-lo em sua residência.

Contudo, a problemática não reside na zona de certeza, mas na de penumbra, isto é aquela em que não se sabe com certeza se se deve aplicar ou não o CDC, como por exemplo, o caso do médico que adquire estetoscópio para exercer sua profissão, ou a sociedade empresária que contrata serviço de segurança para sua sede.

Nesse contexto, para melhor delimitar o problema, deve-se analisar o conceito de consumidor de uma forma analítica, ou seja, faz-se necessário dividi-lo em três elementos: subjetivo, objetivo e teleológico.

Explica o professor Leonardo de Medeiros Garcia (2012, p. 12):

São três elementos que compõem o conceito de consumidor segundo a redação supracitada. O primeiro deles é o subjetivo (pessoa física ou jurídica), o segundo é o objetivo (aquisição ou utilização de produtos ou serviços) e o terceiro e último é o teleológico (a finalidade pretendida com a aquisição de produto ou serviço) caracterizado pela expressão destinatário final.

Pode-se agora visualizar que a controvérsia não recai sobre os dois primeiros elementos, porquanto de clareza cristalina, mas repousa exatamente sobre último, o teleológico, que traz o conceito indeterminado de “destinatário final”.

Nesse sentido, aduz Sérgio Cavaliere Filho (2011, p. 60): “Mas o que significa ser destinatário final de produtos ou serviços? Basta retirar o bem da cadeia de produção? Foi nesse ponto que surgiu a controvérsia em nossa doutrina e jurisprudência.”

Resgatando os exemplos supracitados (o médico que adquire estetoscópio e a microempresa que contrata serviços de segurança), podemos observar que é exatamente no elemento teleológico que reside a dúvida, uma vez que pelos elementos subjetivo e objetivo ambos seriam classificados como consumidor.

Desse modo, buscando definir a expressão “destinatário final”, surgiram três correntes doutrinárias denominada pela professora Cláudia Lima Marques (2012) como maximalista, finalista e finalista aprofundada.



3 ANÁLISE DO ELEMENTO TELEOLÓGICO

3.1 Considerações preliminares

Inicialmente, cabe esclarecer que, embora o CDC não tenha tecido nenhum comentário acerca da expressão “destinatário final”, entendeu a doutrina por dividi-lo em destinatário final *fático* e destinatário final *econômico*.

Nas palavras de Cláudia Lima Marques (2012, p. 91) “o destinatário fático do produto seria aquele que o retira do mercado e o utiliza, o consome, por exemplo, a fábrica de toalhas que compra algodão para transformar (...)”.

Por sua vez, o destinatário final econômico é aquele que coloca um fim na cadeia produtiva, retirando definitivamente o produto ou serviço de circulação, para suprir necessidade ou satisfação pessoal, sem empregá-lo no desenvolvimento de outra atividade.

Feita essas considerações, passemos a analisar as três teorias.

3.2 Teorias maximalista, finalista e finalista aprofundada

A primeira delas, denominada de maximalista, defende que a expressão “destinatário final”, contida no art. 2º do CDC, deve ser entendida, unicamente, como sinônimo de destinatário final fático, pouco importando a destinação posteriormente dada ao produto ou serviço.

Afirma Leonardo de Medeiros Garcia (2012, p. 15) que “para os maximalistas, a definição de consumidor é puramente objetiva, não importando a finalidade da aquisição ou do uso do produto ou serviço, podendo até mesmo haver intenção de lucro.”

No mesmo passo, aduz Cláudia Lima Marques que (2012, p. 91):

Os maximalistas veem nas normas do CDC o novo regulamento do mercado de consumo brasileiro, e não normas orientadas para proteger o consumidor não profissional. (...). A definição do art. 2º deve ser interpretada o mais extensivamente possível, segundo esta corrente, para que as normas do CDC possam ser aplicadas a um número cada vez maior de relações no mercado. (...).

Ocorre que a ampliação excessiva da incidência do CDC, para atingir todas as relações comerciais, desvirtua o real propósito do Código, qual seja



o de proteger apenas o consumidor vulnerável (art. 4º, inc. I).

Segundo Ada Pellegrini Grinover (2001, p. 31): “Dizer-se, como querem os assim denominados ‘maximalistas’, que se aplica o Código, sem qualquer distinção, às pessoas jurídicas, ainda que fornecedoras de bens e serviços, seria negar-se a própria epistemologia do microsistema jurídico de que se reveste.”

Em sentido diverso aponta a corrente finalista, para a qual o destinatário final deve ser o fático e o econômico, ou seja, não basta que o usuário retire o bem do mercado, mas que este não seja utilizado na produção de outros bens ou serviços, interrompendo-se, portanto, a cadeia produtiva.

José Geraldo Brito Filomeno (2001, p. 36) explica que para a teoria finalista: “Consumidor seria apenas aquele que adquire o bem para utilizá-lo em proveito próprio, satisfazendo a uma necessidade pessoal e não para revenda ou para acrescentá-la à cadeia produtiva.”

E no mesmo sentido, explica Cláudia Lima Marques (2012, p. 89): “É necessário ser destinatário final econômico do bem, não adquiri-lo para revenda, não adquiri-lo para uso profissional, pois o bem seria novamente um instrumento de produção cujo preço será incluído no preço final do profissional que o adquiriu.”

Deveras, o conceito proposto pela corrente finalista de consumidor reflete uma grande evolução em relação ao conceito maximalista, uma vez que exclui definitivamente do âmbito de incidência do CDC, aqueles que sem dúvida não são consumidores, como os empresários que adquirem matéria-prima para suas atividades fins.

Contudo, embora salutar a restrição, pela teoria finalista o profissional liberal que adquire equipamento para sua atividade fim, de sociedade empresária de grande porte, não estaria albergado pelo CDC.

Além do mais, a utilização concomitante da ideia de destinatário fático e econômico não espanca por completo insegurança que permeia o assunto, pois em casos pontuais, como quando sociedades empresárias adquirem produtos e serviços destinados à sua atividade meio, não apresenta resposta satisfatória.

Neste diapasão, ganhou força a corrente finalista aprofundada, a qual trouxe à baila a noção de vulnerabilidade do consumidor, que embora não tenha sido prevista no art. 2º do CDC, encontra-se logo em seguida, no art. 4º, inciso I.²

² Art. 4º: A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das



Sobre o tema, aduz Claudia Lima Marques (2010, p. 107):

Parece-me crescer uma tendência nova na jurisprudência, concentrada na noção de consumidor final imediato e vulnerabilidade, que poderíamos denominar aqui de finalismo aprofundado. É uma interpretação finalista mais aprofundada e madura, que deve ser saudada. Em casos difíceis envolvendo pequenas empresas que utilizam insumos para a sua produção, mas não em sua área de expertise ou com uma utilização mista, principalmente na área dos serviços, provada a vulnerabilidade, conclui-se pela destinação final de consumo prevalente.

Assim, para a referida corrente, a aplicação mútua da ideia de destinatário final e fático deve ser ponderada com o princípio da vulnerabilidade, evitando assim que sujeitos hipersuficientes sejam protegidos pelo CDC, e hipossuficientes não.

De fato, sendo a função primordial do diploma consumerista equilibrar a relação desigual entre consumidor e fornecedor, não se justifica sua aplicação quando ausente a disparidade de forças.

4 A QUESTÃO DA VULNERABILIDADE

4.1 Tripartição doutrinária

A vulnerabilidade é fundamento no qual se assenta toda a estrutura do CDC, pois justifica as inúmeras garantias processuais e materiais conferidas ao consumidor, na busca pelo equilíbrio de sua relação com os fornecedores.

Nos dizeres de João Batista de Almeida (2003, p. 18):

Trata-se da espinha dorsal do movimento, sua inspiração central, base de toda a sua filosofia, pois, se, a contrario

necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo; (...)" (Grifamos).



sensu, admite-se que o consumidor está cômico de seus direitos e deveres, informado e educado para o consumo, atuando de igual para igual em relaçaõ ao fornecedor, entã a tutela nã se justificaria.

Entretanto, tal como o termo “destinatário final” é incerto, também é a vulnerabilidade, e, portanto, carecedora de uma aferiçaõ objetiva semelhante a que se procedeu acima.

Nesse sentido a doutrina pátria triparte a vulnerabilidade em: socioeconômica (ou fática), técnica e jurídica (ou científica).

A primeira trata da disparidade entre a capacidade econômica do consumidor em relaçaõ a do fornecedor, possuidor de grande poderio econômico, o que o deixa em grau de superioridade na relaçaõ de consumo.

Segundo Sérgio Cavaliere Filho (2011, p. 48):

A vulnerabilidade fática é a mais facilmente perceptível, decorrendo da discrepância entre a maior e a menor capacidade econômica e social dos agentes econômicos – detentores dos mecanismos de produçaõ, em todas as suas fases, e, portanto, do capital e, como consequência, de status, prestígio social – e a condiçaõ de hipossuficiente dos consumidores.

A segunda diz respeito à falta de conhecimento do consumidor do processo produtivo do bem, ou seja, a absoluta ausência de conhecimentos técnicos sobre o produto ou serviço adquirido que o levam a um patamar de desvantagem em relaçaõ aos fornecedores.

Para Cláudia Lima Marques (2012, p. 94):

Na vulnerabilidade técnica, o comprador nã possui conhecimentos específicos sobre o objeto que está adquirindo e, portanto, é mais facilmente enganado quanto às características do bem ou quanto à sua utilidade, o mesmo ocorrendo em matéria de serviços.

E a terceira aborda o desconhecimento jurídico que o consumidor possui acerca de seus direitos, o que o impossibilita de buscá-los judicialmente, em oposiçaõ aos inúmeros assessores jurídicos que possuem as grandes sociedades empresárias.

Destarte, a ocorrência de uma das três hipóteses de hipossuficiência,



aliado ao fato de ser o sujeito destinatário final e fático, ensejaria a incidência do CDC.

4.2 A vulnerabilidade pura

Em uma análise mais apurada dos fatos, contudo, percebe-se uma anomalia: as muitas divisões do conceito de vulnerabilidade ampliaram em demasia a aplicação desse critério, ao ponto de torná-lo inócuo.

Explico.

Um conceito dotado de contornos tão elásticos é inútil para qualquer efeito, pois permite o enquadramento de todos. Ou seja, qualquer indivíduo que adquirir um produto ou serviço, será vulnerável em pelo menos uma de suas formas, mormente em razão da vulnerabilidade técnica, pois, salvo o próprio fabricante do produto, todos os demais serão hipossuficientes nesse quesito.

Logo, o que se tem aplicado é o conceito da teoria finalista, e não a finalista aprofundada, pois o critério da vulnerabilidade que a diferencia esta daquela tornou-se inútil.

Nesse diapasão, para que o critério da vulnerabilidade seja novamente elevado ao seu propósito originário, qual seja o de impedir a proteção pelo CDC do hipersuficiente e garantir a tutela do mais fraco, deve-se lançar mão da linha e pensamento defendida por Fábio Konder Comparato (1974).

O renomado autor define consumidores como “aqueles que não dispõem de controle sobre bens de produção e, por conseguinte, devem se submeter ao poder dos titulares destes”, deixando transparecer, claramente, que a vulnerabilidade do consumidor dá-se por razões de cunho econômico.

No mesmo sentido, a Resolução da Organização das Nações Unidas nº 39/248 de 09 de abril de 1988, mencionada na exposição de motivos do CDC, afirma como sendo um de seus objetivos: “*Recognizing that consumers often face imbalances in economic terms, educational levels, and bargaining power*”.³

Assim, tem-se que, a despeito das muitas acepções do termo “vulnerabilidade” desenvolvidas pela doutrina, sua ideia pura advém originariamente do abismo econômico que ordinariamente separa consumidor

³ “Reconhecer que os consumidores frequentemente enfrentam desequilíbrios em razão de sua capacidade econômica, seus níveis de educação, e seu poder de barganha.” (Tradução livre).



e fornecedor.

Outrossim, a chamada vulnerabilidade técnica, que consiste na ausência de conhecimentos específicos sobre o bem ou serviço, não tem o condão, por si só, de colocar o adquirente em posição de desvantagem, mas somente quando aliada a desigualdade econômica.

E de semelhante modo, não há que se falar em vulnerabilidade jurídica, porquanto uma vez em juízo, a assistência de advogado ou defensor público tem exatamente a função de garantir uma defesa técnica de qualidade.

Portanto, para a devida aplicação da teoria finalista aprofundada, deve-se entender o critério da vulnerabilidade em seu caráter puro, qual seja unicamente a desigualdade econômica que há entre o consumidor e o fornecedor.

5 CONCLUSÕES

Diante do exposto, conclui-se que a tarefa de dirimir a área de aplicação do CDC é deveras importante, haja vista que a sua ampliação exacerbada ocasionaria a desvirtuação do real propósito do Código, qual seja o de proteger somente o consumidor vulnerável (art. 4º, inc. I).

Assim, ao dividir o conceito de consumidor em três elementos – subjetivo, objetivo, e teleológico – notou-se que a controvérsia do tema recai apenas sobre a expressão “destinatário final” (elemento teleológico), por ser a única parte restritiva do conceito.

Nesse passo, das três correntes doutrinárias que se desenvolveram acerca do tema, a mais adequada, ou seja, aquela que mais se aproxima do objetivo do CDC, é a denominada finalista aprofundada, que agrega a necessidade do sujeito ser destinatário final fático e econômico com a sua vulnerabilidade.

Porém, conforme observado, para que se tenha a aplicação correta da teoria finalista aprofundada, deve-se valer do conceito puro de vulnerabilidade, qual seja aquele que se dá exclusivamente em razão da desigualdade econômica.

Em suma, mais adequado seria se a definição legal de consumidor fosse redigida nos seguintes termos: “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço *como destinatário final fático e econômico, e é economicamente vulnerável*”.

Portanto, tem-se que a controvérsia acerca do tema em tela



encontra-se em grande parte solucionada, tendo o intérprete a única função de verificar, na relação do caso concreto, se há, ou não, vulnerabilidade socioeconômica, haja vista que os demais parâmetros são de cunho objetivo.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. 3^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ALMEIDA, João Batista de. **Manual de direito do consumidor**. 1^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. **A proteção do Consumidor**. Importante capítulo do direito econômico. Revista de Direito Mercantil. São Paulo, n° 15 e 16, ano XIII, 1974.

FILHO, Sérgio Cavaliere. **Programa de direito do consumidor**. 3^a. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de direito do consumidor**. 5^a. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direito do consumidor**: Código Comentado e Jurisprudência. 8^a. ed. Niteroi/RJ: Impetus, 2012.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 3^a. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2010.



MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Manual de direito do consumidor**. 4^a. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2012.

NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 6^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 17^a. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

DELIMITATING THE LEGAL CONCEPT OF CONSUMER BY THE APPLICATION OF THE PRINCIPLE OF THE PURE VULNERABILITY

ABSTRACT

The legal definition of consumer, contained in article 2 of Law 8.078/90, has produced tremendous dissension in the doctrine and jurisprudence, because of the breadth and indeterminacy of its terms. Indeed, this article seeks objective criteria to better assess the issue, in the desire to minimize legal uncertainty currently installed. Therefore, strives to identify the generating element of the controversy, using an analytical concept and analyzing consumer doctrinal currents that originate in it. In this step, we observe that the criterion of consumer vulnerability has lost its restraining force, because of the many doctrinal divisions, which results in a return to outmoded theories. It is therefore proposed solution to the issue, using the pure idea of vulnerability, which takes into consideration only the economic inequality of the individuals.

Keywords: Consumer. Final Recipient. Vulnerability.



DESONERAÇÃO DA FOLHA DE PAGAMENTO: ASPECTOS DE EXTRAFISCALIDADE TRIBUTÁRIA

Ivana Souto de Medeiros

Bacharela em Direito pela UFRN

Pós-Graduação em Direito Tributário

RESUMO

O presente trabalho debruça-se sobre o fenômeno da desoneração da folha de pagamento, situado no âmbito das contribuições sociais. Inicia-se com o estudo da natureza jurídica das contribuições sociais, enquadrando-as como espécie tributária. Prossegue na análise das funções do tributo, com realce para a função extrafiscal em sentido estrito e amplo. Ainda sob esse aspecto, trabalha com a ideia de que uma espécie tributária pode exercer mais de uma função. Em um segundo momento, traça o perfil do fenômeno jurídico estudado, abordando seu fundamento constitucional, atual feição legislativa e objetivos. Com base nesse perfil, extrai elementos que revelam a realização da extrafiscalidade tributária, apesar de a função precípua das contribuições sociais ser parafiscal. Em conclusão, demonstra-se que a substituição da contribuição patronal sobre a folha de pagamento por contribuição sobre o faturamento da empresa desempenha função extrafiscal na medida em que visa ao estímulo de contratação formal de mão de obra e, em última instância, ao fomento da economia nacional.

Palavras-Chave: direito tributário; contribuições sociais; desoneração da folha de pagamento; extrafiscalidade.

1 INTRODUÇÃO

A pesquisa é desenvolvida no contexto das contribuições sociais, especificamente das contribuições à seguridade social do empregador, empresa ou entidade a ela equiparada incidentes sobre a folha de salários (art. 195, I, “a”, da Constituição Federal de 1988)¹. Visa estudar a opção legislativa da desoneração da folha de pagamento através da substituição das aludidas contribuições, extraindo os aspectos de extrafiscalidade tributária desse fenômeno jurídico.

Parte-se da ideia de que, apesar de as contribuições à seguridade social serem comumente associadas à função parafiscal do tributo, estas também podem desempenhar papel extrafiscal. Pretende-se demonstrar que a substituição da contribuição patronal sobre a folha de salários por contribuição sobre o faturamento da empresa revela função extrafiscal quando visa estimular a formalização do emprego e realizar outros valores constitucionais, como será visto adiante.

Nesse propósito, a pesquisa inicia-se com a inserção das contribuições sociais no contexto do Direito Tributário, perpassa pela análise das funções do tributo e culmina no estudo do fenômeno da desoneração da folha de pagamento, com ênfase para a função extrafiscal desempenhada.

O enfoque metodológico utilizado será o hermenêutico, buscando-se na doutrina e legislação elementos que demonstrem os aspectos de extrafiscalidade tributária do fenômeno jurídico em estudo.

A escolha do tema foi motivada não só pela sua atualidade, mas também pela relevância de seus objetivos, que englobam a arrecadação de recursos para a Previdência Social e intervenção no domínio econômico. Espera-se, ao final, contribuir para o debate em torno da desoneração da folha de pagamento, demonstrando aspectos positivos dessa opção legislativa.

2 CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS: NATUREZA JURÍDICA E FUNÇÕES

O artigo 149 da Constituição Federal de 1988, inserto em seu Título

¹ Com o objetivo de simplificar a leitura, adotaremos a terminologia “contribuição patronal” sobre a folha de salários ou folha de pagamento para nos referir a essa contribuição social.



VI, Capítulo I (“Do Sistema Tributário Nacional”), prevê a competência exclusiva da União para estabelecer “[...] contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas [...]”.

Muito se discutiu, e ainda se discute, acerca da natureza jurídica das contribuições sociais. O ponto fulcral da controvérsia diz respeito ao enquadramento ou não dessa contribuição como tributo, discussão fomentada pelo silêncio do Código Tributário Nacional quanto a ela.

Segundo Sabbag (2013, p. 505), a inserção das contribuições sociais no Sistema Tributário Nacional pela Constituição Federal de 1988 pôs fim a qualquer dúvida a respeito da natureza tributária dessa exação. Paulo e Alexandrino (2006, p. 67), por sua vez, ressaltam que “o Supremo Tribunal Federal já pacificou serem, a partir da Constituição de 1988, as contribuições tributos, entendendo que a Carta vigente sepultou interminável polêmica sobre o assunto [...]”.

A despeito das teses em contrário, filiamo-nos à corrente majoritária que qualifica as contribuições sociais como tributos, perfilhando o argumento de que a inserção constitucional no Sistema Tributário Nacional revela de forma inequívoca sua natureza jurídica.

Partindo-se dessa premissa, temos que se aplica às contribuições sociais, ressalvadas as suas peculiaridades, todo o regime jurídico previsto para os tributos, incluindo os seus princípios, funções, limites constitucionais, etc.

Baseada no artigo 149 da Constituição Federal, com algumas variações de classificação, a doutrina tem considerado as contribuições sociais como gênero, do qual são espécies as contribuições à seguridade social, as contribuições de intervenção no domínio econômico (CIDE) e as contribuições de interesse das categorias profissionais ou econômicas. Ao presente estudo, que não tem o propósito de discutir as variações doutrinárias em relação às classificações das contribuições, interessarão as primeiras.

As contribuições à seguridade social, como a própria terminologia revela, visam ao financiamento do sistema de seguridade social brasileiro. Esse sistema, de acordo com o artigo 194 da Constituição Federal de 1988, “compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”.

Com a finalidade de gerar receitas para a concretização desses direitos, que exigem prestações estatais positivas, o constituinte estabeleceu uma série de contribuições sociais. Dentre elas, por ser objeto desse trabalho,



destacamos a contribuição do empregador, da empresa ou entidade a ela equiparada incidente sobre a folha de salários (art. 195, I, “a”, Constituição Federal de 1988), ou, simplesmente, contribuição patronal sobre a folha de pagamento.

Essa contribuição é disciplinada pelo artigo 22 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, e tem como fato gerador, segundo Kertzman (2012a, p. 190), “[...] a prestação do serviço, independentemente do pagamento da remuneração”. Sua base de cálculo é a folha de salários, assim definida como “[...] o total das remunerações pagas, devidas ou creditadas a qualquer título, durante o mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos [...]” (art. 22, I, Lei nº 8.212/91) ou aos contribuintes individuais prestadores de serviço (art. 22, III, do mesmo diploma legal). A alíquota básica dessa contribuição é de 20% (vinte por cento) sobre a folha de salários.

Conforme assinalado alhures, as contribuições sociais são consideradas tributos, e, como tais, exercem as mesmas funções destes.

Machado (2005, p. 82) identifica as funções dos tributos com os objetivos que pretendem alcançar e classifica-os em: a) fiscais, “quando seu objetivo principal é a arrecadação de recursos financeiros para o Estado”; b) extrafiscais, “quando seu objetivo principal é a interferência no domínio econômico, buscando um efeito diverso da simples arrecadação de recursos financeiros”; e c) parafiscais, “quando o seu objetivo é a arrecadação de recursos para o custeio de atividades que, em princípio, não integram funções próprias do Estado [...]”, embora sejam desenvolvidas por ele “[...] através de entidades específicas”.

As contribuições à seguridade social são comumente associadas à função parafiscal do tributo. Ainda com Machado (*ibidem*, p. 407), essas contribuições revelam-se parafiscais porque “destinam-se a suprir de recursos financeiros entidades do Poder Público com atribuições específicas, desvinculadas do Tesouro Nacional, no sentido de que dispõem de orçamento próprio”.

No caso da contribuição patronal sobre a folha de salários, por força do artigo 167, XI, da Constituição Federal de 1988, sua receita é vinculada ao custeio de benefícios previdenciários administrados pelo Instituto Nacional do Seguro Social (autarquia federal criada pela Lei nº 8.029, de 12 de abril de 1990).

Carvalho (2005, p. 235/236), ao tratar das funções do tributo, ensina que “não existe [...] entidade tributária que se possa dizer pura, no sentido de realizar tão-só a fiscalidade, ou, unicamente, a extrafiscalidade”. E conclui dizendo que “os dois objetivos convivem, harmônicos, na mesma figura



impositiva, sendo apenas lícito verificar que, por vezes, um predomina sobre o outro”.

Com base nessa ideia, é possível afirmar que, embora a função precípua da contribuição patronal sobre a folha de salários seja arrecadar receitas para custear a Previdência Social, não há óbice a que venha exercer papel extrafiscal.

Aprofundando o estudo da extrafiscalidade tributária, Gouvêa (2006, p. 01) assevera que a doutrina especializada alterna-se em adotar concepções restrita e ampla sobre o assunto. A concepção restrita considera como extrafiscalidade “[...] apenas as medidas fiscais de incentivo ou de desestímulo a comportamentos [...]”, enquanto que a ampla diz respeito a “[...] todo expediente tributário que vise a realização de valores que exceda a ‘mera’ arrecadação de tributos”. Segundo essa última concepção, as contribuições à seguridade social possuem viés extrafiscal por realizarem valores da ordem social previstos no artigo 6º da Constituição Federal de 1988 – direitos à saúde, à assistência e à previdência social (*ibidem*, p. 02).

Sob esse aspecto, Ibrahim (2011, p. 270) afirma que “não é de todo incomum encontrar-se menções à para-fiscalidade como forma de extrafiscalidade, especialmente pelo viés interventivo que subjaz tal imposição”. Nessa linha, “a para-fiscalidade seria [...] uma primeira ferramenta da extrafiscalidade; um instrumento para mudanças [d]as estruturas vigentes na sociedade”.

Sem embargo da viabilidade de atribuir função extrafiscal às contribuições em epígrafe segundo a concepção ampla de extrafiscalidade, seria possível visualizar esse objetivo na concepção restrita? Em outras palavras, uma contribuição à seguridade social pode ser utilizada para interferir na economia, estimulando ou desestimulando comportamentos?

Para investigar essa questão, iniciemos citando Gomes e Castro (1998, p. 08), os quais elencam diversos objetivos do tributo extrafiscal com reflexos na economia: “reprimir a inflação; evitar desemprego; distribuir a riqueza; proteger e estimular a indústria nacional; prover o desenvolvimento econômico [...]”.

3 DESONERAÇÃO DA FOLHA DE PAGAMENTO E A FUNÇÃO EXTRAFISCAL

Nesse ponto, cabe adentrar o estudo da chamada desoneração da folha de pagamento, fenômeno jurídico decorrente da substituição da



contribuição patronal prevista no artigo 195, I, “a” da Contribuição Federal de 1988.

De acordo com Silva e Motta Filho (2009, p. 301), desonerações tributárias referem-se a “[...] quaisquer condutas do legislador, quer sejam derivadas de ações, positivas ou negativas, ou omissões normalmente propostas, prevendo uma exoneração”.

A desoneração da folha de pagamento, segundo cartilha divulgada pelo Ministério da Fazenda (2012, p. 01), consiste em duas medidas complementares, a saber:

Em primeiro lugar, o governo está eliminando a atual contribuição previdenciária sobre a folha e adotando uma nova contribuição previdenciária sobre a receita bruta das empresas (descontando as receitas de exportação), em consonância com o disposto nas diretrizes da Constituição Federal. Em segundo lugar, essa mudança de base da contribuição também contempla uma redução da carga tributária dos setores beneficiados, porque a alíquota sobre a receita bruta foi fixada em um patamar inferior àquela alíquota que manteria inalterada a arrecadação – a chamada alíquota neutra.

A criação de contribuição substitutiva da patronal incidente sobre a folha de salários tem respaldo no artigo 195, §13º da Constituição Federal de 1988, incluído pela Emenda Constitucional nº 42/2003. Esse dispositivo prevê a possibilidade de substituição gradual, total ou parcial da contribuição sobre a folha de salários pela contribuição sobre a receita ou faturamento ao determinar a aplicação da sistemática da não-cumulatividade a essas hipóteses. Tal substituição é ainda legitimada pelo parágrafo 9º do citado artigo 195, que prevê que as contribuições do empregador, empresa ou entidade a ela equiparada poderão ter “[...] bases de cálculo diferenciadas, em razão da atividade econômica, da utilização intensiva de mão-de-obra (sic), do porte da empresa ou da condição estrutural do mercado de trabalho”. (redação dada pela Emenda Constitucional nº 47/2005).

