



Esmese
ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DE SERGIPE

REVISTA DA ESMESE

Revista da ESMESE, nº 07. 2004

©REVISTA DA ESMESE

Conselho Editorial e Científico

Presidente: Juiz José Anselmo de Oliveira

Membros: Juiz Netônio Bezerra Machado

Juiz João Hora Neto

Juiz Cezário Siqueira Neto

José Ronaldson Sousa

Coordenação Técnica e Editorial: Angelo Ernesto Ehl Barbosa

Revisão: José Ronaldson Sousa

Editoração Eletrônica: José Mateus Correia Silva

Capa: Juan Carlos Reinaldo Ferreira

Tiragem: 500 exemplares

Impressão: Gráfica Editora J. Andrade Ltda.

Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe
Escola Superior da Magistratura de Sergipe
Centro Administrativo Governador Albano Franco
Rua Pacatuba, nº 55, 7º andar - Centro
CEP 49010-150- Aracaju – Sergipe
Tel. 214-0115 Fax: (079) 214-0125
[http: www.esmese.com.br](http://www.esmese.com.br)
e-mail: esmese@tj.se.gov.br

R454 Revista da Esmese.
Aracaju: ESMESE/TJ, n. 7, 2004.

Semestral

1. Direito - Periódico. I. Título.

CDU:
34(813.7)(05)



ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DE SERGIPE

COMPOSIÇÃO

Diretora

Desembargadora Clara Leite de Rezende

Presidente do Conselho Administrativo e Pedagógico

Desembargador Roberto Eugênio da Fonseca Porto

Subdiretores de Curso

Angelo Ernesto Ehl Barbosa

Luciana Rocha Melo

Subdiretora de Administração

Ana Patrícia Souza

SUMÁRIO

Sumário

APRESENTAÇÃO	11
DOCTRINA	13
SUPERAÇÃO DAS ANTINOMIAS PELO DIÁLOGO DAS FONTES: O MODELO BRASILEIRO DE COEXISTÊNCIA ENTRE O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E O CÓDIGO CIVIL DE 2002 Cláudia Lima Marques	15
PEQUENOS DELITOS, GRANDES OFENSAS: O IMAGINÁRIO JURÍDICO DA CONCILIAÇÃO NO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL E A QUESTÃO DE GÊNERO Míriam Coutinho de Faria Alves	55
DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA – APLICABILIDADE NO DIREITO BRASILEIRO E REVISÃO DA DOGMÁTICA PENAL DOMINANTE Eduardo Botão Pelella	79
A LEI FEDERAL Nº 10.628/02 E O FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO Carlos Augusto Alcântara Machado	95
A TUTELA PROCESSUAL NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA E O PRINCÍPIO CONSTITUCIONALIZADO DA PROTEÇÃO NACIONAL DO CONSUMIDOR Pedro Dias de Araújo Júnior	111
ESTATUTO DO IDOSO: INOVAÇÕES NA SEARA PENAL E PROCES- SUAL PENAL Joelma Safira de Menezes Reis	147
A TÓPICA NEOARISTOTÉLICA DE THEODOR VIEHWEG - UMA ANÁLISE CRÍTICA DE MANUEL ATIENZA André Luiz Vinhas da Cruz	159

A RESPONSABILIZAÇÃO DO FORNECEDOR PELO FATO DO PRODUTO NO CDC Alberto Figueiredo Neto	181
INTERRUPÇÃO DA PRESCRIÇÃO: REFLEXOS DO NOVO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO SOBRE O SISTEMA PROCESSUAL Sandra Angélica Pereira Santiago	245
A PENA DE PRISÃO NO BRASIL. UMA ANÁLISE À LUZ DA SOCIOLOGIA DO DIREITO DE ERVING GOFFMAN Paulo Macedo	257
A BUSCA DA EFETIVIDADE DA CONSTITUIÇÃO ATRAVÉS DO MANDADO DE INJUNÇÃO Anneclay de Souza França Araújo	269
A DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA NO ÂMBITO DOS DIREITOS DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES Luciana Rocha Melo	283
DE PERNAS PARA O AR: MUDANÇA DE PARADIGMA POR UM MUNDO MAIS IGUALITÁRIO Daniela Carvalho Almeida da Costa	293
O REALISMO JURÍDICO Fabio Túlio Correia Ribeiro e Henrique Costa Cavalcante	301
A LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL E A CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS E INCENTIVOS FISCAIS Conceição Maria Gomes Ehl Barbosa	323
A APLICABILIDADE DA LEI FEDERAL 10.259/2001 ÀS INFRAÇÕES PENAIAS DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO NO ÂMBITO DA JUSTIÇA ESTADUAL Raphael Costa Mota	337
DESPERSONALIZAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA NO PROCEDIMENTO DE EXECUÇÃO FISCAL Ângelo Ernesto Ehl Barbosa	345

APRESENTAÇÃO

A força interior em efervescência nos corações dos artífices desta revista faz ecoar em nossas memórias o grito do mestre Afonso Domingues, pronunciado há tantos séculos, quando Dom Manuel, então rei de Portugal, duvidava da segurança da monumental abóbada construída pelo mestre da arquitetura e este, entre irado e confiante na eficiência e segurança do seu trabalho, bradava: “Majestade: a abóbada não caiu. A abóbada não cairá.”

Sem a grandeza do mestre Afonso Domingues, sem a beleza da sua arte, mas alimentados da sua mesma confiança, parodiando-o, podemos dizer: a *Revista da Esmese* não morreu. Ela não morrerá.

A princípio, ela surgiu e circulou como resposta a um desafio lançado e aceito por uns poucos ante o olhar incrédulo de alguns, o desestímulo de outros e a indiferença de tantos.

Mas, assim mesmo, e talvez até por isso mesmo, circularam o primeiro número da revista e os seguintes, ininterruptamente.

Os utopistas –o que quase sempre ocorre– certificaram-se de que o sonho, como todo desejo perseguido com saudável obstinação, competência e otimismo, tende a virar realidade; os incrédulos encontraram mais motivos para acreditar no êxito dos projetos trabalhados com amor; os indiferentes deixaram-se envolver por essa aura benfazeja de auspiciosa vontade de saber, de crescente desejo de evoluir nas diversas esferas do conhecimento humano, de contribuir para este fenômeno como a parcela do seu imanente potencial de inteligência e criatividade, fazendo circular o saber humano em permanente aperfeiçoamento, propiciando a todos a apropriação desse bem que não deve ser monopólio de um ou de alguns, mas faculdade universal, direito de todos, para o bem da humanidade.

Guardadas as devidas proporções, esta revista vem cumprindo, a cada número publicado, seu papel de fórum de debates das diversas

correntes jurídicas que vão surgindo, como nunca, nesta fase do pós-positivismo e do construtivismo jurídico.

É como que uma semente lançada pela Escola da Magistratura Sergipana, mirando a formação de um ambiente acadêmico que se transforme na arena onde os grandes temas jurídicos da contemporaneidade e do porvir sejam discutidos sob uma perspectiva epistemológica e sob uma ética deontológica cimentadas pela consciência de que só numa democracia verdadeiramente participativa, dotada de instituições fortes e de agentes capazes e imbuídos do seu papel no contexto das relevantíssimas questões nacionais, operar-se-ão as grandes transformações indispensáveis ao desenvolvimento nacional em seus diversos quadrantes.

A Revista da Esmese está e estará, por tudo isso, por essa interação estabelecida e consolidada no meio jurídico, cada vez mais viva e atuante.

Netônio Bezerra Machado

Juiz de Direito

DOCTRINA

SUPERAÇÃO DAS ANTINOMIAS PELO DIÁLOGO DAS FONTES: O MODELO BRASILEIRO DE COEXISTÊNCIA ENTRE O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E O CÓDIGO CIVIL DE 2002¹

Cláudia Lima Marques, Professora Titular da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. Doutora em Direito pela Universidade de Heidelberg, Alemanha. Mestre em Direito pela Universidade de Tübingen, Alemanha. Especialista em Direito Europeu pela Universidade do Sarre, Alemanha. Coordenadora do PPGDir./UFRGS (2000-2004). Ex-Presidente do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor-BRASILCON. Diretora da *Association Internationale de Droit de la Consommation*, Bruxelas (2003-2005)

INTRODUÇÃO

Neste VII Congresso Nacional de Direito do Consumidor, organizado pelo Brasilcon, gostaria de trazer aos colegas um alerta e duas reflexões. Com a entrada em vigor em 2003, de um Código Civil central, que unifica as obrigações civis e empresariais, as relações privadas

¹ Trabalho publicado in Revista de Direito do Consumidor (RT, São Paulo), vol. 51, jul.-set. 2004, p. 34-67, palestra com o título de “Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil : superação das antinomias pelo diálogo das fontes”, apresentada em Ouro Preto, durante o VII Congresso Nacional de Direito do Consumidor/Brasilcon, IV Encontro Nacional do Ministério Público do Consumidor e IV Congresso Mineiro de Direito do Consumidor, intitulados “Regulação e a proteção ao consumidor: o direito a ser ouvido”, organizados pelo Brasilcon e MPCCon, com apoio do DPDC/MJ e UFPO. Este texto aprofunda idéias apresentadas no artigo “Diálogo das fontes no combate às cláusulas abusivas”, publicado na Revista de Direito do Consumidor, vol. 45, p. 71 a 99 e consolidadas no meu livro ‘Comentários ao Código de Defesa do Consumidor- Art. 1 a 74 –Aspectos materiais’, São Paulo: RT, 2004, em conjunto com Antônio Herman Benjamin e Bruno Miragem, no capítulo inicial e nos comentários aos Artigos 1 a 51, p. 24 a 730, de minha lavra. A autora agradece à Antônio Herman Benjamin, não só por disponibilizar seus excelentes comentários ao Art. 429 do CC em relação ao Art. 35 do CDC, como pelas frutíferas discussões sobre o tema.

entre 'iguais', sem, porém, regular as relações mistas entre consumidores e fornecedores (as relações entre diferentes), opta o Brasil por criar um Direito Privado *sui generis*, diferente do existente nos países principais do Direito Comparado romano-germânico, seja a sempre citada Itália, a Alemanha ou a França. Conhecer e dominar este 'modelo brasileiro' de regular de forma especial a relação entre consumidor e fornecedor² é a primeira e necessária reflexão, desde sua origem constitucional (Art. 48 dos ADCT/CF1988) até a precisão quanto aos elementos que definem o campo de aplicação subjetivo e material do CDC e do CC/2002 (Parte I).

A segunda reflexão, que gostaria de aqui trazer, é um conseqüente aprofundamento da teoria de meu mestre alemão Erik Jayme sobre o atual 'diálogo das fontes' (Parte II). Na pluralidade de leis ou fontes,³ existentes ou coexistentes no mesmo ordenamento jurídico, ao mesmo tempo, que possuem campos de aplicação ora coincidentes ora não coincidentes, os critérios tradicionais da solução dos conflitos de leis no tempo (*Direito Intertemporal*)⁴ encontram seus limites. Isto ocorre porque pressupõe a retirada de uma das leis (a anterior, a geral e a de hierarquia inferior) do sistema, daí propor Erik Jayme o caminho do 'diálogo das fontes', para a superação das eventuais antinomias aparentes existentes entre o CDC e o CC/2002.

Já quanto ao alerta, destaque-se que vivemos hoje um momento chave para a evolução do Direito e da Justiça no Brasil. O Brasilcon, Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor, foi criado pelos autores do Anteprojeto de Código de Defesa do Consumidor, em 1991, para assegurar que a defesa do consumidor não fosse apenas uma bela lei (*law in the books*), mas alcançasse efetividade e mudasse a realidade do mercado brasileiro (*law in action*). Isto efetivamente

² Veja sobre antinomias, BOBBIO, Norberto, „Des critères pour résoudre les antinomies“, in PERELMAN, CH. (Coord.), *Les antinomies en Droit*, Bruxelles, Ed. Bruylant, 1965, p. 255 e seg.

³ Veja a favor do pluralismo jurídico a bela análise de BELLEY, Jean-Guy, “Le pluralisme juridique comme doctrine de la science du droit”, in *Pour un Droit Pluriel-Études offertes au professeur Jean-François Perrin*, Helbing & Lichtenhahn, Genbra, 2002, p. 135 e seg. No Brasil, veja Fachin, Luiz Edson, Transformações do direito civil brasileiro contemporâneo, in *Diálogos sobre Direito Civil-Construindo a Racionalidade Contemporânea*, Org.. Carmen Lucia Ramos, Gustavo Tepedino et alii, Renovar, Rio de Janeiro, 2002, p. 43.

⁴ Veja, por todos, Wilson de Souza, *Direito Intertemporal*, Rio, Forense, 1980, p. 187.

aconteceu e o CDC transformou-se em lei ou setor de excelência no sistema de nosso abalado direito privado. A tarefa realizada com sucesso por estes pioneiros da defesa do consumidor, a quem homenageio na pessoa de Adalberto Pasqualotto, atual presidente do Brasilcon, renova-se agora com a entrada em vigor do Código Civil (Lei 10.406/2002).

No Brasil de hoje, a construção de um Direito Privado com função social, proposta por Jhering e Gierke, e o futuro da Justiça para os mais fracos nos tribunais brasileiros está a depender do grau de domínio, que os aplicadores da lei conseguirem alcançar neste momento, sobre o sistema de coexistência do Direito do Consumidor, presente no CDC, e do Direito Civil e Direito Comercial das Obrigações, presente no CC/2002. A tarefa de especialização e de excelência no uso das normas de direito do consumidor renova-se.

Quem, neste momento, for ingênuo e seguir as primeiras visões do CC/2002 repetindo os preceitos do Direito Civil dos iguais do século XIX ou do CC1916, contribuirá para o fim do Direito Comercial e para um esvaziamento inconstitucional do Direito do Consumidor. Quem for ingênuo e seguir os modelos eruditamente colocados como definitivos de direito comparado, sem um distanciamento crítico e rigor científico, transformará o Código Civil em centro não só do Direito Privado, mas do direito econômico, desconstruindo as conquistas de tratamento diferenciado do Direito Comercial e da sociedade de consumo de massas no mercado brasileiro. A hora é de especialização e rigor, de atenção e estudo, pois a reconstrução do direito privado brasileiro identificou 3 sujeitos: o civil, o empresário e o consumidor, mesmo se os princípios do CC/2002 e CDC são - em geral - os mesmos! Vejamos.

I - OS TRÊS MODELOS DE COEXISTÊNCIA DO DIREITO DO CONSUMIDOR E DO CÓDIGO CIVIL NOS PAÍSES DA FAMÍLIA ROMANO-GERMÂNICA

Natalino Irti, na primeira edição de 1979 de seu famoso livro, *L'età della decodificazione*, perguntava-se “como salvar o Código Civil”.⁵ Respondia que, na década de 70, em um mundo de insegurança, da

⁵ Reprodução in IRTI, Natalino. *L'età della decodificazione*. 4.ed., Milão: Giuffrè, 1999, p. 42.

fuga do Código Civil através da descodificação em microssistemas, o Código Civil italiano teria apenas uma função residual e de ‘centro’ do Direito Privado (*il policentrismo e la funzione residuale del codice civile*).⁶ Já no prefácio da quarta edição de 1999 do mesmo livro, intitulada “descodificação, vinte anos após” concluiu o autor italiano que o método dos microssistemas, apropriando-se da tradição civilística, não reduzia a racionalidade sistêmica do Direito Privado italiano, apesar da multiplicação das leis especiais.⁷ Novas influências criativas viriam da própria pluralidade de mercados, dos espaços econômicos (integrados, no caso da Europa) e seus atores econômicos (fornecedores e consumidores).⁸

Certo é que devemos considerar a importante diferença⁹ do ‘valor político’ do *Codice Civile* Italiano de 1942, que é uma lei identificada com a identidade cultural italiana e que se manteve íntegra e adaptada, apesar das constantes crises constitucionais e políticas na Itália,¹⁰ e o eventual reduzido ‘valor político’ do Código Civil de 2002,¹¹ projetado durante a ditadura militar brasileira,¹² frente à força normativa da

⁶ IRTI, *L'età della decodificazione*, p. 44 e 45.

⁷ IRTI, *L'età della decodificazione*, p. 6 a 8. No original, p. 7 e 8: “*La divisa, di sapore jberinghiniano, con la quale si chiude il libro, ‘attraverso il codice civile, ma oltre e al di là del codice civile’, sta a indicare che il metodo dei micro-sistemi, appropriandosi della tradizione civilistica, non riduce la razionalità sistematica, ma cura di allargarla ed espanderla ai territori delle leggi speciali.*”

⁸ IRTI, *L'età della decodificazione*, p. 10 e 11.

⁹ Assim ensina JAYME, Erik, *Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado*, in Revista dos Tribunais (São Paulo), nr. 759, p. 25: “*A minha Tese principal é a seguinte: O direito comparado moderno perseguia o objetivo, de determinar, de encontrar o que era comum, igual (das Gemeinsame), e que apenas superficialmente podia aparecer e ser percebido de forma diversa, nos também apenas superficialmente diversos, sistemas de Direito do mundo. O direito comparado pós-moderno procura, ao contrário, o que divide (das Trennende), as diferenças (die Unterschiede).*”

¹⁰ IRTI, *L'età della decodificazione*, p. 9, menciona uma “crise” da Constituição Italiana e um “plusvalore político” do Codice civile de 1942, tema que desenvolve em seu outro livro, IRTI, Natalino, *Codice Civile e società politica*, 3.ed., Roma: Laterza, 1999, p. 5 e seg. IRTI, in *Codice Civile e società politica*, p. 9, afirma: “*Alla stanchezza costituzionale si contrappone la stabilità del codice civile; alla controversia sulle istituzioni, la serena continuità di una legge, in cui tutti si riconoscono ed a cui ciascuno affida la tutela degli interessi particolari...circostanze storiche attribuiscono così al codice civile 9diremo con formula schmittiana) una sorta di plusvalore politico, cioè un significato unificante et una capacità mediatrice, che trascendono la posizione di legge ordinaria.*”

¹¹ Veja sobre o ‘valor político’ do Código Civil de 1916 e de 2002, o interessante ensaio político de GRINBERG, Keila, *Código Civil e cidadania*, Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 7 e seg.

¹² A Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil Brasileiro, teve um árduo caminho para sua aprovação. Foram mais de 30 anos, tendo a ‘Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil’ iniciado seus trabalhos em 23 de maio de 1969 (Exposição

democrática Constituição Federal brasileira de 1988.¹³ Vale frisar que foi a Constituição Federal de 1988, a que modificou e moldou profundamente o Direito Privado brasileiro ao estabelecer as bases para o tratamento privilegiado de uns atores econômicos, os consumidores (Art. 5,XXXII da CF/1988), impondo uma nova ordem constitucional do mercado (Art. 170 da CF/1988), e, por fim, mandou organizar um Código especial de proteção deste sujeito de direitos fundamentais (Art. 48 ADCT/CF/88), reconstruindo, assim, com uma divisão tríplice (de direito civil, comercial e de proteção do consumidor, art. 22,I c/c Art. 48 ADCT da CF/88), o Direito Privado brasileiro.¹⁴

Com estas ressalvas, a lição de Irti pode nos servir de inspiração: centralidade, subsidiariedade e pluralidade. Efetivamente, o grande desafio atual é estabelecer o campo de aplicação do Código Civil de 2002, que unificou as obrigações civis e comerciais e regulou o direito

de Motivos do Anteprojeto do Código Civil (1975), Mensagem 160, in NERY, Nelson e NERY, Rosa, *Novo Código Civil e legislação extravagante anotados*, 2.ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003, p. 117), composta dos seguintes juristas: José Carlos Moreira Alves (Parte Geral); Agostinho Alvim (Direito das Obrigações), Sílvio Marcondes (Direito da Empresa), Erbert Chamoun (Direito das Coisas), Clóvis do Couto e Silva (Direito de Família), Torquato Castro (Direito das Sucessões). Sobre os juristas que compuseram a Comissão e sua formação acadêmica, veja LOTUFFO, Renan, Da oportunidade da codificação civil e a Constituição, in SARLET, Ingo Wolfgang (Org.), *O novo Código Civil e a Constituição*, Porto Alegre, Livraria do Advogado Ed., 2003, p. 11 e seg. Foram publicadas quatro redações do Anteprojeto da Comissão (em 1972, 1973, 1974 e, a definitiva de 1975, que levou o número 634-D/1975), veja REALE, Miguel, “Visão Geral do novo Código Civil”, in *Revista de Direito Privado*, vol. 9 (jan./mar. 2002), p. 11. Na Câmara dos Deputados e Senado o projeto tramitou, já com as críticas e modificações incorporadas pela Comissão, com o número 118/1984, e recebeu muitas emendas atualizadoras, especialmente em Direito de Família, tendo em vista às fortes inovações impostas pela democrática Constituição Brasileira de 1988. Foram mais de 1000 emendas na Câmara Federal e 333 no Senado, com votação até 1998, conforme informa Soares Hentz, Luiz Antônio, *Direito de empresa no Código Civil de 2002*, São Paulo, Ed. Juarez de Oliveira, 2002, p. 1.

¹³ Veja manifestações críticas ao Código Civil de 2002, in AZEVEDO, Antonio Junqueira de, “O Direito pós-moderno e a codificação”, in *Revista Direito do Consumidor*, vol. 33 (2000), p. 124 e seg. FACHIN, Luiz Edson, “Transformações do direito civil brasileiro contemporâneo”, in *Diálogos sobre Direito Civil-Construindo a Racionalidade Contemporânea*, Org. Carmen Lucia Ramos, Gustavo Tepedino et alii, Renovar, Rio de Janeiro, 2002, p. 43. E TEPEDINO, Gustavo (Coord.), *Direito Civil-Constitucional*, Renovar, Rio de Janeiro, 2001, p. 11 e seg. e ainda do mesmo autor, “O Novo Código Civil: duro golpe na recente experiência constitucional brasileira”, Editorial da *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, 2001, vol. 7, sn.

¹⁴ Veja meu artigo MARQUES, Cláudia, “Direitos básicos do consumidor na sociedade pós-moderna de serviços: o aparecimento de um sujeito novo e a realização de seus

da empresa,¹⁵ e sua convivência ou coexistência com o campo especial do Código de Defesa do Consumidor. Entre os países principais do Direito comparado existem três modelos diferentes, o da França, da Alemanha e da própria Itália, que analisaremos a seguir (A), os quais comparados ao modelo brasileiro, apresentam diferenças substanciais, que devem ser aqui destacadas (B).

A) OS MODELOS DOS PAÍSES PRINCIPAIS: FRANÇA, ITÁLIA E ALEMANHA

Como destaca Natalino Irti, em sua obra sobre o Código Civil e a Sociedade Política, ao desafio da sociedade de consumo de massa, somou-se o das novas exigências de um mercado integrado.¹⁶ Estas novas formas sociais e da economia mundial,¹⁷ tiveram forte repercussão legislativa nos Estados industrializados, a ponto de criar-se um Direito Privado Comum Europeu, entre os países membros da União Européia.¹⁸ Efetivamente, as Comunidades européias e, hoje, a União Européia são um forte legislador do direito econômico, civil e comercial,¹⁹ e em especial sobre temas de proteção do consumidor,²⁰

direitos". *Revista de Direito do Consumidor* 35, 2000, p. 61 a 96. E, ainda, as obras específicas sobre o tema: NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. *A proteção constitucional do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 1 e seg e VIEIRA, Adriana Carvalho Pinto, *O Princípio Constitucional da Igualdade e o Direito do Consumidor*, Belo Horizonte: Ed. Mandamentos, 2002, p. 19 e seg.