Na esteira da autorização constitucional, o Poder Executivo editou a Medida Provisória nº 540, de 02 de agosto de 2011, convertida na Lei nº 12.546, de 14 de dezembro de 2011. Essa lei previu a substituição da contribuição patronal sobre a folha de pagamento pela contribuição sobre o faturamento



para empresas dos seguintes segmentos: vestuário e seus acessórios, calçados, insumos de couro e similares – alíquota de 1,5% (um vírgula cinco por cento) sobre o valor da receita bruta; serviços exclusivos de Tecnologia da Informação (TI) e Tecnologia da Informação e Comunicação (TIC) – alíquota de 2,5% (dois vírgula cinco por cento) sobre a receita bruta. (KERTZMAN, 2012a, p. 222/223). A substituição teve vigência definida até 31 de dezembro de 2014.

A Lei nº 12.546/2011 foi posteriormente modificada pela Medida Provisória nº 563, de 03 de abril de 2012, convertida na Lei nº 12.715, de 17 de setembro de 2012. Esse diploma incluiu novos segmentos de empresas com possibilidade de contribuição substitutiva na alíquota maior, que foi reduzida de 2,5% (dois vírgula cinco por cento) para 2% (dois por cento), e diminuiu de 1,5% (um vírgula cinco por cento) para 1% (um por cento) a alíquota de outros ramos. Foi regulamentada, nessa parte, pelo Decreto nº 7.828, de 16 de outubro de 2012, que elenca com maior objetividade os ramos empresariais contemplados pela substituição da contribuição patronal sobre a folha, dentre os quais citamos: a) hotelaria; b) transporte rodoviário coletivo de passageiros; c) transporte aéreo e por navegação de carga e de passageiros.

Finalmente, nova alteração na Lei nº 12.546/2011 foi realizada pela Medida Provisória nº 601, de 28 de dezembro de 2012, ainda não convertida em lei. Esse instrumento normativo foi publicado para desonerar a folha de pagamento dos setores da construção civil e varejista, incluindo, neste último, segmentos como lojas de departamentos e varejo especializado de: a) equipamentos de telefonia e comunicação; b) eletrodomésticos e equipamentos de áudio e vídeo; c) móveis; d) tecidos e artigos de cama, mesa e banho; e) livros, jornais, revistas e papelaria; f) brinquedos e artigos recreativos; g) produtos farmacêuticos, sem manipulação de fórmulas; h) cosméticos, produtos de perfumaria e de higiene pessoal.

Diante desse cenário, observamos que o fenômeno da desoneração da folha de pagamento tem assumido tendência de expansão, estendendo a possibilidade de substituição da contribuição patronal sobre a remuneração dos trabalhadores para cada vez mais segmentos empresariais.

Por oportuno, cabe contextualizar essa expansão, perquirindo sobre os objetivos da desoneração da folha de pagamento sob o ponto de vista tributário.

Comentando o dispositivo constitucional que legitima esse fenômeno jurídico, Paulsen (2010, p. 572) afirma que “a carga tributária sobre a folha de salário e outros pagamentos por trabalho prestado por pessoa física está extremamente elevada, estimulando a informalidade”. A substituição



da contribuição patronal sobre a folha de salários pela contribuição sobre o faturamento, nesse contexto, visaria a alterar essa realidade sem implicar perda de receitas.

Nessa mesma linha, vejamos alguns objetivos listados na já citada cartilha publicada pelo Ministério da Fazenda (2012, p. 02):

Em primeiro lugar, amplia a competitividade da indústria nacional, por meio da redução dos custos laborais, e estimula as exportações, isentando-as da contribuição previdenciária. Em segundo lugar, estimula ainda mais a formalização do mercado de trabalho, uma vez que a contribuição previdenciária dependerá da receita e não mais da folha de salários.

Kertzman (2012b, p. 170) argumenta que “a informalidade está associada a encargos fiscais crescentes pelos vários níveis de governo”. Esse processo gera um círculo vicioso em que o crescimento da carga tributária sobre a mão de obra gera o aumento da informalidade, que por sua vez enseja a redução da arrecadação e traz nova majoração de tributos (*ibidem*, p. 171).

A par dessas informações, podemos afirmar que o fenômeno jurídico em estudo desenvolveu-se com a finalidade de remediar a pesada carga tributária das empresas quanto à contratação de mão de obra². Reduzindo-se a tributação incidente sobre a folha de salários por substituição dessa base de cálculo pelo faturamento, abre-se espaço para novas contratações formais e, de modo mais amplo, fomenta-se o crescimento do setor empresarial.

É importante ressaltar que não é objetivo desse trabalho discutir o acerto ou não das medidas adotadas quanto à desoneração da folha de pagamento. Somente a título de informação, pontuamos que há discussões sobre a relação de causalidade entre a carga tributária da folha de pagamento e a informalidade no mercado de trabalho e outras que se referem à eventual corrosão do patrimônio da Previdência Social por redução da arrecadação.

Interessa-nos, na presente pesquisa, analisar os objetivos da desoneração da folha de pagamento sob o ponto de vista tributário, extraíndo-se os aspectos de extrafiscalidade que deles emanam.

² Segundo Kertzman (2012b, p. 166), baseado na legislação previdenciária e trabalhista, o custo total direto do trabalho para a empresa é de 55,24% (cinquenta e cinco vírgula vinte e quatro por cento) sobre o salário pago, sem contar com outros custos trabalhistas existentes.



Sob esse enfoque, resgatando-se as ideias de extrafiscalidade expostas alhures, vimos que essa função tributária se manifesta quando a exação desempenha papel que extrapola a mera arrecadação, repercutindo no domínio econômico (concepção restrita). Em sentido amplo, a extrafiscalidade refere-se à realização pelo tributo de qualquer valor constitucional, seja econômico, social, político, cultural, ambiental, etc.

Na hipótese em análise, não resta dúvida de que a extrafiscalidade manifesta-se tanto no sentido estrito quanto no amplo.

A desoneração da folha de pagamento, por intermédio de contribuição substitutiva da patronal sobre salários, visa ao estímulo de contratação formal de mão de obra e, em última análise, ao fomento da economia nacional – objetivos já citados como típicos da intervenção no domínio econômico. Não por acaso, esse fenômeno foi inserido na ordem jurídica pela Lei nº 12.546/2011 junto com a redução da alíquota do imposto sobre produtos industrializados (IPI) para a indústria automotiva, medida de extrafiscalidade inquestionável.

Em sentido amplo, o aumento da formalização das relações trabalhistas enseja o acréscimo de contribuintes protegidos pela Previdência Social, reduzindo-se o número de cidadãos que necessitarão das prestações gratuitas da assistência social (KERTZMAN, 2012b, p. 171). Com isso, realizam-se também valores constitucionais de cunho social.

4 CONCLUSÃO

As contribuições sociais, embora com certas peculiaridades, têm inequívoca natureza jurídica tributária, por força do artigo 149 da Constituição Federal de 1988. Submetem-se, dessa forma, ao regime jurídico dos tributos.

Embora, doutrinariamente, classifiquem-se os tributos quanto à função em fiscais, extrafiscais e parafiscais, esses objetivos podem conviver em uma mesma espécie tributária.

As contribuições à seguridade social, espécies de contribuições sociais, são comumente identificadas com a função parafiscal, sendo que também podem revelar extrafiscalidade.

A extrafiscalidade, em acepção estrita, manifesta-se quando o tributo, além de visar à arrecadação, repercute no domínio econômico. Em sentido amplo, revela-se quando pretende realizar qualquer valor constitucional, econômico ou não.



A desoneração da folha de pagamento, operada no campo das contribuições à seguridade social, diz respeito à substituição da contribuição patronal sobre a folha de salários por contribuição sobre o faturamento. Objetiva reduzir a carga tributária sobre a contratação de mão de obra, aumentando a formalização das relações de trabalho e a competitividade nos setores empresariais abrangidos.

Esse fenômeno jurídico revela aspectos de extrafiscalidade tanto no sentido estrito quanto no amplo. Além de objetivar a intervenção direta no domínio econômico, fomentando o emprego e o crescimento de setores empresariais, visa à consecução de valores sociais pelo aumento da proteção previdenciária e redução da demanda pelas prestações assistenciais.

REFERÊNCIAS

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GOMES, Carlos Roberto de Miranda; CASTRO, Adilson Gurgel de. **Curso de direito tributário**: parte geral. 6. ed. Natal: Instituto Brasileiro de Tecnologia Jurídica, 1998.

GOUVÊA, Marcus de Freitas. **Jus Navigandi**. Teresina, ano 11, 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9151/a-extrafiscalidade-no-direito-tributario-e-suas-classificacoes>>. Acesso em: 25 mar. 2013.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **A previdência social no estado contemporâneo**: fundamentos, financiamento e regulação. Niterói: Impetus, 2011.

KERTZMAN, Ivan. **Curso prático de direito previdenciário**. 9. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivum, 2012.

_____. **A desoneração da folha de pagamento**. 2012. 218f. Dissertação



(Mestrado em Direito). Universidade Federal da Bahia, Salvador. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/8447/1/IVAN%20KERTZMAN%20-%20DISSERTA%C3%87%C3%83O.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2013.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 26. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2005.

MINISTÉRIO DA FAZENDA (Brasil). **Desoneração da folha de pagamentos: perguntas e respostas**. [2012]. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/portugues/documentos/2012/cartilhadesoneracao.pdf>>. Acesso em: 29 mar. 2013.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito tributário na Constituição e no STF**. 11 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

PAULSEN, Leandro. **Direito tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SABBAG, Eduardo. **Manual de direito tributário**. 5. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

SILVA, Edgard Neves da; MOTTA FILHO, Marcello Martins. Outras formas desonerativas. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Curso de direito tributário**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

L'ÉXONÉRATION DE LA PAIE: DES ASPECTS DE L'INTERVENTIONNISME FISCAL

RÉSUMÉ

Ce travail examine le phénomène d'exonération



de la paie, situé dans le cadre des cotisations sociales. On commence par l'étude de la nature juridique des cotisations sociales, en les encadrant comme espèce tributaire. On continue sur l'analyse des fonctions du tribute, mettant l'accent sur la fonction de l'interventionnisme fiscal dans un sens étroit et étendu. Encore dans cet égard, on discute l'idée qu'une espèce tributaire peut exercer plus d'une fonction. Dans une deuxième partie, on trace le profil du phénomène juridique étudié, sans oublier son fondement constitutionnel, actuel virage législatif et objectifs. Sur la base de ce profil, on ressort les éléments qui révèlent la réalisation de la politique fiscale tributaire, même si la fonction primordiale des contributions sociales sont parafiscales. En conclusion, on démontre que le remplacement de la contribution patronale sur la paie par la contribution sur la facturation de l'entreprise assume la fonction de l'interventionnisme fiscal dans la mesure qui vise à donner une impulsion de l'embauche formel de main d'oeuvre et, en fin de compte, un encouragement de l'économie nationale.

Mots-clés: Droit tributaire. Contributions sociales. L'exonération de la paie. Interventionnisme fiscal.



EFEITO DA SENTENÇA PROFERIDA EM
AÇÃO CIVIL PÚBLICA E ADSTRIÇÃO
AO TERRITÓRIO DO JUIZ PROLATOR:
NECESSIDADE DE MITIGAÇÃO DO ART.
16 DA LEI N.º 7.347/85

Thiago Augusto Lopes de Moraes

Acadêmico com o 10º período do
Curso de Direito da UFRN

RESUMO

Inicialmente, a Lei da Ação Civil Pública, inspirada no art. 18 da Lei da Ação Popular, dispunha que a coisa julgada, nos processos coletivos, deveria ser *erga omnes*, salvo improcedência por falta de provas, caso em que outra ação poderia ser ajuizada, desde que com base em nova prova. O Governo Federal, entretanto, editou a Medida Provisória nº 1.570/97, posteriormente convertida na lei nº 9.494/97, estabelecendo que essa imutabilidade *erga omnes* ficaria limitada à competência territorial do juiz prolator. O presente trabalho intenta demonstrar a inocuidade e inconstitucionalidade da alteração procedida, pois que, entre outros aspectos, permanecem incólumes as disposições do CDC no sentido da produção *erga omnes* dos efeitos da decisão, para além do território do juiz prolator da sentença; além da prevalência das normas e princípios constitucionais sobre a novel legislação. Lança-se, portanto, uma visão mais consentânea com a finalidade teleológica das ações coletivas.

Palavras-chave: Ação civil pública. Coisa julgada. Efeitos *erga omnes*. Extensão. Art. 16 da LACP. Inaplicabilidade.

1 INTRODUÇÃO

A Lei da Ação Civil Pública (LACP) compõe, juntamente com o Código de Defesa do Consumidor (CDC), Lei de Improbidade Administrativa (LIA), Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e a Lei de Ação Popular, o conjunto de leis e ações que regem o direito coletivo nacional.

Dentro desse importante sistema de defesa de direitos de massa, um dos grandes desafios ou embates diz respeito aos efeitos da coisa julgada resultante das sentenças advindas de ações coletivas, sendo este um dos pontos de maior polêmica na LACP, Lei n.º 7.347/85.

O embate, neste caso, reside em saber se os limites da coisa julgada decorrente de ação civil pública se restringem, ou não, à competência territorial do órgão prolator da decisão.

É que o art. 16, da Lei da Ação Civil Pública, com redação decorrente da Lei n.º 9.494/97, prevê essa limitação ao assim dispor:

Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

O dispositivo, se interpretado literalmente, limita os efeitos da sentença tomada em ação civil pública à jurisdição do juiz, ou tribunal, se for o caso, sentenciante.

O tema, até pouco tempo, controvertia o Superior Tribunal de Justiça (STJ). A posição mais tradicional era no sentido de realizar interpretação literal do art. 16 da LACP, de modo que as decisões mais comuns quanto ao tema no âmbito da Corte aplicavam o referido dispositivo e admitiam a fixação de limite eficaz da sentença à competência territorial do órgão prolator.

Malgrado tenha surgido, no próprio STJ, forte divergência jurisprudencial quanto ao entendimento ora esposado, afastando a aplicação do malfadado art. 16 LACP, o tema está longe de ser uníssono, o que é uma pena. A aplicação do art. 16 e, via de consequência, da limitação territorial aos efeitos da decisão em sede ACP, pode trazer inúmeros problemas práticos, pois permite o ajuizamento simultâneo de tantas ações civis públicas quantas sejam as unidades territoriais em que se divida a respectiva Justiça, ainda que sejam demandas idênticas, envolvendo sujeitos em igualdade de condições, gerando a possibilidade real de decisões diferentes e até conflitantes em cada



uma delas.

É objetivo deste trabalho, por conseguinte, demonstrar que a limitação imposta pela Lei n.º 7.347/85 aos efeitos da coisa julgada, quando desdobramento de uma ação civil pública, é irrazoável e incompatível com o atual estágio de desenvolvimento da ciência processual civil, padecendo de flagrante inconstitucionalidade, pois desmantela o principal intuito de uma decisão coletiva, qual seja a sua eficácia *erga omnes* irrestrita.

2 O CONTEXTO DE SURGIMENTO DA LACP

Fruto de transformações sociais profundas, seguidas da evolução conceitual dos direitos humanos e sua positivação, bem como de um momento político propício (a abertura democrática), no qual havia uma natural predisposição do legislador às questões de maior interesse social, a LACP é um marco na construção de uma “estrutura legislativa ímpar, de causar inveja à doutrina estrangeira, e capaz, do ponto de vista processual, de dar aplicação prática aos anseios da Constituição de 1988, não somente com relação à defesa dos direitos coletivos, como ainda no que concerne à defesa coletiva de direitos individuais”, como bem ressalta Luiz Paulo da Silva de Araújo Filho (2000, p. 52-53).¹ A relevância dessa nova realidade jurídica é incontroversa: o direito caminha irreversivelmente para uma perspectiva coletiva e não poderia ser diferente em uma sociedade que cada vez mais se massifica.

Antes da edição da LACP, a proteção dos direitos difusos no Brasil resumia-se àqueles que se podiam enquadrar no amplo conceito de patrimônio público da Ação Popular, compreendendo não apenas os bens de valor econômico de entes públicos ou controlados pelo Poder Público, como os de valor artístico, estético, histórico ou turístico (art. 1º da Lei 4.717/65) e ao meio ambiente (Lei n.º 6.938/81).

Assim, muito embora a Lei n.º 7.347/85 não tenha sido a primeira a prever mecanismos processuais de defesa de interesses difusos, precedida justamente pelas leis supramencionadas, a LACP foi, sem dúvidas, o maior marco da tutela jurisdicional coletiva no Brasil tal qual a conhecemos hoje, antecipando-se aos avanços que depois se concretizaram na Constituição

¹ Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos. Rio de Janeiro: Forense, 2000. P. 52-53.



Federal de 1988 e no Código de Defesa do Consumidor.

Sua importância decorre, primeiramente, da incorporação, no ordenamento jurídico brasileiro, das mais avançadas experiências legislativas e estudos doutrinários europeus, marcadamente da Itália, França e Alemanha, bem como da experiência norte-americana acerca do acesso à justiça dos direitos coletivos, marcada pela legitimidade coletiva para determinados “corpos intermediários”, revisão dos limites da coisa julgada e previsão de novos e inovadores poderes ao magistrado, notadamente no que tange à eficácia mandamental das decisões, muito mais amplos que o de mera anulação do ato lesivo previsto na lei de ação popular.

Portanto, a lei da ação civil pública foi criada em meio a um contexto de conscientização da necessidade de tornar os instrumentos processuais de nosso direito aptos a solucionar conflitos típicos de uma sociedade de massa, além de se apresentar como um dos principais mecanismos de efetivação constitucional, razão pela qual não se sustenta o estapafúrdio entendimento de que os efeitos da coisa julgada estariam circunscritos à competência territorial do juiz prolator da decisão, pois que incompatível com o ritmo progressista da LACP.

3 O ART. 16 DA LEI 7.347/85 NA SUA REDAÇÃO ORIGINAL

Haurido no art. 18, da Lei n.º 4.717/65, que versa sobre os limites subjetivos da eficácia da coisa julgada nas ações populares, o texto do art. 16, da LACP, é praticamente repetição daquela norma.² Porém, é aplicável aos direitos difusos e coletivos (*stricto sensu*), em um universo aberto de bens jurídicos dessa natureza (art. 129, III, da CF/88 c/c art. 1º, V, da Lei n.º 7.347/85).

A regra é a da coisa julgada *secundum eventus litis*, admitindo-se que a ação seja renovada por qualquer dos legitimados, sob o mesmo fundamento, do pedido por insuficiência de provas (*non liquet*), de modo a evitar o conluio

² Texto do art. 18, da lei 4.717/65: “Art. 18. A sentença terá eficácia de coisa julgada oponível “erga omnes”, exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova; neste caso, qualquer cidadão poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.”. Texto da redação original do art. 16, da lei 7.347/85: “Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, exceto se a ação for julgada improcedente por deficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.”.



das partes para a formação de coisa julgada negativa. Apesar de a eficácia ser *erga omnes in utilibus*, a jurisprudência se portava restritiva, entendendo que a decisão irradiava-se somente no âmbito do órgão prolator da decisão (critério de competência) e não para todos que se achassem em situação equânime à decidida, como ilustra o célebre julgado de 1990, do STJ, lembrado por GRINOVER (1999, pp. 20-21), versando sobre a competência para processar e julgar ação civil pública que tinha por objetivo proibir a mistura e distribuição de metanol acrescido de álcool, no território nacional. Equilibrada reflexão esboçou o então Ministro Ilmar Galvão, relator do processo, em voto que aparta a competência (limitação territorial da jurisdição) dos efeitos subjetivos da coisa julgada em ações coletivas, chegando a dizer em seu voto: “[...] nada impede que uma determinada decisão proferida por juiz com jurisdição em num estado projete seus efeitos sobre pessoas domiciliadas em outro”.

A jurisprudência, também em outros casos, começou a conferir eficácia *erga omnes* ou *ultra partes* para além da competência territorial. Muitas dessas decisões desagradavam o Poder Executivo, pois representavam obstáculos à implementação de suas políticas ou contrariavam interesses fazendários. Como consectário, o Poder Executivo Federal, visando alterar o quadro, expediu a Medida Provisória n.º 1.570, de 26 de março de 1997, que se cristalizou na Lei n.º 9.494/97, provendo a alteração no art. 16 da LACP no sentido de restringir o raio subjetivo de abrangência da coisa julgada nas ações civis públicas.

Daí concluir LEONEL (2002, p. 283) que o Executivo laborou em causa própria, ao editar a mencionada Medida Provisória:

“Evidente o escopo do Poder Executivo federal: legislar em causa própria para restringir a efetividade do processo coletivo, na medida em que ele mesmo figura reiteradamente como violador do ordenamento constitucional, ostentando a condição de réu em ações coletivas.”

O fato é que o regime criado pela alteração legislativa em comento destoava da sistemática desenhada para os direitos metaindividuais e seus instrumentos processuais, violando flagrantemente normas constitucionais coincidentes com a tutela de direitos humanos, não ressoando eficaz na ordem jurídica e criando situações completamente paradoxais, como se verá.



4 INOCUIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE DA ALTERAÇÃO LEGISLATIVA

Apesar da tentativa do legislador em restringir a eficácia da coisa julgada nas ações civis públicas, a doutrina é quase unânime em constatar que em nada alterou o regime do instituto, por motivos múltiplos, os quais serão doravante esmiuçados.

4.1 Prevalência das normas do Código de Defesa do Consumidor

O argumento inicial para se considerar inócua a alteração implementada pelo art. 2º da Lei n.º 9.494/97 é o da preservação incólume dos dispositivos do CDC reguladores da matéria, especificamente os artigos 93 e 103. O CDC e a LACP representam hoje uma espécie de Código Processual das Ações Coletivas (embora o verdadeiro esteja em elaboração),³ tendo em conta sua aplicação recíproca às demandas metaindividuais, por disposição expressa de ambos os estatutos. Ora, a incursão do legislador de 1997 não modificou nenhum dos dispositivos do CDC que disciplinam o instituto e tratam de competência em sede de tais ações.

Pelo conteúdo do art. 103, incisos I e II, do CDC, sabe-se que as decisões liminares e definitivas proferidas em ações coletivas possuirão eficácia *erga omnes* e *ultra partes*, salvo se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas. Por outro lado, o art. 93, II, também do CDC, atribui competência ao juízo da capital do estado ou do distrito federal, conforme o dano seja regional ou federal. Daí concluir GRINOVER (2008, p. 9):

“Assim afirmar que a coisa julgada se restringe aos limites da competência do órgão prolator nada mais indica do que a necessidade de buscar a especificação nos limites legais da competência, ou seja, os parâmetros do art. 93, CDC, que regula a competência territorial nacional ou regional para os processos coletivos.”

³ A ideia de um Código Brasileiro de Processos Coletivos fora contemplado em 2003, por professores e alunos de pós-graduação *stricto sensu* da USP, instigada por discussões sobre o anteprojeto do Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-américa, que contou com a participação de Ada Pellegrini Grinover, Aluisio G. de Castro Mendes, Antônio Gigi e Kazuo Watanabe.



Como esses critérios não foram afetados pela Lei n.º 9.494/97 e tampouco os artigos 103 e 104 do CDC sofreram modificação, não se pode pretender eficácia da alteração legislativa do art. 16, da LACP. Nesse ponto, NERY JR. (1999, p. 170) assinala: “Esse art. 16 também não tem eficácia porque não alterou um outro artigo que igualmente se refere à eficácia subjetiva da coisa julgada: o art. 103 do Código do Consumidor”. Igual raciocínio André de Carvalho Ramos (1998, p. 117), ao se referir ao art. 93, do CDC:

“[...] quando o art. 93 do CDC estipulou tal divisão de competência pela amplitude do dano, é certo que não quis limitar o efeito do *decisum* à esfera territorial do Juiz. [...] Assim, a Lei n.º 9.494/97 teria que modificar também o art. 93 do CDC, o que não fez. Novamente, fica a Lei n.º 9.494/97 inócua.”

Releva frisar também que as normas de remissão à complementariedade e integração das regras do CDC com as normas da LACP igualmente não sofreram qualquer abalo, resistindo em vigor, como lembra STANDER e MALTER (1998, p. 637): “Ora, a Lei n.º 9.494/97 alterou o art. 16, mas não revogou o mencionado art. 21 da LACP, que remete o intérprete à definição dos limites subjetivos da coisa julgada do art. 103, razão pela qual esse artigo continua a ditar o verdadeiro efeito *erga omnes* e *ultra partes*.”

Logo, deve-se interpretar o dispositivo alterado em harmonia com as normas do sistema do CDC, de modo a não neutralizá-las, se não houve, como se constatou, expressa mudança legislativa recaindo sobre aquelas regras. A atitude do legislador denota, então, desconhecimento do sistema de tutela de interesses e direitos transindividuais.

4.2 Jurisdição, competência e limites da coisa julgada

No afã de transformar o regime subjetivo da coisa julgada nas ações civis públicas, o legislador confundiu institutos jurídicos completamente distintos. A jurisdição, na moderna e consagrada definição de CHIOVENDA (2006, v.2, p. 8), assim revela:

“Pode-se definir a jurisdição como a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da



lei por meio da substituição, pela autoridade de órgãos públicos, das atividades particulares ou de outros órgãos públicos, já no firmar a existência da vontade da lei, já no torná-la praticamente efetiva.”

Trata-se de uma atividade inerente à soberania do Estado, devendo ser, por isso, respeitada e acatada em toda a sua extensão por brasileiros e estrangeiros. Todas as pessoas que se acharem no território brasileiro se submetem à sua jurisdição, como assinalou CARNEIRO (2004, p. 47): “Subjetivamente, a jurisdição brasileira impõe-se a todas as pessoas que se encontrarem no território nacional, brasileiros e estrangeiros”. Outra coisa distinta é demarcar o espaço de exercício dessa jurisdição, por motivo de divisão de trabalho, entre os vários órgãos que a exercem dentro do Estado soberano. Significa dizer, estabelecer a medida ou o tamanho da jurisdição para o desempenho de cada órgão jurisdicional. Eis o que se denomina competência.

Já os limites subjetivos da coisa julgada, pertinem ao universo de pessoas atingidas pela decisão na sua esfera jurídica. Feita essa diferenciação, nota-se total inoperância da norma alterada.

A jurisdição e a competência em nada interferem na eficácia da coisa julgada. Primeiro, porque a jurisdição tem caráter nacional; segundo, porque a competência só se define para marcar o espaço de trabalho do juízo e não para confinar, nos seus limites territoriais, a repercussão subjetiva do julgado. Tal repercussão será estipulada não pela competência, mas sim pela natureza do bem jurídico envolvido, a amplitude do pedido formulado na pretensão coletiva e o alcance ou indivisibilidade do dano ou perigo. Tais aspectos não foram manejados pelo legislador na alteração do art. 16 da LACP.

Ademais, a competência nas ações civis públicas é de natureza absoluta, e não relativa (pelo critério da territorialidade), como remarca MAZZILLI (2004, p. 239):

“Embora nas ações civis públicas o foro seja o *local do dano*, pelo sistema próprio instituído pela LACP, a competência é, pois, absoluta e, consequentemente, não é territorial ou relativa; ao contrário das aparências. Houve equívoco do legislador quando, mais tarde, na disciplina da coisa julgada, mencionou a suposta *competência territorial* do juiz que sentencia a ação civil pública”. [grifos do autor]



Buscar limitar os efeitos da coisa julgada no âmbito de dada competência territorial é negar a eficácia natural de que se reveste toda sentença, como preconizado na teoria de Liebman.

A regra da competência para as ações civis públicas a ser regida pelo art. 2º da Lei n.º 7.347/85 c/c o art. 93 do CDC, e os efeitos subjetivos remanescem *erga omnes* (sem mitigação) ou *ultra partes*, pois, como pondera FIORILLO e NERY (1996, p. 136) “[...] somente terão efetividade esses efeitos se irradiarem por todos os lugares em que tenham que produzir”⁴.