¹⁵ Assim GONÇALVES, Carlos Roberto, *Principais Inovações no Código Civil de 2002*, São Paulo, Saraiva, 2002, p. 6 a 8.

¹⁶ IRTI, *Codice Civile e società politica*, p. 65 e seg.

¹⁷ IRTI, *Codice Civile e società politica*, p. 58.

¹⁸ Assim conclusão de IRTI, *L'età della decodificazione*, p. 12 e 13. Veja também a obra do espanhol SÁNCHEZ LORENZO, Sixto A., *Derecho privado europeo*, Granada: Ed. Comares, 2002.

¹⁹ Veja também GEBAUER, Martin, *Grundfragen der Europäisierung des Privatrechts*, Universitätsverlag C. Winter, Heidelberg, 1998.

²⁰ Veja sobre o tema meu artigo, MARQUES, Cláudia Lima. Normas de proteção do consumidor (especialmente, no comércio eletrônico) oriundas da União Européia e o exemplo de sua sistematização no Código Civil alemão de 1896 – Notícia sobre as profundas modificações no BGB para incluir a figura do consumidor. *Revista de Direito Privado* 4, out.-dez./2000, São Paulo, p. 50 a 93. Veja, como autor europeu, o livro de Martis, construindo a análise da proteção do consumidor, em 1998, toda baseada nas leis alemãs oriundas de Diretivas européias, MARTIS, Rüdiger. *Verbraucherschutz*. Munique: Beck, 1998, p. 1 e seg.

a ponto de professores franceses defenderem no final do século XX a idéia de um Código Europeu do Consumo.²¹

No início do século XXI, autores alemães consideram que a influência legislativa europeia modificou tão profundamente os direitos nacionais que, quebrando tradições puramente civilísticas e evoluindo para uma visão econômico-privatista, que se pode falar de um novo Direito Privado do Consumidor (*Verbraucherprivatrecht*).²² Assim, o Direito Privado do século XXI seria tripartite, reunindo o Direito Civil, o que restou do Direito Comercial e um forte Direito do Consumidor!

Todas estas linhas têm como convergência o fato de procurarem dar respostas efetivas para o desafio da imposição, em nossas sociedades pós-modernas (sejam em países industrializados ou em países emergentes, como o Brasil), de uma nova coexistência de leis especiais e gerais, que regulam o mercado de consumo em massa. Estes modelos merecem nossa atenção.

1. O MODELO FRANCÊS: CONSUMO COMO TEMA TRANSVERSAL DO DIREITO PRIVADO E PÚBLICO

Certo é que o sistema jurídico brasileiro é fruto de uma história colonial portuguesa, e foi sempre permeável a conceitos e idéias jurídicas estrangeiras.²³ No Direito Comparado, os autores alemães classificam o Direito brasileiro como pertencente à chamada *família romana* de

²¹ Assim reflexões de grandes professores europeus reunidas por OSMAN, Filiali. *Vers un Code Européen de la Consommation- Codification, unification et harmonisation du droit des États-membres de l'Union européenne*. Bruxelas: Brylant, 1998, p. 3 e seg. Veja crítico em relação à possibilidade de um Código civil europeu, SÁNCHEZ LORENZO, p. 274: “La codificación europea, de forma muy similar a la codificación internacional, entraña un especial riesgo de petrificación...”

²² Assim título do livro de BÜLOW, Peter e ARTZ, Markus, *Verbraucherprivatrecht*. Heidelberg: C.F. Müller, 2003.

²³ Veja PONTES DE MIRANDA, Francisco. “Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro”, Rio de Janeiro, 1981, pg. 93 e seg. e COUTO E SILVA, Clóvis V. de. “O Direito Civil Brasileiro em Perspectiva Histórica e Visão de Futuro”, in: Revista de Informação Legislativa” (Brasília), Nr. 97 (I-1988), pg. 163 e seg. Sobre as influências, portuguesa, francesa, italiana e germânica, veja meu artigo sobre o tema, com detalhadas citações, MARQUES, Cláudia Lima. “Cem anos de Código Civil alemão: o BGB de 1896 e o Código Civil brasileiro de 1916”. RT 741, p. 11-37 e ENNECERUS, Ludwig e Nipperdey, Hans Carl. *Derecho Civil- Parte General*, vol. 1, Tradução espanhola de Blas Pérez González, Barcelona, 1953, pg. 87 (§12 VIII).

direitos.²⁴ Neste grupo ou família de ordens jurídicas, o grande modelo legislativo é o *Code Civil* francês de 1804,²⁵ daí a natural importância do modelo francês.

Também o grupo de especialistas, que foi autor do Anteprojeto de Código de Defesa do Consumidor,²⁶ recebeu, tanto na sua formação acadêmica (na Itália, Bélgica, Alemanha, França, Estados Unidos e México),²⁷ como na elaboração do texto da futura Lei 8.078/90, forte influência do Direito Comparado.²⁸ Segundo os autores do Anteprojeto, a legislação estrangeira que serviu de inspiração principal para o CDC brasileiro foi o Projeto Calais-Auloy de Código do Consumo (*Projet de code de la consommation*).²⁹ Este projeto francês não entrou em vigor, no seu texto original, em seu país natal, mas deu o nome a uma legislação da década de noventa, que reuniu (sem modificá-las ou sistematizá-las) algumas das diversas leis de proteção do

²⁴ ZWEIGERT, Konrad e Kötz, Hein. *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, 3. Aufl., Tübingen: Mohr, 1996, pg. 114 (§ 8 VI). Veja também BETTI, Emilio, *Système du Code Civil Alemand*, Milan: Guiffre, 1965, pg.7. Contrariamente, prefere René David a idéia de uma família romano-germânica (famille de droit romano-germanique), veja DAVID, René, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Paris: Dalloz, 1988, pg. 33ss.(Nr. 25 e 67).

²⁵ Assim ZWEIGERT/KÖTZ, pg. 74 (§ 6 I) e BETTI, pg. 7.

²⁶ Os autores do anteprojeto de CDC foram os professores Ada Pelegrini Grinover (Presidente), Kazuo Watanabe, Zelmo Denari e os membros do ministério Público de São Paulo, Daniel Fink e José Geraldo Filomeno e, como assessores, Antônio Herman Benjamin (Ministério Público), Eliana Cáceres (Advogada), Marcelo Sodré, Mariagela Sarrubo e Regis Rodrigues Bonvicino (Movimento de Defesa dos Consumidores) e Nelson Nery Júnior (Professor PUC/SP), veja PELLEGRINI GRINOVER, Ada et alii, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor- comentado pelos autores do anteprojeto*, 5. ed, Forense universitária Ed, Rio de Janeiro, 1997, p. 1.

²⁷ MARQUES, Cláudia Lima. Notas sobre o sistema de proibição de cláusulas abusivas no CDC (entre a tradicional permeabilidade da ordem jurídica e o futuro pós-moderno do direito comparado). *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, ano 1, vol. 1, jan.-mar./2000, p. 13 e seg.

²⁸ Assim PELLEGRINI GRINOVER, p. 2, também agradece a colaboração de professores estrangeiros que contribuíram para a crítica do Anteprojeto, dentre eles: Thierry Bourgoignie (Bélgica), Ewoud Hondius (Países Baixos), Eike von Hippel e Nobert Reich (Alemanha), e Mário Frota (Portugal),

²⁹ PELLEGRINI GRINOVER, p. 9 e 10: “O Código, como não poderia deixar de ser, foi buscar sua inspiração em modelos legislativos estrangeiros já vigentes. Os seus redatores, contudo, tomaram a precaução de evitar, a todo custo, a transcrição pura e simples de textos alienígenas...a maior influência sofrida pelo Código veio, sem dúvida, do *Projet de code de la consommation*, redigido sob a presidência do Professor Jean Calais-Auloy.”

consumidor existentes então na França e de origem da Comunidade Européia.³⁰ Efetivamente, desde a década de setenta autores franceses influenciaram em muito o direito latino-americano com suas idéias sobre a proteção dos consumidores.³¹

O Código de Consumo francês (*Code de la consommation*) foi estabelecido pela Lei 93-949 de 26 de julho de 1993,³² possui uma parte legislativa (artigos L, de) e uma parte réglementaire (em vigor pelo Decreto 97-293 de 27 de março de 1997, Artigos R) e remissões à Lei 95-125 de 8 de fevereiro de 1995 relativa à organização das jurisdições de processo civil, penal e administrativo.³³ Permanecem em vigor o *Code Civil* e o *Code de Commerce*.³⁴ O *Code de la Consommation* possui cinco livros: Livro I- Informação ao consumidor e formação dos contratos (Art. L 111 a Art. L 141), Livro II- Conformidade e segurança dos produtos e dos serviços (art. L 211 a 225), Livro III – Endividamento (Art. L 311 a L 341), que inclui o crédito ao consumo (Art. L 311 e seg.) e o tratamento do superendividamento, inclusive administrativo e processual (Art. L 331-1); o livro IV- As associações de consumidores (Art. 411 a 422), que inclui o processo coletivo; e livro V- As instituições (Art. L 531 a 562), que inclui a Comissão de Cláusulas abusivas e todo o controle administrativo.

Em resumo, os franceses optaram por manter seu *Code Civil* de 1804 e seu *Code de Commerce* intactos³⁵ e consolidaram todas as normas de proteção do mercado de consumo (incluindo a proteção do consumidor, normas de processo, administrativas, de direito penal

³⁰ Assim a crítica de CALAIS-AULOY, Jean e STEINMETZ, Frank, *Droit de la consommation*, 5. ed., Paris: Dalloz, 2000, p. 31: “Celui-ci ne contient que des textes généraux, applicables à l'ensemble de nombreux textes spéciaux... Ces textes restent, pour la plupart, en dehors du code de la consommation. Ils sont présentés en appendice dans le code Dalloz. Une plus grave critique doit être adressée au code de la consommation: il est, je l'ai dit, une simple compilation. Il reproduit donc les imperfections des textes antérieurs, et notamment leur manque de cohérence.”

³¹ Assim SAUPHANOR, Nathalie, *L'Influence du Droit de la Consommation sur le système juridique*, Paris, LGDJ, 2000, p. 4, mencionando os estudos hoje clássicos de Malinvaud, Borysewicz, Calais- Auloy e Steinmetz.

³² SAUPHANOR, p. 5.

³³ Veja@, p. 30 e 31 e explicação do *Code de la consommation*, Dalloz, Paris, 2000, p. VI.

³⁴ CALAIS-AULOY/STEINMETZ, p. 28 a 31.

³⁵ Sobre a importância desta distinção, GUIMEZANES, Nicole, *Introduction au droit français*, Baden-Baden: Nomos, 1995, p. 28: “Le droit privé se subdivise essentiellement entre le droit civil et le droit commercial. Le droit civil est le droit privé commun par opposition au droit commercial qui concerne que les relations commerciales.”

econômico e sobre superendividamento)³⁶ em um Código do Consumo transversal. Assim, sem modificar seu Direito Privado, em 1993, a França preferiu organizar um Código de Consumo (“*Code de la Consommation*”), consolidando todas as suas leis internas e as Diretivas especiais de defesa do consumidor.³⁷ Como se observa, o tema do novo Código de consumo não é o consumidor, mas o consumo mesmo e o mercado de consumo, com todas suas implicações. Em outras palavras, o tema ‘consumo’ é transversal e transpassa várias disciplinas, direito civil, direito comercial, econômicos, administrativo, penal e processual. Em uma figura de linguagem, o sistema francês é composto de vários pilares (ou disciplinas, que continuam intactas) e um novo Código, tema ou disciplina que é transversal a todos, como uma ponte sustentada por vários pilares de naturezas diferentes.

2. O MODELO ITALIANO: INCORPORAÇÃO DE ALGUMAS LEIS ESPECIAIS NO CÓDIGO CIVIL

O modelo italiano é o mais citado na comparação com o CC/2002, pois o Codice Civile também unificou o tratamento das obrigações civis e empresarias. Alerta-se que estas semelhanças podem levar a conclusões errôneas, pois as diferenças- em relação ao nosso tema- são mais substanciais do que uma similitude de unificação das obrigações.

A Itália optou por modificar pontualmente a parte especial de seu *Codice Civile*, incluindo a proteção do consumidor nas normas contratuais, cumprindo assim a Diretiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas ao incluir no Código um capítulo novo intitulado “*Dei contratti del consumatore*”.³⁸ Assim os Artigos 1469-bis a 1469-sexies tratam, no

³⁶ Como ensina Gilles Paisant, o direito do superendividamento francês também conheceu evolução lenta, com normas mais processuais e administrativas, e hoje se encontra no Título III do *Code de la Consommation* (PAISANT, Gilles, La réforme de la procédure de traitement du surendettement par la loi du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre les exclusions, in *RTDcom.* 51 (4), oct.-déc.1998, p. 743 e seg).

³⁷ Veja detalhes in CALAIS-AULOY/STEINMETZ, p. 30-32.

³⁸ Veja Artigos 1469-bis a 1469-sexies tratando no Código Civil Italiano especificamente do tema dos contratos com consumidores, “Capo XIV-bis - Dei Contratti del consumatore”, in DE NOVA, Giorgio, *Codice civile e leggi collegate*, Ed. Zanichelli, UTET, Torino,1999/2000, p. 238 e seg.

Código Civil Italiano unificado, especificamente do tema dos contratos com consumidores e trazem normas especiais, por exemplo de cláusulas abusivas (como a cláusula penal), que não são abusivas nas relações entre iguais, mas que são abusivas na relação do forte/empresário frente ao vulnerável/consumidor.³⁹

Note-se que o Codice Civile é apenas uma das diversas fontes legislativas que compõe o Direito do Consumidor italiano, cuidando mais do controle do conteúdo dos contratos.⁴⁰ Aqui não há, pois, a exclusividade do Código Civil para o tratamento das relações de consumo.⁴¹ Resumindo, com a unificação do Direito Privado e coexistência com as normas especiais para contratos de consumo no Código Civil e em leis especiais, o direito privado italiano é hoje tripartite, mas é sistematizado a partir do Código Civil de 1942. Como ensina Alpa, na Itália, continua a existir uma necessidade de *'coordinamento con altre disposizioni'* do Código Civil e das leis especiais de proteção do consumidor.⁴²

Em uma figura de linguagem, o modelo italiano possui um círculo maior, que é o Código Civil de 1942 e dentro do qual se encontram algumas normas especiais para consumidores, mas uma série de outras normas especarsas e especiais de defesa dos consumidores, em forte descodificação. A especificidade em relação ao francês é incluir, no Código Civil, a figura do contrato com consumidores e manter leis especiais, diferentemente do modelo francês, que optou por duas codificações em separado.

3. O MODELO ALEMÃO: CONSUMIDOR COMO NOVO SUJEITO DO CÓDIGO CIVIL E A INCORPORAÇÃO DE TODAS AS LEIS ESPECIAIS PROTETIVAS NA LEI GERAL E SOCIAL

³⁹ Veja sobre *"asimetria di potere contrattuale"* e *"un nuovo paradigma"*, ROPPO, Vincenzo, *Il contratto del duemila*, Giappichelli Editore, Torino, 2002, p. 23 e seg.

⁴⁰ Assim ALPA, Guido. *Il Diritto dei Consumatori*. Roma: Laterza, 2002, p. 10 e seg.

⁴¹ Sobre a aplicação destas novas normas do *Codice civile* em matéria de contratos de consumo, veja DI GIOVANNI, Francesco, *La regola di trasparenza nei contratti dei consumatori*, Giappichelli Editore, Torino, p. 18-23.

⁴² ALPA, Guido et alii, *La disciplina generale dei contratti*, 8. ed., Giappichelli Ed. Torino, 2001, p. 613 e seg.

Assim como o BGB despertou no século XX intensa atenção científica,⁴³ também esta modificação alemã para a criação de um direito civil, social e geral, deve ser estudada com todo interesse hoje. Os juristas alemães caracterizam-se pela forte capacidade de sistematização e precisão conceitual.⁴⁴ Daí não surpreender que tenham optado por um modelo diferente e sistematizador, reintroduzindo todas (!) as leis especiais de defesa do consumidor em seu famoso Código Civil de 1990, o BGB. Nas reformas de 2000 a 2002, da Parte Geral e do livro do Direito das Obrigações, os alemães optaram por uma conceituação estrita de consumidor (*Verbraucher*, §13 BGB-Reformado) e de empresário/fornecedor (*Unternehmer*, §14 BGB-Reformado),⁴⁵ optando também pela manutenção e expansão das cláusulas gerais combinadas com normas especiais, mais protetivas, e pequenas cláusulas gerais,⁴⁶ quando o civil envolvido na relação obrigacional também é consumidor.

Como já escrevi,⁴⁷ a Alemanha não só modificou profundamente suas normas contratuais da parte especial do BGB, em 2002, mas igualmente optou por incluir na parte geral de seu famoso Código Civil de 1896, entre os sujeitos de direito (da pós-modernidade), o

⁴³ Assim resume SALLEILES, Raymond. *Introduction à l'étude du droit civil allemand*. Paris: Pichon, 1904, p. 3: "Le Code civil allemand aura été l'oeuvre juridique la plus considérable du siècle qui vient de finir. Non seulement il résume à lui seul tout le mouvement scientifique du XIXe. siècle, mais il paraît destiné à servir de point de départ à une nouvelle évolution générale du droit, comparable, toutes proportions gardées, à ce qu'avait été le développement scientifique issu de l'apparition du Code civil français à l'aube du XIXe. siècle."

⁴⁴ Veja como exemplo, as obras de CANARIS, Claus-Wilhelm, *Pensamento sistemático e conceito de Sistema do Direito*, Gulbelkian, Lisboa, 1989 e de WIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*, trad. Tércio S. Ferraz Jr., Brasília, Departamento de Imprensa Nacional, MJ-UnB, 1979.

⁴⁵ Veja definição incluída, em 29.06.2000, no Código Civil alemão. No original: "BGB- § 13 Verbraucher - Verbraucher ist jeder natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu einem Zweck abschliesst, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann." (BGB- § 13- Consumidor - Consumidor é qualquer pessoa física, que conclui um negócio jurídico, cuja finalidade não tem ligação comercial ou com sua atividade profissional.)

⁴⁶ Veja sobre o tema o artigo de MENKE, Fabiano. "A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos", in *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 50, p. 9-35.

⁴⁷ Veja meu artigo, Veja meu artigo com Ulrich Wehner, "Normas de proteção do consumidor (especialmente, no comércio eletrônico) oriundas da União Européia e o exemplo de sua sistematização no Código Civil Alemão de 1896 - Notícia sobre as profundas modificações no BGB para incluir a figura do consumidor" sobre o tema in RDC vol. 34, p. 50 a 53..

consumidor e o empresário/fornecedor.⁴⁸ Entre 2000 e 2002, o Parlamento alemão modificou substancialmente o Código Civil Alemão e uma série de leis esparsas, cumprindo assim a determinação das Diretivas Europeias e os reclamos de sistematização da proteção do consumidor naquele país.⁴⁹ No Direito das Obrigações, os §§ 305 a 310 receberam o conteúdo da famosa AGBG de 1976, o § 312 passou a regular o comércio eletrônico e as informações especiais impostas neste tipo de comércio a distância, foi criado um direito geral de arrependimento e garantias especiais para os consumidores (§ 280, § 346 e § 347, § 361a), regulado ainda mais o dever de informar do fornecedor (§ 361b) e de viagens (§609). Em geral, foi criado um direito de denúncia dos contratos (cativos) de longa duração por motivo justo (§ 314), possibilidade de rescisão e renegociação pela quebra da base do negócio (§ 313), responsabilidade pela *culpa in contrahendo* (§ 311) e positivou-se a responsabilidade pela confiança e a existência dos deveres anexos de conduta de boa-fé, criando-se uma nova cláusula geral no § 241,2 do BGB-Reformado. A cláusula geral sobre os deveres oriundos de uma relação obrigacional é a seguinte: “§ 241. 2. *As relações obrigacionais podem, conforme o seu conteúdo, obrigar a outra parte a considerar direitos (Rechte), patrimônio (Rechstegütern) e interesses (Interessen) da outra parte*”. E, em um país de primeiro mundo, com um sistema excelente de comunicações e transportes, considerou-se por bem aumentar os prazos prescricionais, que agora são de 3 anos, 10 anos e, para atos ilícitos que tenham conexão com direitos humanos (veja § 195, §196 e §199,2 do BGB-Reformado), de até 30 anos! Mesmo as normas gerais possuem sempre um inciso referindo-se ao consumidor, como, por exemplo, o § 241a do BGB-Reformado sobre envio de produtos não solicitados. Os incisos 1 e 2 são para o direito civil em geral, já o inciso 3 inicia afirmando: Se o envio foi para um consumidor...este não suportará os custos da devolução... Assim, para consumidores a regra é semelhante ao nosso Art. 39, parágrafo único, para iguais, não. Outro

⁴⁸ Veja meu artigo, MARQUES, Cláudia Lima, “Cem anos de Código Civil Alemão: O BGB de 1896 e o Código Civil Brasileiro de 1916”, in *Revista dos Tribunais* de julho 1997, São Paulo, Nr. 741, pg. 11 a 37.

⁴⁹ Desde von HIPPEL prega a doutrina alemã que a sistematização da proteção do consumidor era necessária e útil, veja HIPPEL, Eike von, *Verbraucherschutz*, J.C.Mohr Verlag, Tübingen, 1986, p. 44 e 45

bom exemplo, são as pequenas cláusulas gerais para beneficiar os consumidores, como o famoso § 9 da AGBGesetz que se transformou no § 307 do BGB-Reformado, com o título ‘Controle de conteúdo’ dos contratos de adesão ou com condições gerais contratuais, que continua a aplicar –de forma mais forte- a boa-fé nestas relações, sem prejuízo da manutenção do § 242 como sempre foi!

Em resumo, a Alemanha modificou seu Direito das Obrigações incluindo normas especiais e mesmo cláusulas gerais especiais para a proteção dos consumidores. Como explica Medicus, o direito das obrigações existia em leis especiais ao lado do BGB desde 1900 (no Código Comercial-HGB, na Lei sobre pagamento-AbzG de 1894, na lei do império sobre responsabilidade civil de 1871 (ReichshaftpflichtGesetz),⁵⁰ daí a vontade dos alemães de sistematizarem estas normas incorporando-as à lei geral. Intacto restou o Código Comercial alemão, HGB.

Destaque-se, na parte geral, no capítulo dedicado às pessoas (“*Erster Abschnitt. Personen*”), a inclusão das figuras do consumidor e do fornecedor, de forma surpreendente e original, ainda mais se observarmos que não houve definição de relação de consumo, considerada apenas mais uma relação jurídica (*Rechtsgeschäft*- § 104 e seg. BGB) civil entre fracos (leigos) e fortes (profissionais), e que mesmo a União Européia jamais definiu consumidor de forma genérica para todas as suas Diretivas. Trata-se de uma opção original em Direito Comparado, uma modificação da parte geral como forma de sistematizar a proteção do consumidor, consolidando as regras especiais para as relações de consumo dentro de seu Código Civil de 1896, como expressão de um renovado Direito Civil social e de proteção dos mais fracos.⁵¹

⁵⁰ Medicus, Dieter. *Schuldrecht I – Allgemeiner Teil*, 13.Ed., Munique: Beck, 2002, p. 19 (Nr. 37-39).

⁵¹ Note-se que em 2000, na introdução a 45ª edição do BGB-dtv, Helmut KÖHLER já especificava a opção alemã de incluir o “Direito do Consumidor” dentro do “Direito Civil” e dividia seu texto em 10 partes: “I-Conceito e Função do Direito Privado; II-Origens do BGB; III-Linguagem e Técnica Legislativa do BGB; IV- Conteúdo, Estrutura e Conceitos Básicos do BGB; V- O desenvolvimento do Direito Civil no século 20; VI- Direito Civil e Proteção do Consumidor, VII - Direito Civil e proteção do meio ambiente, VIII - Direito Civil e Reunificação Alemã, IX- Direito Civil e União Européia, X. Interpretação e Desenvolvimento (*Fortbildung*) do Direito Civil” (KÖHLER, Helmut, *Einführung zum BGB*, 45. Ed., Beck Verlag/DTV, Munique, 2000, p. IX a XXXIII).

Efetivamente, parece extremamente significativo, que a Alemanha, um país principal do Direito Comparado, tenha modificado agora o seu Código Civil para *receber* a figura do consumidor (novo § 13 BGB-*Verbraucher*) e do fornecedor (novo § 14 BGB-*Unternehmer*), absorvendo assim, no seio da codificação do Direito Civil, o seu filho mais novo, o Direito do Consumidor. Assim, as relações de consumo são hoje Direito Civil geral na Alemanha. Estas relações mistas, entre um empresário, pessoa física ou jurídica profissional que fornece produtos ou serviços (§ 14 do BGB), e um consumidor, pessoa física com fins não profissionais (§13 do BGB) são Direito Civil, não Direito Comercial ou Direito puramente Econômico, como muitos defendiam. O Direito Civil renasce como centro científico do Direito Privado para abraçar a proteção dos mais fracos, dos vulneráveis, dos consumidores. Um Direito Civil assumindo a sua função social e de harmonia em todas as relações civis, inclusive as de consumo, evitando assim o radicalismo das disciplinas autônomas e procurando uma nova sistematização.”

Este modelo alemão pode ser comparado (permitam-me a figura de linguagem) a um círculo abrangente, que seria o direito civil novo do BGB-Reformado, com , e um núcleo duro, composto pelas normas especiais para proteção dos consumidores, nos novos parágrafos incorporados das antigas leis especiais, assim como suas cláusulas gerais privilegiadoras. Outro círculo seria o Direito Comercial.

B) O MODELO *SUI GENERIS* BRASILEIRO: UM CÓDIGO PARA IGUAIS E UM CÓDIGO PARA DIFERENTES

Segundo o coordenador da Comissão elaboradora do novo Código Civil Brasileiro, o Professor da Universidade de São Paulo, Miguel Reale, esta nova lei, unificadora das obrigações civis e comerciais, seria uma verdadeira “*constituição do homem comum...lei por excelência da sociedade civil*”.⁵² A Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, instituindo o Código Civil Brasileiro,⁵³ revogou ao mesmo tempo o Código Civil

⁵² Reale, Miguel. “Visão Geral do novo Código Civil”, *Revista de Direito Privado*, vol. 9 (jan./mar. 2002), p. 9.

⁵³ *Diário Oficial* de 11 de janeiro de 2002, edição extra. A *vacatio legis* de um ano imposta

de 1916, elaborado por Clóvis Beviláqua,⁵⁴ e a parte primeira do Código Comercial de 1850 (Art. 2.045 da Lei 10.406/2002),⁵⁵

Inovar com prudência, em um sentido de evolução (não revolução), foi a opção da Comissão elaboradora do Anteprojeto.⁵⁶ Segundo Miguel Reale, os três princípios fundamentais ou diretrizes do novo Código são: eticidade, socialidade e operabilidade.⁵⁷ O princípio da eticidade procura incluir valores éticos na prática do direito privado brasileiro através da introdução de muitas (e claras) cláusulas gerais, “*a fim de possibilitar a criação de modelos hermenêuticos, quer pelos advogados, quer pelos juízes, para contínua atualização dos preceitos legais*”.⁵⁸ Assim impõe a interpretação segundo a boa-fé (Art. 113), traz uma nova definição de abuso de direito (Art. 187), uma cláusula geral da boa-fé (Art. 422), e a possibilidade de revisão por onerosidade excessiva (Art. 478), conferindo “*maior poder ao juiz para encontrar a solução mais justa e equitativa*”.⁵⁹

Por ‘socialidade’ entende Miguel Reale “*o objetivo do novo Código no sentido de superar o manifesto caráter individualista da Lei vigente [CC/1916], feita para um país eminentemente agrícola, com cerca de 80% da população no campo. Hoje em dia, vive o povo brasileiro nas cidades, na mesma proporção de 80%...Daí o predomínio do social sobre o individual.*”⁶⁰ Impõe o novo Código Civil, assim, a função social do contrato (Art. 421),⁶¹ a interpretação a

pelo Art. 2.044 concluiu-se em 12 de janeiro de 2003, segundo defendem Nery, Nelson e Nery, Rosa, *Novo Código Civil e legislação extravagante anotados*, 2.ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003, p. 853.

⁵⁴ Sobre o antigo Código Civil de 1916, veja Lima Marques, Claudia, *Das BGB und das brasilianische Zivilgesetzbuch von 1916*, no livro *Auf dem Wege zu einem gemeineuropäischen Privatrecht - 100 Jahre BGB und die lusophonen Länder*, Erik Jayme/Heinz Peter Mansel (Coord.), Nomos, Baden-Baden, 1997, pg. 73-97.

⁵⁵ O texto é: “*Art. 2.045. Revogam-se a Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 - Código Civil e a Parte Primeira do Código Comercial, Lei nº 556, de 25 de junho de 1850.*”

⁵⁶ Assim se manifesta Reale, Miguel, *O projeto de Código Civil*, São Paulo, Saraiva, 1986, p. 25.

⁵⁷ Reale, *Visão Geral do novo Código Civil*, p. 12.

⁵⁸ Reale, *Visão Geral do novo Código Civil*, p. 12.

⁵⁹ Assim ensina, Gonçalves, Carlos Roberto, *Principais Inovações no Código Civil de 2002*, São Paulo, Saraiva, 2002, p. 5

⁶⁰ Reale, *Visão Geral do novo Código Civil*, p. 12.

⁶¹ Veja, por todos, Theodoro Jr., Humberto, *O contrato e sua função social*, São Paulo: Forense, 2003, p. 1 e seg. Assim também Sens dos Santos, Eduardo, O novo Código Civil e as cláusulas gerais: exame da função social do contrato, in *Revista Forense*, vol. 364 (nov./dez.2002), p. 99 (83-102): “O direito de contratar deve ser exercido de acordo com o que determina a atual conjuntura da sociedade: visando à coletividade, aos interesses difusos,

favor do aderente nos contratos de adesão (Art. 423), a natureza social da posse a facilitar o usucapião para moradias (art. 1238, 1239, 1240 e 1242) e regulamenta a função social da propriedade (Art. 1228).⁶² A ‘socialidade’ deve refletir “a prevalência dos valores coletivos sobre os individuais, sem perda, porém, do valor fundamental da pessoa humana.”⁶³

Já a diretriz ou princípio básico da ‘operabilidade’ visa facilitar a aplicação (uso, operação, interpretação ou efetividade) do novo texto legal. Nas palavras de Reale: “Dar ao Anteprojeto antes um sentido operacional do que conceitual, procurando configurar os modelos jurídicos à luz do princípio da realizabilidade, em função das forças sociais operantes no País, para atuarem como instrumentos de paz social e de desenvolvimento.”⁶⁴ Em outras palavras, visa “estabelecer soluções normativas de modo a facilitar sua interpretação e aplicação pelo operador do direito.”⁶⁵ Sendo assim especial cuidado foi dado às definições legais da Parte Geral, visando terminar com polêmicas, como as em relação aos casos de prescrição e de decadência, flexibilizar a aplicação, por exemplo, permitindo o arbitramento de aluguéis e usando o recurso legislativo das cláusulas gerais e dos conceitos indeterminados⁶⁶ para casos difíceis, que necessitam da concreção do juiz.⁶⁷

Segundo Miguel Reale,⁶⁸ as outras diretrizes do novo Código foram justamente conseqüências destas três, como a decisão de manter uma Parte Geral, desenvolvendo os direitos da personalidade (art. 11 a 21) e incluindo os negócios jurídicos (Art. 104 a 184, regulamentando a representação), assim como, na parte especial, unificar as obrigações

ao bem-estar e ao desenvolvimento.” Veja ainda críticos, Theodoro de Mello, Adriana Mandim, “A função social do contrato e o princípio da boa-fé no novo Código Civil Brasileiro”, in *Revista Forense*, vol. 364 (nov./dez.2002), p. 8 e 9 (p. 3-19) e Wald, Arnold, “A função social e ética do contrato como instrumento jurídico de parcerias e o novo Código Civil de 2002”, in *Revista Forense*, vol. 364 (nov./dez.2002), p. 29.

⁶² Exemplos dados por Reale, *Visão Geral do novo Código Civil*, p. 13.

⁶³ Assim ensina, Gonçalves, p. 5

⁶⁴ Mensagem 160 –Exposição de Motivos, in Nery/Nery, p. 119.

⁶⁵ Reale, *Visão Geral do novo Código Civil*, p. 14.

⁶⁶ Sobre esta técnica legislativa escreve Cambler, Everaldo Augusto, *Comentários ao Código Civil Brasileiro- Direito das Obrigações*, vol. III (Arts. 233 a 3003), Rio de Janeiro, Forense, 2003, p. 18: “utiliza as denominadas cláusulas gerais, ou seja, normas jurídicas incorporadas de princípios éticos, orientadoras das partes e do Juiz na solução do caso concreto, autorizando-o a que estabeleça, de acordo com aquele princípio, a conduta que deveria ter sido originalmente adotada.”

⁶⁷ Assim exemplifica Reale, *Visão Geral do novo Código Civil*, p. 14.

⁶⁸ Assim explica Reale, *Visão Geral do novo Código Civil*, p. 15.

civis e comerciais, incluindo um livro sobre o Direito da Empresa, ficando de fora o Direito do Trabalho e as demais leis especiais não incorporadas (Art. 2.035). Vejamos, pois, as conseqüências práticas destas opções legislativas do novo Código Civil de 2002, em relação ao Código de Defesa do Consumidor e às relações de consumo.

1. O MANDAMENTO CONSTITUCIONAL DE DEFESA DO SUJEITO VULNERÁVEL, O CONSUMIDOR (ART. 5, XXII DA CF/88) E DA ELABORAÇÃO DE UM MICROCÓDIGO AUTÔNOMO E PROTETIVO (ART. 48 ADCT/CF/88)

Segundo o grande jusfilósofo alemão Gustav Radbruch, a imagem que um sistema jurídico faz de pessoa, a proteção e a tutela que assegura às pessoas, caracteriza este sistema jurídico.⁶⁹ Em nosso caso, a opção da Constituição Federal de 1988 de tutela especial aos consumidores, considerados agentes econômicos mais vulneráveis no mercado globalizado, foi uma demonstração de como a ordem econômica de direção devia preparar o Brasil para a economia e a sociedade do século XXI. Efetivamente, o direito do consumidor é direito fundamental, direito humano de nova geração, direito social e econômico positivado na Constituição Brasileira (art. 5, XXXII CF/88). E se a pós-modernidade, segundo Erik Jayme, é a época do pluralismo, com reflexos no direito na pluralidade de leis especiais, de agentes a proteger, de sujeitos de uma relação de consumo, certo é que, segundo este pensador alemão, a este pluralismo se une o *Leitmotiv* do renascimento dos direitos humanos, do *revival* da importância dos direitos fundamentais, individuais ou mesmo coletivos, contrapondo-se antinomicamente ao movimento de aproximação econômica e de abertura comercial mundial.⁷⁰

⁶⁹ Radbruch, Gustav. *Rechtphilosophie*, 2. edição comentada por DREIER, Ralf e PAULSON, Stanley L., Heidelberg: C.F. Müller, 2003, p. 124 a 127. Veja sobre a importância da aula magna de Gustav Radbruch na Universidade de Heidelberg, em 1926, intitulada “A pessoa no Direito” (RADBRUCH, Gustav, *Der Mensch im Recht* (Heidelberger Antrittsvorlesung, Tübingen, Mohr, 1927, p. 9 a 22), in LAUFS, Adolf, *Persönlichkeit und Recht*, Baden-Baden, Nomos, 2001, p. 182.

⁷⁰ JAYME, Recueil des Cours, pg. 36.

Como afirmamos anteriormente,⁷¹ do “seu aparecimento nos Estados Unidos levou certo tempo para o consumidor “surgir” como figura legislativa no Brasil.⁷² Daí a importância da Constituição de 1988 ter reconhecido este novo sujeito de direitos, assegurado sua proteção (Art. 5, XXXII e Art. 170, inciso V da CF/88) e mandado (*Gebot*) legislar sobre seus direitos (Art. 48 dos ADCT). A Constituição de 1988 é a origem da codificação tutelar dos consumidores no Brasil.⁷³

Interessante observar que também Jayme procura na Constituição a resposta para as antinomias modernas e a complexidade de sistemas legais descodificados.⁷⁴ É o que parece acontecer no Brasil,⁷⁵ onde a Constituição de 1988 prima pela lista de direitos fundamentais, dentre os quais se destaca o definido pelo inciso XXXII do art. 5: “O Estado promoverá na forma da lei a defesa do consumidor.” O art. 48 das Disposições Transitórias da Constituição Federal de 1988 ordenou ao legislador ordinário organizar um Código de Defesa do Consumidor, em plena era da descodificação.⁷⁶ Assim, desta lista de direitos fundamentais nascerá a legislação infraconstitucional, os novos códigos, uma codificação já diferente.⁷⁷ É a reconstrução através de nova

⁷¹ Veja detalhes em meu texto, “Direitos básicos do consumidor na sociedade pós-moderna de serviços: o aparecimento de um sujeito novo e a realização de seus direitos”. *Revista de Direito do Consumidor* 35, 2000, p. 61 e seg.

⁷² Sobre a evolução no direito comparado e a tramitação do projeto no Brasil, veja a introdução de Ada Pellegrini Grinover e Antônio Herman Benjamin, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos Autores do Anteprojeto*, 8.ed., Rio de Janeiro: Ed. Forense Universitária, 2004, p. 1 a 11.

⁷³ Veja definição de Nolde: „La Codification pourrait être définie comme la création de „système“ de règles de droit logiquement unifiées“, citado por JAYME, Erik, „*Considerations historiques et actuelles sur la codification du Droit International Privé*“, in *Recueil des Cours de l'Académie de la Haye*, n. 177 (1982, IV), p. 23. Pela sobrevivência da idéia de codificação no Brasil, veja ANDRADE, Fábio Siebeneichler de, *Da Codificação- Crônica de um Conceito*, Ed. Livraria dos Advogados, Porto Alegre, 1997, p. 172.

⁷⁴ JAYME, *Recueil 1995*, p. 36 e seg.

⁷⁵ CLAVERO, Bartolomé, *Codificación y Constitución: Paradigmas de un binomio*, in Quaderni Fiorentini, Nr. 18 (1989), p. 81 e 82.

⁷⁶ A expressão constitui o título da famosa obra de 1979 do italiano Natalino Irti (*L'età della decodificazione*), na qual previa o fim das codificações que marcaram os sécs. XVIII e XIX. Os códigos superados pelas leis esparsas passariam a fonte residual do direito privado. Apesar de realista a observação, contra ela levantaram-se autorizadas vozes, no XI Congresso da „Académie de Droit Comparé“, em 1982, em Caracas, alertando que legislar em forma de Código trazia em si muitas vantagens.

⁷⁷ Defendendo uma codificação diferenciada, souple e especializada em tempos neoliberais, Nusdeo, Fábio, *Fundamentos para uma Codificação do Direito Econômico*, Ed. Revista dos Tribunais, 1995, p. 169 e seg.

microcodificação.⁷⁸ O Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/90, nasce, pois, da Constituição brasileira. O artigo 5º estabelece como direito fundamental do cidadão brasileiro, a defesa dos seus direitos como consumidor. O artigo 170 estabelece que a ordem constitucional econômica do nosso mercado será baseada na livre iniciativa (caput), mas limitada pelos direitos do consumidor (inciso V). E por fim, o artigo 48 das disposições transitórias, determina elaborar lei tutelar exatamente em forma de código: um todo construído, conjunto de normas sistematizado por uma idéia básica, a da proteção deste sujeito especial. O instrumento de renovação teórica, o instrumento de renovação dos direitos fundamentais do cidadão, estava dada, estava posto na Constituição.”

Eis porque identificar este sujeito protegido, sujeito de direitos especiais, agente escolhido para receber um microsistema tutelar legal é a pedra de toque do CDC. Os direitos básicos positivados são “do consumidor”, assim definido pelo CDC e de ninguém mais. Daí correto o CDC, que, em seu artigo primeiro, esclarece que este “Código” tutelar, este sistema de normas construído e organizado a partir da identificação do sujeito beneficiado, “*estabelece normas de proteção do consumidor, de ordem pública e interesse social*”. Neste sentido, é de se refletir se não fere o Princípio da Igualdade, da Dignidade da Pessoa Humana e o Princípio imanente da Justiça Social tratar os “iguais” (profissionais) como se “diferentes” (e fracos) fossem, como defende a teoria maximalista.⁷⁹ As relações inter-empresariais são relações, em princípio entre iguais, e recebem no CC/2002 um tratamento justo e equitativo. Somente as excessões, em que se puder equiparar um dos empresários’ a consumidor é que o CDC pode encontrar aplicação excepcional, em detrimento do outro fornecedor. A entrada em vigor do CC/2002 representa assim uma chance para a teoria finalista,⁸⁰ como veremos a seguir.

⁷⁸ Segundo Filomeno, p. 19, o CDC é um microsistema jurídico de caráter inter e multidisciplinar, Filomeno, José Geraldo Brito, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto*, Ed. Forense Universitária, Rio de Janeiro, 6.ed., 1999, p. 19.

⁷⁹ Veja as obras de Antonio Effing, Alinne Arquette Leite Novais e Márcio Casado, todas da Biblioteca Direito do Consumidor, dentre as mais recentes.

⁸⁰ Veja a polêmica entre finalistas e maximalistas, sobre o campo de aplicação subjetivo do CDC e a jurisprudência dos 10 primeiros anos de vigência da lei em meu livro, *Contratos*, 4. ed., p. 252 a 500.

Assim, se analisamos o CDC como sistema, como contexto construído, codificado, organizado de identificação do sujeito beneficiado, veremos que o CDC brasileiro não é um Código de “consumo”, como a consolidação legal francesa, nem é uma lei geral, que contém dentro de si normas especiais protetivas para a proteção dos mais fracos ou consumidores como o BGB-Reformado. O CDC brasileiro concentra-se no sujeito de direitos (e não em atos de consumo), visa proteger *este sujeito identificado constitucionalmente* como vulnerável e especial, sistematiza suas normas a partir desta idéia básica de proteção de apenas um sujeito “diferente” da sociedade de consumo: o consumidor. É *Código* (todo construído sistemático) de *Proteção* (idéia básica instrumental e organizadora do sistema de normas oriundas de várias disciplinas necessárias ao reequilíbrio e efetivação desta defesa e tutela especial) do *Consumidor!*

2. A NÃO REVOGAÇÃO EXPRESSA OU TÁCITA DO CDC PELO CC/2002: PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR COMO TEMA NÃO INCORPORADO

Como escrevi anteriormente,⁸¹ a revogação do CDC pelo CC/2002 como lei geral mais nova não ocorreu. A lei geral mais nova geralmente preserva as leis especiais e regula expressamente os conflitos e sua hierarquia. O CC/2002, na sua versão aprovada em janeiro de 2001, não possui uma norma de revogação geral tácita, mas, sim, revoga expressamente o próprio Código Civil de 1917 e parte do Código Comercial de 1850, afirmando apenas: “*Art. 2.045. Revogam-se a Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 - Código Civil e a Parte Primeira do Código Comercial, Lei nº 556, de 25 de junho de 1850.*” Já o Art. 2043 preserva apenas as normas penais, processuais e administrativas, indicia a existência de uma revogação tácita, mas revogação somente das leis especiais incorporadas expressamente no texto do CC/2002, afirmando: “*Art. 2.043. Até que por outra forma se disciplinem, continuam em vigor as disposições de natureza processual, administrativa ou penal, constantes de leis cujos preceitos de natureza civil hajam sido incorporados a este Código.*”

⁸¹ Repetiremos aqui parte do texto de meu livro, *Contratos*, 4. ed., p. 552 a 559.

Ocorre que o novo Código Civil Brasileiro, a contrário do Código Civil alemão reformado em 2000,⁸² nada menciona sobre ‘consumidores’. Esta expressão constitucional (Art. 170,V da CF/88) não mencionada em 2.045 normas⁸³ do novo CC/2002 (são mencionadas apenas as expressões ‘consumo’, em seu sentido clássico de destruição, no Art. 86, 307, 1290 e 1392, bens ‘destinados a consumo’, nos Art. 206 e 592 e crimes ‘contra as relações de consumo’, no §1 do Art. 1.011). Sendo assim, podemos concluir, com certeza, que ao CDC não se aplica a norma do Art. 2.043 do CC/2002.

Em outras palavras, é de se concluir que o CDC e o tema de defesa do consumidor não foi “incorporado” ao CC/2002. Ao contrário, é considerado pelo próprio CC/2002 como um tema a ser regulado por lei ‘especial’ (como expressamente prevê a Constituição Federal, Art. 48 dos ADCT). A história legislativa do projeto ensina que a redação anterior do artigo final do Código (antigo Art. 2040) era mais abrangente e afirmava que ficariam: “*revogados o Código Civil e a Parte Primeira do Código Comercial, Lei nº 556, de 25 de junho de 1850, e toda a legislação civil e mercantil abrangida por este Código, ou com ele incompatível...*” (grifo nosso). Como explica o relator, Deputado Fiuza, a “boa técnica legislativa” o levou à Câmara a determinar quais as leis que o CC/2002 revogaria e a redação do Art. 2.045 do CC/2002 ficou como se apresenta hoje: sem a revogação tácita do CDC.⁸⁴

Sendo assim, se a mensagem de 1975 pretendia “incluir na sistemática do Código...a matéria contida em leis especiais promulgadas depois de 1916”⁸⁵ A verdade é que, face ao mandamento constitucional de elaborar um Código (Art. 48 ADCT/CF), uma lei especial voltada para a defesa só do consumidor, o CC/2002 restringiu-se a incorporar

⁸² Veja meu artigo com Ulrich Wehner sobre o tema in RDC.