4.3 Inconstitucionalidades

A primeira das inconstitucionalidades colecionadas na doutrina tem a ver com a maneira com que o artigo em debate inicialmente se alterou. NERY JR. (1999, p. 170) enxerga inconstitucionalidade formal na Lei n.º 9.494/97: “[...] porque proveio de uma medida provisória (n.º 1570 – 5/97) sem urgência e sem relevância, e isso o Supremo Tribunal Federal não analisa, infelizmente, pois não interessa ao Poder Central”. MAZZILLI (2004, pp. 240-241), a seu turno, também critica essa prática a que se habituaram os presidentes da República, após a Constituição Federal de 1988, de usurpar as funções legislativas do Congresso Nacional, abandonando-se os critérios de urgência e relevância, como se passou com o caso em tela. No mesmo diapasão se colocou ABELHA (2003, pp. 235-238), chegando a referir-se ao Executivo Federal como “pretensão legislador”. De fato, o abuso da prática de medidas provisórias pelo Presidente da República foi tão grande que ensejou a Emenda Constitucional n.º 32/2001, restringindo o manuseio desse instituto, inclusive no que se refere à sua utilização em matéria processual (§ 1º, inciso I, alínea b, da nova redação do art. 62 da Constituição Federal).

No plano material, as apontadas inconstitucionalidades do dispositivo alcançam uma gama enorme de normas e princípios. Fala-se no malferimento do princípio do acesso à justiça (coletiva), que alberga o direito de ação e a indeclinabilidade ou inafastabilidade da jurisdição contemplados no art. 5º,

⁴ Em seus comentários ao CPC, NERY JR. e NERY (2004, nota 13, p. 1456) chegam a afirmar que tais efeitos repercutirão “... em todo o território nacional – e também no exterior, independentemente da ilógica e inconstitucional redação dada à LACP pela Lei n.º 9.494/97. É da essência da ação coletiva a eficácia prevista no CDC 103”.



XXXV da CF/88, mas a eles não se reduzem, pois, nas precisas palavras de WATANABE (1988, p. 135), o direito de acesso à Justiça é, fundamentalmente, direito de acesso à ordem jurídica justa. À medida que a Lei n.º 9.494/97 exige dos titulares de bens lesados ou ameaçados de lesão a propositura de tantas ações quantas forem as competências territoriais em que o dano ou o perigo se perpetua, rompe com o princípio do acesso à justiça, pois despreza todas as dificuldades decorrentes de tal exigência (v.g.: carência econômica, falta de informação, inexistência de autor ideológico em cada comarca) negando a realização de uma ordem jurídica justa.⁵

A isonomia anunciada no *caput* do art. 5º, da Constituição Federal, é da mesma forma atacada, porque intolerável tratamento desigual ocorrerá com a subtração dos efeitos benéficos às pessoas situadas fora da esfera de competência do juízo prolator da decisão, apesar de deterem a titularidade do mesmo bem lesado ou ameaçado. A igualdade que abriga a Constituição, conforme adverte MANCUSO (2000, p. 46), é “[...] uma isonomia substancial e não apenas formal, que impede de ser preservada também (ou principalmente) quando essa norma venha interpretada e aplicada pelo Judiciário nos casos concretos”.

Ofendeu-se também o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade. Esse cânone “[...] significa, no âmbito específico das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias, que qualquer limitação, feita por lei ou com base na lei, deve ser adequada (apropriada), necessária (exigível) e proporcional (com justa medida)” (CANOTILHO, 1993, p. 617).

ARAÚJO FILHO (2000, p. 166) reputa atacadas as garantias dos incisos

⁵ Reportam-se ao vilipêndio: a) ao acesso à justiça: RAMOS (1998, p. 115); VIGILAR (2001^a, p. 184), SOUZA (2003, pp. 201 e 2005, p. 96) e MELO (2004, p. 195); b) ao direito de ação NERY JR. & NERY (2004, nota 13, p. 1456); c) ao princípio de inafastabilidade da jurisdição: MORAES (2000, p. 175) e ARAÚJO FILHO (2000, p. 165). Embora não se refira diretamente à inovação legislativa em estudo, ALMEIDA (2003, p. 555), faz uma colocação genérica aplicável a qualquer pretensão de vulnerar o instituto da coisa julgada nas ações coletivas, como se verifica na espécie, se reportando ao art. 5º, XXXV e aos valores fundamentais do Estado Democrático de Direito: “Sem coisa julgada não há como se sustentar a existência do direito processual coletivo como novo ramo do direito processual, pois não se poderia falar em efeitos ou eficácia das decisões nele proferidas nem também em utilidade. E mais: sem coisa julgada coletiva não há que se falar em tutela jurisdicional coletiva adequada. Portanto, qualquer interpretação ou investida autoritária sobre esse instituto de magnitude constitucional (art. 5º XXXV, da CF) não pode nem deve ser aceita pela comunidade jurídica consciente e comprometida com os valores fundamentais do Estado Democrático de Direito.”



LIV (devido processo legal) e LV (contraditório e ampla defesa), do art. 5º da Constituição Federal, ou, pelo menos, os princípios delas decorrentes, porque o réu, para uma mesma causa, se submete a diversos processos, exigindo-se dele um ônus excessivo para responder a várias ações idênticas.

ARAÚJO FILHO (2000, p. 166) e MORAES (2000, p. 176) concordam com a incidência da inconstitucionalidade por atentar a inovação contra o direito de substituição processual e pela dificuldade que representa a mudança da norma epigrafada para o exercício das atribuições do Ministério Público. Os dois primeiros autores, ao lado de MELO (2004, p. 195), indicam como vulnerado o art. 129, III (trata da legitimidade do *Parquet* para a defesa de direitos metaindividuais), enquanto que LEITE (1998, p. 142), embora não mencione o artigo em referência, a ele se reporta, quando afirma que a alteração da redação do art. 16 da Lei n.º 7.347/85 “[...] demonstra firme tentativa do Governo Federal de limitar a atuação do Ministério Público em ‘parceria’ com o Poder Judiciário na defesa dos chamados direitos transindividuais”.

BRAGA (2000, pp. 166-167) antevê, por parte do legislador, descaso com o art. 2º da CF/88 (versa sobre a divisão de poderes), porque afrontaria a noção de “Poder Judiciário independente e nacional”. Já MENDES (2002, p. 265), MUCERINO (2003, p. 169) e MELO (2004, p. 195) falam em ataque ao poder jurisdicional dos juízes.⁶ OLIVEIRA (2003, pp. 229-230), a seu turno, assegura que a inconstitucionalidade, que afeta vários dispositivos da Carta Política, reside nas dificuldades criadas para proteção dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, quando o papel do legislador é o de se ater à sua proteção. Cita exemplos em que tal circunstância se evidencia no texto constitucional, em matéria de proteção ambiental (art. 23, VI e VII; art. 24, VI, VII, e VIII; art. 200, VIII) e na área de patrimônio cultural (art. 216, *caput* e inciso V).

Embora constitua uma minoria, há autores que defendem a constitucionalidade do texto inovado do art. 16 em mira, como é o caso de José dos Santos Carvalho Filho, Wambier, Arnold Wald e Gilmar Mendes

⁶ MUCERINO (2003, p. 169) explica: “[...] é também inconstitucional em razão da Lei n.º 9.494/97 estar restringindo o âmbito da eficácia das decisões dos tribunais, pois, se um juiz estadual, cuja competência limita-se a um determinado município, profere uma decisão, seus efeitos erga omnes serão restritos à sua jurisdição, e, sendo esta sentença reapreciada pelo Tribunal de Justiça, através de um acórdão, este teria sua eficácia restringida aos limites do município, e, ainda, sendo interposto recurso ao STJ a restrição seria ainda maior, eis que o âmbito de eficácia deste último é ainda maior”.



(ao atualizarem a obra de Hely Lopes Meirelles). Todos, no entanto, trazem argumentos que, *permissa vênia*, não se sustentam diante dos fundamentos aqui apresentados.

5 A CONTROVERSÃO NO ÂMBITO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Apesar de a doutrina ser praticamente uníssona, salvo algumas exceções, cujos posicionamentos já foram oportunamente apresentados no tópico anterior, a jurisprudência tem divergido sobre o assunto, notadamente o Superior Tribunal de Justiça, Corte da qual, normalmente, se esperaria a uniformização do entendimento acerca do tema.

A posição mais tradicional do STJ é realizar a interpretação literal do art. 16 da LACP, que restringe os efeitos da sentença “aos limites da competência territorial do órgão prolator.”⁷

As decisões mais comuns naquela Corte, portanto, aplicam o art. 16 da LACP e restringem o alcance dos efeitos da sentença decorrente da Ação Civil Pública ao da competência do órgão prolator da decisão.

Extraem-se excertos de ementas que compartilham do entendimento acima:

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA. NÃO CONHECIMENTO PELA ALÍNEA “C” DO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL. AÇÃO COLETIVA AJUIZADA POR ASSOCIAÇÃO. EFEITOS DA SENTENÇA. COMPETÊNCIA TERRITORIAL DO JUÍZO PROLATOR DA DECISÃO [...] 3. *Este colegiado tem o entendimento no sentido de que a sentença proferida em ação coletiva somente surte efeito nos limites da competência territorial do órgão que a proferiu e exclusivamente em relação aos substituídos processuais que ali eram domiciliados à época da propositura da demanda.* 4. Recurso especial parcialmente conhecido, e, nesta extensão, não

⁷ Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes: REsp 253.589/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, DJ 18/03/2002; EDcl no REsp 167.328/SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, DJe 16/03/2011 e AgRg nos EREsp 253589/SP, Rel. Min. Luiz Fux, CORTE ESPECIAL, DJe 01/07/2008.



provido.”⁸ [grifos nossos]

O assunto é polêmico, tanto que o STJ chega a mencionar que é notória a divergência doutrinária e jurisprudencial acerca do tema:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO DO CONSUMIDOR E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LIMITES DA COISA JULGADA. COMPETÊNCIA TERRITORIAL DO ÓRGÃO PROLATOR. ART. 16 DA LEI N. 7.347/85. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. *Malgrado seja notória a divergência doutrinária e jurisprudencial acerca do alcance da coisa julgada em ações civis públicas que tenham por objeto defesa dos direitos de consumidores, o STJ encerrou a celeuma, firmando entendimento de que a sentença na ação civil pública faz coisa julgada erga omnes nos limites da competência territorial do Tribunal.*”⁹ [grifos nossos]

Para alguns, o dispositivo legal – art. 16, LACP – tem um propósito: impedir que órgão judicial interfira na esfera de competência de outro órgão. Para os defensores da aplicação do art. 16, seria incongruente e violaria regras de competência se uma decisão tomada por um Tribunal de Justiça repercutisse em outro estado, por exemplo.

Contudo, a aplicação literal da lei pode trazer situações do mesmo modo inusitadas. É que a determinação existente em uma cidade ou estado, pode não valer para outra cidade ou estado, o que gera uma situação de desigualdade. A solução encontrada pela lei pode resultar em posições conflitantes no ordenamento.

Imaginemos que o Ministério Público ajuizasse na Comarca de Natal uma ação contra a Companhia de Águas e Esgotos do Rio Grande do Norte questionando a quantidade de nitrato na água fornecida à população. Imaginemos que a sentença oriunda dessa ação civil pública seja pela procedência do pedido. Esqueçamos eventuais recursos, ficando, pois, com a decorrência lógica dos efeitos dessa decisão.

⁸ REsp 1307178/CE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 18/12/2012, DJe 08/02/2013

⁹ AgRg no REsp 167079/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 19/03/2009, DJe 30/03/2009



Pela interpretação literal do art. 16, esta decisão somente produzirá efeitos na Comarca de Natal, local do órgão prolator da decisão. Para que a sentença produzisse efeitos em outra cidade – que também possuísse o mesmo problema no abastecimento de água – seria preciso que o Ministério Público ajuizasse ação semelhante na respectiva Comarca.

Foi atentando para estes efeitos, desencadeados pelo dispositivo em riste, que a Terceira Turma do STJ, no julgamento do REsp 411.259/SP, protagonizou um grande debate acerca do tema, tendo sido proferidos votos nos dois sentidos:

a) Aplicando o art. 16 de forma literal, o Min. Ari Pargendler divergiu da relatora, Min. Nancy Andrichi, “no sentido de não conhecer do recurso especial”, prevalecendo, no sentido do voto, os limites da “jurisdição do tribunal competente para julgar o recurso ordinário” (citação o REsp 293407/SP, DJ 07/04/2003).” Do mesmo modo, o Min. Humberto Gomes de Barros “não conheceu do recurso, de forma que limitados os efeitos “a todos dentro do estado de São Paulo, porque o TJSP é o competente para julgar eventual apelação”, e, explicitando, “atinge, também e obviamente, todos os que, embora não residentes atualmente em São Paulo, participaram da relação jurídica que deu origem à demanda”, sendo que “a sentença, contudo, somente é eficaz nos limites do estado de São Paulo.”

b) Não concordando com a limitação de alcance do art. 16 da Lei da Ação Civil Pública, a Min. Nancy Andrichi, relatora do processo, conheceu do Recurso Especial e lhe deu provimento, “para estender a eficácia do acórdão recorrido a todos os consumidores que se encontrem na situação por ela prevista, no território nacional.”. Do mesmo modo, o Min. Castro Filho disse: “acompanho o voto da eminente relatora, no sentido de dar provimento ao Recurso Especial, para estender a eficácia do acórdão recorrido a todos os consumidores, clientes da mesma instituição financeira, que se encontrem em idêntica situação, no território nacional”. Também o Min. Sidnei Beneti deu “provimento ao Recurso Especial, para que os limites da procedência da ação civil pública sejam de âmbito nacional”.



O Min. Sidnei Beneti, em voto-vista, concordou com a relatora para aplicar os efeitos da decisão a todo o país, pois isso evitaria “que gerassem processos repetitivos a respeito da mesma matéria, que tenha sido julgada por intermédio de ação civil pública.”

Felizmente, a Ministra Nancy Andrichi tem sido uma forte defensora da tese encampada pelo presente trabalho, de modo que é possível verificar algumas recentes decisões do STJ acolhendo a eficácia *erga omnes* da decisão em sede de ação civil pública para além da competência territorial do órgão prolator da sentença, vejamos:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO COLETIVA AJUIZADA POR SINDICATO. SOJA TRANSGÊNICA. COBRANÇA DE ROYALTIES. LIMINAR REVOGADA NO JULGAMENTO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. CABIMENTO DA AÇÃO COLETIVA. LEGITIMIDADE DO SINDICATO. PERTINÊNCIA TEMÁTICA. EFICÁCIA DA DECISÃO. LIMITAÇÃO À CIRCUNSCRIÇÃO DO ÓRGÃO PROLATOR. [...] 5. *A distinção, defendida inicialmente por Liebman, entre os conceitos de eficácia e de autoridade da sentença, torna inócua a limitação territorial dos efeitos da coisa julgada estabelecida pelo art. 16 da LAP. A coisa julgada é meramente a imutabilidade dos efeitos da sentença. Mesmo limitada aquela, os efeitos da sentença produzem-se erga omnes, para além dos limites da competência territorial do órgão julgador. [...]*¹⁰ [grifos nossos]

A revisão da jurisprudência do STJ sobre o tema pode estar próxima. A Corte Especial do STJ, no REsp 1.243.887/PR, Rel. Min Luis Felipe Salomão, julgado em 19/10/2011, travou séria discussão em torno do assunto. O Ministro relator posicionou-se no sentido da superação do entendimento anterior.¹¹

¹⁰ REsp 1243386/RS, Rel. Min. Nancy Andrichi, Terceira Turma, julgado em 12/06/2012, DJe 26/06/2012

¹¹ “A antiga jurisprudência do STJ, segundo a qual “a eficácia erga omnes circunscreve-se aos limites da jurisdição do tribunal competente para julgar o recurso ordinário” (REsp 293.407/SP, Quarta Turma, confirmado nos REsp. n. 293.407/SP, Corte Especial), em hora mais que ansiada pela sociedade e pela comunidade jurídica, deve ser revista para atender ao real e legítimo propósito das ações coletivas, que é viabilizar um comando judicial célere e uniforme - em atenção à extensão do interesse metaindividual objetivado na lide.”



A discussão foi posta como *obter dictum*, mas a intensidade e qualidade dos debates prenunciam o provável *overruling*.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, a outra conclusão não se pode chegar senão a de que o art. 16, da Lei da Ação Civil Pública, possui uma redação não muito feliz, e sua aplicação pode trazer inúmeros problemas práticos.

A limitação imposta pelo art. 16 colide com princípios do processo coletivo, sobretudo a indivisibilidade destes direitos, além de afrontar a celeridade, a economia processual, prejudicando também a proteção dos bens jurídicos tutelados e a uniformização de decisões.

A interpretação literal desse dispositivo, inclusive, esvazia a utilidade prática da ação coletiva, mesmo porque, cuidando-se de dano de escala nacional ou regional, a ação somente pode ser proposta na capital dos Estados ou no Distrito Federal (art. 93, inciso II, CDC). Assim, a prosperar a tese contrária a que ora se defende, o efeito *erga omnes* próprio da sentença estaria restrito às capitais, excluindo todos os demais potencialmente beneficiários da decisão.

A bem da verdade, como muito bem defendido pela melhor doutrina, o art. 16 da LACP baralha conceitos heterogêneos - como coisa julgada e competência territorial - e induz a interpretação, para os mais apressados, no sentido de que os “efeitos” ou a “eficácia” da sentença podem ser limitados territorialmente, quando se sabe que coisa julgada não é “efeito” ou “eficácia” da sentença, mas qualidade que a ela se agrega de modo a torná-la “imutável e indiscutível”.

Ademais, de se concluir, outrossim, que a competência territorial limita o exercício da jurisdição e não os efeitos ou a eficácia da sentença, os quais, como é de conhecimento comum, correlacionam-se com os “limites da lide e das questões decididas” (art. 468, CPC) e com as que o poderiam ter sido (art. 474, CPC).

Assim, a apontada limitação territorial dos efeitos da sentença não ocorre nem no processo singular, e, principalmente, não pode ocorrer no processo coletivo, sob pena de desnaturação desse salutar mecanismo de solução plural das lides.

Por conseguinte, a finalidade da lei n.º 9.494/97, que alterou o malfadado art. 16, pode até ter sido evitar que um juízo de primeiro grau ou tribunal local proferisse decisão para todo o território nacional, mas este tipo



de decisão tem que ser suportada se quisermos avançar na proteção de direitos coletivamente considerados.

REFERÊNCIAS

ABELHA, Marcelo. **Ação civil pública e meio ambiente**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. **Ações coletivas**: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vs. 1 e 2. 1ª ed. Tradução Paolo Capitano. Campinas: Bookseller, 1998.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco.; RODRIGUES, Marcelo Abelha; NERY, Rosa Maria Andrade. **Direito processual ambiental brasileiro**: ação civil pública, mandado de segurança, ação popular, mandado de injunção. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A ação civil pública no STJ**. In STJ, Secretaria de Documentação (Coord.). STJ 10: obra comemorativa 1989-1999. Brasília: 1999, pp. 13-36.

_____. **Aparente restrição da coisa julgada na ação civil pública**:



ineficácia da modificação do art. 16 pela lei 9.494/97. Boletim Informativo da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo e do Centro de Estudos de Aperfeiçoamento Funcional, São Paulo, ^a 2., n.º 11, pp. 7-10, fev. 1998.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A concomitância de ações coletivas, entre si, e em face das ações individuais**. Revista dos Tribunais, São Paulo, ^a 89, v. 782, pp. 20-47, dez. 2000.

MAZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. São Paulo: Saraiva, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, “habeas data”, ação direta de inconstitucionalidade, e ação declaratória de constitucionalidade**. 26^a ed. atual. por Arnold Wald e Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELO, Raimundo Simão de. 2^a ed. **Ação civil pública na justiça do trabalho**. São Paulo: Editora Ltr, 2004.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **A coisa julgada “erga omnes” nas ações coletivas (Código de Defesa do Consumidor) e a Lei n.º 9.494/97**. Revista da Ajuris, Porto Alegre, ^a XXVI, n.º 77, pp. 155-182, mar. 2000.

MUCERINO, Andréa Elke. **Eficácia da sentença na ação civil pública: a alteração do art. 16, da Lei n.º 7.347/85 pela Lei n.º 9.494/97 é inconstitucional?** Revista Ltr, São Paulo, n.º 1, pp. 166-170, jan. 2003.



NERY JR., Nelson. **Proteção jurídica da biodiversidade**. Revista Cej, Brasília, n.º 8, pp.168-170, maio/ago. 1999.

RAMOS, André de Carvalho. **A abrangência nacional da decisão judicial em ações coletivas**: o caso da Lei n.º 9.494/97. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 755, n.º 87, pp. 114-120, set. 1998.

SALAMANCA, Andrés Bordalí. Efectos de la sentencia pronunciada en los procesos de tutela de intereses o derechos difusos. In GIDI, Antônio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (coords.). **La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos: hacia um Código Modelo para Iberoamérica**. México: Editorial Porrúa / Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, 2003, pp. 296-313.

SILGUERO ESTAGNAN, Joaquim. **La tutela jurisdiccional de los intereses colectivos a traves de la legitimación de los grupos**. Madrid: Dykinson, 1995.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; _____ (Coords.). **Participação e processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988, pp. 128-135.

ABSTRACT

Initially, the Law of Public Civil Action, inspired by the art. 18 of the Law of Popular Action, provided that *res judicata* in collective processes should be *erga omnes*, unless dismissed for lack of evidence, in which case further action could be filed based on new evidence. The federal government, however, issued Provisional Measure n° 1.570/97, subsequently converted into Law N° 9.494/97, stating that this immutability *erga omnes* would be limited to the territorial jurisdiction of the court



prolator. This paper attempts to demonstrate the innocuity and unconstitutionality proceeded by the legislative alteration, after all, remain unscathed the provisions of CDC that treats about the production *erga omnes* of the decision's effects, to beyond of the territory of the sentencing judge prolator. Projecting, therefore, a more consistent view with the teleological purpose of collective actions.

Keywords: Public civil action. *Res judicata*. Effects *erga omnes*. Extension. Article 16 of the LACP. Inapplicability.



O PAPEL SOCIAL DOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS DE UTILIZAÇÃO DE BENS PÚBLICOS PARA A REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA

Sâmia Larissa Dias Barros

Acadêmica do 3º período do

Curso de Direito da UFRN

Bolsista no programa Jovens Talentos Para a Ciência

Thiago César de Souza Silva

Acadêmico do 5º período do

Curso de Direito da UFRN

Diogo Pignataro de Oliveira

Professor-orientador

RESUMO

Diante de um cenário de crescimento acelerado das cidades e, conseqüentemente, da produção da informalidade fundiária, a matéria relativa à regularização fundiária é um assunto recorrente na comunidade jurídica e política, ocupando lugar de relevo tanto no debate acadêmico-doutrinário, quanto naqueles em que se discutem políticas públicas necessárias para a implementação dos instrumentos competentes e eficazes para a sua feitura. O presente exame se alinha com essa discussão, abordando a notória função social da posse e da propriedade, sem olvidar a comparação com o Código Civil de 1916, e, nessa toada, os instrumentos jurídicos que possibilitam a posse regular de determinado bem imóvel. Embasado na doutrina, legislação e jurisprudência contemporânea, no sentido de revelar alguns

desses instrumentos, dar-se-á breves contornos conceituais, no intuito de auxiliar e prover a regularização fundiária. Por conseguinte, será abordada a dúplice função de tais instrumentos na defesa do patrimônio público e, ao mesmo tempo, política pública habitacional.

Palavras-chave: Regularização fundiária. Função social. Posse. Propriedade. Instrumentos jurídicos. Dúplice função.

1 INTRODUÇÃO

O direito de propriedade sofreu consideráveis transformações com a evolução do Direito, perdendo seu caráter absoluto, exclusivo e perpétuo, assim como, passando a sofrer diversas restrições com vistas, em princípio, a atender o interesse público primário. Dentre as restrições impostas, a função social da propriedade afigura-se como sendo uma das mais importantes, não apenas pela sua natureza constitucional, mas, também, pelo seu caráter principiológico.

A função social da propriedade, consagrada no artigo 5º, inciso XXIII, da Constituição Federal, pode ser entendida como a impossibilidade de o proprietário de um bem imóvel utilizá-lo de forma egoísta, ou seja, o uso do bem deve estar condicionado ao bem-estar geral.

Embora os bens imóveis do Estado não possam, em regra, ser transferidos para o particular, eles devem atender à função social da propriedade, razão pela qual, estando o imóvel público ocupado por particulares em situação de boa-fé, é de interesse do Estado a regularização daquela situação, especialmente se o uso for para fins de moradia.

Nesse contexto, pretende-se abordar a forma de se efetivar a regularização fundiária dos bens imóveis do Estado, analisando, especialmente, função social da posse e da propriedade, no âmbito do Código Civil de 2002, sem olvidar breve comparação com o Código Civil de 1916.

Além disso, buscar-se-á lançar discurso sobre os instrumentos de regularização e, por último, relacionando sua dúplice função com o fito de apresentar a forma pela qual o Poder Público pode resolver definitivamente uma situação de ilegalidade fática vivida, de modo a consagrar o direito



constitucional à moradia aos administrados envolvidos e excepcionar legitimamente a regra geral pela qual se impossibilita a utilização absoluta, inclusive com transferência dominial, de bens públicos para particulares.

2 FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE E DA PROPRIEDADE

O Estado de Direito desenvolveu-se baseado nos princípios do liberalismo, meados por volta do século XVIII. Os direitos civis, guarnecidos de ideais individualistas e patrimoniais, surgem para limitar e controlar o poder de Estado, na medida em que o transmudam para a burguesia e renegam o proletariado, passando a conferir direitos aos particulares que inexistiam nos ordenamentos jurídicos, dentre eles os atinentes à propriedade. (BONAVIDES, 2004).

Sobre esse escorço histórico, portanto, o Código Civil brasileiro de 1916, de concepção estritamente liberal, vinculada à própria compositura constitucional vigente à época, inspirada nos moldes revolucionários norte-americanos, se caracterizou por corroborar para com a patrimonialização das relações civis. (MORAES, 1991).

A propriedade, neste contexto, era vista pelo meio jurídico como plena, quando exclusiva do seu titular (CC/1916, art. 525), mesmo abandonada há anos e utilizada como moradia por terceiros (CC/1916, art. 527).

A utilidade para usufruir, gozar e dispor da coisa atribuía-se, somente, ao proprietário (CC/1916, art. 524). À posse, não obstava “a manutenção, [...], a alegação de domínio, ou de outro direito sobre a coisa. Não se deve, entretanto, julgar a posse em favor daquele a quem evidentemente não pertencer o domínio” (CC/1916, art. 505).

Em processo lento e gradual, ocorre a transição do Estado liberal para o Estado social, prestacionista. Nessa fase do constitucionalismo, os direitos de liberdade se unem aos de igualdade, conforme valores, não de um ser, mas de um dever ser. (BOBBIO, 1992).

Perante tal ótica, a base jurídica doméstica se modifica no cerne de limitar a proteção à propriedade, conforme a estima da realização de sua função social. Sobre influência, também, da Constituição brasileira de 1988, pós-positivista, a consagrar atenção à propriedade, como direito fundamental (CF/1988, art. 5º, XXII), atrelada à sua função social (CF/1988, art. 5º, XXIII), devendo ser observada, em benefício do proprietário e de terceiros, se teve uma mudança radical de enfoque dos direitos que advêm de bens imóveis.



De acordo com a lei nº 4.504 de 1964, do Estatuto da terra, art. 2º, a todos os indivíduos está assegurado o “acesso à propriedade, condicionada pela sua função social”. Para isso, em parágrafo 1º, desempenha tal função a propriedade que proporcionar o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores que nela labutam; obtiver níveis satisfatórios de produtividade além de conservar os recursos naturais e cumprimento dos dispositivos legais entre os que a possuem e cultivam.

Assim como a ordem econômica deve ratificar os ditames da justiça, por fim a edificar a Constituição cidadã sobre o fundamento da dignidade da pessoa humana, o princípio da propriedade merece observação (CF/1988, art. 170, caput, I), pois, “a história do direito é, em boa medida, a história da garantia da propriedade”. (FACHIN, 2003, p. 71).