⁸³ Note-se que o inciso I do Art. 1467 menciona a palavra ‘consumidores’ como sinônimo de ‘fregueses’ dos hospedeiros e dos fornecedores de alimentos e pousada ao regular o penhor legal. O texto é o seguinte: “ I -os hospedeiros, ou fornecedores de pousada ou alimento, sobre as bagagens, móveis, jóias ou dinheiro que os seus *consumidores* ou fregueses tiverem consigo nas respectivas casas ou estabelecimentos, pelas despesas ou consumo que aí tiverem feito;”

⁸⁴ Veja Câmara dos Deputados, Relatório final do Relator Deputado Ricardo Fiuza, *Código Civil*, Brasília, 2000, p. 115.

⁸⁵ Mensagem nr. 160 de 1975, in TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo, *O Novo Código Civil*, Del Rey, 2001, p. 322.

leis anteriores a 1975, em matéria obrigacional, com algumas adaptações nos anos 90. Conclui-se que os revisores do CC/2002 não tiveram a pretensão de ‘incorporar’ o CDC ou qualquer norma de proteção específica do consumidor ao Código Civil de 2002. A proteção assegurada é geral, respeitando a lei especial de tutela dos direitos dos consumidores.

3. UNIFICAÇÃO DAS OBRIGAÇÕES CIVIS E COMERCIAIS E A DISTINÇÃO DAS RELAÇÕES DE CONSUMO: IGUALDADE E EQUIDADE NO TRATAMENTO DOS SUJEITOS DESIGUAIS E SUAS RELAÇÕES MISTAS

Conforme Miguel Reale, uma diretriz principal da elaboração do novo Código Civil foi a de superar o individualismo do Código Civil de 1916 e unificar as obrigações civis e comerciais, respeitando a existência de leis especiais, de forma a estabelecer: “*a) a compreensão do Código Civil como lei básica, mas não global, do Direito Privado, conservando-se em seu âmbito, por conseguinte, o direito das obrigações sem distinção entre obrigações civis e mercantis, consoante diretriz já consagrada, nesse ponto, desde o Anteprojeto do Código de Obrigações de 1941, e reiterada no Projeto de 1965.*”⁸⁶

O novo Código Civil Brasileiro de 2002 deseja ser, pois, *um Código central e para iguais!* Mister destacar, portanto, a noção subjacente da *igualdade*, que está intrinsecamente ligada a noção – tão importante em matéria contratual- da *equidade* (*Justiça para o caso concreto*)! Em outras palavras, não sendo o Código Civil de 2002 (CC/2002) um Código exaustivo ou total e sim um Código ‘central’, pressupõe, em suas regras de transição ou disposições voltadas para o conflito de leis no tempo, a continuação de leis especiais.

Dentre as leis de Direito Privado mais importantes no Brasil na última década encontra-se o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), cujo espírito e teleologia estão ligados a um novo paradigma, o paradigma de *diferença*, da *igualdade* dos desiguais, do tratamento desigual para os desiguais, do tratamento de grupos ou plural, de

⁸⁶ Exposição de Motivos do Anteprojeto do Código Civil (16 de janeiro de 1975), Mensagem 160, in Nery/Nery, p. 115.

interesses difusos e de equidade, em uma visão mais nova, também chamada de pós-moderna.⁸⁷ Efetivamente, o Código de Defesa do Consumidor-CDC é um contraponto em relação ao campo de aplicação do CC/2002, pois prevê o tratamento especial dos diferentes ou vulneráveis caracterizados como consumidores (Art. 2º, caput, Parágrafo único do Art. 2º, Art. 29 e Art. 17 do CDC). Assim, pode ser considerado o mais importante exemplo do atual pluralismo de fontes e agentes no direito privado brasileiro.

O *pluralismo*,⁸⁸ a pluralidade de métodos, de fontes e de agentes econômicos caracteriza e desafia o Direito Privado brasileiro atual. É o desafio proposto pelo aparecimento de novos sujeitos de direitos, que levam à distinção do campo de aplicação de uma norma subjetivamente com base no agente econômico envolvido (civil, empresário ou consumidor).

A pergunta que fica é se a pluralidade de agentes ou ‘subjetivismo’ não levará - novamente - à fragmentação (*Zersplitterung*) do Direito Privado e uma necessária co-habitação de dois paradigmas, duas lógicas: a relação entre iguais e a relação entre diferentes.⁸⁹ Autores espanhóis já estão dividindo o Direito Privado (Europeu), que é centrado na regulação do mercado integrado, logo, com campo de aplicação *ratione materiae*, novamente em “direito privado patrimonial”, que incluiria o aqui tratado direito obrigacional reunificado, o direito civil patrimonial, o direito empresarial, o direito do consumidor e o direito privado não-patrimonial (direito de família e sucessões).⁹⁰

Como ensina Philippe Mastronardi, a maneira de pensar do jurista é quase sempre bipolar (direitos/deveres, *Schuld/Haftung*, objetivo/

⁸⁷ Sobre a caracterização do CDC com traços pós-modernos, veja Lima Marques, Claudia. “Direitos básicos do consumidor na sociedade pós-moderna de serviços: o aparecimento de um sujeito novo e a realização de seus direitos”, in *Revista Direito do Consumidor*, 35 (2000), p. 61 e seg.

⁸⁸ Segundo Jayme, *Recueil des Cours*, 251 (1995), p. 60 e seg., o pluralismo é a grande característica do direito pós-moderno. Veja sobre pluralismo jurídico e pós-modernismo também, Hespânia, António M., *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*, Ed. Europa-América, 2.ed., p. 246 e seg. (em especial, p. 255 a 259).

⁸⁹ Assim, analisando a América Latina, como “exemple de cohabitation de deux cultures et de deux langues”, JAYME, Erik, *Langue et Droit. Rapport général-Bristol 1998*, in: *Rechtsvergleichung- Ideengeschichte und Grundlagen von Emerico Amari zur Postmoderne*, C.F. Müller, Heidelberg, 2000, p. 118.

⁹⁰ Veja neste sentido, SÁNCHEZ LORENZO, Sixto A., *Derecho privado europeo*, Ed. Comares, Granada, 2002, p. 202 e 203.

subjetivo etc.), a procurar diferenças e semelhanças, a distinguir (*differenzieren*) desde o tempo dos romanos e a fazer generalizações desde o século XII (*generalisieren*).⁹¹ Assim as distinções entre os contratos ou obrigações entre dois civis, dois empresários e entre um empresário e um civil ou consumidor, persistem e ganham força apesar da unificação realizada pelo novo Código Civil. Há que se procurar na função social de cada um destes contratos (Art. 421) a linha de sua interpretação. No caso dos contratos de consumo, haverá prioridade (primazia) de aplicação do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8078/90) em relação ao novo CC/2002.⁹² O diferente aqui é o sincretismo de métodos (*Methodensynkretismus*),⁹³ temos a distinção e a unificação lado a lado, ao mesmo tempo, no mesmo sistema de direito privado brasileiro. Um bom exemplo desta coabitação de métodos legislativos é o próprio Direito da empresa do CC/2002.

De um lado, o CC/2002 faz uma opção “italiana”, ou semelhante ao Codice Civile de 1942, unificando o tratamento das obrigações civis e comerciais e revogando a primeira parte do Código Comercial. No Código Civil de 2002, esta opção vem acompanhada de um livro novo dedicado à empresa (elemento considerado unificador do Direito Privado), mas não vem acompanhada de mudanças substanciais na Parte Geral, referente aos sujeitos de direito (não há qualquer menção ao consumidor) e nem de um capítulo (modelo italiano) especial sobre contratos de consumo ou normas e cláusulas gerais especiais para a proteção dos mais fracos no Direito Privado (modelo alemão).

Comparando opção brasileira com a realizada na Alemanha, na Reforma do BGB ocorrida nos anos 2000 e 2001, no Brasil houve a inclusão da figura do ‘Empresário’, mas não a de ‘consumidor’ no Código Civil de 2002. Esta inclusão da figura do empresário no Código Civil Brasileiro de 2002, no Art. 966,⁹⁴ sem que tenha sido incluído a

⁹¹ Mastronardi, Philippe, *Juristisches Denken*, Verlag Paul Haupt, Berna/Stuttgart/Viena, 2001, p. 209.

⁹² Veja sobre tema detalhes meu artigo Marques, Cláudia Lima, “Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: do diálogo das fontes no combate às cláusulas abusivas”, in *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 45 (jan.-março 2003), p. 71 a 99.

⁹³ Assim ensina Kaufmann, Arthur, *Das Verfahren der Rechtsgewinnung- Eine rationale Analyse*, Beck. Munique, 1999, p. 8 e seg.

⁹⁴ O texto é o seguinte: “Art. 966. *Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade*

do consumidor (semelhantemente ao *Verbraucher* do § 14 do BGB), deixa intacto o microssistema de direito do consumidor. Assim, o CDC, continua a regular com suas normas especiais –com primazia e prioridade - as relações de consumo. As normas do CC/2002 podem ser aplicadas às relações de consumo como normas gerais, subsidiárias e no que couber, ou quando especificarem sua aplicação ao caso ou contrato. A opção alemã de incluir no BGB, Código geral, todas as leis esparsas referentes as relações ou contratos de consumo, regulando-as através de normas especiais e fazendo brilhar mais fortes as exigências da boa-fé e da proteção da confiança quando presente um consumidor, não foi seguida pelo direito brasileiro, que segue trabalhando com um Código central, subsidiário e um microcódigo especial prevalente, que define seu próprio campo de aplicação exclusivo.

Em resumo, se o novo Código Civil de 2002 modificou o Direito Privado brasileiro, unificando o direito das obrigações, e definiu o empresário (Art. 966), a sociedade empresária (Art. 982) e o estabelecimento (art. 1.142), não definiu –assim como também não o fez o Código Civil Italiano de 1942- o elemento unificador do direito privado: a empresa. Trata-se, pois, de uma opção subjetiva: a definição do papel que o sujeito exerce no mercado, naquele preciso momento e naquele contexto relacional, é que definirão o campo de aplicação das leis e a maneira como elas ‘dialogam’ ou se aplicam, ao mesmo tempo, àquela mesma situação jurídica: prioritariamente ou subsidiariamente! E mais do que isto, a finalidade (civil, empresarial ou de consumo) da relação é outro fator a considerar. Isto valoriza a teoria finalista de interpretação do CDC e a definição principal de consumidor do artigo 2º do CDC: “*Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.*”

Em outras palavras, do domínio desta destinação subjetiva e finalista (relação entre iguais, de finalidade puramente civil ou de finalidade comercial e relação mista entre diferentes ou de consumo), depende a própria compreensão sobre a aplicação da nova lei (CC/

econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.”

2002) e suas antinomias (reais e aparentes) ou diálogos com as leis especiais anteriores, como o CDC.

Se tivéssemos que utilizar uma figura de linguagem para descrever o modelo *sui generis* brasileiro, o direito privado brasileiro reconstruído pela Constituição de 1988 seria semelhante a um edifício. O Código Civil de 2002 é a base geral e central, é o próprio edifício, em que todos usam o corredor, o elevador, os jardins, é a entrada comum a civis, a empresários e a consumidores em suas relações obrigacionais. Já o CDC é um local especial, só para privilegiados, é como o apartamento de cobertura: lá existem privilégios materiais e processuais para os diferentes, que passam por sua porta e usufruem de seu interior, com piscina, churrasqueira, vista para o rio ou o mar e outras facilidades especiais. Na porta da cobertura só entram os convidados: os consumidores, os diferentes, em suas relações mistas com fornecedores. Sustentando conceitualmente o privilégio ou como base do CDC, está o CC/2002, com seus princípios convergentes (boa-fé, combate ao abuso, à lesão enorme, à onerosidade excessiva etc.), sempre pronto a atuar subsidiariamente.

A diferença de paradigma é, porém, substancial: a proteção do desigual concedida pelo CDC é mais forte do que a boa-fé normal das relações entre iguais. Isto se deve aprender do modelo alemão, que optou por incluir normas diferentes e cláusulas gerais especiais para a defesa do mais fraco. Assim, se há o paradigma da boa-fé nas relações entre iguais (dois empresários) e há o dever de informar, é claro que a informação entre *experts* deve ser mais branda, mesmo que leal, pois são dois profissionais e especialistas. Já a informação do *expert* em relação ao consumidor é um dever qualificado, há que se pressupor que ele é um leigo, há dever de esclarecer, aconselhar, explicar dados que seriam banais e pressupostos entre dois empresários, mas não entre um profissional e um leigo.

Em outras palavras, o fornecedor que entre no apartamento de cobertura para fazer negócios com os consumidores sabe que sua boa-fé deve ser qualificada, o que não quer dizer que nos outros andares do edifício não tenham também que agir de boa-fé. Esta é grande lição da magistral reforma dos alemães, neste início de século XIX: quem usar o mesmo paradigma e o CC/2002 (sem o CDC!) na relação

entre diferentes estará violando o valor (*Wert*) constitucional de proteger os consumidores de forma especial, mesmo que invoque a boa-fé para fazê-lo! Daí a importância de aprofundar a idéia de diálogo das fontes.

II – OS TRÊS TIPOS DE DIÁLOGOS POSSÍVEIS ENTRE O CDC E O CC/2002

Diálogo pressupõe o efeito útil de dois (*di*) e uma lógica ou fala (*logos*), enquanto o ‘conflito’ leva a exclusão de uma das leis e bem expressa a mono-solução ou o ‘monólogo’ de uma só lei. Este esforço para procurar novas soluções plurais está visando justamente evitar-se a ‘antinomia’ (conflitos ‘pontuais’ da convergência eventual e parcial do campo de aplicação de duas normas no caso concreto)⁹⁵ pela correta definição dos campos de aplicação. Evitar, assim, a ‘incompatibilidade’ total (‘conflitos de normas’ ou conflitos entre normas de duas leis, conflitos ‘reais’ ou ‘aparentes’), que leve a retirada de uma lei do sistema, a qual levaria a ‘não-coerência’⁹⁶ do sistema plural brasileiro, que deixaria desprotegido os sujeitos mais fracos, que a Constituição Federal de 1988 visou proteger de forma especial, os consumidores.

A) O DIÁLOGO ENTRE O CDC E O CC/2002: BASES

Como já mencionamos, em uma visão ‘moderna’ ou perfeita do ordenamento jurídico no tempo, teríamos a “Tese” (lei antiga), a “antítese” (lei nova) e a conseqüente síntese (a revogação), a trazer clareza e certeza ao sistema (jurídico) de Direito Privado. Os critérios usados para resolver os conflitos de leis no tempo são apenas três: anterioridade, especialidade e hierarquia, sendo a hierarquia, segundo Bobbio, o critério definitivo.⁹⁷

⁹⁵ Veja detalhes em meu livro, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, RT, São Paulo, 2002, p. 515 e seg.

⁹⁶ SAUPHANOR, Nathalie, *L’Influence du Droit de la Consommation sur le système juridique*, Paris, LGDJ, 2000, p. 31.

⁹⁷ Veja BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*, Ed. Pollis/Universidade de Brasília, S. Paulo, Brasília, 1990, P. 92 e BOBBIO, Norberto, „Des critères pour résoudre les antinomies“, in PERELMAN, CH. (Coord.), *Les antinomies en Droit*, Bruxelles, Ed. Bruylant, 1965, p. 255.

Aceite-se ou não a pós-modernidade, a verdade é que, na sociedade complexa atual, com a descodificação, a tópica e a micro-recodificação (como a do CDC)⁹⁸ trazendo uma forte pluralidade de leis ou fontes, a doutrina atualizada está à procura de uma harmonia ou coordenação entre estas diversas normas do ordenamento jurídico (concebido como sistema).⁹⁹ É a denominada “coerência derivada ou restaurada” (“*cobérence dérivée ou restaurée*”),¹⁰⁰ que procura uma eficiência não só hierárquica,¹⁰¹ mas funcional¹⁰² do sistema plural e complexo de nosso direito contemporâneo.¹⁰³

Erik Jayme¹⁰⁴ alerta-nos que, nos atuais tempos pós-modernos, a pluralidade, a complexidade, a distinção impositiva dos direitos humanos e do „*droit à la différence*“ (direito a ser diferente e ser tratado diferentemente, sem necessidade mais de ser ‘igual’ aos outros) não mais permitem este tipo de clareza ou de ‘mono-solução’. A solução atual ou pós-moderna é sistemática e tópica ao mesmo tempo, pois deve ser mais fluida, mais flexível, a permitir maior mobilidade e fineza de distinções. Hoje, a *superação* de paradigmas foi substituída pela *convivência ou coexistência dos paradigmas*,¹⁰⁵ como indica nosso título. Efetivamente, raramente encontramos hoje a revogação expressa, substituída pela incerteza da revogação tácita indireta, através da idéia de ‘incorporação’, como bem expressa o Art. 2.043 do novo Código Civil. Há mais convivência de leis com campos de aplicação diferentes, do que exclusão e clareza. Seus campos de aplicação, por vezes, são convergentes e, em geral diferentes, mas convivem e coexistem em

⁹⁸ Mencione-se aqui que a sempre citada obra de CANARIS, Claus-Wilhelm, *Pensamento sistemático e conceito de Sistema do Direito*, Gulbelkian, Lisboa, 1989, constrói sua idéia de sistema justamente criticando a tópica, p. 255 e seg. sobre tópica veja WIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*, trad. Tércio S. Ferraz Jr., Brasília, Departamento de Imprensa Nacional, MJ-UnB, 1979.

⁹⁹ Veja SAUPHANOR, p. 23 a 32.

¹⁰⁰ Expressão de SAUPHANOR, p. 32.

¹⁰¹ Veja sobre a crise ou neutralização do critério da hierarquia e a utilização de outros critérios, GANNAGÉ, Léna, *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé*, LGDJ, Paris, 2001, p. 25 e 26.

¹⁰² SAUPHANOR, p. 30.

¹⁰³ Veja sobre a necessidade de ‘coordinamento con altre disposizioni’ do Código Civil e das leis especiais de proteção do consumidor, ALPA, Guido et alii, *La disciplina generale dei contratti*, 8. ed., Giappichelli Ed. Torino, 2001, p. 613 e seg.

¹⁰⁴ JAYME, Recueil des Cours, p. 60 e p. 251.

¹⁰⁵ GANNAGÉ, p. 17.

um mesmo sistema jurídico que deve ser ressystematizado. O desafio é este, aplicar as fontes em diálogo de forma justa, em um sistema de direito privado plural, fluido, mutável e complexo.¹⁰⁶

Seguirei aqui novamente a teoria de Erik Jayme, que propõe – em resumo- no lugar do conflito de leis a visualização da possibilidade de coordenação sistemática destas fontes: o diálogo das fontes.¹⁰⁷ Uma coordenação flexível e útil (*effet utile*) das normas em conflito no sistema a fim de restabelecer a sua coerência. Muda-se assim o paradigma: da retirada simples (revogação) de uma das normas em conflito do sistema jurídico ou do ‘monólogo’ de uma só norma (a „comunicar“ a solução justa), à convivência destas normas, ao ‘diálogo’¹⁰⁸ das normas para alcançar a sua „ratio“, a finalidade visada ou „narrada“ em ambas. Este atual e necessário ‘diálogo das fontes’¹⁰⁹ permite e leva à aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas convergentes com finalidade de proteção efetiva.¹¹⁰

Como já escrevi, são três os ‘diálogos’ possíveis entre o Código de Defesa do Consumidor-CDC, como lei anterior, especial e hierarquicamente constitucional (veja mandamento expresse sobre sua

¹⁰⁶ Do grande mestre da USP, vem a expressão sistema hiper-complexo, veja AZEVEDO, Antonio Junqueira de, “O Direito pós-moderno e a codificação”, in *Revista Direito do Consumidor*, vol. 33 (2000), p. 124 e seg.

¹⁰⁷ JAYME, Recueil des Cours, 251 (1995), p. 60.

¹⁰⁸ Como afirmamos anteriormente: “‘Diálogo’ porque há influências recíprocas, ‘diálogo’ porque há aplicação conjunta das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementariamente, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção voluntária das partes sobre a fonte prevalente (especialmente em matéria de convenções internacionais e leis modelos) ou mesmo permitindo uma opção por uma das leis em conflito abstrato. Uma solução flexível e aberta, de interpenetração ou mesmo a solução mais favorável aos mais fracos da relação (tratamento diferente dos diferentes).” in RDC 45, p. 74 e 75 ou in MARQUES/BENJAMIN/MIRAGEM, p. 26 e 27.

¹⁰⁹ JAYME, Recueil des Cours, 251 (1995), p. 259: “Dès lors que l’on évoque la communication en droit international privé, le phénomène le plus important est le fait que la solution des conflits de lois émerge comme résultat d’un dialogue entre les sources le plus hétérogènes. Les droit de l’homme, les constitutions, les conventions internationales, les systèmes nationaux: toutes ces sources ne s’excluent pas mutuellement; elles ‘parlent’ l’une à l’autre. Les juges sont tenus de coordonner ces sources en écoutant ce qu’elles disent.”

¹¹⁰ Como ensina SAUPHANOR, p. 31, em direito, a ausência de coerência consiste na constatação de uma antinomia, definida como a existência de uma incompatibilidade entre as diretivas relativas ao mesmo objeto. No original: “En droit, l’absence de cohérence consiste dans la constatation d’une antinomie, définie comme l’existence d’une incompatibilité entre les directives relatives à un même objet.”

criação no sistema jurídico brasileiro no Art. 48 ADCT/CF 1988 e como incluído entre os direitos fundamentais, Art. 5,XXXII da CF/88)¹¹¹ e o novo Código Civil, Lei 10.406/2002.

“1) na aplicação simultânea das duas leis, uma lei pode servir de base conceitual para a outra (*diálogo sistemático de coerência*), especialmente se uma lei é geral e a outra especial; se uma é a lei central do sistema¹¹² e a outra um microsistema específico,¹¹³ não-completo materialmente, apenas com completude subjetiva de tutela de um grupo da sociedade. Assim, por exemplo, o que é nulidade, o que é pessoa jurídica, o que é prova, decadência, prescrição e assim por diante, se conceitos não definidos no microsistema (como vêm definidos consumidor, fornecedor, serviço e produto nos Art. 2,17,29 e 3 do CDC), terão sua definição atualizada pelo entrada em vigor do CC/2002;

2) na aplicação coordenada das duas leis, uma lei pode complementar a aplicação da outra, a depender de seu campo de aplicação no caso concreto (*diálogo sistemático de complementariedade e subsidiariedade* em antinomias aparentes ou reais), a indicar a aplicação complementar tanto de suas normas, quanto de seus princípios, no que couber, no que for necessário ou subsidiariamente. Assim, por exemplo, as cláusulas gerais de uma lei podem encontrar uso subsidiário ou complementar em caso regulado pela outra lei. Subsidiariamente o sistema geral de responsabilidade civil sem culpa ou o sistema geral de decadência podem ser usados para regular aspectos de casos de consumo, se trazem normas mais favoráveis ao consumidor. Este ‘diálogo’ é exatamente contraposto, ou no sentido contrário da revogação ou abrogação clássicas, em que uma lei era ‘superada’ e ‘retirada’ do sistema pela outra. Agora há escolha (pelo legislador, veja art. 777, 721 e 732 da Lei 10.406/2002, ou pelo juiz no caso concreto do *favor debilis* do Art. 7 do CDC) daquela que vai „complementar“ a *ratio* da outra (veja também art. 729 da Lei 10.406/2002 sobre aplicação conjunta das leis comerciais);

¹¹¹ Observe-se que mesmo BRIERE, p. 312 e seg. conclui que há uma hierarquia de convenções, se de direito humanos, o que se pode transpor para o direito privado como valorando o critério da hierarquia e ainda mais a hierarquia constitucional dos direitos fundamentais, como o direito do consumidor.

¹¹² Veja detalhes in PASQUALOTTO, Adalberto, “O Código de Defesa do Consumidor em face do novo Código Civil”, *Revista Direito do Consumidor*, nº 43 (jul-dez..2002), p. 106.

¹¹³ Veja detalhes sobre o CDC como microsistema, in PASQUALOTTO, p. 106 e seg.

3) há o diálogo das influências recíprocas sistemáticas, como no caso de uma possível redefinição do campo de aplicação de uma lei (assim, por exemplo, as definições de consumidor *stricto sensu* e de consumidor equipado podem sofrer influências finalísticas do novo Código Civil, uma vez que esta lei nova vem justamente para regular as relações entre iguais, dois iguais-consumidores ou dois iguais-fornecedores entre si, no caso de dois fornecedores tratam-se de relações empresariais típicas, em que o destinatário final fático da coisa ou do fazer comercial é um outro empresário ou comerciante), ou como no caso da possível transposição das conquistas do *Richterrecht* (Direito dos Juízes) alcançadas em uma lei para a outra. É a influência do sistema especial no geral e do geral no especial, um diálogo de *double sens*¹¹⁴ (*diálogo de coordenação e adaptação sistemática*).”

B) REFLEXÕES SOBRE O DIÁLOGO ENTRE O REGIME DA INFORMAÇÃO E DA OFERTA AO PÚBLICO NO NOVO CÓDIGO CIVIL (ART. 429) E O DA OFERTA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (ART. 30 E 35): DIÁLOGO SISTEMÁTICO DE COMPLEMENTARIEDADE E SUBSIDIARIEDADE EM ANTINOMIA APARENTE

Em meu primeiro artigo sobre o tema analisei as cláusulas abusivas, agora nos interessa o “diálogo” (ou os reflexos) do Art. 429 do CC/2002, que regula a chamada “oferta ao público” com o sistema de oferta de consumo, sistema vinculante, imperativo, protetivo da confiança despertada nos consumidores, público em geral, e, assim, não-revogável, dos Art. 30 e 35 do Código de Defesa do Consumidor, como exemplo do *diálogo sistemático de complementariedade e subsidiariedade*, apesar da antinomia aparente.

Na visão tradicional, a proposta ou “oferta” traduziria uma vontade *definitiva* de contratar naquelas bases oferecidas, e traria em si (todos) os elementos “essenciais” do futuro contrato (por exemplo, coisa e preço, na compra e venda), eis porque o direito sempre reconheceu efeitos jurídicos próprios à proposta. A proposta é

¹¹⁴ Veja a obra de SAUPHANOR, p. 32.

obrigatória, tem força vinculante em relação a quem a formula, devendo ser mantida por certo tempo. Basta, pois, o consentimento (aceitação) do outro parceiro contratual e estará concluído o contrato (art. 427 do CCBBr./2002). O novo Código Civil de 2002 prefere utilizar a expressão ‘proposta’, repetindo em seu art. 427 a norma do art. 1.080 do CCBBr./1916 e afirmando que a “*proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso*”. Já as propostas a pessoa indeterminada ou “ao público em geral”, denominam-se ‘ofertas’, sendo que o próprio CDC utiliza sempre esta terminologia, indicando que o fornecedor não comanda a ‘proposta’ após a ter declarado na sociedade de massas atual. A diferença está na sua finalidade de consumo e nos sujeitos envolvidos, pois existem ofertas dos fornecedores voltadas para o (“público”) consumidor (varejo, em geral), existem ofertas feitas por um civil em relação a um objeto infugível (por exemplo, ofertas feitas em classificados, por quem não é empresário, para vender seu carro ou celular ou alugar imóvel) e ofertas (também ao público) voltadas para os comerciantes (ofertas do atacado, de máquinas e veículos industriais etc.), estas duas últimas, ofertas entre “iguais”, agora, encontram regulação especial no novo CCBBr./2002.

Em resumo, as primeiras continuaram reguladas pelo CDC; já as segundas encontram especial regulação, se ofertas ao público, no art. 429 do CCBBr./2002 que impõe: “*A oferta ao público equivale a proposta quando encerra os requisitos essenciais ao contrato, salvo se o contrário resultar das circunstâncias ou dos usos.*”

São dois sistemas diferentes, um sistema geral para as relações entre iguais e um microssistema para as relações desequilibradas, ou entre diferentes,¹¹⁵ mas apesar das finalidades e dos campos de aplicação subjetivos diferentes, possuem o mesmo princípio (da confiança) e tratam –materialmente– de temas semelhantes. É assim que não haverá antinomia (conflito) real entre as normas, pois os campos de aplicação são diferentes, nem antinomia de princípios e, sim, “diálogo” (ou os

¹¹⁵ Sobre o CC/2002 como “Código de iguais”, da igualdade generalizante, e o CDC, como “Código dos desiguais” ou da equidade, da solução tópica (igualdade com calma e com ‘alma’) para o caso concreto, veja meu artigo, “Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: do ‘diálogo das fontes’ no combate às cláusulas abusivas”, in *Revista Direito do Consumidor*, vol. 45 (jan./mar. 2003), São Paulo, p. 71-99.

reflexos) do Art. 429 do CC/2002, que regula a chamada “oferta ao público”, revogável excepcionalmente e quando assim o expressa, em relação com o sistema de oferta de consumo, que é , como vimos, vinculante, imperativo, protetivo da confiança despertada nos consumidores, público em geral, e não-revogável *ex vi* Art. 30 e 35 do Código de Defesa do Consumidor.

Aqui, a pergunta que nos move é se realmente, como afirmaram alguns sob a égide do Código Civil de 1916, inclusive o Sílvio Luís Ferreira da Rocha,¹¹⁶ podemos considerar as expressões ‘oferta’ e ‘proposta’ como sinônimos verdadeiros. Cristina Pasqual, em sua dissertação de Mestrado na UFRGS, que mereceu a nota máxima, defende a tese de que oferta, seja de consumo, regulada expressa e exaustivamente no sistema especial do CDC, seja a oferta ao público, mencionada e regulada diferentemente no Art. 429 do CC/2002, não são sinônimos. A *distintio* da jovem jurista gaúcha é importante e merece reflexão.

Efetivamente, o argumento *a contrario* parece indicar que Cristina Pasqual está correta, pois se sinônimos fossem e se toda a oferta ao público no sistema geral do Código Civil de 2002 fosse considerada ‘proposta contratual’, desnecessário seria o novo Art. 429 do CC/2002. Note-se que este artigo específico sobre a oferta ao público (ou a pessoas indeterminadas, presentes ou ausentes) não existia no sistema do CC/1916, sobre o qual escreveu Sílvio Luis Ferreira da Rocha, em 1997! Diferentes seriam as expressões oferta (usada pelo CDC) e proposta, tanto que o próprio CC/2002 dedicar-lhe-ia um artigo para exatamente explicitar que, em alguns casos e - só nestes casos - do sistema geral, a oferta pode equivaler a uma proposta (contratual). E o Art. 429 do CC/2002 imporá, em seu parágrafo único, que neste caso - quando a oferta o público em geral equivaler à proposta contratual – o sistema da proposta-oferta ao público em geral será outro, uma proposta contratual em princípio irrevogável pela confiança despertada no público! Para ser ‘revogável’ ou para ser mais próxima ao sistema geral do direito privado, deve o proponente especificar na

¹¹⁶ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da, *A Oferta no Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo: Editorial Lemos, 1997, p. 16: “As expressões oferta e proposta são utilizadas como sinônimos.”

oferta ao público que esta é ‘revogável’, não criando assim um suporte fático de ‘confiança’ na irrevogabilidade da oferta!

Efetivamente, o CC/2002 dispõe no “*Art. 429.... Parágrafo único. Pode revogar-se a oferta pela mesma via de sua divulgação, desde que ressalvada esta faculdade na oferta realizada.*” Em nenhum outro artigo o CC/2002 utiliza a expressão ‘oferta’ e regula o regime geral apenas da ‘proposta’. Daí entender-se que a ‘oferta’ é exceção em relação à ‘proposta’, mesmo no sistema geral do CC/2002. O Código de Defesa do Consumidor, por sua vez, desde 1990 utiliza a expressão ‘oferta’, neste caso, oferta de consumo com um regime forte e muito especial. O regime da oferta de consumo (sempre ao público), quebra dois dogmas da teoria clássica do contrato¹¹⁷: o da possibilidade autodeterminação (*Selbstbestimmung*) total do conteúdo e da extensão da proposta contratual, isto é, a possibilidade de fazer uma proposta revogável ou não, a todos ou a um só grupo, limitada ou não no tempo e no espaço, para dar alguns exemplos (veja no CDC o Art. 39, considerando estas práticas comerciais como abusivas e o Art. 51, como cláusulas nulas) e da autovinculação (*Selbstbindung*) desejada, isto é, da vinculação do contratante somente aquilo que ele prometeu e quis que integrasse o futuro contrato ou proposta contratual (veja Art. 30, 31, 24, 25, 33, 34, 46, 48, 54 do CDC).

Já adaptado ao novo paradigma da boa-fé e da proteção da confiança despertada, o CDC expandiu a noção de oferta, para nela incluir toda a informação suficientemente precisa e mesmo a publicidade ou atos de marketing (Art. 30) e determinou que estes atos negociais prévios fossem não só vinculantes, mas que integrassem o contrato que vier a ser celebrado (queira o fornecedor ou não *ex vi* Art. 1º c/c Art. 30 do CDC), quebrando a possibilidade de autodeterminação própria e autovinculação própria. Em outras palavras, ao determinar o CDC, que: “*Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado*”, estava o CDC estabelecendo um paradigma de transparência

¹¹⁷ Seguirei aqui os ensinamentos de KÖNDGEN, Johannes, *Selbstbindung ohne Verträge- Zur Haftung aus geschäftsbezogenem Handeln*, Tübingen: Möhr, 1981, p. 291 e seg.

e de proteção da confiança. Toda a informação prestada pelos fornecedores, mesmo sobre a forma de publicidade ou apresentação de produtos e serviços (Art. 35 do CDC), pode vincular o fornecedor, queira ele ou não, tenha ele ou não ressalvado na publicidade ou oferta que a ela não se vincula, tenha ele a feito veicular (pago) ou tenha ele simplesmente dela se aproveitado (institucionalmente, direta ou indiretamente!), se criou a confiança de boa-fé nos consumidores!

Sendo a Lei 10.406/2002, lei geral e mais nova, pergunta-se se teria ela estabelecido uma antinomia ou conflito entre o disposto no Art. 429 e o sistema da oferta de consumo (que também é ao público!) prevista nos Art. 30 e 35 do CDC. O tema é complexo e simplificações apressadas ou irrefletidas, podem conduzir a conclusões errôneas: ou que o Art. 429 do CC/2002 e o sistema de proposta nenhuma lição traz para o Art. 30 do CDC, ou que toda a oferta de consumo do CDC é uma oferta ao público, que seria agora regulada apenas ou em primeiro lugar pelo Art. 429, ficando o CDC para uma aplicação subsidiária?!

De forma a não recair nestes equívocos, mister ponderar lentamente. Em primeiro lugar, mister analisar separadamente o sistema da proposta no novo CC/2002, seus artigos 427 a 435, Seção II intitulada “Da formação dos contratos”, do Cap. I, Das Disposições Gerais, do Título V, dos Contratos em Geral da Parte Especial do CC/2002, Do Direito das Obrigações, e o sistema da oferta de consumo, imposto imperativamente nos Artigos 30 e 35 do CDC combinados com os Art. 1, 31, 32, 33, 34, 36, 37, 38, 39, 40 e 48 do CDC. Em um segundo lugar, mister concluir quanto o tema que os une, o reflexo maior da boa-fé e probidade nas relações negociais, a proteção da confiança. A proposta contratual, no sistema geral, e a oferta de consumo do CDC despertam a confiança dos futuros contratantes ou aceitantes. Sendo assim, devemos considerar que tipo de diálogo haverá entre o Art. 429 do CC/2002 e o Art. 30 e 35 do CDC no que se refere à vinculação da oferta e à determinação do conteúdo desta oferta no mercado.

Como ensina Antônio Herman Benjamin, quatro idéias básicas distinguem a oferta ao público do Art. 429 do Art. 30 e 35 do CDC e levam à consequência da inaplicabilidade do Art. 429 do CC/2002 para regular as ofertas de consumo, mantendo intacto o regime do

CDC.¹¹⁸ Ontologicamente os regimes da oferta de consumo do CDC e da oferta ao público do CC/2002 divergem. O CC/2002 segue a teoria da vontade (Art. 112 e seg. do CC/2002), enquanto o CDC segue a teoria da declaração, especificamente valorizando a confiança criada (Art.30 do CDC).¹¹⁹ Divergem também na divisão de riscos. O CC/2002 prevê a responsabilidade objetiva como exceção, enquanto no CDC é a regra. Em matéria de contratos, o CDC permite um controle do conteúdo dos contratos segundo a boa-fé muito maior do que o permitido no CC/2002. Diverge também o paradigma ético-social, que no CC/2002 é o das relações entre iguais e no CDC, por mandamento constitucional, é o da proteção do mais fraco, presumindo-se a vulnerabilidade do consumidor (Art. 4,I do CDC). No CDC, a oferta de consumo nunca é revogável e só pode haver limitação de sua eficácia. No CC/2002, a revogabilidade é a regra (art. 428), sendo que o parágrafo único do Art. 429 é uma exceção, ao limitar a possibilidade de revogação, se a ‘proposta’ foi ao público em geral (oferta). Logo, a proposta do CC/2002 além de ter de ser completa para vincular (conter os “elementos essenciais” do contrato futuro), vincula e integra o contrato com muito menor força, do que a oferta de consumo do Art. 30,31,33,34 e 35 do CDC.¹²⁰

Como afirma Köndgen, a oferta e a publicidade são declarações (não totalmente controláveis pelo empresário) no mercado de massas (*Erklärungen an die Marköffentlichkeit*) daí seu regime excepcional, sejam de consumo, meramente civis ou entre empresários.¹²¹ Neste sentido, as profundas observações de Benjamin devem ser seguidas, pois poder revogar toda e qualquer oferta de consumo acabaria com a eficácia da teoria da confiança no CDC e com a vinculação de qualquer informação suficientemente precisa, ampliando demasiadamente o poder do ofertante, transformando a publicidade novamente em uma *invitatio ad offerendum*¹²², aumentando a já gritante diferença de poder de barganha

¹¹⁸ Assim 8ª edição de seus comentários BENJAMIN, Antônio Hermnan, in PELLEGRINI, Ada et alii, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos Autores do Anteprojeto*, 8.Ed., Forense Universitária: São Paulo, 2004, p. 297 e 230.

¹¹⁹ Assim MARQUES, p. 437 in BENJAMIN/MARQUES/MIRAGEM.

¹²⁰ Assim BENJAMIN/MARQUES/MIRAGEM, p. 437.

¹²¹ KÖNDGEN, p. 284.

¹²² KÖNDGEN, p. 291.

entre o fornecedor e o consumidor em matéria de práticas comerciais pré-contratuais na sociedade de massas e no mercado de consumo.

Mencione-se também que no sistema do CDC a oferta de consumo é, por força do Art. 30 e 35, um *negócio jurídico unilateral* e vincula o fornecedor que a veicular ou dela se aproveitar. Acostumados a examinar negócios jurídicos bilaterais (especialmente, os contratos), demonstramos dificuldade em separar os efeitos autônomos da oferta e aqueles oriundos da união entre oferta e aceitação para a formação de um novo ser, o contrato. Não podemos, porém, esquecer da existência dos negócios jurídicos *unilaterais*, aqueles que criam obrigações para um indivíduo. E a obrigação principal aqui é a vinculação, expressamente prevista no CDC no Art. 30, 34 e 48, além dos deveres de boa-fé.

Acrescente-se também que uma cláusula incluída na publicidade ou na oferta de consumo (por e-mail, prospecto, carta comercial etc.), que permitisse ao fornecedor não cumprir com o prometido ou retirar o prometido unilateralmente é uma cláusula abusiva e não pode ter efeito de transferir este risco profissional (Art. 51,I e IV do CDC), como ensina o STJ no Resp. 396.943.¹²³ Assim, os asteriscos ou limites incluídos na própria oferta, permitindo ao fornecedor revogar ‘a confiança’ na oferta ao público (se de consumo), contra o que dispõe expressamente o Art. 30 e que é direito do consumidor, seria uma cláusula abusiva *ex vi* Art. 51,I c/c Art. 25 do CDC e pode ser propaganda enganosa do Art. 37 do CDC, como tem demonstrado a jurisprudência.¹²⁴ Esta cláusula viola o disposto expressamente no Art.

¹²³ Veja ementa: “PUBLICIDADE. Concurso. Prêmio. Numeração ilegível. Código de Defesa do Consumidor. A fornecedora de refrigerante que lança no mercado campanha publicitária sob forma de concurso com tampinhas premiadas, não se libera de sua obrigação ao fundamento de que a numeração é ilegível. O sistema do CDC, que incide nessa relação de consumo, não permite à fornecedora - que se beneficia com a publicidade - exonerar-se do cumprimento da sua promessa apenas porque a numeração que ela mesma imprimiu é defeituosa. A regra do art. 17 do Dec. 70.951/72 apenas regula a hipótese em que o defeito tiver sido comprovadamente causado pelo consumidor. Recurso não conhecido.” (RESP 396943/RJ – STJ, 4ª T., j. 02.05.2002, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar).

¹²⁴ Veja decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul sobre ‘minúsculos asteriscos’, com a seguinte ementa: “Publicidade enganosa. Danos morais. Montante indenizatório. Critérios de fixação. 1. Ação de indenização que visa a reparação por danos ocasionados pela veiculação, na mídia, de propaganda que, de forma enganosa, induzia a convicção de

35 do CDC, viola o direito de boa-fé de informação do consumidor (Art. 6,I,II e III do CDC) e a forte cláusula geral de boa-fé do CDC, a qual impõe novos parâmetros de lealdade nas ofertas e publicidades no mercado de consumo (Art. 4,III c/c Art. 51,IV e § 1º do CDC). Em resumo, o Art. 429 do CDC, por todos estes motivos, não regula a oferta de consumo ou em outras palavras, o Art. 30 e 35 do CDC regulam a oferta de consumo prioritariamente, como decidiu o STJ no Resp. 363.939.¹²⁵ Aqui o diálogo é de subsidiariedade, primeiro aplica-se o CDC, que regula a oferta de consumo com primazia e em detalhes e somente, no que couber (se lacuna no sistema especial houver!), usa-se o CC/2002.

OBSERVAÇÕES FINAIS

Da análise da primeira parte conclui-se que, efetivamente, o modelo brasileiro é *sui generis*. São dois Códigos separados e autônomos (semelhante ao modelo francês), existem normas (e cláusulas gerais) especiais e mais fortes para a proteção do consumidor, presumido vulnerável e definido de forma especial (semelhante ao modelo alemão), há unificação das obrigações civis e empresariais e definição de empresário (semelhante ao modelo italiano), mas há “protagonismo” constitucional (ou primazia hierárquica, se preferirem) da lei especial mais antiga, o CDC, para as relações entre consumidores e

recebimento de um celular habilitado, em decorrência da assinatura anual da *Revista Exame*. 2. A inserção de minúsculos asteriscos que remetem ao regulamento da promoção afigura-se contrário à regulamentação sobre publicidade constante no Código de Defesa do Consumidor. 3. Responsabilidade pelas conseqüências da publicidade enganosa. 4. Os critérios de fixação do *quantum* indenizatório são de ordem subjetiva do julgador, e visam reparar os danos, bem como dissuadir o réu da prática reiterada dos atos lesivos. Apelos dos réus improvidos.” (TJ/RS, 10ª CCiv., j. 15.08.2002, Rel. Des. Paulo Antônio Kretzmann). Veja do TARGS, semelhante decisão, com a seguinte ementa: “Negócio jurídico e sua interpretação. Obrigação assumida, em oferta ao público, em típica promoção de vendas, de readquirir quotas consortis, ao valor do bem, preço do dia. Intolerável reduzir valor, pelo expurgo da atualização monetária, beneficiando-se da desdita financeira daquele que acreditou na publicidade que se oferecia como enganosa, a vingar tese da embargante.” (EMI 194193652, 3º Grupo Cível, TARGS, Juiz Arminio Jose Abreu Lima da Rosa, j.28/04/1995) .

¹²⁵ Veja STJ, Resp. 369.939, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 04.06.2002, publicada na íntegra in *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 44, p. 313 a 317. Assim conclui MARQUES, in BENJAMIN/MARQUES/MIRAGEM, p. 420.

fornecedores e não do Código Civil (diferente do modelo italiano), não houve incorporação da figura do consumidor no Código Civil (diferente do modelo alemão), nem dos contratos de consumo (diferente do modelo italiano) e, por imposição (mandamento ou *Gebot*) constitucional, o (micro) Código é de defesa do consumidor e não do mercado (diferente do francês). Tudo isto impõe uma visão nova e rigorosa da coexistência, no mesmo ordenamento jurídico, do CDC e do CC/2002.

Na há conflito real entre estas leis, somente antinomias, como a estuda entre o Art. 429 e o Art. 30 e 35 do CDC, mas em sua maior parte – como a analisada – são antinomias aparentes e não reais, que podem ser resolvidas com o uso da aplicação ordenada, subsidiária e especial do CDC e do CC/2002. Útil, pois, é a idéia de ‘diálogo’ das fontes, diálogo que significa a aplicação simultânea, coordenada e sistemática destas duas leis principais e coexistentes no Direito Privado brasileiro. Três serão, em resumo, os diálogos entre o CC/2002 e o CDC: o *diálogo sistemático de coerência*, o *diálogo sistemático de complementariedade e subsidiariedade* em antinomias (reais ou aparentes) e o *diálogo de coordenação e adaptação sistemática*.

PEQUENOS DELITOS, GRANDES OFENSAS: O IMAGINÁRIO JURÍDICO DA CONCILIAÇÃO NO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL E A QUESTÃO DE GÊNERO

Míriam Coutinho de Faria Alves, advogada, professora da Faculdade de Sergipe (FASE), Mestre em Ciências Sociais pela Universidade Federal de Sergipe (UFS), Doutoranda em Filosofia do Direito pela Universidade Autônoma de Barcelona/Espanha em Direito Público.

RESUMO: O presente artigo se propõe a configurar o imaginário jurídico da conciliação sob a perspectiva de gênero, relacionando duas grandes categorias de análise: as formas objetivas de intervenção do Estado a partir das instituições formais do Direito e os imaginários que permeiam os discursos dos operadores do Direito e dos sujeitos sociais implicados nas práticas jurídicas do Juizado Especial Criminal. A conciliação, como prática utilizada pelos Juizados Especiais Criminais está determinada normativamente pela Lei 9.099/95 cujo critério procedimental baseia-se numa prestação jurisdicional célere, privilegiando a oralidade, simplicidade e economia processual. A investigação empírica centraliza-se num recorte específico, em processos de ação penal condicionada interpostos num período de (07) sete meses (janeiro a julho) de 1998, no 1º Juizado Especial da Comarca de Aracaju/ Estado de Sergipe. A conciliação se realiza como uma ação discursiva estruturada estrategicamente pela administração da Justiça com finalidade desburocratizadora, repercutindo na problemática de gênero na medida em que os pequenos delitos se constituem em grandes ofensas sofridas na esfera privada, no âmbito da violência doméstica, ressurgindo na esfera pública sob a estrutura patriarcal do Direito Penal brasileiro.