Todavia, essa atenção dar-se-á de forma diferenciada à prevista no Código Civil de 1916. A constitucionalização do Direito Civil surge e, concomitante, promove a despatrimonialização do Direito Privado. (MORAES, 1991). O foco, impreterivelmente, passa a consistir na dignidade do homem.

Para isso, em contrariedade aos artigos 505, 507 e 527, alíneas, o Código Civil de 2002, influenciado pelo neoconstitucionalismo, determina que aquele que não cumprir com a função social da propriedade, perderá as garantias de proteção da posse, consoante, por exemplo, o exposto no art. 1128, § 4º, que estabelece: “em posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, se na propriedade houver obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevantes, o proprietário pode ser privado de tal coisa”.

Por conseguinte, no capítulo que trata da política urbana, a Constituição Cidadã prevê em seu art. 182, § 4º, penalidades para os proprietários “de solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado”, dentre os quais, “o parcelamento ou edificação compulsório; aplicação de imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo” e a desapropriação.

Logo, “os interesses coletivos representam o direito de maior número e, por isso mesmo, quando em conflito com os interesses individuais, estes cedem a aqueles, em atenção ao direito à maioria”. (ROSENVALD, ANO, p.53). Isto acontece na medida em que “o proprietário é titular de direitos subjetivos, mas os seus poderes implicam assunção de responsabilidade perante a coletividade”. (ROSENVALD, ANO, p.39).

Por isso é que, o Código de 2002 condiciona a proteção a terceiros, de boa-fé, que estejam usufruindo e gozando da terra alheia, anterior a sua



chegada em estado improdutivo e ocioso, para o seu sustento, moradia, de modo a permitir a posse, desde que obedecidos os ditames legais, e o cumprimento de sua função social. Sem olvidar, a título de esclarecimento, que, só há posse onde há propriedade.

No art. 1.196 do CC/2002, *caput*, “considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade”. Isso se consubstancia no fato da perspectiva constitucional prever eficácia aos direitos sociais prestacionais. (SARLET, 2010).

Por este motivo, é possível traçar a hipótese de que o direito à moradia se desdobra à ideia de patrimônio mínimo, em justificativa à garantia da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial. (BARCELLOS, 2008). E, assim, admite-se e consagra-se o direito subjetivo ao não-proprietário de utilizar a terra em prol de fins sociais e econômicos.

Desse modo, a função social da posse se materializa ao atender valores individuais e sociais, conforme as doutrinas asseguram, além de receber aparato da legislação brasileira nos artigos 1.238¹ e 1.239², por exemplo, do Código Civil de 2002.

Não obstante, o Estatuto da Terra, ao assegurar a todos a oportunidade de acesso à propriedade (Lei 4.504/1964, art. 2º, *caput*), e, a Lei Agrária (Lei 8.629/1993, art. 2º), para fins de processo ao proferir a desapropriação passível dos indivíduos que, nos termos da lei, não cumprirem a função social da propriedade rural, conferem legitimidade à função social da posse.

Todavia, conforme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não existem critérios concessivos e absolutos para a posse, situação eminentemente e exclusivamente fática, sendo preciso que sua consagração protetiva se esmere em parâmetros a serem conferidos e confirmados via

¹ “Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.” Disponível em: <http://www.dji.com.br/codigos/2002_lei_010406_cc/010406_2002_cc_1238_a_1244.htm>. Acesso em: 10 maio 2013.

² “Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como sua, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra em zona rural não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.” Disponível em: < http://www.dji.com.br/codigos/2002_lei_010406_cc/010406_2002_cc_1238_a_1244.htm>. Acesso em: 10 maio 2013.



processo judicial, garantindo o equilíbrio protetivo tanto à propriedade quanto à posse, senão, vejamos:

O postulado constitucional do *due process of law*, em sua destinação jurídica, também está vocacionado à proteção da propriedade. Ninguém será privado de seus bens sem o devido processo (CF, art. 5º, LIV). A união Federal- mesmo tratando-se de execução e implementação do programa de reforma agrária- não está dispensada da obrigação de respeitar, no desempenho de sua atividade de expropriação, por interesse social, os princípios constitucionais que, em tema de propriedade, protegem as pessoas contra a eventual expansão arbitrária do poder estatal. A cláusula de garantia dominial tem por objetivo impedir o injusto sacrifício do direito de propriedade.³

Em alicerce, portanto, à devida e necessária proteção da função social da posse, tem-se a exemplificação trazida pelo seguinte julgamento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DEMOLITÓRIA. CASA, EM FAVELA, CONSTRUÍDA JUNTO À VIA FÉRREA. IRREGULARIDADE. INEXISTÊNCIA DE PROJETO E ALVARÁ DE EDIFICAÇÃO. APELAÇÃO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. Necessidade de se analisar não apenas o aspecto técnico-jurídico da questão, como, também, seu aspecto sócio-econômico. Para ser possível a demolição, tem o Município que assegurar à apelada outra habitação que garanta sua dignidade como pessoa humana.⁴

³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Mandado de segurança nº22164-0/SP. Tribunal Pleno. Rel. Min. Celso de Mello, j. 30/10/1995. DJ 17/11/1995. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85691>>. Acesso em: 09 maio 2013.

⁴ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível nº 70008877755. Quarta Câmara Cível. Rel. Des. Vasco Della Giustina, j. 18/08/2004. DJ 15/09/2004. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=APELA%C7%C3O+C%CDVEL.+CONSTITUCIONAL%2C+ADMINISTRATIVO+E+PROCESSUAL+CIVIL.+A%C7%C3O+DEMOLIT%D3RIA.+CASA%2C+EM+FAVELA%2C+CONSTRU%CDDA+JUNTO+%C0+VIA+F%C9RREA.+IRREGULARIDADE.+INEXIST%CANCIA>>



A partir do exposto, observa-se a evolução do conceito propriedade, apenas como direito individual, para, propriedade, como direito da coletividade, atrelada à função social, por intermédio, também, da posse. (MEIRELLES, 2000). Sem desmerecer a individualidade, conforme o posicionamento do STF alhures, a antiga concepção de função social, direito subjetivo do proprietário, passa a ser tratada, com o advento da constitucionalização do Direito Civil brasileiro, como pressuposto das faculdades de todos os indivíduos, inclusive, dos não-proprietários, no intuito de salvaguardar a dignidade da pessoa humana. (MORAES, 1991).

3 DO CONCEITO DE ALGUNS INSTRUMENTOS DE REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA DE BENS PÚBLICOS

Na busca pela consecução da regularização fundiária na seara dos bens públicos, alguns instrumentos se mostram com fundamental importância para viabilizar tal fim, diante de cada situação concreta e específica que se tenha, a qual se amoldará a um ou outro instrumento diante de suas nuances próprias. Dentre eles destacar-se-á a seguir três dos mais importantes e utilizados, bem como, quais suas características e aplicabilidades, conforme a premissa de que diferentes situações demandam a utilização de diferentes instrumentos.

3.1 Da Concessão de Uso Especial para fins de Moradia (CUEM)

A concessão de uso especial para fins de moradia (CUEM) nasceu da necessidade da existência de um instituto jurídico semelhante à usucapião de imóveis urbanos, porém aplicável aos imóveis de propriedade pública, que,

+DE+PROJETO+E+ALVAR%C1+DE+EDIFICA%C7%C3O.+APELA%C7%C3O+A+QUE+SE+NEGA+PROVIMENTO.+&tb=jurisnova&pesq=juris&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29.Secao%3Acivel&requiredfields=OrgaoJulgador%3AQuarta%2520C%25C3%25A2mara%2520C%25C3%25ADvel.Relator%3AVasco%2520Della%2520Giustina&as_q=>. Acesso em: 09 maio 2013.



conforme o § 3º do art. 183 da Constituição Federal, são inusucapíveis.

Diante disso, a edição da medida provisória nº 2.220, de 04.09.2001 veio para disciplinar esse instrumento fundamental para a plena consecução do fim perseguido pelo artigo 183 da Constituição Federal, qual seja, o direito à moradia. Pode-se perceber que o fim perseguido pelos dois institutos é o mesmo sendo o núcleo central de ambos o direito à moradia. (CARVALHO FILHO, 2012).

Vê-se, dessa forma, que “o direito à propriedade, no usucapião, e o direito ao uso de imóvel público, na concessão de uso especial, retratam direitos-meio para o exercício do direito-fim – este o direito a moradia, verdadeiro pano de fundo daqueles outros direitos”. (CARVALHO FILHO, 2012, p. 1165).

Assim como a usucapião especial de bens urbanos, o art. 1º da MP nº 2.220, elenca alguns pressupostos para a obtenção da CUEM, quais sejam, a posse, ininterrupta e sem oposição (pacífica), por cinco anos do imóvel até 30 de junho de 2001; o imóvel urbano de até duzentos e cinquenta metros quadrados; uso do terreno para moradia do possuidor ou da sua família; e não ser o possuidor proprietário ou concessionário de outro imóvel rural ou urbano. Vale destacar ainda que desde a entrada em vigor da lei nº 11.481, de 2007, que incluiu os incisos XI e XII no art. 1.225 do Código Civil, se positivou a natureza jurídica da concessão em estudo como sendo um direito real.

Pela natureza e pelo regime jurídico adotado para esse instituto, satisfeitos os requisitos legais anteriormente citados, foi atribuída à Administração, pelo legislador federal, a atividade vinculada para o fim de reconhecer ao ocupante “o direito subjetivo à concessão para moradia”. (CARVALHO FILHO, 2012, p. 1167).

Conjugando esse posicionamento com a semelhança do instituto com o usucapião especial de imóvel urbano, pode-se concluir que “a natureza jurídica da concessão de uso especial para fins de moradia é a de ato administrativo vinculado, de outorga de direito real de uso em imóvel público, para fins de moradia do possuidor ou de sua família”. (CARVALHO FILHO, 2012, p. 1168).

Excepcionam essa vinculação os casos previstos no art. 5º da MP 2.220/2001, nos quais se faculta a Administração Pública assegurar o exercício do direito real em discussão em outro local nas hipóteses de seus respectivos incisos.



3.2 Da Concessão de Direito Real de Uso (CDRU)

Com a finalidade de alargar o uso da CDRU com funções eminentemente sociais, entre as quais a regularização fundiária, a lei nº 11.481, de 2007, modificou o art. 7º do Decreto-lei nº 271 de 1967, que institui a CDRU como

a concessão de uso de terrenos públicos ou particulares remunerada ou gratuita, por tempo certo ou indeterminado, como direito real resolúvel, para fins específicos de regularização fundiária de interesse social, urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra, aproveitamento sustentável das várzeas, preservação das comunidades tradicionais e seus meios de subsistência ou outras modalidades de interesse social em áreas urbanas.

Além de se constituir em contrato mediante o qual a Administração Pública transfere, gratuitamente ou de forma onerosa, o uso de terreno público a particular, como direito real resolúvel, para fins específicos. (MEIRELLES, 2001).

Como constatado e positivado, no inciso XII do art. 1225 do CC, esse instituto possui natureza jurídica de direito real. No entanto, vale dizer que esse direito real se apresenta transmissível por ato *inter vivos* ou *causa mortis*, desde que mantidos os fins da concessão.

É importante salientar que a concessão em estudo alia a proteção ao patrimônio do Estado, ao evitar a alienação de bens públicos, a consecução da regularização fundiária, bem como do direito à moradia aos indivíduos. Isso se dá pelo fim obrigatório a que se destinará o bem cedido ao concessionário (aquele que recebe a concessão), delimitado na concessão.

Destaca-se ainda que, na hipótese de destinação diversa da estabelecida no contrato ou termo pelo concessionário ao imóvel, será a concessão resolvida com perda das benfeitorias de qualquer natureza, conforme estabelece o § 3º do art. 7º do Decreto-lei nº 271.

Apesar de guardar semelhanças com a concessão de uso especial para fins de moradia, a CDRU se distingue da CUEM por ser mais ampla não se restringindo à finalidade exclusiva de moradia para seu uso, como previsto no art. 7º do decreto-lei 271. Isso não ocorre na CUEM, na qual seu único fim é a moradia.



3.3 Da legitimação da posse

Com denominação considerada imprópria por alguns doutrinadores, a legitimação da posse se mostra como um instituto no qual o Estado reconhece a posse legítima do interessado e a partir do preenchimento dos requisitos legais transfere a ele a propriedade anteriormente pertencente ao patrimônio público. (CARVALHO FILHO, 2012).

A expressão usada para denominar o instituto se torna imprópria pelo fato de ser um instrumento de regularização fundiária que irá legitimar a ocupação por um período, mas que em sequência irá concretizar a transferência do domínio para o possuidor. Dessa forma, a legitimação é classificada pela doutrina, como uma das condições para a alienação de bens públicos. (CARVALHO FILHO, 2012). Essa alienação tem fins claramente sociais como demonstrado ao longo da história.

O instituto em estudo é antigo surgindo na lei nº 601 de 1850, a lei de terras, em seu artigo 5º. Entretanto, somente em 1976, com a edição da lei nº 6.383 a matéria foi propriamente disciplinada, após a sua previsão na constituição de 1967. (DI PIETRO, 2009, p. 532). Recentemente o instituto foi novamente tratado na lei nº 11.977 de 2009, com viés para a regularização fundiária de imóveis urbanos em assentamentos irregulares.

Esse viés é percebido no art. 56, §4º da lei 11.977 de 2009 que prevê a legitimação da posse em áreas públicas para fins de moradia, preenchidos alguns requisitos (art.59, §1º) pelos moradores cadastrados pelo Poder Público. A lei prevê, ainda, em seu art. 60, que o detentor do título de legitimação de posse, decorridos 5 anos desse registro, poderá requerer a conversão desse título em registro de propriedade.

A lei em tela, nesse dispositivo, se equivoca ao afirmar que essa conversão decorre da aquisição por usucapião. (CARVALHO FILHO, 2012). Ora se, como visto anteriormente, as terras públicas se mostram inusucapíveis, sendo, portanto, outro o fundamento real dessa aquisição. Esse fundamento consiste na “possibilidade de o Poder Público alienar áreas públicas mediante anuência legal e o preenchimento de certos requisitos” (CARVALHO FILHO, 2012, p. 1187).

Por conseguinte, esse modelo de instituto, além de assegurar o direito a moradia de maneira regularizada, ainda concretiza o direito a propriedade pela aquisição do registro de propriedade a partir da alienação do bem público em conformidade com os requisitos legais estabelecidos.



4 A DUPLA FUNÇÃO DOS INSTRUMENTOS DE REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA DE IMÓVEIS PÚBLICOS

O pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana proporciona o desenvolvimento econômico e sustentável, conforme dispõe o planejamento do Estatuto da cidade, lei 10.257/2001, art. 1º parágrafo único: “estabelece normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental”.

A regularização fundiária, portanto, surge como processo de intervenção pública a fim de garantir a harmonia do direito à moradia digna e à cidade sustentável⁵, sem olvidar a questão ecológica. Assim, além de proteger o patrimônio público, permite a implementação de políticas públicas de habitação, caracterizando a dupla função dos seus instrumentos.

Conforme dispõe a lei 11.977/2009, art. 46:

A regularização fundiária consiste no conjunto de *medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais* que visam à regularização dos assentamentos irregulares e à titulação de seus ocupantes, de modo garantir o direito social à moradia, o pleno desenvolvimento das funções sociais da propriedade urbana e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Isto é, a articulação de componentes “administrativos, cadastrais, urbanístico-ambientais, jurídico-cartoriais e de gestão democrática”, tutelam a ordem urbanística, como forma de evitar empecilhos ao desenvolvimento urbano, e aos direitos de cidadãos moradores de lotes irregulares, em prol do combate às desigualdades sócio-territoriais. (CARDOSO, 2010, p. 123).

Em soma, o plano de regularização deverá observar o modo como o

⁵ De acordo com a lei 10.257/2001 (art. 2º, I), o desenvolvimento das funções sociais da propriedade urbana tem como garantia o direito a cidades sustentáveis, entende-se, o direito à terra urbana, saneamento ambiental, infraestrutura, transporte, serviços públicos, lazer, para as presentes e futuras gerações. Isso implica dizer que, a legalização das habitações irregulares, pelos instrumentos de regularização fundiária, dar-se, sobretudo, pela necessidade de promover qualidade de vida aos cidadãos, sob a ideia de direito ao patrimônio mínimo, desde que não incongruente com a legislação urbanística e ambiental.



solo é ordenado e controlado, de acordo com os parâmetros da lei 10.257/2001, art. 2º, para que o homem seja inserido no meio ambiente sadio, pois, este, necessita de espaço adequado, em equilíbrio ecológico, para desenvolver as liberdades substantivas. (SEN, 2000).

Destarte, a proteção ambiental “compreende a preservação, a manutenção, a utilização sustentada, restauração e a melhoria do ambiente natural”, de modo a necessitar de marco jurídico que a alicerce, no intuito de promover a qualidade de vida humana e o desenvolvimento urbano sustentável. (SILVA, 2008, p. 839).

Por conseguinte, tem-se a lei 6.766/1979 que trouxe para o ordenamento jurídico brasileiro o reconhecimento da competência do Município para regularizar os imóveis públicos ilegais, dentro do seu território, conforme disciplinado em seus arts. 40 e 41, sob a “[...] possibilidade de parcelamentos especiais para a população de baixa renda [...]”. (SAULE JR, 2004, p. 352).

Esse parâmetro serve de alicerce, impreterivelmente, no reconhecimento do Direito à moradia digna, apresentado como direito fundamental pela Emenda Constitucional nº26, em 2000, como forma de ressaltar a relevância dos instrumentos de regularização fundiária para promover a função social da posse e da propriedade, e, a premissa do art. 3º, III, da Constituição Federal de 1988, “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”.

Nesse íterim, convém apontar a missão institucional da Secretaria do Patrimônio da União⁶, que é a de, sob os imóveis públicos em sua administração, garantir a função socioambiental destes, em harmonia com a função arrecadadora.

Ou seja, a regularização fundiária, além de instigar o direito à moradia digna, meio ambiente sadio, estimula a tributação, consequência natural do domínio registral, como o Imposto Predial e Territorial Urbano e o Imposto Sobre a Transmissão Inter Vivos.

Nesse caso, a ascensão da arrecadação de tributos pode fornecer, por exemplo, dados reais das atividades do Estado, no intuito de quantificar os direcionamentos de políticas públicas. Assim sendo, dar-se-á a “adequação dos instrumentos de política econômica, tributária e financeira e dos gastos

⁶ MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO. Disponível em: <<http://www.planejamento.gov.br/secretaria.asp?cat=73&sub=802&sec=9>>. Acesso em: 09 maio 2013.



públicos aos objetivos do desenvolvimento urbano, de modo a privilegiar os investimentos geradores de bem-estar geral [...]". (Lei 10.257/2001, art. 2º, X).

5 CONCLUSÕES

Diante da observância do preceito constitucional da função social da posse e da propriedade, a partir da realidade encontrada pela ocupação irregular de áreas públicas, destacaram-se os instrumentos de regularização fundiária dos imóveis públicos como intervenção necessária para solução dessa problemática quando observada sua viabilidade, os quais devem ser evidenciados concretamente pela Administração Pública, de forma provocada ou não, no afã de concretização, primariamente, do direito constitucional à moradia e consolidação da função social que a propriedade deve se prestar.

Mas, também, secundaria e paralelamente, aos intuitos de proteção do meio ambiente, fazendo com que, como consequência natural da regularização, incremente-se a receita tributária territorial, urbana e rural.

Destarte, o uso desses instrumentos possui caráter dualista, de um lado temos a função propriamente comum dos institutos de tal natureza, que é a de regularizar a propriedade, enfatizando-se aqui o caráter social em torno do possuidor do imóvel por ter legitimado seu direito de propriedade.

Por outro lado, em consonância com essa convergência para o aspecto benéfico que o uso desses instrumentos possui, o Estado também se favorecerá com a regularização por estar exercendo seu dever de garantir o direito fundamental a propriedade aos cidadãos, bem como desempenhando políticas públicas voltadas para a habitação e regularização de imóveis.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.



BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. São Paulo: Malheiros, 2004.

CARDOSO, Patrícia de Menezes. **Democratização do acesso à propriedade pública no Brasil**: Função social e regularização fundiária. 2010; Dissertação (Mestrado Acadêmico em Direito do Estado) área de concentração Direito Urbanístico - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2009.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do Direito civil**: à luz do novo Código Civil brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito de construir**. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2001.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **A caminho de um Direito Civil constitucional**. Revista, Estado, Direito e Sociedade, Rio de Janeiro, v.I, n.1, p. 1-22, jul-dez. 1991.

ROSENVALD, Nelson. **Direitos reais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010.



SAULE JR, Nelson. **A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2004.

SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia Das Letras, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2008.

THE SOCIAL ROLE OF LEGAL INSTRUMENTS FOR USE OF PUBLIC GOODS FOR LAND REGULARIZATION

ABSTRACT

Given a scenario of accelerated growth of cities and, consequently, production of informal land, the matter related to the land regularization is a recurring theme in the legal and political community, occupying a prominent place in both the academic and doctrinal debate as those in which discuss public policies necessary for the implementation of efficient and effective instruments for its making. The current examination aligns with this discussion by addressing the notorious social function of ownership and property, without forgetting the comparison with the 1916 Civil Code, and, in this line of thought, the legal instruments that allow the possession of certain regular property. Grounded in doctrine, legislation and jurisprudence contemporary, to reveal some of these instruments, the article will brief conceptual contours, in order to assist and provide land regularization Therefore, the article



will study the dual function of such instruments in defense of the public and, at the same time, public housing policy.

Keywords: Land regularization. Social function. Possession. Property. Legal instruments. Dual function.



O PRAZO DECADENCIAL PARA RECLAMAÇÃO POR VÍCIOS OCULTOS À LUZ DO CRITÉRIO DA VIDA ÚTIL

Carolina Rodrigues Luciano de Azevedo

Acadêmica do 8º período do
Curso de Direito da UFRN

Victor Rafael Fernandes Alves

Professor-orientador

RESUMO

A instituição do Código de Defesa do Consumidor fortaleceu a proteção dedicada ao consumidor, parte vulnerável nas relações de consumo, intentando equilibrar as desigualdades entre as partes, através de normas que impõem desde a facilitação de sua defesa até a responsabilidade objetiva e solidária do fornecedor de produtos e serviços. Em virtude do dever de adequação imposto ao fornecedor, relativo à obrigação de disponibilizar no mercado apenas produtos adequados ao fim a que se destinam, é direito do consumidor exigir a reparação por quaisquer defeitos ou vícios capazes de ensejar danos, dentro do prazo decadencial previsto no Código. Este prazo, no que diz respeito aos vícios ocultos, os quais apenas se manifestam após certo tempo de uso, inicia-se a partir da evidenciação do vício. Nesses casos, a divergência doutrinária gira em torno do limite temporal capaz de ensejar a responsabilização do fornecedor, diante da dificuldade de diferenciação entre a aparição do vício oculto e a degradação natural que o produto

sofre em virtude da ação do tempo. Por isso, diante da omissão do legislador em estipular esse lapso temporal, o presente trabalho pretende analisar a questão em meio aos direitos do consumidor, de forma a traçar o melhor critério dentre os discutidos pela doutrina, qual seja o critério da vida útil.

Palavras-chave: Consumidor. Responsabilidade. Prazo decadencial. Vício oculto. Critério da vida útil.

1 INTRODUÇÃO

O Código de Defesa do Consumidor (CDC) foi criado com a função precípua de compensar as desigualdades presentes nas relações de consumo, ante a vulnerabilidade do consumidor frente ao fornecedor de produtos e serviços. Nesse ínterim, estabeleceu formas de proteção ao consumidor e facilitação de sua defesa. Para garantir tal proteção, instituiu instrumentos como a inversão do ônus da prova em favor do consumidor, a nulidade de pleno direito de cláusulas abusivas, a responsabilidade objetiva do fornecedor, entre outros. Esta última, em especial, é de suma importância para a defesa e proteção do consumidor.

A responsabilidade do fornecedor é consequência direta do seu dever de adequação, o qual impõe a obrigação de os produtos lançados no mercado estarem em conformidade com o fim a que se destinam. Caso o produto apresente algum defeito ou vício, capaz de gerar danos patrimoniais e/ou morais, é direito do consumidor ser ressarcido. No entanto, os limites da responsabilidade do fornecedor devem estar minuciosamente delimitados, para que o consumidor não sofra prejuízos.

O maior questionamento quanto à responsabilidade por vício dá-se nos casos de vícios ocultos, aqueles que só se tornam evidentes após algum período de utilização do produto. Nesses casos, o prazo decadencial previsto pelo CDC inicia-se quando há a constatação do vício. O lapso temporal passível de ensejar a responsabilização do fornecedor, no entanto, causa divergências devido à dificuldade de distinguir a aparição de vício oculto da degradação natural que os produtos sofrem com o tempo de uso.



Neste pórtico, a partir da discussão doutrinária quanto aos critérios que devem ser utilizados para a aferição do termo final para a reclamação por vícios ocultos, este ensaio pretende demonstrar os benefícios da utilização do critério da vida útil, de forma que seja necessária a análise do tempo de duração do produto, ainda em perfeito estado de uso, para que, passada essa fase, não haja mais possibilidade de reclamação por possíveis alterações em consequência de sua degradação natural.

2 RESPONSABILIDADE POR VÍCIO DO PRODUTO E DO SERVIÇO

Adotou-se, no direito do consumidor, a “teoria do risco do empreendimento”, a qual prevê ao fornecedor uma responsabilidade objetiva que, conforme aduz Sérgio Cavalieri Filho (2011, p. 53), impõe a reparação de eventuais defeitos dos bens e serviços fornecidos, independente da aferição de culpa. Antes da adoção do CDC, os riscos eram suportados pelo consumidor, que só seria reparado mediante comprovação de dolo ou culpa do fornecedor, nos termos do Código Civil. No entanto, percebeu-se que o individualismo e formalismo típicos das relações previstas no Código não se adequavam à sociedade de massa do mercado de consumo, marcada pela vulnerabilidade do consumidor e desigualdade entre as partes.

Não há previsão expressa no CDC quanto à responsabilidade objetiva nos casos de vício, como ocorre no fato do produto ou serviço¹. No entanto, também não existe previsão quanto à necessidade de demonstração de culpa. Desta feita, é pacífico o entendimento de que esta se aplica aos vícios, levando-se em consideração o fato de a responsabilidade objetiva ser característica fundamental do Código em questão, reforçado pela previsão do art. 23 quando afirma que “a ignorância do fornecedor sobre os vícios de qualidade por inadequação dos produtos e serviços não o exime de responsabilidade”.²

¹ É o que prevê o CDC em seu art. 12: “O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos”.

² “Ação de Indenização. Compra e venda de veículo usado. Vício de qualidade do produto. Artigo



Percebe-se, portanto, que o desconhecimento por parte do fornecedor quanto aos vícios do produto ou serviço não retiram sua responsabilidade, impondo o dever de reparação. Essa obrigação decorre diretamente do dever de segurança³ e adequação do produto às normas técnicas, além do princípio da boa-fé objetiva, o que obriga o fornecedor a disponibilizar no mercado de consumo produtos e serviços adequados e em perfeitas condições para uso.

Além de objetiva, a responsabilidade relativa aos vícios é também solidária. Como se depreende dos arts. 18 e 19 do CDC, todos os fornecedores⁴ respondem solidariamente pelos vícios que tornem os produtos ou serviços impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam. No entanto, como em todas as regras, há exceção. Os arts. 18, § 5º, e 19, § 2º, estabelecem os casos em que apenas o fornecedor imediato responde pelo vício, quais sejam os casos de fornecimento de produtos *in natura*⁵ e aqueles em que o fornecedor imediato fizer a pesagem ou medição sem instrumento aferido segundo os padrões oficiais. É uma forma de facilitar a busca do consumidor por seus direitos e aumentar a garantia de reparação pelo vício, ante a possibilidade que o consumidor possui de acionar, à sua escolha e conveniência, qualquer dos responsáveis para exigir os seus direitos.