ABSTRACT: This article intends to examine the judicial frame of thought of conciliation from a perspective of gender issues by relating two broad categories of analysis: 1) the objective forms of the State's

intervention via formal legal institutions, and 2) the perspectives that permeate the discourses of legal operators and the social subjects involved in the judicial practices of the special criminal court system. Law 9.099/95 normatively defines conciliation as a practice used in the Special Criminal Courts whose procedural criteria is based on rapid jurisdictional installment, favoring oral communication, simplicity, and procedural economy.

As a technique for conflict resolution, conciliation has the objective of reaching an agreement between the author of the crime and the victim on the crime in question, thereby permitting the resolution of the litigation in the penal sphere. The empirical study is centered on the specific context of criminal suits during a period of seven months (January-July, 1998), in the first Juizado Especial da Comarca de Aracaju / Estado de Sergipe (Special Court of the Aracaju District / State of Sergipe). This dissertation has the intention of deepening the socio-judicial experience of criminal conciliation by rethinking the conciliation practice inserted within the socio-judicial frame of thought. These conceptions, as expressed by the judicial discourse in the legal process, are represented in the forms of sentences or the set of habits, ways of thinking and acting as legal operators and users of the Special Criminal Justice courts. They serve to identify, analyze, and describe the multiple meanings prevailing in the construction of the judicial frame of thought of conciliation. Conciliation is carried out through a discursive action that is strategically structured by the administration of justice in order to diminish the bureaucracy of the judicial system. It reflects gender issues in that minor crimes are constituted as major offenses suffered in the private sphere of domestic violence, extending to the public sphere within the patriarchal structure of the Brazilian penal system.

SUMÁRIO: 1. Considerações Iniciais; 2. O Imaginário jurídico da conciliação no JEC; 3. Conclusão; 4. Referências bibliográficas.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A compreensão do direito como fenômeno sociocultural tem sido uma preocupação fundamental na área de estudos que pretendem relacionar Estado e Sociedade e as inúmeras tensões que deles advêm.

A idéia de que o Direito precisa ser compreendido como uma totalidade histórica em movimento permite, como adverte Bobbio (1977:56), uma reflexão crítica sobre a reconstrução do Estado como ordenamento jurídico, e como forma de organização social inserida no contexto das relações entre direito e sociedade.

Nesse sentido, no Brasil, as novas orientações constitucionais¹ direcionadas para efetivar o acesso à Justiça, previsto no art.5, inciso XXV da Constituição Federal e o pleno exercício da cidadania modificaram de forma substancial o sistema penal quando a Constituição Federal, no seu artigo 98, institucionalizou a criação dos Juizados Especiais Criminais inserindo a conciliação como uma forma de solucionar os litígios penais de “menor potencial ofensivo” através da Lei Federal 9.099/95, assim conhecida como a Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais que disciplina o procedimento jurídico para o Juizado Especial Cível e Criminal.

Este artigo, fruto de uma investigação sociológica, **objetiva de modo geral**, apontar sob a perspectiva de gênero, o imaginário jurídico da conciliação no Juizado Especial Criminal tendo em vista a ampliação dos direitos e o fortalecimento da cidadania plena das mulheres.

Do ponto de vista teórico, ressalta-se a preocupação de relacionar a questão sobre duas grandes categorias de análise: as formas objetivas de intervenção do Estado a partir das instituições formais do Direito e os imaginários que permeiam os discursos dos operadores do Direito e dos sujeitos implicados nas práticas jurídicas do Juizado Especial Criminal.

Procura lançar um olhar crítico sob a *conciliação penal* dentro de uma perspectiva sociológica que permite o desvendamento do imaginário social construído.

Nessa perspectiva, o estudo visa trazer para o centro das reflexões, um aspecto da prática do direito em relação aos chamados, **pequenos delitos**, ou delitos de menor potencial ofensivo que resultam,

¹ Art.98 CF (Constituição Federal) prescreve que a União, no Distrito Federal, e nos territórios, os Estados criarão: I - Juizados Especiais, providos por juizes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade, e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos nas hipóteses previstas em lei, transação e o julgamento de recursos por turmas de juizes de primeiro grau.

sem dúvida em uma necessidade de análise de caráter permanente sob *a perspectiva de gênero e a proteção integral dos direitos fundados no centenário princípio de igualdade ante a lei.*

Dessa forma a análise introduz enfoques na *percepção* e logo na *compreensão* da essência das práticas e políticas no campo do Direito.

No âmbito das ciências sociais, a percepção desse problema resulta ser um elemento constitutivo do mesmo. Nessa análise a *compreensão*, expressa antes de tudo todo o esforço de entender as razões profundas da expressão de práticas diferenciadas e, por conseguinte, desiguais, em relação à questão de gênero e o direito. Nesse ponto, é preciso parafrasear Hanah Arendt quando propunha (com relação aos fenômenos sociais associados ao totalitarismo), “compreender não para perdoar, senão para poder reconciliarmos com o mundo em que essas coisas acontecem” (Arendt, 1995, p. 30).

Por que dar prioridade ao Direito Penal dentro da análise crítica dos estudos de gênero? A seleção do Direito Penal tem um certo grau de arbitrariedade (como quase qualquer seleção), e também, é certo que no caso do Direito Penal, as práticas discriminatórias, se mostram, com relação a mulheres e crianças, de forma facilmente visualizada. Em outras palavras uma análise crítica do caráter discriminatório do Direito Penal constitui um acerto epistemológico, além de uma excelente estratégia de mobilização social para as transformações jurídicas e culturais que requerem a luta pela igualdade de todos. Só quando se tem compreendido o caráter central *da luta pelo direito no campo do direito, se está em posição de converter o tema das reformas jurídico-institucionais em ponta de lança de lutas por igualdade jurídica de todos os seres humanos sem exceção.*

Apesar das constituições latino-americanas de corte liberal estabelecerem a igualdade de todos sem exceção, o direito (infraconstitucional) - começando pelo penal – condiciona na prática, com distintos níveis de visibilidade, ditados pela universalidade; um desprivilegiamento da questão de gênero. O que ocorre nas relações entre homens e mulheres, a história demonstra, as piores atrocidades são muito mais cometidas em nome do amor, da compaixão, e sobretudo da proteção, do que em nome da própria repressão. É precisamente aí, que começa a consolidar-se um consenso sobre a importância do Direito na luta pelos direitos, que paradoxalmente, se abre uma disputa sobre o sentido, os graus e os limites da utilização do

Direito Penal, inclusive, destacando-se uma justiça de gênero. Em outras palavras, procura-se demonstrar como necessária a intervenção penal ante problemas sociais graves que sucedem dentro da família, entre os quais estão a violência doméstica que afeta primordialmente as mulheres, sua liberdade pessoal e a sua integridade sexual.

Assim são fortalecidas as propostas derivadas da “justiça de gênero” que não podem ser vistas sem uma profunda preocupação da perspectiva democrática, consciente de que, a vida social constitui um conjunto de complexos e delicados equilíbrios. O tema da investigação de certo modo, traz reflexões sobre o sentido da liberdade como o sentido da política compreendido por Hannah Arendt sob a perspectiva de que é preciso que se desenvolvam ações contendo o respeito rigoroso a determinadas regras de vida e convivência, regras que a história das lutas sociais transformaram em direitos humanos nacional e internacionalmente reconhecidos.

Considerando a natureza sociológica dessa investigação, o processo empírico demandou a escolha do método qualitativo. Esse privilegiamento, entretanto, foi complementado pela utilização de métodos quantitativos, dada a necessidade de conhecimento de um perfil social da população usuária atendida pelo 1º Juizado Especial Criminal da Comarca de Aracaju/ Estado de Sergipe. A abordagem quantitativa, a partir da análise institucional e documental foi empreendida mais especificamente para a reconstrução de dados do perfil social de autores e vítimas dos delitos abrangidos pela jurisdição daquele Juizado.

A reconstrução teórica do objeto da investigação, a saber, o imaginário sócio-jurídico da conciliação, foi efetuada tentando apreender o objeto na sua dinamicidade. Destarte, os passos metodológicos iniciais compreenderam:

- A) Levantamento de fontes bibliográficas gerais objetivando a problematização do problema/ objeto da investigação partindo de fontes sociológicas e jurídicas nacionais e estrangeiras.
- B) Levantamento e revisão de fontes bibliográficas brasileiras e sergipanas concernentes a artigos e documentos do Judiciário sergipano, e, mais

especificamente de documentos (processos judiciais, sentenças, documentos processuais) emanados do 1º Juizado Especial Criminal. Os procedimentos metodológicos combinaram a análise documental e a observação de audiências no Juizado citado.

O estudo centraliza-se, enquanto recorte empírico, em processos de Ação Penal Pública condicionada interpostos num período de sete (07) meses, de janeiro a julho de 1998 no 1º Juizado Especial Criminal da Comarca de Aracaju/Estado de Sergipe.

Situa-se o universo da pesquisa no âmbito da ação penal pública condicionada por ter sido constatada a sua maior incidência no 1º Juizado Especial Criminal da Comarca de Aracaju, Estado de Sergipe, bem como por se pretender ressaltar, em face à justiça, do papel da vítima e do autor do fato na resolução do conflito penal.

Segundo dados coletados do 1º Juizado Especial Criminal da Comarca de Aracaju através de uma listagem computadorizada dos processos foi possível detectar a seguinte realidade: Foram impetrados 262 processos, sendo 7,63% de ações privadas, 51,15% ações públicas condicionadas e 41,22% ações públicas incondicionadas.

A partir do universo descrito acima, foram selecionados um montante de 40 (quarenta processos - uma amostra não probabilística intencional - dentro das ações públicas condicionadas que representam 30 % do total das ações impetradas no referido período de pesquisa.

É observável que o cotidiano dos “pequenos” delitos (delitos de menor potencial ofensivo) que transitam pelo Juizado Especial Criminal refletem a violência contra mulheres², em situação de convivência, em uniões estáveis ou por ex-cônjuges. Durante o processo de coleta de dados, na fase de observação e nas audiências foi possível examinar mais de perto com anotações registradas, as

² “Violencia contra mulher é qualquer ação ou conduta que causa a morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto no âmbito público como no privado, motivada apenas pela sua condição de mulher. Violencia intrafamiliar- violencia doméstica é a violencia perpetrada no lar ou na unidade doméstica, geralmente membro da família que viva com a vítima, podendo se esta homem ou mulher, criança, adolescente ou adulto (a)”. Nações Unidas- MJ-SNDH. Glossário. Uma vida sem violencia é um direito nosso (p.8).

diversas formas interacionais presentes ao desenvolvimento oral e factual das audiências.

A análise dos dados se estruturou através da combinação de três métodos básicos: a análise documental, de conteúdo, e análise de discurso. No que diz respeito à análise dos dados foi utilizada privilegiadamente métodos da análise de discurso. A análise de conteúdo, limitada aos propósitos desta investigação.

A análise documental trabalha visando, além da descrição do que é dito ou realizado, a tentativa de extrair ilações que guardam relações com as concepções com as quais se está trabalhando.

2. O IMAGINÁRIO JURÍDICO DA CONCILIAÇÃO NO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL E A QUESTÃO DE GÊNERO

O imaginário apresenta-se como uma das perspectivas teóricas direcionadas em torno de uma dialética fenomenológica da subjetividade. Sob diferentes roupagens, a questão do imaginário constitui-se uma problemática constante nas ciências humanas e sociais.

Não resta dúvida que a questão da subjetividade - tratada pelas mais diversas correntes do pensamento - continua desafiando filósofos, cientistas sociais e profissionais que se preocupam com a solução de problemas concretos. No caso em apreço, essas preocupações envolvem toda uma problemática das relações entre a administração da justiça, as questões de gênero e os imaginários nela implicados. Nessa trajetória, convém lembrar algumas tentativas de resgate das questões que podem, em tese, servir para o desenvolvimento de elementos de teoria da subjetividade, e com ela, o reexame de apontamentos que, enquanto hipóteses de trabalho para as ciências sociais encaminhem certo desvendamento do discurso judicial.

Para compreender a realidade social e jurídica não é possível descartar a subjetividade e o imaginário. Essa percepção, essa releitura da realidade, das relações entre o objetivo e o subjetivo – tem encontrado, em estudos e ensaios posteriores aos escritos originais de Marx e Engels (tentando uma releitura de seu pensamento), um apoio teórico importante que não é possível desconhecer.

Pensando um pouco no legado teórico de Marx, a questão da subjetividade e do imaginário não pode ser pensada à margem da relação sujeito/ objeto na história. Não se pode, por esta via pensar o objeto sem sujeito, e sujeito sem objeto.

Essa tentativa de redimensionar tal problema teórico pode ser visualizada, por exemplo, em Bertrand (1989), no seu ensaio sobre “O homem clivado - A crença e o imaginário”, partindo da premissa de que, para explicar a manifestação de idéias e representações, o marxismo postula, de início, relações entre os modos de pensamento e as estruturas da sociedade.

Reexaminando a obra de Marx e seus escritos, esse autor sugere que os elementos para o resgate de uma teoria da subjetividade marxista se encontram consubstanciados em sua obra a partir do uso da noção de ilusão. Essa noção, quer de ignorância, quer de impostura, Marx a veicula, seja nos Manuscritos Econômicos e Filosóficos de 1844 através da noção de alienação, e, um pouco mais tarde, através da noção de ideologia em *A Ideologia Alemã*.

Indaga ainda Bertrand (idem, 1989) se Marx teria mantido nos seus estudos posteriores a análise da raiz subjetiva da ilusão. Tentando resposta a essa indagação, o autor analisa que, embora não haja mais referências explícitas ao homem separado, de sua essência genérica, fragmentado pela opressão capitalista, a problemática da subjetividade não é deixada de lado na *A Ideologia Alemã*. Muito ao contrário, ele reafirma determinados elementos da questão subjetiva e do imaginário. É possível assim detectar certos apontamentos, na medida em que Marx não renunciou à procura dos fundamentos do imaginário e das ideologias. Certos termos desaparecem, mas dão lugar a outros relacionados, tais como a clássica sugestão de que “Os pensamentos da classe dominante são também, em todas as épocas, os pensamentos dominantes” (Marx, *A Ideologia Alemã*, 1989:47). A crítica do mundo real ou do Estado dá lugar posteriormente à da divisão do trabalho.

O esboço de uma teoria do imaginário encontra eco também na análise dos processos de idealização. Todo ato, toda luta, toda transformação não se realiza sem um suporte simbólico. Subsiste, pois, a necessidade subjetiva e social de um imaginário eficiente para dar conta dos problemas reais. Assim, “o homem clivado”, separado de sua essência exercita sua capacidade de invenção, de criação, de realização

de um desejo através da elaboração de um complexo ideal. Eis o que caracteriza o propriamente humano e Marx o sugere ainda através de inúmeros exemplos tais como o da melhor abelha na realização de sua colméia, comparando-a à criação da mente humana.

Na perspectiva da sociologia, dentro de uma análise crítica sobre problemas concernentes à administração da Justiça, enfocam-se questões que analisam as específicas e seletivas funções que proporcionam as instituições jurídicas.

Na atualidade, Bertrand (1989) em ensaio sobre a crença e o imaginário, retoma a questão das relações entre as estruturas da sociedade e os modos de pensamento propondo uma releitura dos escritos de Marx, não como idéias estratificadas mais como “pontapé” para reencaminhar e repensar o debate sobre a subjetividade. O privilegiamento da ILUSÃO, por exemplo, constitui um aspecto dessa temática.

Ilusão que significa não algo irreal, mas algo desejável. Do seu ponto de vista o imaginário é neste sentido, sempre ilusório por tentar responder a um desejo, a uma esperança. Aqui chegamos, pois, ao cerne da questão que reúne as formas de intervenção do Estado na vida cotidiana da população, as formas imaginárias dos processos conciliatórios. Partindo, pois, da hipótese de que várias formas de idealização “de ilusões” estão presentes no desenvolvimento dos processos, mais especificamente durante a prática jurídica nos processos de solução dos litígios judiciais.

O momento da conciliação, sob suas várias roupagens discursivas é um momento em que, sob o exercício persuasivo dos operadores do Direito, há como que uma suposta superação do dano sofrido, uma “ilusão”, que aponta para uma utopia do “bem-viver”, um ideal que se concretiza. Neste sentido também, partimos da pressuposição de que os imaginários não são falsos ou verdadeiros, eles são falsos e verdadeiros ao mesmo tempo.

Essa lógica nos conduz a indagar sobre como poderemos trabalhar esses discursos, esses imaginários. Bertrand (1989, op. cit) nos socorre argumentando que neste caso, o método de conhecimento, a reconstrução teórica deve ser realizada através da crítica das representações, ou talvez de um imaginário social comum a todos.

No seu entender o conhecimento passa pela crítica do imaginário, reconstituindo o processo pelo qual foram produzidos.

Ao examinar o discurso jurídico, trata-se de aquilatar o valor do discurso não propriamente pelo que diz em seu enunciado, mas pelo que se faz ao dizê-lo. Assim, ao externar como princípio fundamental do Direito – o princípio da Igualdade exteriorizado pela máxima legal inscrita na Constituição Federal art. 5 “Todos são iguais perante a lei...”, abstrai-se o homem real, e com ele seu lugar na sociedade, sua classe social, ou em especial a relação de gênero nele subsistente.

Este discurso que preenche as audiências e sentenças criminais idealiza as instituições jurídicas como portadoras e realizadoras da igualdade. Discurso que na medida que se torna coisa veiculada nas relações identificadoras do Direito, adquire uma forma social de controle, incorporando-se nas relações jurídicas onde os temas, igualdade, e justiça, surgem de forma necessária e alienante.

Nesse sentido também Bertrand, (op. cit. p.39) percebe o “real” como algo que nunca se oferece enquanto tal, mas que a ele temos acesso através e – somente através – do simbólico. O real só pode ser conhecido através dos efeitos que produz na ordem simbólica, no sistema do direito, na política, na religião, nos costumes.

Dessa forma, depreende-se que o ordenamento jurídico não está de modo algum isento de valores e ideais, sendo fundamental ao operador do Direito apreender o seu contexto de forma totalizadora, enquanto um conjunto de representações jurídicas e sociais.

A trajetória da ofensa e o caminho “pacificador” do conflito, em face do acesso à justiça no Juizado Especial Criminal, passam pelo tratamento procedimental dado às ações penais públicas condicionadas.

Nesse pensar e agir embalados a partir de uma análise dialética do fenômeno jurídico, busca-se um pensar jurídico transformador, posto que “se o Direito é condicionado pelas realidades do meio em que se manifesta, age também como elemento condicionante.” (Rosa, 1981:143).

É nesse aspecto que reside a função primordial da Sociologia do Direito, enquanto mola propulsora de questionamento, trocas e debates científicos. Por certo, o significado da investigação científica está nessa inter-relação de saberes, na tentativa de desvendar o discurso

científico, suas práticas modeladoras da experiência humana, tanto quanto a intenção do legislador e suas preocupações ou exclusões.

Ao nos depararmos com a realidade brasileira do Judiciário e, mais especificamente, com a realidade sergipana, nos encontramos com uma reprodução dos critérios evidenciados pela lei: celeridade, economia processual e oralidade, no intuito crescente de desburocratização da justiça como política criminal.

No entanto, a função simbólica e suas relações na instância judiciária penal nos levam, no dizer de Castoriades (1991:142), à compreensão de que *“as instituições não se reduzem ao simbólico, mas elas só podem existir no simbólico, são impossíveis fora de um simbólico e constituem cada qual a sua rede simbólica, ...de tal forma que um sistema de direito, um poder instituído, uma religião, existem socialmente como sistemas simbólicos sancionados.”*

Aprofunda-se desse modo não só a compreensão das condições de produção da verdade jurídica, onde os delitos considerados de menor potencialidade ofensiva são idealizados, como também as contradições e modificações sentidas no atual contexto da Lei de Juizados Especiais Criminais e a realidade criminal identificadas no exercício da cidadania.

Evidencia-se, nesse contexto, no dizer de Alain Touraine (1997) “a idéia de sujeito democrático” que se encontra imerso às condições jurídicas e sociais em que o conflito se exterioriza.

A conciliação determinada como norma manifestada no discurso judicial efetua a reprodução desse discurso, exteriorizada através de uma argumentação jurídica que tem a função de regular os conflitos e valores sociais.

O discurso da conciliação insere-se na teoria da argumentação jurídica utilizando-se de estratégias tendentes à conciliação como primado legal dos Juizados Especiais Criminais.

Tércio Sampaio Ferraz Jr. (1973:16) analisa o discurso jurídico e suas modalidades, articulando modelos de discursos que “pretende ser um modelo através do qual se possa estudar e pesquisar a ação discursiva empírica dos agentes jurídicos” perante uma situação comunicacional judicial que apresenta como forma elementar do discurso do emissor para o receptor a justificativa do que se fala, perfazendo uma argumentação jurídica do falado.

Dessa forma, as relações configuradas entre o imaginário jurídico e o discurso judicial estão presentes nas distintas teorias da argumentação jurídica que arquitetam modelos de compreensão do discurso jurídico.

O Discurso judicial enquanto discurso jurídico (Bergalli,1980) está intimamente conectado com as premissas institucionais inerentes ao sistema capitalista de produção e reprodução ideológica do estado de Direito.

O discurso jurídico encontra razão de ser a partir dessas premissas normativas que direcionam o fim teleológico da lei, e sua aplicação no espaço público de manifestação. No discurso jurídico, há, portanto, uma equação entre modos de raciocinar e valores aceitáveis.

Para Perelman, a argumentação jurídica tem sentido na medida em que o raciocínio jurídico é visto de forma abrangente como um discurso racional também direcionado a valores morais, e políticos.

Persuadir, como núcleo central da argumentação tem suas vinculações morais, onde repousa o princípio da universalidade e das regras de justiça.

Dessa maneira, o imaginário jurídico contempla o discurso judicial e argumentação jurídica nele inserida. As justificativas das sentenças criminais de conciliação e seu modelo de racionalização pelo Estado brasileiro abordam a racionalidade da administração jurídica em si mesma.

Essa racionalidade delimita o fazer do direito (Perelman, 1984:14), identificando assim a racionalidade jurídica como o direito realizado através do discurso jurídico prático.

Como afirma Perelman, o conceito de decisão racional tem mobilidade histórica e social, e podendo haver uma pluralidade de decisões racionais (Atienza, 1993:94), isso implicaria em que há mais de uma decisão a ser reconhecida.

Assim a pergunta vai além do questionamento inicial do que diz o juiz, mas de que maneira ele elabora o que diz, e se essa elaboração que precede a ele é uma elaboração institucionalizada.

A nova retórica tem como proposta decifrar as operações de interpretar e aplicar o direito, ver nos hábitos cotidianos que levam os operadores do direito a se expressar juridicamente. Isso posto, o meio institucional em que se encontram os operadores do direito, o discurso

judicial e seu teor argumentativo fazem parte de um processo de interação humana em que o imaginário jurídico é construído.

No discurso jurídico o questionamento é, portanto, uma presença constante, havendo sempre a exigibilidade da justificação.

Esse entendimento como parte do racionamento judicial, está centrado na postura da autoridade institucional dos operadores do Direito, na assimetria de forças destrinchadas através das possibilidades argumentativas, e nisto influem caracteres subjetivos e a capacidade de assimilar as propostas e interpretá-las como elementos importantes no ato de julgar e conciliar.

As razões que transitam na argumentação seguem modelos que constroem os discursos jurídicos. A pontualização dos discursos judiciais na tarefa de conciliar, os elementos nele inseridos, as garantias legais ali tratadas estão intimamente conectadas entre si, no que diz respeito a forma com que se exteriorizam. A evidência da reprodução desses discursos como prática jurídica consolidada na administração de justiça comprova um conteúdo ideológico compartilhado no sistema jurídico institucionalizado.

Não se poderia compreender a maneira de racionalizar juridicamente nesse contexto específico se não se expõe o contexto sociocultural em que a elaboração desse discurso judicial se realiza, a interação entre a administração da justiça e as partes processuais que recorrem ao juizado especial criminal são apreendidas no trato burocrático da instituição penal e relações com a cultura jurídica nele subjacentes, fazendo com que o delito se revivencie na produção do discurso jurídico e no controle social punitivo a ele determinado.

Dessa forma, argumentos que não fazem parte do âmbito jurídico são nas práticas jurídicas postos de lado, ou silenciados, tornando-se, por assim dizer, argumentos de ausência.

Nessa reprodução cotidiana do discurso jurídico estão consolidadas as maneiras de fazer e solucionar os conflitos sociais no âmbito penal.

O encaminhamento dos fatos na instância jurídica já está direcionado para um tipo de raciocinar jurídico, um tipo de discurso, um modo de imaginário que consagra os limites simbólicos do discurso jurídico.

Discurso este que se mantém orientado por princípios legais. Princípios, como afirma Boaventura Santos (2002:1)

...” Princípios são verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou garantia de certeza a um conjunto de juízos ordenados em um sistema de conceitos relativos a dada porção da realidade. Às vezes, também se denominam princípios, certas proporções que, apesar de não serem evidentes ou resultantes, são assumidas como fundantes de validade de um sistema particular de conhecimentos, como seus pressupostos necessários.”(O grifo é nosso)

Esses pressupostos necessários são condições fundamentais em que se orientam os operadores do Direito no processo de tomar decisões.

O discurso jurídico pragmático nas práticas de conciliação se realiza como ação estratégica (Habermas,1985:78), considerando que eles revelam distintas dimensões de ação discursiva (Dworkin,1999). Nesse sentido, a categoria de “comunicação” por meio do argumento e do discurso, expressa por Habermas na Teoria da Ação Comunicativa, com base na ética é condição para que seja criada a intersubjetividade dos interlocutores, que sirva de cenário no qual os conteúdos sejam transmitidos e compreendidos por meio da tematização das questões relevantes, o que pressupõe que os interlocutores sejam competentes no uso da linguagem.

Assim, é possível supor que a linguagem no discurso jurídico pragmático nas práticas de conciliação realiza-se tanto como ação estratégica tanto como meio de integração social - agir comunicativo. Isso porque, sob a perspectiva habermasiana, em cada situação de fala existem quatro pretensões de validade que explicitam o consenso entre os falantes: a) a compreensibilidade do conteúdo transmitido; b) a veracidade dos interlocutores; c) a veracidade dos conteúdos proposicionais; d) e a veracidade das razões pelas quais o interlocutor pratica o ato lingüístico (Habermas, 1984).

A idéia de consenso no conceito habermasiano refere-se à cooperação e ao entendimento, que expressam a comunicação entre

os falantes na busca de uma verdade consensual que responda às questões tematizadas no ato da fala nas situações particulares expressas na prática no juizado de pequenas causas. Porém, para que o conhecimento possa ser encarado como emancipatório, sob a perspectiva de gênero, particularmente para as mulheres, é necessário que a verdade consensual seja alcançada a partir de um processo de discussão no qual os participantes atuem livres de coerções.

Repensando o projeto de modernidade com ênfase no paradigma da comunicação e para explicar esse processo de interação mediado pela linguagem, em que os participantes, atuam, livres das coerções. Cria-se o conceito de fala ideal, em que os participantes, são automaticamente verdadeiros. Essa situação revela-se empiricamente impossível de ser atingida. *A verdade é determinada a partir de argumentações direcionadas para ser capazes de convencer, sob um determinado ponto de vista, os demais participantes da interação na relação conciliatória da prática no juizado especial criminal. Sob a perspectiva de gênero, pode-se acrescentar a idéia de que, na prática jurídica, tais argumentações, repletas de ideologia contendo elementos patriarcais freqüentemente priorizam o ponto de vista masculino.*

Constata-se (Bodelón,1998), que os estudos sobre direitos da mulher podem ser analisados em três grandes correntes uma referente aos dados empíricos sobre a relação entre os fatos vividos pelas mulheres e o funcionamento das normas legais, outra em referência à dogmática jurídica, leis e doutrinas do Direito, e uma terceira análise centrada na política e a questão dos direitos das mulheres.

Muitos desses aspectos foram expostos caracterizando o Direito Penal como “ um pensamento masculino sobre as mulheres” (Swaanigen,1980). Também o surgimento da Feminist Jurisprudence de origem anglo-saxônica discute a repercussão das decisões legais na vida das mulheres.

Outro aspecto a ser enfatizado é que, para participar de um ato de falar, voltado para o consenso, é necessário que os interlocutores dominem a linguagem na qual as informações serão problematizadas, o que leva a questão sobre a legitimação do conhecimento científico na dimensão do discurso judicial penal. No nível científico, poucas pessoas poderão participar da interlocução na busca do consenso, o que os colocará como juízes privilegiados da verdade científica,

determinando assim, o caráter histórico do poder no conhecimento jurídico.

A sociedade capitalista dificulta a problematização das questões por meio de dogmatismos e da postura positivista, inviabilizando, portanto, a tematização das questões relevantes é impedida pela transformação das decisões políticas em técnicas, o que alijará da discussão as pessoas que não são capazes de utilizar a linguagem técnica no processo de comunicação.

Trazendo toda essa discussão teórica para o plano jurídico, constata-se que uma das poucas certezas que nos resta é a de que, *a prática jurídica é uma ação, e uma ação entre sujeitos, portanto, uma ação comunicativa. Sob a perspectiva de gênero, isso significa, repensar a ação jurídica e sua integração com a questão da equidade de gênero.* Isso coloca para o campo jurídico alguns aspectos a considerar:

- a) a necessidade da constante reformulação na interação entre os interlocutores da justiça e as demandas colocadas por usuários dos seus serviços.
- b) a desmistificação do conhecimento neutro e objetivo, que é regido pela técnica. Muitas vezes, o sujeito jurídico (os operadores do direito) na argumentação jurídica, demanda maior domínio das inúmeras áreas do conhecimento como, por exemplo, maior sensibilidade para os elementos patriarcais que constroem as desigualdades de gênero transversais em todas as instituições da sociedade;
- c) a necessidade de se tematizar o *mundo vivido*. Isto é, tematização das questões relevantes que se colocam na prática diária, buscando uma relação entre o conteúdo e forma, o que dá origem à postura dialética da ação jurídica, e a busca de uma prática interdisciplinar no conteúdo da formação profissional no campo jurídico, em que a linguagem é introduzida como componente que possibilita a busca do conhecimento verdadeiro, capaz de levar a emancipação dos sujeitos do processo interativo.

d) Depurar a sutil ordem em que se estabelece as lacunas do discurso judicial, sabendo que a conciliação cria um paradigma hegemônico de solução dos litígios penais de menor potencial ofensivo.

e) Visualizar que diante dessa acomodação discursiva está presente a negociação de emoções proporcionada dentro dos limites delineados pelos princípios legais, e a lógica funcional preestabelecida porque nesta ordem discursiva, os princípios penais se fazem presentes, mas também se esvaziam, e se democratizam. A extensão dessa problemática penetra na valoração dos problemas humanos, invadido pelos interesses políticos que perfazem uma estratégia de política pública criminal situadas no contexto do Estado contemporâneo brasileiro.

Atienza (1993:237) reflete no sentido de que as teorias de argumentação jurídica e sua relação com as teorias sociológicas e investigações no âmbito da sociologia promovem um viés renovador no âmbito das relações direito e sociedade.

A administração da justiça, sob a forma democrática, de desformalizar-se através da participação e do consenso, privilegia a oralidade, faz com que a oralidade seja fundamental no processo de conciliar.

Compreende-se o discurso da conciliação nos JEC como desburocratizador, democratizador, informal, porque varre os antigos procedimentos, porém permanece na velha casa da justiça penal brasileira, o antigo problema da violência doméstica imerso na questão de gênero e sistema penal.

Identifica-se nos discursos jurídicos, as influências das tradições histórico-culturais que permeiam a ciência jurídica oriundas dos aportes do iluminismo, positivismo e marxismo.

Sob a idéia central percebe-se que o fim da pena está na sociedade, não no homem e se exige do juiz um direcionamento para a função social do Direito. Revisitando esse pensamento iluminista no âmbito penal vemos que a preocupação com a problemática da

proporcionalidade do castigo revive na idéia de conciliação na medida em que ela proporciona a despenalização de delitos de menor potencialidade ofensiva.

Estabelecer o consenso como núcleo da prática conciliatória para assegurar o direito individual de exercício da liberdade em sua acepção mais ampla: a restauração da dignidade humana nas relações de convivência faz com que o imaginário jurídico da conciliação se idealize com o intento de comprometer-se na busca do respeito mútuo das liberdades individuais.

Essa virtude da conciliação é almejada não só pelas partes, mas também intuída pelo próprio ordenamento jurídico. Assim, o sentido da paz social, por meio da paz individual, é construída como fim de conservar, através de uma resolução judicial, os direitos fundamentais do homem. Sobrevive no arquétipo da conciliação a natureza de remédio para o mal praticado (o delito), onde a instância judicial continua a se reproduzir ideologicamente como espaço de alívio para as angústias humanas.

Esse racionalismo estatal utópico em prol da conciliação é reproduzido de forma pragmática fazendo com que a conciliação seja um modo de evitar um “mal maior”, a pena. Nesse sentido a administração da justiça se previne contra ela mesma porque a despenalização dos delitos por meio da conciliação procura amenizar a inutilidade da punição excessiva em que se encontra a realidade do sistema carcerário brasileiro.

Dessa maneira, os delitos são colocados no imaginário jurídico dos JEC não como um mal maior (grandes ofensas) imersos na sua maioria na complexidade problemática da violência doméstica no Brasil, mas apenas como pequenos delitos que necessitam ou podem ser facilmente conciliáveis.

3. CONCLUSÃO

Os aportes dessa problematização teórica nos permite uma reflexão centrada na questão da conciliação como estratégia burocrática preconizada pela administração da Justiça brasileira na esfera penal. Verifica-se, dessa maneira, que o Juizado Especial Criminal se conduz normativamente através de princípios que traçam o perfil e a mudança

desse paradigma institucional definidos como celeridade, economia processual, simplicidade e a oralidade. Melhor dizendo, a legitimidade do Direito se constitui sob a perspectiva habermasiana, com o auxílio da comunicação (institucionalizada juridicamente), o que permite levantar a suposição de que os processos de criação e de aplicação do direito levam a resultados racionais. Assim, do ponto de vista do conteúdo as normas emitidas pelo legislador e os direitos reconhecidos pela Justiça são racionais, pelo fato de os destinatários serem tratados como membros livres e iguais de uma comunidade de sujeitos de direito, ou seja, em síntese, sua racionalidade resulta do tratamento igual das pessoas jurídicas protegidas em sua integridade.

O imaginário jurídico que essa condição institucional constrói, está expresso na maneira como o próprio discurso jurídico se revela, numa argumentação jurídica reconhecida como orientação prática do Direito determinada pelos critérios normativos e que se realiza através da ação discursiva da conciliação como uma ação estratégica emoldurada pela finalidades da administração da Justiça.

Dessa maneira, se reconhece na arquitetura do discurso jurídico da conciliação as influências das tradições históricas e culturais em que esse discurso se fundamenta, na medida em que as relações entre direito e sociedade civil são revisitadas mutuamente. Nessa linha de argumentação, inclui-se a teoria feminista do Direito que insiste no sentido emancipatório da igualdade do tratamento jurídico entre homens e mulheres, porque se volta contra as estruturas de dependências encobertas pelo “paradigma distributivo do Estado” de bem-estar social. A dominação reside nas condições institucionais que impedem as pessoas de participar na determinação de suas próprias ações ou na definição de condições nas quais elas acontecem.

Os *pequenos delitos* ou delitos de menor potencial ofensivo que a lei do juizado especial criminal preconizam, se materializam na prática cotidiana da sua instrumentalização, ao mesmo tempo em que as *grandes ofensas* sofridas pelos sujeitos sociais se constituem sob distintos tipos penais legais, se universalizam e de certa forma se homogeneizam, pela instância judicial penal.

Isso ocasiona um desprevilegiamento da problemática de gênero pelo Direito Penal brasileiro na medida em que os delitos de lesão corporal e ameaça se identificam na sua grande maioria como questões

que afetam as mulheres na condição de vítima. Como se verifica comprovadamente o contingente feminino que procura o Juizado Especial Criminal está relacionado ao delito de lesão corporal e ameaça, e estão enquadrados na condição de vítima no processo judicial instaurado. Consta-se que o sentido emancipatório na perspectiva da igualdade de direitos das mulheres, com frequência é obscurecido, por não contemplar a autonomia dos indivíduos e dos parceiros do direito reunidos, como núcleo do sistema de direitos. Deve-se contar, contudo, que ele às vezes tende a estilizar os sexos como unidades monolíticas, universalistas, do mesmo modo que o marxismo ortodoxo tinha objetivado as classes sociais, transformando-as em macro sujeitos.

Por outro lado, nessa situação, a competência de mobilizar o direito depende, em geral, do grau de escolaridade, da procedência social e de outras variáveis (tais como sexo, idade, experiência em processos, tipo de relação social envolvida no conflito etc).

Neste ponto, constata-se que a identidade sexual e a relação entre os sexos na prática jurídica expressam-se como construções sociais.

A classificação dos papéis dos sexos e das diferenças que dependem de sexo, repousa sobre camadas elementares da autocompreensão cultural de uma sociedade. Por isso, as diferentes interpretações da identidade dos sexos e de suas relações mútuas têm que submeter-se à discussão pública.

Encarando a conciliação como a opção juridicamente predominante demonstrada empiricamente na realidade sócio - jurídica do Juizado Especial Criminal, os debates em torno do tema demonstram que esse sentimento jurídico em prol da conciliação se edifica, e as vontades a eles se direcionam, estabelecendo um processo de crenças e construção da realidade conciliatória, revelando, por assim dizer, a esfera imaginária do juizado especial criminal.

O objetivo de conciliar é a questão chave, por isso a importância de que a palavra seja dita em torno do “*sim à conciliação*” pelas partes fazendo com que, tudo dito mais que isso, passem a ser palavras *quase-demais*.

Essa simplicidade exposta nas sentenças conciliatórias revelam a proposta desburocratizadora que vem alcançando os novos impulsos legislativos direcionados como tentativa de amenizar ou solucionar a

crise do Judiciário brasileiro e em particular do sistema penal carcerário no Brasil.

Nesse sentido, a função social do Direito no que diz respeito a lei dos juizados especiais criminais é condicionada por uma mentalidade política que objetiva sobretudo a celeridade nas ações do Judiciário.

A troca de experiências na atitude da conciliação e a reparação sobre os danos sofridos aponta para uma espécie de mercantilização e trivialização dos pequenos delitos na realidade social brasileira.

Convém ainda ressaltar que a conciliação nos juizados especiais criminais se insere como estratégia burocrática da administração da Justiça, na medida em que o conciliar das grandes ofensas são por ela convertidas em pequenos delitos.

Essa averiguação vai sendo destrinchada em um de seus aspectos mais relevantes: o discurso jurídico e a questão de gênero nele inserida. A problematização de gênero põe em relevância a estrutura patriarcal do Direito Penal que também incide na mentalidade política estatal.

Enfim o estudo procura tornar mais precisa essa necessidade de compreensão crítica na relação da sociologia jurídica penal e a questão de gênero em face dos problemas pertinentes à conciliação penal no Juizado Especial Criminal.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVES, Amy Adelina Coutinho de Faria (org.). *“De Gente a Gente só tem o Nome” - a mulher no sistema penitenciário em Sergipe*. São Cristóvão: Editora UFS, 2001.
- ARENDT, Hannah. *Compreensão y Política*, in; *De la historia de la acción*. Buenos Aires: Paidós, 1995, p.30.
- ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima (org.). *Introdução à Sociologia Jurídica Alternativa*. São Paulo: Acadêmica, 1993.
- ATIENZA, Manuel. *Las Razones del Derecho - Teoría de la Argumentación Jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990.
- BARBIE FASE RI, Teresita de. *A Categoria Gênero: uma introdução teórico-metodológica*. Recife: SOS Corpo, 1993.

BERGALLI, Roberto. *La Ideología del Control Social Tradicional - Doctrina Penal III*. Barcelona: Hacer, 1980.

_____. *Contradicciones entre Derecho y Control Social*. Barcelona: Bosch-Goethe Institut, 1988.

BERTRAND, Michele. *O homem clivado – a crença e o Imaginário – III*. Silveira, Paulo e Bernard Doray (org.) . *Elementos para uma teoria marxista da subjetividade*, São Paulo, Vértice, revista dos Tribunais, Ltda, 1989, pp77-108.

BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo e Sociedade - para uma teoria geral da política*. São Paulo: Paz e Terra, 1977.

BODELON, Encarna. *Derecho y Sociedad*. Barcelona: Tirant lo Blanc, 1998.

BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998.

CASTORIADIS, Cornelius. *A Instituição Imaginária da Sociedade*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.

_____. *Ciudadanos sin brújula*. México: ed Covoacán.. 2000, p. 159-160.

CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

DORAY, Bernard & SILVEIRA, Paulo (org.). *Elementos para uma Teoria Marxista da Subjetividade*, São Paulo: Revista dos Tribunais/Vértice, 1989.

DWORKIN, R. M. *The Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1977.

EAGLETON, Terry. *Ideología - Uma Introducción*. Barcelona: Paidós, 1995.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Direito, retórica e comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico*. São Paulo, Saraiva, 1973.;

FONTES, J. Silverio. *Marxismo na Historiografia Brasileira Contemporânea*. São Cristóvão: Universidade Federal de Sergipe, 2000.

HABERMAS, Jürgen. *The Theory of communicative action*. Vol. 1 reason and the rationalization of society. Boston. Beacon Press, 1984.

_____. *Direito e Democracia: entre facticidade validade*.

Volume II; Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro:

Tempo Brasileiro. 1997.

- HERMANN, Leda. *"A dor que a Lei Esqueceu"- Os julgados especiais e a violência doméstica.* (Tese de Doutorado - UFSC),1998.
- IBÁÑEZ, Jose Rodriguez. *La Perspectiva Sociológica - História, Teoría y Metodo.* Madrid: Taurus, 1998.
- JAKOBS, Gunther. *Sociedad, Norma y Persona en una Teoría de un Derecho Penal Funcional.* Madrid: Cuadernos Civitas, 1996.
- LEI DOS JUIZADOS CÍVEIS E CRIMINAIS - LEI N.º 9.099, DE 26 DE SETEMBRO DE 1995
- MARX, Karl & ENGELS, Friedrich. *A ideologia Alemã.* São Paulo, Hucitec,1991.
- OLIVEIRA, Luciano . *Sua Excelência o Comissário*, in : Cadernos Gajop, Olinda (Pe), Ano I, n.º 1,1985.
- PERELMAN, Chaim. *De la Justice.* Bruxelles: Université Libre de Bruxelles, 1945.
- _____. *Le Champ de L'argumentation.* Bruxelles: Presses Université de Bruxelles, 1970.
- _____. & OLBRECHET, Lucie T. *Tratado de la Argumentación - La Nueva Retórica.* Madrid: Gregos, 1989.
- PERROT, Michelle. *Os excluídos da História - operários, mulheres, prisioneiros.* Seleção de textos. 2ª ed. São Paulo: Editora Paz e Terra, 1992.
- ROSA, F.ª de Miranda (org). *Direito e Conflito Social.* Rio de Janeiro: Zahar,1981.
- SADEK, Maria Tereza & ARANTES, Rogério Bastos. *A Crise do Judiciário e a Visão dos Juízes.* IN Revista USP, nº 21, março/abril/maio, 1994, pp. 34-35.
- SANTOS, Boaventura de Souza. "Law and Community: The changing nature of State Power in Late Capitalism", The Politics of Informal Justice (Vol . I), New York, Academic Press,1982.
- SANTOS, Maurício Macedo & SEGA, Viviane Amaral. *Sobrevivência dos princípios da Insignificância diante das Disposições da Lei 9099-95.* Artigo extraído da INTERNET, 23/04/2002 (<http://www.jus.com.br-doutrina-texto.asp?id:950>).
- SCOTT, Joan. *Gênero: uma Categoria Útil de Análise Histórica.* Porto Alegre: Revista Educação e realidade, julho/dezembro, 1990, pp. 5-22.

- SMART, Carol. "La mujer del discurso jurídico". In Laurrauri, Elena, *Mujeres, derecho penal y criminología*. Madrid: siglo Veintiuno, 1994, pp. 167- 189.
- TOURAINÉ, Alain. *Igualdade e Diversidade – o sujeito democrático*. São Paulo, EDUSC, 1998.
- VAN DIJK, Teun A. *Ideología: Un enfoque multidisciplinario*. Barcelona, 1998.
- _____. *Cognição, Discurso e Interação*. São Paulo: Contexto, 1999.
- VAN SWAANIGEN, R. *Feminismo, Criminología y Derecho Penal*. EM: Papers d'Estudi i Formación, número 5, Barcelona, 1990, pp. 85-107.
- WARAT, Luiz Alberto. *Introdução Geral ao Direito II – A Epistemologia Jurídica da Modernidade*. Porto Alegre, Fabris, 1995.
- _____. *Introdução Geral ao Direito III – O direito não estudado pela teoria jurídica moderna*. Porto Alegre, Fabris, 1997.
- _____. *Introdução Geral ao Direito I – Interpretação da lei – temas para reformulação*, Porto Alegre, Fabris, 1997.
- _____. *O Direito e sua Linguagem*, Porto Alegre, Fabris, 1995.
- WERNECK VIANNA, Luiz, REZENDE DE CARVALHO, Maria Alice, CUNHA
- MELO, Manuel Palacios, BAUMANN BURGOS, Marcelo. *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*. Ed. Revan, 1999.
- ZAFFARONI, Raul & PIERANGELI, José Hemrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Revan, 1997.

DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA – APLICABILIDADE NO DIREITO BRASILEIRO E REVISÃO DA DOGMÁTICA PENAL DOMINANTE

Eduardo Botão Pelella, Procurador da República do Estado de Sergipe.