O CDC estabelece, ainda, uma série de alternativas quando, após procurar o fornecedor para reparar o vício, este não é sanado no prazo

18, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor. Danos materiais. Responsabilidade objetiva do fornecedor. (...) II – Não havendo nos autos prova de que o defeito foi ocasionado por culpa do consumidor, se subsume o caso vertente na regra contida no caput do artigo 18 da Lei n. 8.078/90, o qual consagra a responsabilidade objetiva dos fornecedores de bens de consumo duráveis pelos vícios de qualidade". (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 760262. Rel. Min. Sidnei Beneti. 3ª Turma. Julgamento em 03/04/2008).

³ Quanto ao dever de segurança, Sérgio Cavalieri Filho (2010, p. 291) assevera: "Quanto maior o risco criado pela atividade empresarial, maior será o dever de segurança".

⁴ O CDC utiliza o termo "fornecedor" de forma genérica, incluindo todos que desenvolvem atividades de consumo: "Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços".

⁵ Rizzatto Nunes (2011, p. 139) conceitua o produto *in natura* como aqueles que não passam pelo sistema de industrialização, e complementa: "é aquele que vai ao mercado consumidor diretamente do sítio ou fazenda, local de pesca, produção agrícola ou pecuária (...) os produtos hortifrutigranjeiros, os grãos, cereais (...) etc".



máximo de 30 dias⁶. Nesses casos, o consumidor sempre tem o direito de escolher, alternativamente, a opção que mais lhe convir. Quando se tratar de vícios na quantidade do produto, o consumidor possui o direito de exigir, imediatamente, uma das alternativas estabelecidas pelo Código, de forma a sanar o vício⁷. Constitui um dever do fornecedor a garantia legal de adequação do produto, independente de termo expresso, sendo proibida sua exoneração ou atenuação contratual quanto à responsabilidade pelos vícios. Consideram-se abusivas e, portanto, nulas de pleno direito, as cláusulas contratuais que intentem tais limitações ao direito do consumidor.

Traçando um paralelo com o Código Civil, aplicado às relações de consumo antes de adotado o CDC, há neste uma proteção mais ampla⁸ quanto aos vícios e sua decorrente responsabilidade. Essa maior proteção é justificada pela já abordada desigualdade presente nas relações de consumo e a vulnerabilidade do consumidor. O Código Civil regula relações contratuais em que se pressupõe igualdade formal entre as partes, não havendo necessidade de tratamento desigual para equilibrar a relação, como ocorre nas relações de consumo⁹. Correto se faz, portanto, estabelecer formas de equilibrar as relações entre consumidor e fornecedor, de forma a facilitar sua defesa perante os abusos frequentemente cometidos no mercado

⁶ Estabelece o art. 18, § 1º que “Não sendo o vício sanado no prazo máximo de trinta dias, pode o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha: I - a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso; II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos; III - o abatimento proporcional do preço”.

⁷ São aquelas previstas pelo art. 19: “I - o abatimento proporcional do preço; II - complementação do peso ou medida; III - a substituição do produto por outro da mesma espécie, marca ou modelo, sem os aludidos vícios; IV - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos”.

⁸ Enquanto no CDC há imposição de responsabilidade dos fornecedores quanto aos vícios ocultos e aparentes, o CC apenas prevê responsabilidade do alienante quanto aos vícios ocultos (denominados pelo Código de vícios redibitórios), além de admitir o afastamento da responsabilidade do alienante pelos vícios redibitórios por meio de convenção entre as partes contratantes. No CDC, é nula de pleno direito qualquer cláusula que reduza ou exonere a responsabilidade do fornecedor quanto aos vícios e defeitos do produto ou serviço.

⁹ Clarissa Costa de Lima (2004, p. 112) cita, dentre as principais deficiências que dificultavam a proteção do consumidor pelo Código Civil, “os exíguos prazos decadenciais, que, segundo interpretação literal, contavam-se a partir da tradição do bem, as limitadas hipóteses de redibição ou estimatória que não possibilitavam a reparação do próprio bem e, finalmente, a exclusão da responsabilidade se os vícios fossem aparentes”.



de consumo. Essa é a principal justificativa da essencialidade da criação de um código próprio à proteção e defesa do consumidor, assim como a responsabilidade objetiva que ele prevê.

2.1 Os vícios e sua abrangência

De acordo com o estabelecido pelo código consumerista, em seu art. 18, *caput*, os vícios do produto ou serviço são aqueles:

Que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas¹⁰

Percebe-se, pelo conceito estabelecido em seu *caput*, que existem dois tipos de vício: os vícios de qualidade e os de quantidade. Os vícios de qualidade tornam o produto inadequado para o seu uso, ante a inexistência do mínimo de qualidade necessário para atender a finalidade para a qual foi produzido, ou levam à diminuição de seu valor. Os vícios de quantidade, por sua vez, nos termos do art. 19, são aqueles em que o conteúdo ou medida forem inferiores ao indicado no recipiente, embalagem, rotulagem ou publicidade¹¹. As alternativas disponíveis ao consumidor quando da constatação de vícios de qualidade e quantidade em seus produtos ou serviços varia desde a correção até a restituição imediata da quantia paga. Lembrando que as alternativas são de livre escolha do consumidor, de forma que a solução para o vício seja a mais vantajosa e similar ao seu interesse.

¹⁰ No art. 18, § 6º, complementa a definição estabelecendo os produtos impróprios para o uso e o consumo, quais sejam aqueles com prazo de validade vencido; os alterados, falsificados, perigosos, em desacordo com as normas regulamentares, etc; e os que se revelem inadequados ao fim a que se destinam, abrangendo sua definição.

¹¹ Nos casos de vício de quantidade, devem ser respeitadas as variações decorrentes de sua natureza. Trata-se de ressalva importante instituída pelo CDC, em meio à impossibilidade de aferição, durante o procedimento industrial e a produção em massa, de pequenas perdas em seu conteúdo líquido.



Há, ainda, diferença de tratamento pelo CDC quanto aos vícios relacionados a bens duráveis e não duráveis. Diverge a doutrina quanto à definição da “não durabilidade” configurar destruição imediata do produto quando de seu uso, ou a inclusão, nessa categoria, daqueles produtos de pouca duração, porém passíveis de utilização sucessiva¹². Apesar das divergências, entendemos pela definição de Sérgio Cavalieri Filho (2011, p. 76) ao tratar dos bens não duráveis como aqueles tangíveis, que se destroem com o uso regular, de forma imediata ou paulatina. O STJ manifestou-se quanto ao tema, dispondo: “Entende-se por produtos não-duráveis aqueles que se exaurem no primeiro uso ou logo após sua aquisição, enquanto que os duráveis, definidos por exclusão, seriam aqueles de vida útil não-efêmera”¹³.

Importa distinguir vício de defeito, justificando a consequente responsabilidade do fornecedor por estes problemas causados ao consumidor. O vício consubstancia-se em um defeito de menor intensidade, pois apenas causa mal ou não funcionamento do produto, não chegando ao ponto de gerar quaisquer riscos à incolumidade física e psicológica do consumidor. Por sua vez, o defeito é um vício mais gravoso, ao ponto de comprometer a segurança do produto e pôr em risco a integridade física e moral deste¹⁴. Desta feita, o CDC, ao prever a responsabilidade do fornecedor por vícios do produto ou serviço, objetivou a proteção do consumidor em sua esfera econômica, enquanto no caso de defeito intentou protegê-lo contra possíveis danos físicos e psicológicos, prevendo formas de repará-los¹⁵.

Se analisarmos em termos de dano causado ao consumidor, portanto, o defeito é mais grave do que o vício. Exatamente por isso entende-se de forma pacífica que o acidente de consumo, consequência do defeito, deve gerar indenização por danos morais. A grande discussão, no entanto,

¹² É o caso, por exemplo, das pilhas e das canetas.

¹³ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 114.473. 4ª Turma. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Julgamento em 23/03/1997.

¹⁴ O defeito gera a responsabilidade do fornecedor pelo que o CDC define como “fato do produto ou do serviço”. Em seu art. 12, § 1º, prevê: “O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais: I - sua apresentação; II - o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam; III - a época em que foi colocado em circulação”.

¹⁵ Nesse sentido, a lição de Rizzatto Nunes (2011, p. 226): “Há vício sem defeito, mas não há defeito sem vício. O defeito é o vício acrescido de um problema extra, alguma coisa extrínseca ao produto ou ao serviço, que causa um dano maior que simplesmente o mau funcionamento ou não funcionamento”.



está na possibilidade, ou não, de o vício do produto ou serviço, além da reparação do próprio vício, ser passível de indenização por danos morais.

Nesse sentido, Sérgio Cavalieri Filho (2011, p. 512) traz a pertinente diferenciação entre dano *circa rem* e *extra rem*, apontando aquele como o dano inerente ao vício, enquanto este seria o dano apenas indiretamente ligado ao vício, relativo à conduta posterior do fornecedor, por não dar a devida atenção ao caso ou tentar solucioná-lo. Isto posto, aponta apenas o dano *extra rem* como passível de gerar indenização por danos morais¹⁶, devido ao seu fato gerador consistir em conduta do fornecedor posterior ao vício, não inerente a ele e, portanto, não vinculado às pretensões de ressarcimento limitadas aos arts. 18 a 20 do CDC.

No entanto, independente da diferenciação aqui apontada, tanto os vícios quanto os defeitos, quando capazes de gerar danos patrimoniais e/ou morais, dão ensejo ao direito do consumidor em reclamar por tais danos e a consequente obrigação do fornecedor em repará-los. Importa diferenciá-los apenas para delinear os limites de tal responsabilidade.

2.1.1 Vício aparente x Vício oculto

A diferenciação entre vício aparente e vício oculto e a consequente responsabilização dos seus fornecedores é de suma importância para o desenrolar da problemática que abordaremos a seguir. Quando da análise da prescrição e decadência nas relações de consumo, o CDC expõe a existência de dois tipos de vícios: os de fácil constatação e os ocultos. Os vícios aparentes, portanto, são aqueles perceptíveis pelo consumidor quando de seu mero exame ou utilização, não sendo necessário um maior período de uso ou cuidado em analisar sua adequação. Como são facilmente constatados, o código estabelece um prazo pequeno para sua reclamação

¹⁶ Existem julgados de Tribunais brasileiros em idêntico sentido, verbis: “Apelação Cível. Consumidor. Celular. Vício do produto. Dano extra rem. Danos morais configurado. Responsabilidade solidária dos fornecedores. Trata-se de celular adquirido pela autora que parou de funcionar após dois meses de uso, sendo que após tentativas frustradas de resolução do problema, lhe foi informado que o chip não era compatível com o aparelho, culminando com a violação do dever de informar e fornecer produto adequado ao uso que dele se espera. (...) o dano moral sofrido pela autora liga-se às condutas dos fornecedores em não darem a devida solução ao problema” (TJ/RJ. APL 1382076920038190001. Rel. Des. Andre Ribeiro. 7ª Câmara Cível. Julgamento em 11/05/2011).



perante o fornecedor, a saber, o prazo de 30 dias, no caso de produtos não duráveis, ou 90 dias, tratando-se de produtos duráveis, com início a partir da entrega efetiva do produto ou do término da execução.

Em contrapartida, os vícios ocultos caracterizam-se pela impossibilidade de sua verificação quando da mera análise do produto ou serviço e, ainda, pela necessidade de utilização por maior período para sua manifestação, devido ao fato de sua existência não impedir o uso do produto. Nesses casos, os prazos de 30 e 90 dias para reclamações iniciam-se quando restar evidente o vício no produto ou serviço. No entanto, esse prazo decadencial, por não constar expressamente no CDC o lapso temporal em que poderá ser aplicado, gera grandes controvérsias doutrinárias, as quais doravante cuidaremos, intentando traçar o melhor critério de sua aferição e a melhor forma de aplicá-lo.

3 O INSTITUTO DA DECADÊNCIA

Cumpre-nos explicitar o instituto da decadência e os seus fundamentos, estabelecidos em nosso Código Civil e aplicados pelo Código de Defesa do Consumidor, com certas peculiaridades perante as relações de consumo. Muito se discute doutrinariamente quanto às características que diferenciam a prescrição da decadência, em virtude de suas similitudes e peculiaridades¹⁷. Porém, não adentraremos profundamente a esse mérito, ante a necessidade de grande discussão e fundamentação, a qual foge de nosso tema em foco.

O instituto da decadência ou caducidade, na dicção de Caio Mário da Silva Pereira (2004, p. 689), é o perecimento do direito potestativo, em razão do seu não exercício em um prazo predeterminado. Caracteriza-se, dessa forma, pela ação do tempo em meio à inércia por parte daquele que possui o direito. O prazo, predeterminado por lei ou pela vontade das partes, inicia-se no momento em que nasce o direito. Caso este não seja exercido dentro do prazo estabelecido, perece e não será passível de novo

¹⁷ Note que o Código Civil de 1916 não diferenciava a prescrição da decadência, reunindo, em um só capítulo, as causas de extinção do direito devido à fluência do tempo, denominando-as, genericamente, de prescrição. Com o advento do CC de 2002, diferenciou-se os dois institutos, dificultando sua distinção por parte da doutrina.



questionamento. Nesse sentido, a decadência consubstancia-se em mais uma forma de garantia da segurança jurídica, buscada tão amplamente pelo ordenamento jurídico brasileiro. Não seria prudente permitir a eterna sujeição às pretensões judiciais alheias e, por isso, faz-se necessário sua limitação por meio de alguns institutos jurídicos, como é o caso da decadência.

A decadência legal – estabelecida por lei – configura interesse de ordem pública, permitindo sua decretação *ex officio*¹⁸ ou a requerimento das partes e do Ministério Público, a qualquer tempo e grau de jurisdição, além de impedir sua renúncia, diferentemente do que ocorre com a decadência voluntária – instituída pelas partes. Ainda, há previsão expressa no Código Civil, em seu art. 207, que impede a suspensão ou interrupção da decadência, diferentemente da prescrição. Esse impedimento, no entanto, possui uma exceção¹⁹ prevista no Código de Defesa do Consumidor, o qual prevê hipóteses que obstem a decadência quando se trata de reclamações por vício do produto ou do serviço, conforme trataremos adiante.

3.1 A decadência no Código de Defesa do Consumidor

O Código de Defesa do Consumidor prevê um prazo decadencial em relação ao limite de tempo para reclamações do consumidor perante o fornecedor de produtos ou serviços, estabelecendo a garantia legal de adequação destes. Aqui se justifica a importância da diferenciação entre bens duráveis e não duráveis, e entre os vícios ocultos e aparentes, já abordada no presente trabalho, a qual acarreta a distinção de tratamento pelo Código.

O legislador apontou expressamente a importância da garantia de adequação em seu art. 24, ao dispor que “a garantia legal de adequação do produto ou serviço independe de termo expresse, vedada a exoneração contratual do fornecedor”, especificando seus prazos e características através dos arts. 26 e 27. Cumpre ressaltar que, conforme já retratamos, há proibição expressa de cláusulas que exonerem ou atenuem essa responsabilidade do fornecedor perante os vícios e defeitos do produto ou serviço.

¹⁸ O art. 210 do Código Civil estabelece que o conhecimento da decadência, de ofício, é dever do Juiz, não apenas uma faculdade, devido a sua natureza de ordem pública e interesse social.

¹⁹ O próprio art. 207 prevê a possibilidade de exceção à regra, vejamos: “Salvo disposição legal em contrário, não se aplicam à decadência as normas que impedem, suspendem ou interrompem a prescrição”.



O prazo decadencial para reclamar pelos vícios, portanto, será de 30 (trinta) dias, no caso de produtos e serviços não duráveis, e 90 (noventa) dias, tratando-se de produtos e serviços duráveis. A inovação quanto ao prazo decadencial, no entanto, consiste na previsão da possibilidade de ser obstado, em exceção ao art. 207 do Código Civil, nos casos de comprovada reclamação pelo consumidor perante o fornecedor e quando da instauração de inquérito civil. Nesses casos, o prazo decadencial permanece obstado até a resposta negativa do fornecedor perante a reclamação e o encerramento do inquérito civil, respectivamente.

Discute-se doutrinariamente se a obstaculização à decadência, prevista no Código de Defesa do Consumidor, configura interrupção ou suspensão deste, ante a omissão do Código ao utilizar a expressão genérica “obstar”. A doutrina majoritária, no entanto, entende pela configuração de causas suspensivas do prazo decadencial, como se depreende do ensinamento dos autores do anteprojeto do CDC (2001, p. 205-206), os quais afirmam:

Ora, se a reclamação ou o inquérito civil paralisa o curso decadencial durante um lapso de tempo (até a resposta negativa ou o encerramento do inquérito), parece intuitivo que o propósito do legislador não foi interromper, mas suspender o curso decadencial. Do contrário, não teria estabelecido um hiato com previsão de um termo final (*dies a quo*), mas, simplesmente, um ato interruptivo. Assim sendo, exaurido o intervalo obstativo, vale dizer, suspensivo, a decadência retoma o seu curso até completar o prazo de 30 ou 90 dias, legalmente previsto.

Consideramos o entendimento mais acertado, pois a reclamação formulada pelo consumidor e a instauração do inquérito civil apenas paralisa, de forma temporária, o curso do prazo decadencial, de forma que, superadas as causas obstativas, deve-se retomar o andamento de tal prazo. Não há que se falar, no entanto, em restringir o direito de reclamação do consumidor, visto que a grande dificuldade e demora na solução dos conflitos se dá em virtude da inércia do fornecedor em solucionar problemas relativos a seus produtos ou serviços, intentando esquivar-se de sua responsabilidade. Ocorre que essas são justamente as causas obstativas, de forma a paralisar o prazo decadencial enquanto não solucionado o problema amigavelmente



pelo fornecedor.

3.2 A garantia legal para reclamação por vício oculto

A grande diferença de tratamento do CDC quantos aos vícios ocultos e aparentes não está no prazo de decadência em si, pois a ambos se aplica o prazo de 30 e 90 dias, mas sim no momento em que se inicia sua contagem. Observa-se da previsão do Código, em seu art. 26, § 1º, que, no que tange aos vícios aparentes ou de fácil constatação, o prazo decadencial começa a fluir a partir da entrega efetiva do produto ou do término da execução dos serviços.

Trata-se de garantia proporcionada ao consumidor de que o prazo começará a correr apenas quando do início da utilização do produto, ante a necessidade de usufruto para a constatação de possíveis vícios inerentes a ele. Ora, não se trataria de garantia para o consumidor se existisse a possibilidade de o prazo para reclamações caducar antes mesmo de o consumidor receber o produto em mãos e usufruir dele²⁰. Quanto aos vícios aparentes, portanto, não resta qualquer dúvida ou divergência.

Por sua vez, no que tange aos vícios ocultos, impõe o CDC o início do prazo decadencial no momento em que ficar evidenciado o defeito. Nada mais justo, visto existir a possibilidade de o produto parecer perfeito durante um bom tempo, demorando a tornar-se evidente o seu vício. Caso o Código resolvesse por estabelecer um prazo inicial nesses casos, haveria a grande possibilidade de incorrer em grave injustiça perante o consumidor, ou mesmo o fornecedor. Isso porque, em caso de prazo exíguo, grande seria a possibilidade de o vício tornar-se evidente e não restar ao consumidor nenhuma forma de reclamar por seus direitos, ao passo que o prazo por demais longo prejudicaria o fornecedor e a sua mínima previsibilidade quanto à responsabilidade pelos produtos que lança no mercado de consumo.

Nesse prisma, portanto, o Código de Defesa do Consumidor agiu acertadamente. O fato gerador de discussões relacionadas às reclamações por vícios ocultos, no entanto, não se encontra no ponto inicial do prazo de

²⁰ Ocorreria com frequência, por exemplo, no caso de compras a distância ou sujeitas a prazo para a entrega do produto em sua residência. Caso o início do prazo se desse no momento da compra, haveria a possibilidade de decadência antes de o consumidor ter em mãos o produto e poder analisar sua adequação ao esperado.



decadência, mas sim no lapso temporal passível de ensejar a responsabilização do fornecedor, ou seja, quando se dá efetivamente a decadência do direito de reclamação e ressarcimento por eventuais vícios ocultos. Em se tratando de vício oculto, não há como prever o momento em que o vício se tornará evidente. Desta feita, até que ponto o consumidor poderá alegar a aparição de vício oculto? Como diferenciar a aparição de um vício oculto do desgaste natural que o produto sofre com sua utilização no decorrer do tempo? É com o intuito de responder essa questão que analisaremos a problemática dos critérios utilizados para a aferição do prazo máximo para reclamação pelos vícios ocultos que venham a surgir no produto.

4 O CRITÉRIO DA VIDA ÚTIL

Quando um vício oculto torna-se aparente enquanto o produto ainda está novo, haverá certa presunção quanto à responsabilidade do fornecedor e a necessidade de ressarcir o consumidor. No entanto, quando o produto já foi utilizado por algum tempo, existe uma linha tênue entre a constatação de vício oculto ou de desgaste natural. A diferenciação é de suma importância, ante a justiça de tratamento que deve ser observada nas relações de consumo.

Ora, não há dúvida de que o Código de Defesa do Consumidor foi instituído com a função principal de proteger o consumidor, parte vulnerável nas relações de consumo. No entanto, sua proteção não pode acarretar em injustiça de tratamento para com o fornecedor ou mesmo em onerosidade excessiva para este. É sabido que os produtos lançados no mercado de consumo não possuem duração eterna, em algum momento atingem a fase de degradação natural e, por isso, não seria razoável a responsabilização eterna do fornecedor perante os produtos que lança no mercado²¹. Porém, não existe definição legalmente expressa quanto ao prazo máximo para o aparecimento do que seria considerado vício oculto, cabendo à doutrina

²¹ Caso o fornecedor fosse eternamente responsável pelo seu produto, não haveria mais a necessidade de o consumidor adquirir produtos novos. Se cada vez que um produto apresentasse defeito em meio a sua fase de degradação natural o fornecedor fosse obrigado a substituí-lo, o consumidor receberia um novo produto que teria mais alguns anos de conservação para ser trocado novamente quando da sua degradação, em um ciclo sem fim.



analisar a melhor forma de estipular esse prazo.

Entendemos mais acertada a utilização do critério da vida útil do produto para a responsabilização do fornecedor perante os vícios ocultos, através da avaliação do produto em meio às suas diferentes fases de adequação. Nesse sentido, faz-se necessária uma análise quanto ao tempo de duração do produto conservado e em perfeito estado para uso, de forma que a aparição de vícios não seja esperada. Passada essa fase, o produto iniciaria o processo de degradação natural e não ensejaria o direito do consumidor à reparação por possíveis defeitos normais no que tange ao tempo de uso e durabilidade. Nesse diapasão, cumpre trazer a lume o ensinamento de Zelmo Denari (2001, p. 204-205), que assim dispõe:

É preciso ter presente que o consumo de produtos ou serviços passa por três fases distintas: na primeira fase, dita de conservação, procura-se preservar a indenidade, ou seja, a incolumidade dos bens ou serviços colocados no mercado de consumo. Esse período de tempo costuma ser mensurado pelo prazo contratual de garantia do produto. Portanto, é o próprio fornecedor quem determina o tempo de duração do termo de garantia, variável segundo a natureza do produto. A fase subsequente é de degradação do consumo, pois o produto passa a ser consumido, sem garantia contratual de reparação do vício. Finalmente, a última fase – que podemos designar como fase agônica – é aquela em que o produto completa o ciclo de consumo, ou seja, perde sua utilidade, para se dissipar no obsoletismo.

Trata-se de definição muito bem formulada quanto às fases do produto, a qual se adequa à análise do critério da vida útil quando de sua aplicação ao caso concreto. O célebre autor, no entanto, equipara o período de garantia contratual²², disponibilizado pelo fornecedor, à fase de conservação do produto, entendendo pela impossibilidade de o consumidor buscar reparação por vício após o término da garantia contratual.

²² Claudia Lima Marques (2006, p. 684) aduz que a garantia contratual é um plus, um anexo voluntário, e acrescenta: “a garantia contratual é facultativa, eventual, oriunda da manifestação de vontade expressa do fornecedor, devendo ser disposta em termo escrito”.



Permissa vênia, acreditamos que tal entendimento não merece prosperar. A garantia contratual, diferentemente da legal, depende de termo expresso e consiste em mera faculdade do fornecedor. Pode, inclusive, ser parcial, incidindo em apenas algumas partes do produto ou até mesmo condicionada a algumas hipóteses específicas. Desta feita, não há como delimitar a garantia de adequação do produto, imposta por lei, à garantia concedida unilateralmente pelo fornecedor. O critério da vida útil, aqui analisado, deve ser instituído em meio a uma série de características inerentes a cada produto, procedimento este que analisaremos adiante.

4.1 Divergência doutrinária

Diante da omissão, proposital ou não, do legislador no que tange à definição do lapso temporal passível de ensejar reclamações por vícios ocultos nos produtos ou serviços, surgiu na doutrina uma grande discussão quanto ao melhor critério para sua aplicação. Parte minoritária, aqui exemplificada por Paulo Jorge Scartezzini Guimarães (2004, p. 401), entende pela aplicação subsidiária do prazo de 180 dias, utilizado pelo Código Civil para a responsabilidade por vícios redibitórios.

A maioria, no entanto, divide-se entre duas posições relacionadas à interpretação do próprio CDC, quando da afirmação, em seu art. 50, de que “A garantia contratual é complementar à legal”. O primeiro posicionamento entende pela aplicação inicial da garantia legal prevista no Código e posteriormente a aplicação da garantia contratual disponibilizada pelo fornecedor. O segundo, no entanto, entende pela aplicação inicial da garantia contratual e, após o seu término, da garantia legalmente estabelecida.

A nosso ver, nenhum dos entendimentos *supra* demonstrados se enquadra aos princípios e garantias estabelecidos pelo Código de Defesa do Consumidor, por um único motivo: não protegem o consumidor contra possíveis vícios ocultos que venham a se tornar evidente nos produtos adquiridos, o que importa em benefício ao fornecedor, parte dominante na relação de consumo. Ora, não há que se falar em equilíbrio entre as partes contratantes se o “lado mais fraco” está passível de sofrer prejuízos pelos quais não pode arcar.

É sabido que alguns produtos postos à disposição do consumidor no mercado de consumo podem facilmente durar anos em perfeito estado de conservação e funcionamento, sem o surgimento de qualquer vício que macule o seu uso adequado. Ocorre que as garantias contratuais



disponibilizadas pelo fornecedor, quando disponibilizadas, costumam ter prazos deveras exíguos, ou mesmo limitados a certas partes ou características do produto adquirido, o que não protege o consumidor vulnerável contra possíveis danos futuros. Como também não o protegeria se fosse levado em conta o prazo de 180 dias previsto pelo Código Civil, aplicado em relações de pressuposta igualdade entre as partes contratantes.

Portanto, não concordamos com o entendimento doutrinário quanto à aplicação subsidiária do Código Civil, ou mesmo o entendimento doutrinariamente majoritário quanto à aplicação da garantia contratual e, quando esta esgotar, a aplicação complementar da garantia legal prevista expressamente no CDC. Ambos os critérios preveem prazos desproporcionais à realidade observada atualmente, relativa ao comum surgimento de vícios ocultos resultantes da inobservância do dever de cuidado a que o fornecedor deve fazer jus.

4.2 Problemática da aplicação do critério

Em meio ao V Encontro Nacional do Ministério Público do Consumidor²³, realizado em agosto de 2005 na cidade de Natal/RN, chegou-se à seguinte conclusão: “33. O prazo máximo para ficar evidenciado o vício oculto do produto e iniciar a contagem do prazo decadencial (art. 26, § 3o, do CDC) deve observar o critério da vida útil, o que exige análise das circunstâncias do caso concreto”. O critério da vida útil vem crescendo entre os estudiosos do Direito, de forma que se faz necessário analisar, mais do que seus benefícios, as soluções práticas para o tema e a melhor maneira de aferi-lo.

Entendemos que, para a melhor aferição da vida útil de um produto, é necessária a atuação do seu próprio fabricante. Caberia a ele, plenamente conhecedor das peculiaridades e características do produto que fabrica, analisar o tempo de duração da sua qualidade e adequação ao fim a que se destina, de forma a definir o lapso temporal em que o produto fabricado

²³ A Associação Nacional do Ministério Público do Consumidor - MPCon - “é uma associação civil de âmbito nacional, sem fins lucrativos e filiação partidária, com sede permanente na cidade de Brasília - DF, tendo caráter científico, técnico e pedagógico, congregando Promotores de Justiça e Procuradores de Justiça e da República com atuação na defesa do consumidor de todas as regiões do Brasil”. Disponível em: <www.mpcon.org.br/site/portal/template.asp?secao_id=12&secao_principal=4>. Acesso em: 25 abr 2013.



terá condições de pleno funcionamento, sem que apresente qualquer vício ou defeito. Trata-se da melhor possibilidade, ante o conhecimento técnico que possui o fabricante. É preciso cuidado, no entanto, para que essa responsabilidade não seja atribuída ao fornecedor, o qual pode se aproveitar desse poder para determinar um menor tempo de vida útil com o intuito de se beneficiar da menor responsabilidade perante os produtos que disponibiliza no mercado de consumo.

Mesmo quando da atribuição da responsabilidade ao fabricante, é de suma importância a instituição de uma entidade certificadora, com o escopo de fiscalizar a ação daquele ao definir o lapso temporal de vida útil do produto fabricado, de forma a evitar qualquer abuso. Hoje já existem entidades que prestam serviços similares ao país, como é o caso do INMETRO²⁴, instituto responsável, dentre outras funções, por verificar a observância das normas técnicas e legais das unidades de medida relacionadas aos produtos disponibilizados no mercado de consumo, mantendo seu padrão de qualidade. O próprio INMETRO poderia exercer tal função relativa à atribuição da vida útil do produto, ou qualquer outra entidade que as autoridades estatais entendam mais adequada à função.

A definição prévia de vida útil, entretanto, não anula a necessidade de análise das condições do produto em cada caso concreto, até mesmo por meio de perícias. Nada obsta que o fornecedor, quando da reclamação de vício por parte do consumidor, prove²⁵ que a aparição de tal vício resultou exclusivamente do mau uso do produto, ou mesmo de caso fortuito posterior. Ademais, entendemos que a melhor forma de definição da vida útil deve levar em conta características específicas do produto, não apenas o tempo de utilização, como a quantidade de quilômetros rodados²⁶, no caso de um

²⁴ O Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia tem como missão “prover confiança à sociedade brasileira nas medições e nos produtos, através da metrologia e da avaliação da conformidade”. Disponível em: <<http://www.inmetro.gov.br/inmetro/oque.asp>>. Acesso em: 25 abr 2013.

²⁵ Cumpre ressaltar que nas relações de consumo o ônus da prova é comumente invertido em favor do consumidor, quando preenchidos os requisitos estabelecidos no art. 6, VIII do CDC, cabendo ao fornecedor do produto ou serviço provar que não concorreu para a existência do vício ou a culpa exclusiva de terceiro.

²⁶ Como exemplo, temos o caso de um veículo automotor, com previsão de perfeito uso por, em média, 4 anos. Ocorre que o mesmo carro pode ser utilizado para passeio, ou por um motorista profissional, com deslocamento mensal muito acima da média de um carro próprio para passeio. Nesse caso, não há dúvida que o desgaste deste se dará em tempo menor que aquele, não sendo



carro, ou mesmo de horas de uso, como já é possível observar em algumas lâmpadas disponibilizadas no mercado.

Trata-se de solução a longo prazo, visto que milhares de produtos já se encontram no mercado de consumo e não seriam passíveis de prévia análise para disponibilização das informações necessárias ao conhecimento do consumidor quanto à sua vida útil. Assim, as medidas paliativas, como a avaliação através de perícia ou o próprio senso comum, devem ser utilizadas pelo magistrado quando da análise de cada caso concreto, com o intuito de solucionar os conflitos da melhor forma possível, até que seja concretizada a prévia definição da vida útil do produto, a qual facilitará consideravelmente a relação consumerista.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

De todo exposto, é possível perceber a importância em definir os limites da responsabilidade do fornecedor quanto aos produtos e serviços que disponibiliza no mercado de consumo. A sociedade consumerista, marcada pelas produções em massa e o consequente tratamento do consumidor como apenas mais um comprador, não pode impedir que este tenha seus direitos atendidos e seja ressarcido por qualquer dano resultante da inobservância do dever de cuidado e adequação a que está vinculado o fornecedor. Por outro lado, não se deve impor obrigação excessivamente onerosa ao fornecedor ou que fuja de suas responsabilidades. Não é a toa que o CDC surgiu com o intuito de equilibrar as relações de consumo e, portanto, nas lições de Aristóteles, tratar desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades.

Faz-se extremamente importante a limitação da responsabilidade do fornecedor no que tange aos vícios que venham a se manifestar em seus produtos, principalmente quanto aos vícios ocultos, ante a sua dificuldade de constatação e demora a se manifestar. Por isso, em virtude da omissão do legislador no que tange ao lapso temporal passível de reclamação do consumidor por vícios ocultos, coube à doutrina estudar e discutir os critérios de definição deste prazo. A nosso ver, o critério mais adequado é o “critério da vida útil”.

justa a possibilidade de reclamação de vícios por igual período.



Importa analisar, portanto, o lapso temporal em que será razoável esperar o pleno funcionamento do produto para os fins a que se destina. Trata-se de aferir a partir de que momento o produto entrará em fase de degradação natural, na qual é comum o surgimento de defeitos em função do desgaste consequente ao tempo de uso. É fundamental a participação do fabricante na aferição de tal critério, em vista de seu maior conhecimento técnico relativo às minúcias características do produto fabricado. Faz-se necessária, no entanto, a intervenção de alguma entidade certificadora, de forma a evitar qualquer tipo de abuso.

As soluções aqui apontadas durante toda a explanação tratam-se de maneiras de tornar mais eficaz a aplicação das normas do Código de Defesa do Consumidor, intentando aumentar a proteção à parte vulnerável por meio da facilitação de sua defesa e da busca pelos seus direitos, além do tão sonhado equilíbrio entre as partes.

REFERÊNCIAS

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

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Direito do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

DENARI, Zelmo. et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Parte geral**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1.

LIMA, Claudia Costa de. Dos vícios do produto no novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor e suas repercussões no âmbito da responsabilidade civil. In: **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n.



51, p. 112-127, jul./set., 2004. Ed. RT. ISSN: 1415-7705.

MAIZMAN, Walter da Silva. **Garantia legal e contratual, uma questão superada pela “teoria da vida útil”**. In: Revista Jurídica da UNIC. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/9525-9524-1-PB.pdf>>. Acesso em: 02 Jun. 2012.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: RT, 2006.

NUNES, Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 20. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004. v. 1.

THE PRECLUSIVE DEADLINE FOR CLAIM BY HIDDEN FLAWS IN THE LIGHT OF THE CRITERION OF USEFUL LIFE

ABSTRACT

The establishment of Consumer Protection Code has strengthened the protection dedicated to consumer, vulnerable part in consumer relations, trying to balance the disparities between the parties, by rules that impose since the facilitation of his defense until the objective and supportive responsibility of the supplier of products and services. Due to the adequacy duty imposed to the supplier concerning the obligation to provide on the market only appropriate products for the



purpose intended, is consumer rights requires repair for any defects or additions capable of provoke damage, within the preclusive deadline fixed in the Code. This term, in respect of hidden flaws, which manifest themselves only after a certain time of use, starts from the evidenciation of the flaw. In such cases, the doctrinal disagreement revolves around the temporal limit capable of provoke the responsibility of the supplier, due to the difficulty of differentiating between the appearance of the hidden defect and the natural deterioration that product suffers as a result of action of time. That's why, owing to the omission by the legislator in stipulating this temporal lapse, this paper intends to analyze this issue through the consumer's rights in order to delineate the best criterion among the discussed by the doctrine, which is the criterion of useful life.

Keywords: Consumer. Responsibility. Preclusive deadline. Hidden flaws. Criterion of useful life.



PUBLICIDADE INSTITUCIONAL IRREGULAR: A VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA IMPESSOALIDADE E DA ISONOMIA

Maise Gindre Mosseline

Acadêmica do 5º período do

Curso de Direito da UFRN

Bolsista do Projeto Consultoria a Empresas Juniores

Monitora de Direito Administrativo I

Izalucia Lopes de Medeiros

Acadêmica do 5º período do

Curso de Direito da UFRN

RESUMO

Trilha-se aqui o caminho para a discussão sobre o atual desvirtuamento da publicidade institucional. Compreendendo a diferença entre essa publicidade e a propaganda eleitoral, segue-se na delimitação da linha tênue que diferencia esta, na modalidade extemporânea, daquela, veiculada de forma irregular. Para tanto, analisa-se a flagrante violação de elementos caros à estrutura de nosso ordenamento, quais sejam: a impessoalidade e a isonomia. A análise da impessoalidade nos permitirá ponderar a necessidade de sua observância nos atos administrativos como um todo, o que inclui a veiculação da publicidade, tudo para a garantia de uma administração correta. Também ganha relevo a possível violação da isonomia diante de uma publicidade institucional irregular, uma vez que são desrespeitados os demais candidatos ao pleito,

sendo ainda importante considerar as regras específicas destinadas aos candidatos à reeleição. Concretizando esse entendimento, traz-se à luz do estudo algumas questões judiciais fundamentais para consolidar a necessidade de observância da atuação dos governantes em relação à publicidade e até que ponto são observados os princípios aqui expostos.

Palavras-chave: Publicidade institucional. Impessoalidade. Propaganda eleitoral extemporânea. Isonomia. Jurisprudência.

1 INTRODUÇÃO

A super valorização da imagem constitui o cerne da sociedade hodierna, sendo hoje a sua principal produção. Em outras palavras, a mídia é o ambiente em que se processa a nova expansão do capitalismo. A política, portanto, não poderia ficar de fora desse processo, estando cada vez mais vinculada ao jogo midiático.

Assim, partindo-se do entendimento de que é por meio da mídia que se desenvolve a campanha política, o presente trabalho propõe-se a discutir a temática sobre até que ponto os partidos políticos e os candidatos a cargos eletivos usam a publicidade e a propaganda eleitoral de forma correta, de maneira a que uma não ultrapasse a esfera de concepção da outra, como também no intuito de respeitar os limites impostos pela lei positivada.

Para tanto, procurar-se-á estabelecer a distinção entre a publicidade institucional na acepção estrita do termo administrativo, da propaganda eleitoral, bem como suscitar reflexões acerca de sua utilização em desvio de finalidade quando verificada sua conotação eleitoral.

Dessa forma, com base em premissas constitucionais e administrativas, analisar-se-á o flagrante desrespeito aos princípios da isonomia e da impessoalidade praticado principalmente por governantes candidatos à reeleição, os quais se utilizam da máquina pública e da publicidade institucional para se promoverem e, de forma ilícita, realizar propaganda eleitoral antecipada. Diante desse comportamento intolerável é imprescindível ainda o conhecimento da posição jurisprudencial, que vem a



corroborar com o nosso entendimento contrário a esse tipo de abuso de poder político, quando configurado os requisitos necessários.

2 PUBLICIDADE NO GOVERNO: A FORMA COMO É E COMO DEVERIA SER REALIZADA

Como é sabido, a mídia exerce, cada vez mais, uma maior influência sobre a massa. Atento a esse movimento, os partidos políticos se utilizam dela em dois momentos distintos: para chegar ao poder e depois para se manter no cargo outrora conseguido.

Fica claro, portanto, que os objetivos são um tanto quanto distintos, ao passo em que o meio usado para a obtenção deles é o mesmo: o convencimento dos eleitores por meio da veiculação de suas ideias pela publicidade/ propaganda.

Contudo, cabe destacar que para cada um dos momentos acima referidos existem leis específicas para que eles se desenvolvam de maneira a servir o povo, uma vez ser este o grande sujeito do Estado Democrático de Direito em que vivemos.

Antes de especificarmos as minúcias do tema, cabe, desde logo, distinguirmos publicidade e propaganda, haja vista não serem sinônimos e denotarem situações distintas.

A palavra propaganda vem do latim *"propagare"*, ou seja, propagar. A propaganda é um instrumento de persuasão de ideias, de uma doutrina ou ideologia e ainda de comercialização de bens e serviços. Ela visa difundir informações (geralmente pagas), com o objetivo de induzir a atitudes de aquisição do que se anuncia, é um direcionamento do comportamento humano para um sentido, configurando-se assim na comunicação de massa propriamente dita.

Já a publicidade do latim *"publicus"*, é a maneira de tornar pública alguma coisa. Publicidade é o esforço de comunicação que busca influenciar certos hábitos, entretanto, sem o aparecimento do anunciante. Geralmente, é o que se costuma conhecer por propaganda comercial. De qualquer forma, a publicidade é uma área bem mais ampla e envolve a propaganda.

Juridicamente afirma-se que o termo publicidade é sintetizado como a possibilidade de tornar o fato ou ato de conhecimento geral, com maior alcance possível aos destinatários, sem, entretanto, utilizarem-se de técnicas de persuasão e convencimento como a da publicidade comercial.



Assim, após essas observações preliminares passamos a distinguir, conceitos que muito se confundem, especialmente quando um gestor, seja ele em âmbito municipal, estadual ou federal, tenta a reeleição: a propaganda institucional (publicidade do governo), a propaganda eleitoral e a propaganda eleitoral extemporânea.

2.1 A propaganda eleitoral

Em um sentido comercial, conforme já exposto, a propaganda genericamente considerada se caracteriza por utilizar de técnicas de persuasão e convencimento que visam à compra de um produto ou serviço, divulgação de uma marca, entre outras tantas finalidades.

Já a propaganda eleitoral *strictu sensu*, na definição de Pinto Ferreira:

É uma técnica de apresentação, argumentos e opiniões ao público, de tal modo organizada e estruturada para induzir conclusões ou pontos de vista favoráveis aos seus anunciantes. É um poderoso instrumento para conquistar a adesão de outras pessoas, sugerindo-lhes ideias que são semelhantes às aquelas expostas pelos propagandistas. A propaganda política é utilizada para o fim de favorecer a conquista dos cargos políticos pelos candidatos interessados, fortalecer-lhes a imagem perante o eleitorado, sedimentar a força do governo constituído ou minar-lhe a base, segundo as perspectivas dos seus pontos de sustentação ou contestação. (2010, p.289)

No aspecto jurídico-eleitoral, a propaganda possui fundamento de validade direto na Constituição Federal de 1988, mais precisamente nos princípios da liberdade de expressão e pensamento dos indivíduos e dos meios de comunicação social, bem como é também disciplinada pelo Código Eleitoral (a partir dos arts. 240 e seguintes), pela Lei nº 9504/97 e regulamentada por Resolução do Tribunal Superior Eleitoral a cada eleição.

Assim como na acepção comercial, a propaganda eleitoral também objetiva a divulgação de ideias de um candidato, seu programa de governo, suas metas e seu compromisso, e, desde que respeitados os limites legais, também serve como forma de persuasão de conquista do voto do eleitor.

Como outrora já referido, num regime democrático de uma



sociedade, a única forma legítima de se escolher os representantes do povo e concretizar o princípio da soberania popular é por meio de pleitos eleitorais. Concluir-se-ia que a realização das eleições pelo voto direto é pressuposto de um regime democrático representativo.

Dessa forma, se observa que é com a realização de propaganda eleitoral que Partidos e candidatos poderão ter em mãos o meio mais eficiente a propagar sua plataforma de governo, suas ideias, seus anseios, enfim, traçar o panorama e a proposta que pretendem aplicar acaso eleitos. Neste contexto, o Estado não detém a legitimidade de coibir a propaganda eleitoral lícita (aquela que observa os diplomas legais aplicáveis à espécie) já que o exercício ao direito de propaganda está diretamente ligado ao postulado do Estado Democrático de Direito.

Cabe ressaltar, porém, que o exercício do direito de propaganda não é ilimitado/absoluto: deve obedecer a um disciplinamento legislativo específico com vistas à preservação da higidez do processo eleitoral, evitando abusos e desvios de finalidade e sujeitas ao controle de seus pressupostos pela Justiça Eleitoral.

Neste viés, e segundo o ensinamento de Roberto Moreira, seriam aplicáveis à propaganda eleitoral (ou política como gênero) os seguintes princípios: da legalidade corolário da igualdade/isonomia de oportunidades de expor suas ideias, da liberdade de expressão na forma que a lei dispuser, o princípio da responsabilidade de partidos e candidato pela propaganda, e do controle judicial da propaganda pela Justiça Eleitoral, até pelo exercício de seu poder de polícia.

Além dos princípios esmiuçados, há de se analisar, também, o princípio da responsabilidade. Verificar-se-á, aqui, a possibilidade de responsabilização civil, penal e, até, administrativa pelos ilícitos, excessos e abusos cometidos na propaganda política.

Com salutar importância, também é necessário atentar para o princípio da igualdade, que preceitua a necessidade de se assegurar a isonomia de tratamento para os diversos atores do processo eleitoral no que toca à propaganda político-eleitoral. O tempo de propaganda eleitoral gratuita no rádio e na TV é distribuído entre os partidos e coligações conforme a disciplina do art. 47, em seu parágrafo 2º, da Lei n.º 9.504/97.

Por último dos princípios que merecem destaque, o princípio do controle judicial da propaganda elenca como única responsável de aplicar as regras jurídicas relativas à propaganda eleitoral a Justiça Eleitoral. Ademais, é necessária, sempre, a presença do Ministério Público que, quando não figurar



como parte, deverá ser ouvido no papel de “custos legis”, sob pena de nulidade do processo.

Sabida a direção e contorno supramencionados, dados pelos princípios, é possível falar de quais regras encontram-se positivadas para a regulação e promoção da propaganda eleitoral. Basicamente, elencam-se: o artigo 17, em seu parágrafo 3º, da Constituição Federal de 1988; a Lei das Eleições (Lei n.º 9.504/97), já reformada por leis supervenientes, a exemplo da Lei n.º 11.300/06 e da Lei n.º 12.034/09; e o Código eleitoral, aplicado em sua parte não derogada, de maneira supletiva.

Portanto, resta observada a conceituação da propaganda, em todas as suas formas; a delimitação legal da matéria que trata da propaganda eleitoral; e a razão pela qual essa regulação se faz imprescindível – a defesa da Democracia, do governo do povo.

2.2 A propaganda institucional e propaganda eleitoral extemporânea

O art. 36 da Lei n. 9.504/1997, a Lei das Eleições, estabeleceu que “a propaganda eleitoral somente é permitida após 5 de julho do ano da eleição”. Desse modo, propaganda eleitoral antecipada ou propaganda fora de época, como também é denominada, “é, pois, aquela realizada antes do dia 6 de julho do ano de eleição” (CONEGLIAN, 2005. p. 163).

Observa-se que se inserem no conceito de propaganda eleitoral antecipada, entrevistas à imprensa que levem ao conhecimento geral candidaturas postuladas ou que façam referências à ação política que se pretende desenvolver, ou, ainda, que se induza à conclusão de que o pré-candidato é o mais apto ao exercício da função pública.

Nesse contexto, propaganda eleitoral antecipada é todo e qualquer ato tendente à conquista de votos, ainda que realizado dissimuladamente ou subliminarmente, inclusive a título de promoção pessoal. A vedação inclui a divulgação de propaganda em faixas, adesivos, placas, cartazes, pinturas e inscrições em bens públicos ou particulares, por alto-falantes, comícios e apresentações musicais.

Para a caracterização de propaganda eleitoral antecipada é indispensável que ocorra a clara intenção de se revelar aos eleitores o cargo político pretendido pelo candidato, a ação política a ser desenvolvida por ele e os méritos de natureza pessoal que demonstrem sua aptidão para o exercício do mandato eletivo.

Já a propaganda institucional tem por objetivo elucidar ao público



o papel da organização, afirmando sua identidade e imagem, prestando contas do conjunto de suas atividades e, de modo geral, permitindo o acompanhamento da política da instituição.

Em outras palavras, a propaganda institucional procura informar, persuadir e predispor favoravelmente as pessoas em relação ao produto, serviço, marca ou instituição patrocinadora. No caso da Administração Pública ela se predispõe a informar os cidadãos sobre o que tem sido feito.

De logo, impende ressaltar que a ordem jurídica não proscree a realização de publicidade por parte da Administração, pelo contrário, a confirma, na medida em que o art. 37, caput, da CF, impôs à gestão estatal estreita vinculação ao princípio da publicidade, a ganhar maior ênfase com a democracia representativa, pois, segundo afirma Carmen Lúcia Antunes Rocha (1994, p. 241):

“[...] o exercício ético do poder exige que todas as informações sobre o comportamento político dos agentes sejam oferecidas ao povo. Antes mesmo que alguém possa ocupar a condição de agente público, especialmente nos casos de agentes públicos conduzidos aos cargos por eleições, as informações a serem oferecidas ao povo são imprescindíveis e devem ser honestas. Por este princípio da publicidade é que se assegura o direito ao governo ético, à administração honesta.”

Enfim, a propaganda institucional é uma forma de publicidade que visa à disseminação de ideias no intuito de moldar e influenciar a opinião pública, motivando comportamentos desejados por uma instituição ou provocando mudanças na imagem pública dessa instituição.

3 A IMPORTÂNCIA DA IMPESSOALIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O SEU DESRESPEITO ATRAVÉS DA PUBLICIDADE INSTITUCIONAL IRREGULAR

É aceção jurídica citada no tópico anterior que a Constituição Federal de 1988 prescreveu em seu art. 37, § 1º, o princípio da impessoalidade na publicidade realizada pela Administração Pública, *in verbis*, o referido dispositivo dispõe que: “a publicidade dos atos, programas, obras, serviços e



campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridade ou servidores públicos”.

Sob este enfoque, percebe-se que o escopo constitucional da publicidade institucional visa tornar possível o controle e a fiscalização populares acerca das atividades da Administração Pública na consecução do bem comum, isto é, do interesse público. Como ensina Celso Antonio Bandeira de Mello:

Os agentes administrativos não são ‘donos’ da coisa pública, mas simples gestores de interesses de toda a coletividade, esta, sim, senhora de tais interesses, visto que, nos termos da Constituição, todo poder emana do povo. (2002, p.235)

Por óbvio, portanto, é a conclusão de que a regra geral para a publicidade dos atos da Administração Pública é a aplicação do princípio da impessoalidade, ou seja, não se utilizando da personificação do agente público pela obra ou do serviço prestado, possibilitando assim, o direito ao esclarecimento e informação dos cidadãos na fiscalização da gestão da *res publica*.

Ademais, apresenta-se neste contexto, uma das facetas do princípio da publicidade, cujo ensinamento de Celso Antonio se traz à colação:

Consagra-se nisto o dever administrativo de manter plena transparência em seus comportamentos. Não pode haver em um Estado Democrático de Direito, no qual o poder reside no povo (art. 1º, parágrafo único, da Constituição), ocultamento aos administrados dos assuntos que a todos interessam. (2002, p. 96).

A impessoalidade estampada no art. 37 citado, diz primeiramente com a finalidade pública que deve direcionar toda a atividade administrativa, sem beneficiar ou prejudicar terceiros, mas a tratá-los da forma mais objetiva e isonômica possível. Em relação ao agente público, contudo, a impessoalidade na Administração é inerente às suas funções. Neste sentido afirma José Afonso da Silva:

“os atos e provimentos administrativos são imputáveis



não ao funcionário que os pratica, mas ao órgão ou entidade administrativa em nome do qual age o funcionário. Este é um mero agente da Administração Pública, de sorte que não é ele o autor institucional do ato. Ele é apenas o órgão que formalmente manifesta a vontade estatal. (...) Logo, as realizações administrativo-governamentais não são do funcionário ou da autoridade, mas da entidade pública em nome de quem as produzira.” (2009, p. 651 – 652)

Conclui-se, que, de fato, o agente público é mero instrumento na realização da função administrativa. Assim, não é a sua vontade individual que prepondera, mas sim a vontade geral, pública.

Neste íterim, verifica-se que a própria Constituição quando prescreve a regra do § 1º do citado dispositivo, dá - como ressalta a professora Maria Sylvia Zanella di Pietro quando cita José Afonso:

Uma consequência expressa a essa regra, quando no §1º do artigo 37, proíbe que conste nome, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos em publicidade de atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos. (2010, p. 71).

À toda evidência, observa-se que a publicidade institucional, conforme delineamento constitucional, tem como regra a impessoalidade calcada na possibilidade de fiscalização e controle popular. Para que seja adequada ao interesse público, não deve haver a “pessoalidade” do ato, isto é, o desvio de sua finalidade com a vinculação direta ou subliminar de servidor ou autoridade à responsabilidade pela obra pública - quando nada mais faz a não ser cumprir com um dever seu para com os cidadãos administrados.

Apesar de a Constituição estabelecer explicitamente seus parâmetros, inúmeras vezes ocorrem desvios de finalidade deste tipo de publicidade. “Desvio de finalidade” de acordo com a doutrina de Celso Antonio Bandeira de Mello, ocorre “quando o agente se serve de um ato para satisfazer finalidade alheia à natureza do ato utilizado” (2002, p. 359). Há em consequência, um mau uso da competência que o agente possui para praticar atos administrativos, traduzido na busca de uma finalidade que simplesmente não pode ser buscada.



Fazendo a subsunção da publicidade institucional à sua finalidade a de publicidade dos atos administrativos em caráter de informação pode-se perceber que há desvio de finalidade quando utilizada para promover determinado agente candidato na disputa pelo mandato eletivo.

Daí o perigo, cada vez mais constante, de desviar-se da publicidade oficial com o intuito de alcançar os fins eleitorais.

4 A VIOLAÇÃO DA ISONOMIA NA PROPAGANDA INSTITUCIONAL IRREGULAR OU PROPAGANDA ELEITORAL EXTEMPORÂNEA

De fato, é pertinente ao nosso estudo observar que quando um governante, o qual pretende candidatar-se à reeleição, realiza uma pré-campanha camuflada de publicidade institucional, aproveitando-se do dinheiro público, acaba por sair à frente dos demais candidatos. Trata-se, portanto, de um flagrante desrespeito ao princípio da igualdade que baseia o nosso Estado Democrático de Direito, o processo eleitoral e a propaganda eleitoral.

A propaganda, principalmente a eleitoral, baseia-se em princípios como a liberdade de expressão, a legalidade e a isonomia. Nesse sentido, “deve-se ter em conta que a liberdade não é atributo exclusivo de alguns, mas deve ser igualmente acessível a todos e, face a liberdade ser pré-requisito da propaganda, essa alcança uma dimensão social muito grande” (MICHELS, 2002, p. 71).

A liberdade, no entanto, coaduna-se com o princípio da legalidade e é ainda limitada pelo princípio da isonomia, uma vez que aquela deve estar adstrita aos requisitos legais e deve, dentro da propaganda eleitoral, estar distribuída de forma equânime e justa.

Ademais, cabe observar que a propaganda eleitoral é aquela que se dá em determinado período e nos moldes determinados por lei e que antes ocorre a propaganda partidária. Além disso, tem-se a propaganda institucional, realizada pelos governantes, regulada em moldes mais específicos de bem comum e interesse público. Sendo assim, é importante salientar que há uma linha tênue que possibilita diferenciar tais propagandas das suas formas ilícitas, irregulares e extemporâneas.

Portanto, “os pré-candidatos, quando ocupantes de mandato eletivo, deverão ter cuidados redobrados principalmente no trato com a imprensa” (SOUSA, 2008, p. 112). Isso porque, muitas vezes, a publicidade



institucional realizada por esses pré-candidatos, como o enaltecimento de seus feitos durante o governo, pode ser interpretada como propaganda eleitoral extemporânea ou abuso de poder político – situação prejudicial à isonomia dentro da propaganda e tipificada pela Lei 9.504/97, a qual merece destaque nesse aspecto.

4.1 Condutas vedadas aos agentes públicos na Lei 9.504/97 como forma de garantir a isonomia

Faz-se mister trazer à luz do nosso estudo a Lei n.º 9.504 de 30/09/97, mais especificamente entre os artigos 73 a 78, pois neles disciplina-se diversas condutas vedadas aos agentes públicos que pretendem figurar como candidatos a reeleição, tudo isso “visando, assim, a coibir o abuso do poder político e o uso da máquina administrativa, a fim de preservar o princípio da igualdade, que deve prevalecer entre todos os concorrentes de um mesmo pleito eleitoral” (MICHELS, 2002, p. 97). Merecendo destaque, nesse sentido, dois tópicos importantes: a utilização da máquina pública e a inauguração de obras públicas.

4.1.1 O uso da máquina pública

O art. 73 da Lei 9.504/97, em seus oito incisos proíbe determinadas condutas de agentes públicos¹ em campanhas eleitorais para proteção do Estado e garantia da igualdade em relação aos demais candidatos.

Nesse sentido, a legislação pátria reconhece a permissibilidade da propaganda institucional, traçando-lhe limites. Há restrições de ordem temporal, ditada pela possível influência que a publicidade institucional teria nas proximidades das eleições, de maneira que se encontra vedada nos três meses antecedentes ao pleito, admitidas apenas duas exceções: a) a propaganda de produtos ou serviços que possuam concorrência no mercado; e b) com a autorização da Justiça Eleitoral, em caso de grave e urgente necessidade pública.

¹ Art. 73 §1º - “Reputa-se agente público, para os efeitos deste artigo, quem exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nos órgãos ou entidades da Administração Pública direta, indireta, ou fundacional”.



Permite-se, ainda, a realização de pronunciamento em cadeia de rádio e televisão, fora do horário eleitoral gratuito, quando, a critério da Justiça Eleitoral, cuidar-se de matéria urgente, relevante e característica das funções de governo.

De outro lado, tem-se uma limitação quantitativa, uma vez que resta proibida, em ano eleitoral, nos três meses anteriores à disputa, a realização de gastos com publicidade dos órgãos públicos federais, estaduais ou municipais, inclusive das entidades da Administração Indireta, excedentes à média dos gastos nos três anos anteriores. A não observância dessas interdições acarreta multa ao responsável.

E ainda, proibi-se: ceder ou usar, nesse caso, bens móveis ou imóveis pertencentes à administração Pública, ressalvada a realização de Convenção partidária; bem como: ceder servidor público ou empregado da administração; fazer ou permitir uso para fins promocionais de distribuição gratuitas de bens e serviços sociais custeados pelo Poder Público; dentre outras situações.

Portanto, de forma sucinta, ficou evidenciada a necessidade de cumprir uma série de determinações legais, dispostas no sentido de preservar o interesse público e garantir o uso correto da máquina pública. Situação essa que precisa ainda ser evidenciada e fiscalizada de forma mais efetiva e não apenas pelo poder público, mas também pela população.

4.1.2 Da inauguração de obras públicas

É, ainda, vedado aos agentes públicos que pleiteiam a reeleição a participação na inauguração de obras públicas, nos três meses que antecedem o pleito, conforme determina o art. 77 da respectiva lei. Trata-se de mais uma restrição garantidora da isonomia entre os futuros candidatos a cargos Executivos, cuja inobservância implica ao infrator a cassação do registro.

4.2 Os artifícios utilizados na publicidade institucional facilitando a promoção pessoal dos governantes

A análise dos desdobramentos da propaganda institucional nos leva a observar que ela se torna, na verdade, mais um dos meios de promoção do governante, principalmente se candidato à reeleição. Apesar das válidas restrições encontradas na Lei 9.054/97, elas ainda dependem da análise do caso concreto para a melhor aferição de uma possível propaganda eleitoral extemporânea veiculada ao invés de publicidade.



Em verdade, o que ocorre é a utilização de diversos artifícios de marketing para a promoção dos governantes, com dados maquiados e com a falsa intenção de informação ao público, o que dificulta o trabalho dos juizes ao decidirem sobre casos do gênero. E, conforme afirma o autor Edson Resende:

Já é possível perceber que, na prática, não será fácil muitas vezes identificar a propaganda eleitoral, principalmente quando realizada antes do período permitido pela lei, exatamente porque veiculada de forma disfarçada, subliminar. Então a justiça eleitoral precisa ficar atenta para coibir os abusos da propaganda extemporânea e não se deixar influenciar por argumentos que buscam mascarar-la de propaganda partidária ou mera promoção pessoal e até mesmo publicidade institucional. (CASTRO, 2006, p. 236)

5. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL BRASILEIRA

É constante a atuação do Poder Judiciário brasileiro diante da questão da propaganda institucional indevida, sendo diversos os posicionamentos trilhados pela Corte Eleitoral. Logo, podemos observar a importância de traçar, na jurisprudência, os limites entre a publicidade institucional e a propaganda eleitoral extemporânea, conforme delimita a seguinte Representação:

Propaganda eleitoral. Temporã. Descabe confundir propaganda eleitoral com a publicidade institucional prevista no art. 37, § 1º, da Constituição Federal. A maior valia decorrente da administração exercida, da permanência no cargo, em que pese à potencial caminhada no sentido da reeleição, longe fica de respaldar atos que, em condenável desvio de conduta, impliquem o desequilíbrio de futura disputa, como é exemplo escamoteada propaganda eleitoral fora do lapso temporal revelado no art. 36 da Lei n. 9.504/97.²

² TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Representação N° 752. Classe 30°. Min. Marco Aurélio. 01/12/2005



Ademais, ainda nesse sentido, outros julgados vêm a corroborar com a consolidação jurisprudencial desse entendimento, levando a uma atuação mais efetiva da Justiça de forma a coibir qualquer atuação de governantes, candidatos à reeleição, que se utilizam da máquina pública como arcabouço para facilitar uma campanha desonesta.

EMENTA: Impugnação de mandato eletivo. Abuso de poder econômico e político. Veiculação de propaganda eleitoral transmitida para todo estado. Comprovação. Procedência.

1. Dá-se abuso de poder de autoridade e econômico quando a veiculação de propaganda eleitoral irregular transcende os limites do local em que se realiza, de modo a alcançar outras áreas do território do estado.
2. *Comemorações patrocinadas pelo governo do estado e por suplente de candidato, com repercussão além do município em que ocorreram, transmitidas por rádio, violam o princípio isonômico constitucionalmente assegurado* (CF, art. 5º caput).
3. Conjunto probatório examinado pelo Tribunal *a quo* que configura a prática das irregularidades apontadas.
4. Recurso a que se nega provimento.³ (grifos nosso).

Cabe destacar no respectivo julgado a flagrante irregularidade no patrocínio dado pelo governo do Estado à propaganda eleitoral, uma vez que constitui, por parte do governante, abuso de poder político, além do desrespeito ao princípio da isonomia – posicionamento anteriormente debatido.

Demais disso, alguns julgados locais destacam-se diante do tema, pois se torna cada vez mais comum a utilização da publicidade institucional com intuito de promoção pessoal e de convencimento do eleitorado, desvirtuando seu real sentido.

Para tanto, diversos são os pretextos para a veiculação das propagandas, tais como: datas comemorativas, aniversário da cidade, grandes obras ou acontecimentos, entre outros – já havendo, nesse sentido, decisões orientando que “mensagens de cumprimento e felicitação, sem referência

³ TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Recurso Ordinário N° 104. Min. Eduardo Alckmin. 24/08/2000. DJ 29/09/2000.



eleitoral, constituem atos de promoção pessoal e não de propaganda eleitoral”⁴. Além do mais, diversos julgados já vêm reconhecendo a má índole por traz das propagandas institucionais⁵, inclusive no Rio Grande do Norte.

RECURSO EM REPRESENTAÇÃO - PROPAGANDA ELEITORAL EXTEMPORÂNEA - MENSAGEM DE FELICITAÇÃO PELA PASSAGEM DO DIA DAS MÃES - NÃO-CARACTERIZAÇÃO - MERO ATO DE PROMOÇÃO PESSOAL - PROVIMENTO.

Mensagens de felicitação e cumprimentos pela passagem do dia das mães, sem referência eleitoral, constituem atos de promoção pessoal e não de propaganda eleitoral.⁶

Nessa perspectiva, outro caso local também merece destaque, o qual se deu mediante a veiculação de uma “propaganda institucional”, pela então Governadora do Estado Wilma de Farias, publicidade que se mostrou totalmente desvirtuada dos sentidos de impessoalidade e isonomia que deve carregar tal instituto. Conforme a ementa do acórdão regional: “verifica-se na publicidade institucional atacada a configuração de propaganda eleitoral disfarçada e extemporânea, uma vez que a expressão ‘cada vez fazendo mais’ denota comparação com administrações passadas”⁷. Decidiu o

⁴ TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. AgRgREspe nº 26.236/MG, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ de 11.4.2007

⁵ TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. REspe nº 15.732/MA, rel. Min. Eduardo Alckmin, DJ de 7.5.99 EMENTA: RECURSO ELEITORAL - MULTA POR PROPAGANDA ELEITORAL VEICULADA ANTERIORMENTE AO PERÍODO ESTABELECIDO POR LEI. MENSAGEM DE POSSÍVEL CANDIDATO, PUBLICADA EM JORNAL, PARABENIZANDO MUNICÍPIO PELO ANIVERSARIO DE SUA FUNDAÇÃO. NÃO CARACTERIZAÇÃO DE PROPAGANDA VEDADA.

Entende-se como ato de propaganda eleitoral aquele que leva ao conhecimento geral, ainda que de forma dissimulada, a candidatura, mesmo que apenas postulada, a ação política que se pretende desenvolver ou razões que induzam a concluir que o beneficiário é o mais apto ao exercício de função pública. Sem tais características, poderá haver mera promoção pessoal - apta, em determinadas circunstâncias a configurar abuso de poder econômico - mas não propaganda eleitoral.

⁶ TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Respe. 286316 RN. Min. Marcelo Henrique Ribeiro de Oliveira. 15/03/2011. DJE 28/03/2011. P. 30-31.

⁷ TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Respe. 26095 RN. Min. Carlos Eduardo Caputo Bastos. 30/10/2006. DJ 07/11/2006, p. 140.



Tribunal Regional Eleitoral, no caso em tela, pela proibição da veiculação da propaganda, orientação seguida pelo Tribunal Superior Eleitoral.

Dessa forma, ficou aqui evidenciado o posicionamento de diversos julgados que consolidam a não tolerância no ordenamento brasileiro dessa prática até então debatida, qual seja, a flagrante utilização da publicidade institucional, por diversos governantes, como propaganda eleitoral extemporânea, desrespeitando os princípios da impessoalidade e da isonomia – aspectos fundamentais de uma propaganda de forma correta.

6 CONCLUSÃO

A análise de importantes elementos jurídicos que embasam a propaganda ou a publicidade nos traz à conclusão de que não se deve, em hipótese alguma, admitir em nosso ordenamento que um gestor público se utilize do seu cargo e de seu dever de publicidade para desrespeitar a lei e colocar-se à frente dos demais candidatos ao pleito.

Por isso, ganha relevo a questão da publicidade institucional, a qual, rotineiramente acaba tornando-se irregular, pois vem servindo de escopo para promoção pessoal e realização de campanha eleitoral antecipada em favor do gestor e em detrimento do interesse público. O reconhecimento jurisprudencial que ganha o tema já é um grande avanço no sentido de coibir tal prática, geralmente de difícil constatação, diante do uso de tantos artifícios e pretextos para a veiculação desse tipo de propaganda.

Portanto, há que se concluir que a publicidade institucional veiculada de forma a promover o gestor público em si ou os seus feitos constitui propaganda eleitoral antecipada, favorecendo este na sua possível reeleição – situação que fere os princípios da isonomia e da impessoalidade, o que, diante do caso concreto, precisa ser analisado e punido.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Roberto Moreira de. **Curdo de Direito Eleitoral**. 6.ed. Salvador. Jus Podivm, 2012.



BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de direito administrativo**, 14ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Código eleitoral anotado e legislação complementar**. 7 ed. Brasília: TSE/SGI, 2006.

CASTRO, Edson Resende. **Teoria e prática do Direito Eleitoral**. 3. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

CONEGLIAN, Olivar. **Propaganda eleitoral: de acordo com o código eleitoral e com a lei 9.504/97**, 6 ed., Curitiba: Juruá, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 16ª ed., São Paulo: Atlas, 2010.

MICHELS, Vera Maira Nunes. **Direito Eleitoral: de acordo com a Lei nº 9.504/97**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SILVA, José Afonso da. **Direito constitucional positivo**, São Paulo: Malheiros, 2009.

SOUSA, Marcos César Munuci de. **Direito Eleitoral Municipal**. 1. ed. São Paulo: EDIPRO, 2008.

**IRREGULAR INSTITUCIONAL ADVERTISING:
VIOLATION OF CONSTITUTIONAL PRINCIPLES
OF IMPERSONALITY AND EQUALITY.**



ABSTRACT

Track the path up here for discussion about the current perversion of institutional advertising. Understanding the difference between advertising and electioneering, it follows the boundary of the fine line that differentiates this in extemporaneous mode, that conveyed irregularly. To this end, we analyze the blatant violation of expensive elements to the structure of our planning, namely: the impersonal and equality. The analysis of impersonality allow us to observe the need for Administrative acts in its observance as a whole, which includes the placement of advertising, all for ensuring proper administration. It also becomes important to possible violation of equality before an irregular institutional advertising, since they are disrespected the other candidates for the election, requiring compliance with specific rules designed to incumbents. Realizing that understanding brings to the light of the study some fundamental legal issues to consolidate the need for observance of the performance of governments in relation to advertising and the extent to which the principles are observed herein.

Keywords: Institutional advertising. Impersonality. Electoral advertising extemporaneous. Equality. Jurisprudence.



Artigo Convidado

O IMPACTO DA DESONERAÇÃO TRIBUTÁRIA REALIZADA PELO PODER EXECUTIVO NO PACTO FEDERATIVO

Karoline Lins Câmara Marinho de Souza

Mestre em Direito Público pela UFRN

Especialista em Direito Constitucional pela UFRN

Professora Assistente na UFRN

Assessora no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte

RESUMO

Busca o presente trabalho analisar o impacto financeiro da desoneração tributária realizada pelo Poder Executivo Federal no pacto federativo, tendo em vista que os representantes do Poder Central vêm se utilizando, mais das vezes, de tal instrumento de política econômica com o fito de minorar as consequências da crise econômico-financeira mundial. O artigo procura, ainda, estabelecer parâmetros constitucionais de aplicação de tais incentivos fiscais, demonstrando como os atuais métodos de implementação da indução tributária são ineficientes do ponto de vista do contribuinte de fato, porquanto contribui para o enfraquecimento da isonomia federativa, mormente pelo fato de serem constantemente implementadas desonerações fiscais que desrespeitam os repasses obrigatórios a outros entes federativos.

Palavras-chave: Regulação. Tributação indutora. Desoneração fiscal. Pacto federativo.

1 INTRODUÇÃO

O Estado regulador emergiu como uma resposta à crise do anterior modelo estatal, pautado na intervenção exacerbada como agente do próprio processo econômico.

Com base na necessidade de um Estado que retornasse à sua original função, qual seja, de ordenador das condutas, buscou-se um modelo embasado na doutrina liberal neoclássica em que se criariam estruturas especializadas de poder para regular os mercados setorizados.

Tendo em vista que o poder central não deixaria de regulamentar a atividade econômica como um todo, restou ao mesmo desenvolver atividades específicas, justificadas pela legitimidade conferida pelo texto constitucional. Nesse contexto, insere-se a possibilidade de criação de incentivos tributários, tendo como escopo maior a regulação econômica, isto é, o equilíbrio dos mercados.

Entretanto, essa necessidade de intervenção não legitima o Estado regulador a exceder os limites constitucionais em prol de um suposto equilíbrio de mercado, porquanto a sua inserção no contexto econômico somente se justifica em razão da necessidade social de proporcionar igualdade material, tanto é que o modelo invocado tenta corrigir as distorções provocadas pelas omissões pretéritas do próprio aparelho estatal.

Tendo por base tais premissas, o presente trabalho procura delinear os contornos da tributação indutora desoneradora e seus reflexos econômicos, bem como traçar parâmetros de aplicação de tais comandos tendo por fim cumprir o postulado do federalismo cooperativo, levando em conta que, muitas vezes, alguns entes se utilizam das desonerações fiscais sem calcular o impacto financeiro atinente aos repasses obrigatórios da receita tributária.

Para tanto, será adotada a acepção do tributo como obrigação tributária embora também possa ser interpretado, no caso concreto, seja como uma quantia em dinheiro, como norma, ou relação jurídica, como assenta Paulo de Barros Carvalho¹, de maneira que o seu viés indutor terá papel de destaque no presente artigo.

Justifica-se a escolha pelo tema na discussão atualíssima provocada não somente pelo uso demasiado das desonerações fiscais, conforme se vê diariamente pelos veículos de comunicação, mas também pela recente

¹ CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. São Paulo: Saraiva, 2011.



elaboração da Lei Complementar n.º 143, de 17 de julho de 2013, que trazia dispositivo que exclui da parcela de desoneração fiscal os fundos de participação dos municípios e Estados, que fora, inclusive, vetado pela Presidenta da República, utilizando-se como metodologia, a análise econômica da desoneração fiscal, pautado na observação das decisões políticas e seu reflexos financeiros na federação.

Assim, longe de exaurir o tema, procura apenas fomentar o debate que se inicia a partir da premissa de que o poder político central não vem ponderando a real necessidade de utilização do instrumento tributário em sua função extrafiscal, quando se tem em conta as consequências negativas para o pacto federativo.

2 TRIBUTAÇÃO INDUTORA E REGULAÇÃO

Conforme ensina Calixto Salomão Filho, a regulação, enquanto garantia institucional de equilíbrio econômico, passa a ter justificativa autônoma, qual seja, a de criar uma igualdade jurídica material, com base na orientação de condutas que visem corrigir eventuais descompassos do crescimento do mercado².

Destarte quando age como regulador, o Estado atua basicamente elaborando normas, reprimindo o abuso do poder econômico, interferindo na iniciativa privada, regulando preços, controlando abastecimento, etc. Esta forma de intervenção vem preceituada no art. 174 da Constituição de 1988³ e diz respeito à globalidade da atuação estatal como agente normativo, sendo plausível se destacar que, nesse dispositivo, se alude à atividade econômica em sentido amplo, ou seja, o Estado possui o controle da economia, de forma geral, através de suas normas, fiscalização, planejamento, em todos os setores da economia, e não somente na atividade econômica explorada por seus próprios agentes.

O fato de se estender a alusão do controle sobre o domínio econômico à atividade econômica em sentido amplo faz distinguir essa

² SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação da Atividade Econômica. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 36.

³ "Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado."



modalidade de intervenção da intervenção direta do Estado como agente empresário, digamos assim.

Nesse contexto, pode o Estado intervir sobre o domínio econômico de forma a direcionar ou induzir o domínio econômico a agir conforme determinadas condutas pré-determinadas pela Ordem Econômica Constitucional. Assim, quando o Estado intervém por direção, exerce pressão sobre a economia, estabelecendo mecanismos e normas de comportamento compulsório para os sujeitos da atividade econômica em sentido estrito. Já quando atua por indução, ele manipula os meios de intervenção em consonância com as normas que regem o funcionamento do mercado.

O que deve ficar bem vincado é que o Estado não deve intervir de forma abusiva e constrangedora na ordem econômica, podendo agir tão somente com base nos limites constitucionais. A própria Constituição, no seu artigo 170, estabelece alguns limites a serem levados em conta pelo Estado no exercício dessa atribuição, para que não venha a ferir princípios como o da liberdade de iniciativa ou da livre concorrência, direcionados aos particulares, em regra.

Tratando especificamente das normas de intervenção por indução, pode-se afirmar que estas não são dotadas da mesma natureza cogente da que afeta as normas de intervenção por direção. Ou seja, trata-se de normas dispositivas e não impositivas, no fito precípua de induzir os particulares a agirem da forma pretendida pelo Estado, incentivando determinado comportamento no escopo de atingir os princípios-fins a que se deve respeito máximo, de modo que sua cogência (porque é esta característica intrínseca da norma jurídica) se situa somente na observância da norma, não abrangendo o alcance do fim almejado pela indução, ao contrário do que ocorre com as normas diretivas.

Nessa seara, inserem-se as normas tributárias indutoras, que funcionam, não apenas como meros instrumentos de arrecadação do Estado para fazer face às despesas de manutenção de seus misteres, mas, extraem do mercado as finalidades precípuas buscadas pelo poder central, através dos reflexos gerados pela conduta orientada.

Faz-se mister esclarecer, outrossim, que a norma tributária indutora assim funciona porque ela exerce um estímulo neurocerebral que interfere tanto no aspecto racional quanto emocional, pois, e.g. “como o produto aumenta de preço, a tendência racional é consumi-lo menos (preferencialmente substituindo-o por outro, mais barato), o que diminui a quantidade vendida” (CARVALHO, 2012, p. 253), de modo que dessa forma o



Estado consegue corrigir as distorções mercadológicas negativas e orientar o consumo nos moldes pretendidos.

Papel de destaque na indução tributária também se pode dar à progressividade das alíquotas, consoante ensina Friedrich Hayek, para quem, dentre as medidas econômicas que paulatinamente vêm modificando o contexto social, bem como mostrando resultados de grande projeção, a redistribuição de renda por meio da aplicação de alíquotas progressivas se apresenta como uma das poucas efetivamente consolidadas e tão largamente aceitas⁴.

Isto é, existem diversos modos de se buscar fins transversos ao mero ajuntamento de recursos por meio da tributação, destacando-se a redução e majoração de alíquotas a bens de consumo, a progressividade de alíquotas, e os incentivos fiscais amplos com relação a pessoas determinadas, como no caso de isenção de ICMS por certos Estados com vistas à instalação de indústrias em seus territórios para geração de emprego e renda.

No caso dos incentivos fiscais, sua origem, como fomento, é antiga, conforme lição de Garrido Falla, mas constitui preocupação atual, porque o Estado contemporâneo age subsidiariamente no que tange à atividade econômica priorizando a regulação⁵.

Desta forma, incentivo, como papel normativo e regulador da atividade econômica pelo Estado, origina a idéia do Estado promotor da economia. Trata-se, assim, do fomento, que consiste em proteger, estimular, promover, apoiar, favorecer e auxiliar, sem empregar meios coativos, as atividades particulares que satisfaçam necessidades ou conveniências de caráter geral⁶.

Todavia, isto não se dá no fito de suprir a vontade dos seus destinatários, mas de levá-los a uma opção econômica de interesse coletivo e social que ultrapassa o limiar da satisfação individual.

Nesses comandos normativos, a sanção, tradicionalmente traduzida como mandamento, é substituída pelo expediente do convite, dos estímulos, dos incentivos, de toda ordem, oferecidos, pela lei, a quem participe de

⁴ HAYEK, Friedrich. Reexaminando a Taxação Progressiva. In: FERRAZ, Roberto. *Princípios e Limites da Tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 741.

⁵ FALLA, Fernando Garrido. *Tratado de Derecho Administrativo*. v. II. Madrid: Editorial Tecnos, 1982. p. 299-302.

⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 784.



determinada atividade de interesse geral e patrocinada, ou não, pelo Estado.

Ao destinatário da norma resta aberta a alternativa de não se deixar por ela seduzir, deixando de aderir à prescrição nela veiculada. Se adesão a ela manifestar, no entanto, resultará juridicamente vinculado por prescrições que correspondem aos benefícios usufruídos em decorrência dessa adesão⁷.

Como dito, portanto, o Estado se utiliza do aspecto extrafiscal dos tributos para alcançar fins sociais que justifiquem a sua utilização, enfrentando, inclusive paradigmas tributários arraigados como os limites do não-confisco e a igualdade formal, como no caso do IPTU progressivo pela não utilização do bem ou a progressividade do IPVA de acordo com a utilização do veículo.

Assim, ao onerar em demasia uma determinada operação comercial, como, por exemplo, a importação de bens, o Estado visa, em verdade, não só arrecadar com esta, mas, no caso, desenvolver o mercado interno. Em casos tais, a indução será negativa, a ponto de tornar inviável a comercialização de bens importados, não a proibindo, mas fazendo com que o próprio mercado exclua tal possibilidade de investimento.

Por isto, ao atuar de tal forma, o Estado deve sopesar bem, antes de o fazer, os valores que estão em jogo, para que a indução ocorra de forma benéfica para a economia e para a sociedade como um todo.

Destarte, para alcançar a finalidade pretendida, o Estado terá que aplicar a norma tributária de modo economicamente impactante, para que não seja apenas um aumento de custo a ser suportado pelo consumidor, mas de tamanha potência, que os agentes econômicos por ela tangidos passem a ocupar posição desprivilegiada nos mercados, justamente por não aderirem ao comportamento recomendado.

3 INCENTIVOS E DESONERAÇÕES FISCAIS: IMPACTOS FINANCEIROS

Inicialmente, esclareça-se que, para efeitos do presente trabalho, o termo incentivo fiscal não corresponderá a desoneração, haja vista que podem haver incentivos através da própria prorrogação do prazo de recolhimento do tributo, enquanto que desoneração corresponde a uma redução pecuniária, seja do valor absoluto do tributo ou da própria repercussão econômica na cadeia de circulação dos bens.

⁷ GRAU, Eros Roberto. *Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2012.



Analisando o modelo brasileiro de incentivos fiscais, a despeito da relativa liberdade governamental para instituir incentivos sob a forma de reduções de alíquotas de alguns tributos nos quais a própria Constituição optou por mitigar a aplicação da legalidade estrita, foi escolhida a legislação específica como meio de restrição ao exercício do poder fiscal, ainda mais quando se observa que tal instrumento pode, nas mãos erradas, transmutar-se em verdadeira arma, capaz de pulverizar economias estáveis.

Pode-se dizer, com razoável firmeza, que o Poder Central vem utilizando desse expediente, cada vez mais, para o fim de escapar das tormentas geradas pela crise mundial iniciada em 2008, no contexto da falha do sistema financeiro/imobiliário dos Estados Unidos.

Nesse contexto, tem sido implementadas diversas medidas de desoneração tributária, com o preciso escopo de provocar o (até pejorativo) “aquecimento da economia”, mantendo acelerado o processo de desenvolvimento nacional.

De seu turno, no contexto europeu, ao título de auxílios de Estado, os incentivos fiscais são importantes instrumentos de regulação econômica, mas naquele modelo são extremamente regulados e controlados, sem nenhum padrão de referência similar em qualquer outro ordenamento jurídico, devendo, necessariamente, prestar reverência ao Tratado de Roma, e mais do que associado a um tema fiscal, faz parte da política comunitária de controle da concorrência, visando a manutenção das liberdades de movimento de bens e capitais na Europa.⁸

Lá, diferente daqui, procura-se concatenar as diversificadas necessidades de cada país, pautado nas diferenças culturais e sociais e tendo em vista a adoção de modelo baseado na competição e eliminação dos monopólios⁹.

O que se constata é que há, no cenário brasileiro, um relativo menosprezo pelas restrições constitucionais que impõem limites ao uso dos incentivos fiscais, porquanto o dever de respeito ao pacto federativo, mais das vezes, é desrespeitado, como fruto do uso exacerbado e até eleitoreiro dos

⁸ SANTOS, António Carlos dos. *Auxílios de Estado e Fiscalidade*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 311.

⁹ CATÃO, Marcos André Vinhas; NORONHA, Antonio Henrique Pereira de. *Regramento e Distinções entre os Regimes de Ajuda de Estado (Europa), Incentivos (Brasil/Mercosul) e Subsídios (OMC). Desafios para integração Regional e para a Globalização*. In: *Direito Tributário e Ordem Econômica. Homenagem aos 60 anos da ABDF*. TORRES, Heleno Taveira (Coordenador). São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 446.



benefícios pecuniários a setores escolhidos.

Nesse contexto, a utilização exacerbada de incentivos fiscais pelos Estados ocasiona um ambiente de extrema concorrência tributária, que se convencionou chamar de “guerra fiscal, a qual põe em xeque não somente o princípio federativo, mas a própria eficiência do Estado.” (CATÃO, 2010, p. 452)

Outrossim, cabe destacar, ainda, que a adoção de políticas fiscais desoneradoras podem interferir em questões financeiras consideradas intangíveis pela Constituição, como os repasses obrigatórios das rendas a outros entes federativos, o que pode provocar desequilíbrio no pacto federativo, conforme se verá adiante.

Insta ponderar que os instrumentos previstos no nosso Sistema Tributário Nacional para o fim de orientar a economia não se restringem às isenções, reduções ou majorações de alíquotas, também cabendo destaque à opção do Constituinte Originário por fulminar na origem a possibilidade de tributação sobre pessoas ou atividades entendidas como promotoras do interesse da sociedade como um todo, por meio das imunidades, que também se constituem como normas indutoras.

Outrossim, o espectro de possibilidades redutoras por ato infralegal também se compõe da técnica da “alíquota zero”, que difere da isenção, porquanto esta somente pode ser estabelecida por lei, enquanto que a alíquota zero constitui-se como redução de alíquota por ato do Chefe do Poder Executivo, esquivando-se dos comandos contidos no art. 150, §6º¹⁰, da Constituição Federal, de acordo com as circunstâncias econômicas de dado momento, mas tem resultado equivalente, porque de toda forma, nulifica-se o montante a ser pago a título de exação tributária.

Em resumo, a despeito do semelhante resultado provocado por ambos os institutos – isenção e alíquota zero – a diferença entre eles reside no fato de que aquele é favor fiscal, estabelecido por lei, relativo à exclusão de pagamento de tributo devido, enquanto que no último sequer existe tributo devido, tendo em vista que o valor resultante da incidência tributária é nulo.¹¹

¹⁰ Art. 150. §6.º Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2.º, XII, g;

¹¹ ASSUNÇÃO, Matheus Carneiro. Incentivos fiscais em tempo de crise: Impactos econômicos e reflexos financeiros. Revista da PGFN, ano 1, número 1. Jan/Jun. 2011. p. 106.



Assim, ao passo em que a Constituição possibilita a flutuação de alíquotas de determinados tributos (II, IE, IPI e IOF) por Decreto do Poder Executivo Federal, a mando do disposto no art. 153, §1º (“É facultado ao Poder Executivo, atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas dos impostos enumerados nos incisos I, II, IV e V”), a Lei de Responsabilidade Fiscal, em seu art. 14, §3º, I, exclui as alterações das alíquotas dos mesmos tributos elencados no parágrafo primeiro do citado art. 153 do dever de demonstração pelo Chefe do Executivo de que a renúncia de receita foi devidamente considerada na estimativa de receita da lei orçamentária.

Destarte, pode-se enquadrar no gênero incentivo fiscal, não só aquele concedido a título de isenção, mas tanto o adiamento do prazo para pagamento (moratória), o perdão legal de infrações (anistia), a dispensa do pagamento de débitos tributários (remissão), a redução da alíquota e a técnica da alíquota zero, bem como a imunidade, prevista constitucionalmente, são exemplos de incentivos fiscais, constituídos em desonerações da repercussão tributária ou não, de modo que o Estado pode de tal instrumento indutor se utilizar para concretizar fins constitucionais, como redistribuição de renda, de terras, desenvolvimento sustentável, proteção de pequenos produtores, etc, os quais, por sua vez, são meios à concretização de um fim ainda maior, que justifica a adoção do próprio modelo de Estado regulador em contraposição à mão invisível, que é a busca pela igualdade material.¹²

Em vista da diversificada gama de meios estimuladores da economia, cinge-se o presente trabalho a analisar o impacto dos incentivos promovidos pelo poder executivo federal na esteira da obrigatoriedade de repasse de parte das verbas arrecadadas, conforme já dito alhures.

Nesse desiderato, supõe-se que o instrumento da tributação indutora deveria ser utilizado com o escopo de alcançar o verdadeiro fim a que se propõe, entretanto, as desonerações fiscais setorializadas recentes, ao fundamento de “aquecimento da economia”, passam a ter que lidar com uma realidade de, por um lado, consumismo exacerbado e aumento do endividamento interno, de outro, com o enfraquecimento das economias municipais, porquanto a redução dos valores repassados a título de Fundo de Participação dos Municípios tem resultado na redução dos investimentos em infraestrutura local e consequente mitigação do acesso a serviços e bens

¹² ASSUNÇÃO, Matheus Carneiro. Incentivos fiscais em tempo de crise: Impactos econômicos e reflexos financeiros. Revista da PGFN, ano 1, número 1. Jan/Jun. 2011. p. 107.



materiais pelas populações mais pobres, isso, obviamente, sem considerar os índices de corrupção, que, por óbvio, influem no rendimento pecuniário do Município.

Assim, longe de se pretender estabelecer uma posição político-partidária, mas analisar de forma técnica de que forma as desonerações implementadas pelo Poder Executivo poderiam alcançar o verdadeiro fim a que se propõem, deve-se ponderar, basicamente, que, por vezes, a utilização exacerbada de medidas desoneradoras, busca é a preservação do mercado e do modo de produção capitalista.

Desta forma, ao invés de proporcionar o fim maior do fito regulatório, qual seja, a busca do bem público, conforme nos faz crer a Escola do Interesse Público¹³, a política de desonerações implementada acaba por privilegiar, mais das vezes, um setor especializado da indústria, a pretexto de proteger o contribuinte-administrado, incorrendo na conclusão a que chega Richard Allen Posner, para quem “os interesses privados, ainda que não prevaleçam no início, acabam por sobrepujar os motivos de interesse público” (Apud SALOMÃO Filho, 2008, p. 28), o que deve ser coibido.

4 INDUÇÃO TRIBUTÁRIA PRÓ-ECONOMIA E MITIGAÇÃO DA ISONOMIA FEDERATIVA

Do que se deduz, até o momento, a despeito do escopo fundamental da tributação indutora, qual seja, de corrigir distorções mercadológicas, tendo por fim o cumprimento dos princípios constitucionais da ordem econômica, nos moldes utilizados pelo poder central atual, não vem a mesma se prestando a atender o fim buscado, face ao uso desmedido e sem aferição prévia dos impactos financeiros auferidos.

Nesse pórtico, eivado de ilegitimidade é o incentivo fiscal concedido sem o amparo de desígnios constitucionais, destinando-se a privilegiar pessoas ou situações específicas, em detrimento do princípio da igualdade, a despeito de refletir negativamente sobre os reais destinatários de toda e qualquer norma jurídica¹⁴.

¹³ SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação da Atividade Econômica. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 23.

¹⁴ ASSUNÇÃO, Matheus Carneiro. Incentivos fiscais em tempo de crise: Impactos econômicos e



Devem, portanto, ser analisados, para a sua utilização, os resultados alcançados ou, até melhor, os resultados que poderiam ser alcançados com as desonerações fiscais, realizando-se estudo interdisciplinar extenso, hábil a medir os reais impactos econômicos e financeiros de dadas medidas, mesmo porque, a “olhos nus”, uma norma que prevê um incentivo fiscal pode ser diretamente desonerador, mas, em suas profundezas, possuir aspectos problemáticos do ponto de vista dos reflexos que gera.

Para ser mais claro, podemos citar o caso da redução do IPI para a linha branca de eletrodomésticos, que, amplamente divulgada, alcançou eficácia social, alavancou o consumo em todo o país, mas provocou, pela via transversa, a diminuição do repasse obrigatório dos fundos de participação dos Municípios, restando ao analista financeiro se questionar se valeria mesmo a pena mitigar ou correr o risco de violar a federação em prol de uma medida imediatista de “aquecimento da economia”.

Doutra banda, não se deve compreender a presente reflexão como uma tentativa de esvaziar completamente o conteúdo ou intenção governamental de equilibrar as forças de mercado, mas de difundir um aprofundamento teórico crítico sobre os reais parâmetros de utilização de tal instrumento.

Ademais disso, também se denota que, mais das vezes, as desonerações implementadas pelo governo passam a ser tratadas como verdadeiro direito de aumentar a margem de lucro pelos agentes econômicos, porquanto muitos deles admitem, sem pestanejar, que não repassarão para a ponta da cadeia, isto é, para os consumidores, eventuais benefícios conseguidos, consoante se verifica das diversas reportagens jornalísticas elaboradas à época da desoneração da cesta básica, implementada em março do corrente ano, dentre elas a do veículo “Valor Econômico”, que relata o fato de a Presidenta da República ter que, efetivamente, persuadir os empresários do setor de alimentos para que repassassem o benefício ao consumidor.¹⁵

Luis Eduardo Schoueri ressalta, de sua vez, que, em verdade, seriam intoleráveis os benefícios fiscais que, uma vez não fiscalizados seus resultados,

reflexos financeiros. Revista da PGFN, ano 1, número 1. Jan/Jun. 2011. p. 108.

¹⁵ Informação extraída do texto jornalístico intitulado “Repasse da desoneração da cesta acontecerá por persuasão – Diz Dilma” publicado no sítio eletrônico do veículo “Valor Econômico, em 15/03/2013. In: <http://www.valor.com.br/brasil/3047270/repasse-da-desoneracao-da-cesta-acontecera-por-persuasao-diz-dilma>



se estendem excessivamente no tempo, ou servem à concentração de renda ou proteção de grupos economicamente mais fortes, em detrimento da maioria da população, à qual são transferidos seus altos custos sociais.¹⁶

Ora, de todo modo, o custo da tributação indutora será pago, de alguma forma, pela própria sociedade, entretanto, o que não se quer é que o peso venha a pender justamente sobre a parcela que detém a menor capacidade contributiva, vez que esta já sofre com a demasiada tributação indireta e desigual, que, a despeito de incidir sobre todos os contribuintes de fato em números iguais, incide em patente violação à igualdade material.

Em suma, deve ser rechaçada a tributação indutora desoneradora que, sem ter sido bem pensada e estudada, acaba por agravar ainda mais a situação dos que não podem e não deveriam arcar com os custos de manutenção do Estado-sociedade. E essa falta de aferição prévia acaba refletindo no mínimo existencial, tão intangível pela doutrina tributária, e termina por incorrer em espécie de confisco da parcela não tributável por essencial à subsistência, violando, por óbvio o princípio constitucional do não-confisco.

Ao que se vê, o sistema tributário de desonerações não vem alcançando a eficiência esperada, do ponto de vista da isonomia federativa e outros direitos fundamentais, a despeito de chegar a alcançar alguma eficiência no que concerne ao prefalado “aquecimento da economia”, a exemplo dos casos de benefícios estendidos a setores especializados da indústria, como no caso da redução do IPI dos automóveis e eletrodomésticos da linha branca, tendo por fim o estímulo dos costumes de consumo influenciados pelos costumes das economias desenvolvidas¹⁷, mas não pautado na busca da equidade ou justiça social.

Por isso é que não se pode mais, em dias de hoje, apartar o Direito da Economia, mormente o Direito Tributário Indutor, tendo em vista que é com base na metodologia da ciência econômica, pautada no estudo das escolhas individuais e sociais que se consegue projetar um sistema eficiente de tributação estimuladora de condutas. Sem esse estudo, corre-se o risco de sempre ter que se fazer valer da persuasão dos agentes, como no citado caso da desoneração da cesta básica, em que importaria muito mais a simpatia da

¹⁶ SCHOUERI, Luís Eduardo. Normas Tributárias Indutoras e Intervenção Econômica. São Paulo: Forense Jurídica, 2005. p. 90.

¹⁷ FURTADO, Celso. Em Busca de Novo Modelo. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2002.



Presidenta no trato da questão do que o instrumento indutor que ela teria para oferecer.

A adequação do instrumento à finalidade pretendida deve ser compreendida como fim primordial da análise econômica, e, uma vez se constatando a desproporção entre as alíquotas aplicadas, ou a própria irrelevância de uma redução tributária face ao comportamento desejado, o meio deve ser repensado e substituído por um mais eficiente, pois, caso permaneça no sistema, poderá se tornar até mais prejudicial do que benéfico em vista do escopo fundamental da Constituição.

No que pertine, especificamente, ao meio encontrado pelo governo federal para contornar a crise mundial dos últimos anos (2008/2011), como redução dos tributos IPI, IOF e IE, a despeito de se pretender refletir sobre seu impacto social, não se pode deixar de aplaudir o retorno colhido, tendo em vista a demonstração concreta do crescimento econômico, quando o que se esperaria diante do colapso que assolava os demais países seria, se não uma recessão, ao menos estagnação.

Através de números obtidos no Sítio Eletrônico do IBGE, percebe-se que o Produto Interno Bruto do ano de 2010, no auge da implementação de políticas econômicas de desoneração, obteve um acréscimo percentual de 7,5%, demonstrando a “eficiência econômica” das medidas implementadas, porquanto refletiu o maior crescimento nos 24 anos anteriores, o que não fora observado, entretanto, aos anos de 2011 e 2012, tendo sido este último, inclusive, o de menor crescimento do PIB nos últimos anos, apenas 0,9%¹⁸.

Contudo, tais medidas, tomadas como eficientes naquele momento, do ponto de vista econômico, tiveram impacto negativo no sistema federativo de distribuição de receitas, porquanto foram reduzidos os repasses obrigatórios em vista da redução na arrecadação. Levanto em conta, assim, a necessidade de garantia de recursos financeiros à população dos Municípios, foi editada a Lei n.º 12.058/2009, que previu a prestação de apoio financeiro da União para os Municípios, quanto aos valores que deixaram de ser repassados a título de FPM por força da tributação desoneradora do que se denota que esta teria

¹⁸ Informações obtidas no site do IBGE: www.ibge.com.br, em confronto com matérias jornalísticas intituladas “PIB do Brasil cresce 7,5% em 2010 e tem maior alta em 24 anos” e “PIB do País fecha 2012 com crescimento de 0,9%, o menor em 3 anos” encontradas nos sítios eletrônicos do Estadão www.estadao.com.br, bem como no Portal Brasil, com matéria “PIB cresce 7,5% em 2010”, in: <http://www.brasil.gov.br/noticias/arquivos/2011/03/03/pib-cresce-7-5-em-2010>



sido prejudicial à boa saúde do sistema federado fiscal, tendo-se valido de apoio financeiro para estancar a ferida aberta pelo não repasse das verbas obrigatórias.

Saliente-se, outrossim, que em nosso sistema o ordenamento constitucional voltado para a distribuição de rendas tem por base o postulado do federalismo cooperativo, com o fito de encerrar um modelo dantes pautado na sobrecarga de receitas a um ente (União) em detrimento de outros, como ocorria com as Constituições anteriores à de 1988, ao mesmo passo em que detinha a menor parcela das competências administrativas delineadas pela Constituição.

Isso se dá porque quando um cidadão possui um problema de falta de saúde, educação ou segurança, atributos essenciais à sua existência, recorrerá, mais das vezes ao Município e ao Estado, quase nunca invocando a União como “dona do problema”.

Nesse aspecto, é de se destacar que a nossa Constituição consagrou um entrelaçamento de competências e atribuições dos diferentes níveis governamentais caracterizado por uma repartição vertical e horizontal de competências, aliado à partilha dos recursos financeiros¹⁹, podendo ocorrer hipótese de à pessoa competente não pertencer o produto da arrecadação de tributo próprio, face ao fato de que entes estatais podem ser beneficiários de rendas, relativas a tributos de alheia competência²⁰.

Essa adiantada conclusão que ora se entabula, a de que a política de desonerações não vem respeitando o federalismo fiscal instaurado pela Constituição de 1988, está refletida no veto presidencial à recente tentativa de limitar o uso das exações tributárias a pretexto de “aquecer a economia”, com a edição da Lei Complementar n.º 143, de 17 de julho de 2013, que previa em seu art. 5º que as eventuais desonerações concedidas pelo Governo Federal incidiriam apenas na cota de arrecadação destinada à União, não sendo consideradas para efeito de repasse do FPE e do FPM.

Diante de tal norma, o veto presidencial²¹ se deu sob o argumento de

¹⁹ LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Pressupostos materiais e formais da Intervenção Federal no Brasil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 20-21.

²⁰ BALEEIRO, Aliomar. Direito Tributário Brasileiro. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 586-588.

²¹ "O dispositivo viola os artigos 157, 158 e 159 da Constituição Federal, que destinam o produto da arrecadação dos impostos da União sobre renda e proventos de qualquer natureza e sobre produtos industrializados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios. Assim,



que o dispositivo violaria frontalmente os artigos 157, 158 e 159 da Constituição Federal, bem como contraria o interesse público, por limitar o escopo de política econômica característico das desonerações, especialmente no que tange ao caráter extrafiscal do IPI.

Discussão semelhante à que se inaugura com o mencionado veto presidencial já fora levada a julgamento pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, quando da análise do Recurso Extraordinário n.º 572.769-9, no ano de 2008, julgado com Repercussão Geral, sob a relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, resultando daquela sessão judicial um dos debates jurídicos mais coesos que já se viu, com uma conclusão devidamente alicerçada pelos pilares constitucionais.

No referido debate tratou-se de discussão atinente a benefício fiscal concedido por ente estatal em relação ao ICMS com referência à receita que obrigatoriamente deveria ser repassada aos Municípios por força do art. 158, IV,²² da Constituição Federal, concluindo-se que o Estado somente poderia se utilizar do instrumento indutor desde que não fosse afetado o repasse previsto na Constituição.

A bem de se ver que tal solução se amolda à finalidade pretendida pela norma, porquanto o incentivo fiscal deve e pode ser usado para estimular comportamentos orientados a um fim pretendido por dado ente federativo, não se justificando, entretanto, o uso da “cortesia com o chapéu alheio”, como bem ponderou o Ministro Lewandowski em meio ao debate travado para julgamento da questão ora posta²³; tanto é assim que exsurge inaceitável que a incolumidade de tais rendas seja comprometida²⁴.

Das considerações desenvolvidas até então, é de se concluir, na esteira do grafado pelo citado Ministro Lewandowski, que para que a autonomia política concedida pelo constituinte aos entes federados seja real,

a desconsideração de eventuais desonerações do cálculo deste produto é inconstitucional. Além disso, a proposta contraria o interesse público, uma vez que limita o escopo de política econômica característico das desonerações, especialmente no que tange ao caráter extrafiscal do imposto sobre produtos industrializados” (Razões do Veto ao art. 5º da Lei Complementar n.º 143, de 17/07/2013).

²² Art. 158 - Pertencem aos Municípios: (...) IV - vinte e cinco por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação.

²³ Vide notas taquigráficas do RE 572.769-9.

²⁴ LOBO, Rogério Leite Lobo. *Federalismo Fiscal Brasileiro: discriminação das rendas tributárias e centralidade normativa*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006. p. 162.



merece ser preservada a sua autonomia financeira, não se admitindo qualquer condicionamento arbitrário por parte do ente responsável pelos repasses de receitas tributárias a que aqueles fazem jus.²⁵

Tanto isso é verdade que, na esteira do raciocínio do Ministro Carlos Ayres Brito, também expressado perante o debate alhures mencionado, a verba é tão pertencente aos Municípios que a própria Constituição os protege com a intervenção federal, consoante o art. 34, V, "b", caso ela deixe de ser entregue pelos Estados, do que se denota que tal interpretação também se deve dar no que tange aos incentivos efetivados pela União, a bem de se ver que inexistente intervenção de outro ente sobre essa sob pena de afronta à sua soberania, cabendo, entretanto, interferência de outros poderes para o fito de preservar o pacto federativo.

Também por força do disposto no art. 160²⁶, da Constituição, deve-se atribuir ao detentor do poder executivo federal o dever de observância aos repasses obrigatórios, analisando profundamente os impactos financeiros de suas medidas, levando sempre em conta que a federação não suporta os dismantelos de um modelo imediatista que, embora feche as amarras de um lado deixe esvair por outro os pilares centrais de uma sociedade justa e igualitária.

5 CONCLUSÕES

Na esteira do esposado, para a preservação do postulado da isonomia federativa, mister a análise aprofundada tanto das causas como das consequências que a política econômica de incentivos fiscais pode ocasionar, de modo que ainda que a tributação indutora seja considerada como efetivo instrumento de orientação de condutas para um fim constitucional, no momento presente, não é o que vem se observando do ponto de vista da igualdade material, a despeito do alcance de uma relativa eficiência econômica.

Em suma, percebe-se que o uso exacerbado e desmedido das desonerações tributárias é prejudicial ao pacto federativo, porquanto reduz

²⁵ Voto do Ministro Ricardo Lewandowski na relatoria do RE 572.762-9, julgado pelo STF.

²⁶ Art. 160. É vedada a retenção ou qualquer restrição à entrega e ao emprego dos recursos atribuídos, nesta seção, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, neles compreendidos adicionais e acréscimos relativos a impostos.



exaustivamente a parcela de repasses obrigatórios aos entes que detêm, doutra banda, a menor parcela de competências tributárias, enfraquecendo o escopo maior da intervenção do Estado na economia, mormente porque a tributação com finalidade regulatória, busca, a todo custo, a proteção do bem público.

À guisa de conclusão, em sendo observado descompasso entre o uso do instrumento constitucionalmente posto à disposição do Poder Executivo Federal, localizado no âmbito da tributação indutora, e a distribuição de recursos financeiros com os demais entes federados, deverá o mesmo poder central efetivar medidas compensatórias no fito de cumprir com os ditames constitucionais consagrados.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **O Princípio da Isonomia em Matéria Tributária**. In: Teoria Geral da Obrigação Tributária – estudos em homenagem ao Professor José Souto Maior Borges. Coordenador: Heleno Taveira Tôrres. São Paulo: Malheiros, 2006.

ASSUNÇÃO, Matheus Carneiro. **Incentivos fiscais em tempo de crise**: Impactos econômicos e reflexos financeiros. Revista da PGFN, ano 1, número 1. Jan/Jun. 2011.

BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BARBERA, Robert J. **The Cost of Capitalism**. United States of America: The McGraw-Hill Companies, 2009.

BORGES, José Souto Maior. **Teoria Geral da Isenção Tributária**. 3ª.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CALIENDO, Paulo. **Direito Tributário e Análise Econômica do Direito**: uma



visão crítica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

CARRAZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

CARVALHO, Cristiano. **A Teoria da Decisão Tributária**. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **A Análise Econômica da Tributação**. In: TIMM, Luciano Benetti (Org). Direito e Economia no Brasil. São Paulo: Atlas, 2012.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2012.

CATÃO, Marcos André Vinas; NORONHA, Antonio Henrique Pereira de. **Regramento e Distinções entre os Regimes de Ajuda de Estado (Europa), Incentivos (Brasil/Mercosul) e Subsídios (OMC)**. Desafios para integração Regional e para a Globalização. In: Direito Tributário e Ordem Econômica. Homenagem aos 60 anos da ABDF. TORRES, Heleno Taveira (Coordenador). São Paulo: Quartier Latin, 2010.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and Economics**. 4ª ed. The Addison-Wesley series in economics, 2004.

ELALI, André de Souza Dantas. **Tributação e regulação econômica**: um exame da tributação como instrumento de regulação econômica na busca da redução das desigualdades regionais. São Paulo: MP Editora, 2007.

FALLA, Fernando Garrido. **Tratado de Derecho Administrativo**. v. II. Madri: Editorial Tecnos, 1982.



FRANÇA, Vladimir da Rocha; CABRAL, Indhira de Almeida. **A Utilização de normas tributárias indutoras para a concretização do Princípio Constitucional da Redução das Desigualdades Sociais e Regionais.** In: Regulação Econômica e Proteção dos Direitos Humanos: Um enfoque sob a ótica do Direito Econômico. FRANÇA, Vladimir da Rocha; MENDONÇA, Fabiano André de Souza; XAVIER, Yanko Marcius de Alencar (Organizadores). Fortaleza: Konrad Adenauer, 2008.

FURTADO, Celso. **Em Busca de Novo Modelo.** São Paulo: Editora Paz e Terra, 2002.

GRAU, Eros Roberto. **Ordem Econômica na Constituição de 1988.** São Paulo: Malheiros, 2012.

GRUPENMACHER, Betina Treiger. **Justiça fiscal e mínimo existencial.** In: Princípios de Direito Tributário. Heleno Taveira Tôres (coord). Ed.Renovar: São Paulo 2006.

HAYEK, Friedrich. **Reexaminando a Taxação Progressiva.** In: FERRAZ, Roberto. Princípios e Limites da Tributação. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **Pressupostos materiais e formais da Intervenção Federal no Brasil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

LOBO, Rogério Leite. **Federalismo Fiscal Brasileiro:** discriminação das rendas tributárias e centralidade normativa. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006.

MONCADA, Luís Cabral de. **Direito Econômico.** Coimbra: Almedina, 2012.

NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos.** Coimbra:



Almedina, 2009.

PRADO, Sérgio. **A questão fiscal na Federação Brasileira**; diagnósticos e alternativas. Brasília, DF: CEPAL – Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe, Escritório no Brasil, 2007.

PROSSER, Tony. **The limits of competition law**. Oxford: Oxford University Press. 2005.

ROTHMAN, Gerd Willi. **A Guerra Fiscal dos Estados na (Des) Ordem Tributária e Econômica da Federação**. In: Direito Tributário e Ordem Econômica. Homenagem aos 60 anos da ABDF. TORRES, Heleno Taveira (Coordenador). São Paulo: Quartier Latin, 2010.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da Atividade Econômica**. São Paulo: Malheiros, 2008.

SANTOS, António Carlos dos. **Auxílios de Estado e Fiscalidade**. Coimbra: Almedina, 2005.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Normas Tributárias Indutoras e Intervenção Econômica**. São Paulo: Forense Jurídica, 2005.

_____. **Tributação e indução econômica**: os efeitos econômicos de um tributo como critério para sua constitucionalidade. In: Roberto Ferraz. (Org.). **Princípios e Limites da Tributação 2 - Os princípios da ordem econômica e a tributação**. Vol. II. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2011.



SZTAJN, Rachel. **Law and economics**. In: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. *Direito e Economia: análise econômica do direito e das organizações*. 2ª Tiragem. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

TIMM, Luciano Benetti (Org). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012.

TORRES, Heleno Taveira (coord.). **Direito Tributário e Ordem Econômica: Homenagem aos 60 anos da ABDF**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

ABSTRACT

The present study search to analyze the financial impact of the tax reliefs, made by the Federal Executive, in the federative pact, considering that the representatives of the Central Power come up using, most often, such this instrument of economic policy with the aim of minimizing the consequences of the economic-financial crisis world. The paper aims also to establish constitutional parameters of application of such incentives, demonstrating how the current implementation methods of induction tax are inefficient from the point of view of the taxpayer in fact, for contributing to the weakening of federal equality, especially because have been constantly implemented tax exemptions that disrespect the transfers required to other federal entities.

Palavras-chave: Regulation. Inducing taxation. Tax Relief. Federative pact.



Regras de Publicação para a Próxima Edição

Todas as normas que regem a publicação de artigos na trigésima quinta edição da Revista Jurídica In Verbis encontram-se disponíveis para download no site oficial do periódico – www.inverbis.com.br -, na seção “Normas”. As referidas normas consistem em Edital e Guia de Normas, este anexo àquele. Na supradita seção, há também um artigo modelo elaborado, a convite, pelo Professor Igor Alexandre Felipe de Macêdo.