ABSTRACT: Il saggio fa l'analisi dell'imputazione oggettiva, i suoi aspetti concettuali, la sua compatibilità con il diritto positivo attuale, e, infine, riconosce la necessità di revisione della dogmatica nazionale che rimane ancorata al paradigma finalistico.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Da possibilidade de aplicação da teoria da imputação objetiva em nosso direito penal positivo; 2.1 O problema do *regressus ad infinitum* e a redefinição da relação de causalidade no direito penal; 2.2. Da imputação objetiva: principais aspectos conceituais e aplicabilidade no direito brasileiro; 3. Da necessidade de revisão da dogmática penal dominante; 4. Conclusão

1. INTRODUÇÃO

Os recentes estudos acerca da imputação objetiva em nossa doutrina nos colocam diante de dois problemas essenciais que necessariamente deste fato decorrem.

O primeiro deles refere-se à possibilidade da adoção de tal técnica interpretativa da relação de causalidade em nosso direito positivo, em cotejo com o art. 13 do nosso Diploma Penal. O segundo, por sua vez, deita raízes mais profundas a ponto de requerer uma revisão na própria teoria dominante na dogmática penal brasileira que professa, desde a reforma de 1984, a teoria finalista da ação.

O singelo estudo a seguir produzido, longe de pretender formular respostas prontas, até mesmo em virtude de suas limitações naturais, pretende suscitar o problema a partir da identificação das matrizes teóricas que informam o finalismo e o paradigma da imputação objetiva utilizando o primeiro dos problemas abordados como intróito à discussão acerca da opção legislativa pelo finalismo e a dominação que tal doutrina exerce em nossa dogmática, não

respaldada com tal deferência nem mesmo em sua pátria de origem, a Alemanha.

2. DA POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA EM NOSSO DIREITO PENAL POSITIVO

Consoante é sabido por todos, nossa parte geral do Código Penal, quando da alteração sensível operada em 1984 em nosso sistema penal pelas Leis 7209/84 e 7210/84, abraçou o finalismo como mote inspirador da compreensão do problema penal.

Tal conclusão pode ser confirmada pela leitura de uma das obras essenciais da dogmática penal brasileira da lavra de um dos expoentes da reviravolta legislativa citada, o saudoso Ministro Francisco de Assis Toledo¹.

O finalismo, em nosso sentir, antes de uma simples opção legislativa, constitui-se em verdadeira ferramenta de sistematização do direito penal em seu conjunto, com bases filosóficas específicas e indissociáveis de sua análise.

Em termos gerais, no que tange à compreensão do ato criminoso, o finalismo pretende superar a teoria causal da ação que, tendo em vista sua formulação praticamente intuitiva, dominou a dogmática penal no início do século XX.

Diz-se que a teoria causal da ação tem formulação praticamente intuitiva pela razão de que o conceito, ou os conceitos centrais que constituem a sua base, têm sua gênese na relação naturalística de causa e efeito.

O finalismo opõe-se ao dogma causal, no que tange à delimitação do ato criminoso, pela exigência da verificação da volição embutida na conduta que dá origem ao ato criminoso.

Enquanto na teoria causal da ação a compreensão do fato criminoso se dá ao nível meramente naturalístico num primeiro momento de adequação típica, o finalismo exige, para a mesma etapa,

¹ TOLEDO. Francisco de Assis. *Princípios Básicos do Direito Penal*. São Paulo. Saraiva, 4. Ed. 1994.

a perquirição da vontade do agente no momento da prática do ato imputado.

Em termos práticos, a diferença é substancial.

Na teoria causal da ação a exigência para a adequação típica cinge-se à análise meramente naturalística de se determinar se o ato praticado por A causou dano a B, relegando-se a perquirição do caráter volitivo para momento posterior. Pela mera subsunção operada nestes termos, a tipicidade como requisito à imputação, restaria satisfeita.

Verificando-se a mesma situação e encarando-a sob o ângulo da concepção finalista, a tipicidade para restar preenchida e ensejar a imputação de crime ao sujeito, deverá conter a perquirição da vontade do sujeito que motivou a ação acoimada de criminosa. Estabelecido que foi finalisticamente orientada ao resultado, a ação será classificada como típica, o que não significa que tenha sido criminosa, haja vista a necessidade de atendimento a outros requisitos respeitantes a definição legal de crime.

Como já se pôde notar, damos ênfase nesta dissertação à análise da tipicidade por entendermos que nessa parcela da dogmática penal é que a incidência da imputação objetiva tem seu impacto mais radical.

Retornando ao ponto, o finalismo, entendido singelamente pela explicação acima, triunfou em nossa doutrina penal.

Mas, ao mesmo tempo em que se tornou a matiz teórica dominante em nosso direito penal, o finalismo sofreu fraturas teóricas internas, especialmente no tema atinente à definição de crime.

Para os seguidores fiéis de Welzel², como Toledo³, o crime continua definido pelo clássico conceito analítico como “ação ou omissão típica, antijurídica e culpável”. Tal definição foi negada pela escola do chamado, com certo tom mordaz por Bittencourt⁴, “finalismo tupiniquim”, que retira a culpabilidade do conceito de crime transferindo-a à seara da aplicação da pena e definindo-a como

² WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Chile: Ed. Jurídica de Chile, trad. Juan Bustos Ramírez e Sergio Yañes Pérez, 1987.

³ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos do Direito Penal*. São Paulo. Saraiva, 4. Ed. 1994

⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal - Parte Geral*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1997.

pressuposto desta⁵. Outros autores agregam à definição do ato criminoso a punibilidade definindo o crime como “ação típica, antijurídica, culpável e punível”.

Dissensos à parte, o fato é que o finalismo e suas variantes permanecem com prestígio incontestado de *lege lata* e *de lege ferenda* em nossa paragens.

O prestígio é tanto que, como veremos, a imputação objetiva, apesar de, a nosso aviso, constituir-se em doutrina que se aparta do finalismo (apesar de alguns conceitos do finalismo, como o de ausência de cuidado objetivo como elemento do tipo culposo, se aproximarem bastante de conceitos da imputação objetiva) de superação do finalismo, os teóricos maiores de nosso direito penal encaram-na como mero instrumento de “correção” das possíveis distorções provenientes da aplicação mecânica da teoria da equivalência dos antecedentes, professada pelo art. 13 do nosso Diploma Penal.

2.1 O PROBLEMA DO *REGRESSUS AD INFINITUM* E A REDEFINIÇÃO DA RELAÇÃO DE CAUSALIDADE NO DIREITO PENAL

Nos reporta Claus Roxin⁶ que o finalismo na Alemanha nasceu em virtude das deficiências conceituais observáveis na doutrina causal da ação dentre as quais avulta o problema da definição do conceito de causa do evento criminoso.

Para o grande penalista alemão, o problema básico é o *regressus ad infinitum* que se verifica pela mera aplicação mecânica do dogma causal.

Isto porque em sendo o fato típico, a princípio, identificado pela verificação factual meramente naturalística, todas as ações anteriores que deram origem ao fato investigado são consideradas como causas do delito. Assim chega-se ao problema, sob este ângulo insolúvel, do *regressus*. Da mesma forma que o autor do disparo fatal insere-se na

⁵ Por todos: JESUS, Damásio Evangelista. *Direito Penal*. 20. ed. São Paulo : Saraiva, 1997.

⁶ ROXIN, Claus. *Dell'imputazione oggettiva in: ROXIN, Claus* Política criminale e sistema del diritto penale: saggi di teoria del reato; Trad. Italiana de Sergio Moccia. Edizioni Scientifiche Italiane – Nápoles, 1995.

cadeia do desenrolar causal, o fabricante da arma, sem a qual não ocorreria o dito disparo, seria, teoricamente, co-responsável pelo crime.

Obviamente não havia quem defendesse tão remota forma de responsabilização que esbarraria no absurdo de serem responsabilizados os genitores do acusado pelo crime.

Mas a lacuna teórica verificada era incontestável.

O finalismo operou a superação (parcial, dizemos) desta mácula teórica através da vedação à responsabilização objetiva derivante da agregação do elemento volitivo à tipicidade. A partir desta concepção, apenas se inserem na cadeia causal aqueles que, de alguma forma, tomaram parte na ação finalisticamente orientado à materialização do evento criminoso. Assim, aquele que licitamente vende a arma a futuro criminoso sem partilhar de seus desígnios, não se insere nos desdobramentos normativamente estabelecidos como necessários ao cometimento da infração.

Entretanto, afirma Roxin na mesma obra antes citada, o finalismo nunca contou com a unanimidade da doutrina penal tedesca precisamente por deixar lacunas no que tange ao problema da causalidade.

Em verdade, segundo o autor citado, o finalismo não consegue oferecer explicações seguras para a questão do crime culposo ou dos crimes omissivos puros em que, de fato, não há sequer ação, quanto mais finalisticamente orientada.

Tal incompletude se dá precisamente pelo fato de que, apesar da agregação do elemento volitivo à tipicidade, o nexos causal em si, entendido como cadeia de atos necessários e suficientes à prática do crime, permanece compreendido segundo seu aspecto meramente naturalístico.

É em virtude desta postura teórica, compartilhada por finalistas e causalistas, que a imputação objetiva pretende reformular a compreensão do nexos de causalidade pela incidência de critério normativo e não somente naturalístico na perquirição da ação criminoso.

2.2 DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA: PRINCIPAIS ASPECTOS CONCEITUAIS E APLICABILIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

Recém-introduzida nas discussões da doutrina penal pátria, a imputação objetiva vem sendo encarada por aqui com sabor de novidade.

Entretanto, como se pode perceber na doutrina estrangeira, especialmente na Alemanha, o tema já vem sendo objeto de discussão há mais de um quarto de século.

A gênese da teoria da imputação objetiva reside na tentativa de superação das incongruências da causalidade naturalística adotada como princípio vetor do finalismo e do causalismo partindo-se do conceito de *imputação* formulada originalmente (no campo jurídico) por Karl Larenz em sua obra datada de 1927, *Hegels Zurechnungslehre und des Begriff der Objektiven Zurechnung*.

Segundo Luís Greco, dissertando sobre a obra de Larenz⁷:

Para Hegel, a *liberdade* é inerente ao homem enquanto sujeito racional. Esta liberdade manifesta-se no mundo através da *vontade*, da vontade livre, da vontade moral. A vontade, por sua vez, exterioriza-se sob a forma de uma ação. A ação é, portanto, uma objetivação da vontade. A vontade tem o poder de controlar os cursos causais em determinado sentido, de maneira que o resultado de todo este empreendimento pode-se considerar, ao final, *obra* do sujeito. É a vontade que anima as nossas ações, é ela que faz de uma ação uma ação. (...) A teoria da imputação tentará justamente distinguir *ação* de *acaso*. 'A imputação trata da seguinte pergunta: o que se deve atribuir a um sujeito como ação sua, pelo que pode ser ele responsabilizado?'. A imputação objetiva 'nos diz, portanto, quando um acontecimento é ato de um sujeito'. (...) Na segunda parte de seu livro, tenta

⁷ Observe-se que a obra de Larenz não trata da imputação como tema de Direito Penal, mas da ciência jurídica como um todo.

Larenz aplicar a construção de Hegel no campo do Direito. Larenz deseja, fundamentalmente, corrigir a estreiteza do conceito hegeliano de ação, que desconhece a responsabilidade fora dos casos de dolo. Para isso, mantém toda a construção de Hegel, principalmente a concepção de que a vontade constitui essência da ação, só se podendo imputar a alguém aquilo que esteja compreendido pela sua finalidade. Contudo, enquanto Hegel falava de imputação a um sujeito, Larenz passa a pôr o foco sobre uma nova idéia, bastante presente na Filosofia do Direito de Hegel: a de *pessoa*. 'A pessoa é o homem não enquanto ser natural, mas enquanto ser racional, portador de uma razão supraindividual, sujeito e espírito'. A noção de sujeito individual, homem físico, presente em Hegel, dá lugar à idéia normativa de pessoa, ser racional. Com base nessa idéia, que se desvincula do indivíduo específico, colocando-se em um nível genérico, objetivo, também a finalidade deixa de ser aquilo que o indivíduo efetivamente previu e quis, para passar a abranger tudo aquilo que objetivamente a ação tendia a atingir. 'O conceito de finalidade só não pode ser compreendido de modo subjetivo, mas sim objetivamente; isto é, não podemos nos contentar em imputar aquilo que foi conhecido e querido, mas temos também de imputar aquilo que foi conhecido e querido, mas temos também de imputar aquilo que poderia ser conhecido e compreendido pela vontade, o objeto possível da vontade'. (...) Em *síntese*, Larenz acaba por erigir a 'possibilidade' de previsão (previsibilidade) em critério de imputação. Esta possibilidade não deve ser analisada subjetiva, mas objetivamente: não é o autor concreto, mas a pessoa, o ser racional, que deve estar em condições de prever um determinado acontecimento. *As conseqüências objetivamente previsíveis são, portanto, atribuíveis à pessoa, enquanto ser racional*.⁸

⁸ Trecho extraído da introdução da obra: ROXIN, Claus. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. Rio de Janeiro. Renovar, 2002, pp.15 a 19. A tradução da obra é de autoria

A partir desta matriz de pensamento, (que, repito, originariamente não pertence somente ao direito penal) caminha-se, segundo Roxin, para o estabelecimento de critério predominantemente normativo de valoração da conduta reputada criminoso com ênfase na verificação da criação ou incremento de risco não permitido pelo ordenamento tudo baseado em valores pinçados segundo critérios de política criminal.

Para sua correta visualização, valemo-nos do recorrente exemplo citado por Roxin que aclara a incidência desta forma de encarar o nexo de causalidade em Direito Penal.

Suponha-se que pretendendo abater inimigo, A convida-o para passeio em bosque durante tempestade na esperança de que um raio venha a fulminá-lo. O bosque não oferece risco excepcional a ponto de garantir alta probabilidade de que isso venha ocorrer. Acontecendo o evento desejado poderíamos afirmar que A praticou homicídio? Obviamente que não. Mas à luz da doutrina penal clássica (finalista ou causalista) não se pode olvidar que a conduta de A causou a morte de B na medida em que foi decisiva para a concretização do evento além de finalisticamente orientada ao resultado alcançado. Por que então é intuitivo que de crime não se trata?

Parece-nos que a resposta está contida na singela afirmação de Claus Roxin que diferencia duas situações inconfundíveis: A deu causa à morte de B, mas não o **matou** em sentido jurídico.

Isto porque a atitude de A ao convidar B para o passeio, apesar de crivada de más intenções, não criou um perigo juridicamente proibido.

Diversa seria a solução, afirma Roxin, se o bosque referido fosse caracterizado por alguma circunstância especial, conhecida por A, que garantisse a incidência de raios capaz de efetivamente por em perigo a vida de B. Neste caso, poderíamos falar em homicídio.

Poder-se-ia objetar que a diferença entre uma e outra hipótese seria apenas e tão somente o aspecto estatístico. Mas não. O problema reside na criação de um perigo não permitido pelo ordenamento que resulte em fato vedado pela norma jurídica.

do Prof. Luís Greco que é também autora da preciosa introdução, verdadeiro painel sobre a origem dogmática da teoria da imputação objetiva.

O exemplo com raios violenta assaz a consciência tal a improbabilidade de conjuntura de eventos necessária à sua aplicação prática. Criamos outro exemplo que talvez seja mais apto a aclarar o que se disse.

Suponhamos que um habitante de uma ilha bastante freqüentada por turistas saiba que determinada porção do litoral desta ilha esteja contaminada por algas venenosas que a tornem imprópria para banho. Pretendendo subtrair objetos de valor ostensivamente carregados pelo turista, o ilhéu o induz a tomar banho naquela porção de mar contaminada e o turista vem a falecer. Claramente há crime nesta conduta. O ilhéu criou um risco não permitido pelo ordenamento.

A imputação objetiva se consubstancia, pois, em ferramenta valiosa na correta determinação da conduta criminosa.

Mas não é utilizável apenas nas imperfeições da doutrina tradicional, e sim, como forma de correção de possíveis desvios interpretativos possivelmente observáveis com a solução tradicional.

A aplicação da imputação objetiva oferece explicações mais satisfatórias à questão dos crimes culposos e dos crimes omissivos puros, além de modificar a interpretação relegada aos chamados tipos justificantes.

Com efeito, a interpretação da legítima defesa e do estado de necessidade, por exemplo, é modificada radicalmente quando se introduz o conceito de risco criado ou incrementado de forma não consentida.

As observações de Roxin, neste ponto, merecem ser transcritas⁹:

Na doutrina penalística da Alemanha Ocidental vai tomando maior corpo e, pode-se dizer, já predomina a idéia de que o sistema penal não deva estar fundamentado nem sobre a causalidade nem sobre a finalidade, mas sobre escolha de valores de política criminal. O sistema penal não está construído sobre leis do ser (sejam estas de causalidade ou de finalidade) mas sobre critérios

⁹ ROXIN, Claus. *Dell'imputazione oggettiva in*: ROXIN, Claus Política criminale e sistema del diritto penale: saggi di teoria del reato; Trad. Italiana de Sergio Moccia. Edizioni Scientifiche Italiane – Nápoles, 1995, pp. 73/74.

normativos. Quero explicitar esta passagem de uma sistemática onticamente orientada a um sistema penal teleológico com referência à tipicidade.

O que seja uma ação de homicídio conforme a tipicidade – até o fim da exposição permaneço com a mais grave hipótese de homicídio – depende, segundo esta concepção, não da causalidade ou da finalidade, mas somente dos pressupostos a partir dos quais um evento típico pode ser atribuído a um homem como sua obra segundo critérios jurídicos de valoração. A fórmula mais simples para exprimir estes critérios é a seguinte: o evento morte nos delitos de ação é, em regra, atribuído a um homem como homicídio quando constitui a realização de um perigo não consentido, por ele criado.

De ambos os exemplos expostos por Welzel extrai-se que sobre o plano objetivo falta uma ação de homicídio. Quem induz um terceiro a caminhar no bosque durante um temporal não cria nenhum perigo de morte juridicamente relevante: a eventualidade de ser fulminado por um raio é estatisticamente tão baixa que o direito não a considera um perigo não consentido. Por tal razão o evento que, desconsiderando toda a verossimilhança, mesmo assim se realiza, não é imputado àquele que o causou. ELE, DE FATO, CAUSOU A MORTE DE UM HOMEM MAS NÃO O MATOU NO SENTIDO JURÍDICO.(...)

Existem muitas espécies de comportamento que implicam perigo mas que, independentemente de qualquer valoração do ponto de vista individual, são permitidos em geral sob o fundamento de superiores exigências do interesse público e com respeito a regras estabelecidas a respeito. Refiro-me ao risco consentido. O trânsito oferece os exemplos mais comuns. Como mostra a estatística dos acidentes, este cria para a saúde, a

vida e os bens, perigos que se poderiam evitar proibindo o tráfego automobilístico. Mas em virtude dos benefícios gerais que a circulação veicular gera, tais perigos são aceitos pelo legislador. Se alguém incorre em um acidente, mesmo respeitando as regras de tráfego, não estamos diante de um processo causal inadequado; alguma coisa análoga aconteceu à maior parte dos motoristas. Não obstante a isto o evento não pode ser imputado ao condutor que agiu em respeito às regras de diligência sobre o plano da tipicidade objetiva uma vez que se trata de um risco geralmente consentido e não de um perigo não admitido. Se alguém respeita as regras de tráfego e um pedestre, sem que isso seja objetivamente evitável, é colhido por ele e morre, o automobilista certamente causou a morte do pedestre mas não o assassinou no sentido da respectiva tipicidade penal. Do ponto de vista jurídico não há qualquer ação de homicídio, mas somente uma desgraça. Totalmente diversa é a hipótese de um condutor que viola as regras de trânsito, por exemplo, se guia com excesso de velocidade e ocasiona a morte de um homem. Neste caso ele realizou um perigo não admitido e se está diante de uma ação homicida que, em regra, comporta uma sanção.

Imagine-se o caso de uma situação de perigo a que se expõe uma criança ao rolar de um pedregulho barranco abaixo que ameaça sua vida. Se um indivíduo, visando salvar-lhe, pratica ato que lhe produz lesão corporal de intensidade considerável, mas efetivamente logra salvá-lo do pedregulho, obviamente não deverá o referido indivíduo sofrer condenação por estar albergado pelo art. 24 do CP.

Introduzindo-se, porém, a imputação objetiva como mote definidor da interpretação do ato possivelmente considerado típico, a situação se modifica. Antes, haveria a necessidade de deflagração do processo que, no momento do julgamento, deveria redundar em absolvição por verificação do estado de necessidade. Com a perquirição

do incremento ou criação do risco não permitido, nota-se claramente que o indivíduo não criou ou incrementou o risco (possível morte por contato com o pedregulho) mas diminuiu o mesmo. Raciocinando-se neste sentido haveria exclusão da tipicidade, o que, indubitavelmente, redundaria no arquivamento das peças de informação.

A vantagem funcional é clara. Mas o que se pergunta é: a aplicação da dita teoria é compatível com nosso ordenamento? Existe autorização para que, na sistemática vigente, a solução acima apontada seja considerada possível?¹⁰

Pensamos que as respostas sejam afirmativas.

Com efeito, não é segredo que a Parte Geral do nosso Código inspirou-se na doutrina finalista da ação introduzindo, inclusive, conceitos com nomenclaturas típicas da escola esposada (erro de tipo e erro de proibição, p.ex.).

Entretanto, isto não torna a aplicação do Direito Penal subserviente a determinada doutrina sob pena da consagração da *mens legislatoris* em detrimento da liberdade interpretativa resultante da publicação da lei.

Queremos dizer com isto que o intérprete não está adstrito na interpretação ao comprometimento do legislador com esta ou aquela doutrina mas, apenas, com sua consciência e com a higidez do ordenamento como um todo.

Isto significa que dentro do âmbito de possibilidades conferido pela norma, o limite à aplicação desta ou daquela concepção não coincide com seus limites doutrinários mas com as possibilidades do próprio direito positivado.

¹⁰ Exemplos existem de aplicações doutrinárias importadas que, apesar de francamente vantajosas do ponto de vista prático são absolutamente incompatíveis com a letra da lei em vigor. Assim, p. ex., a transformação da ação pauliana decorrente de fraude contra credores em ação de ineficácia, quando o CC pretérito e o atualmente em vigor rezam no sentido da atribuição de eficácia desconstitutiva, como prova o aresto abaixo oriundo do STJ assim enunciado, *verbis*:

Ementa “Embargos de Terceiro - **fraude** contra **credores** consoante a doutrina tradicional, fundada na letra do Código Civil, a hipótese é de anulabilidade, sendo inviável concluir pela invalidade em embargos de terceiro, de objeto limitado, destinando-se apenas a afastar a constrição judicial sobre bem de terceiro de qualquer sorte, admitindo-se a hipótese como de **ineficácia**, essa, ao contrário do que sucede com a **fraude** de execução, não é originária, demandando ação constitutiva que lhe retire a eficácia.” Min. EDUARDO RIBEIRO TERCEIRA TURMA15/09/1992.

Assim sendo, se do ponto de vista doutrinário não vemos com bons olhos aquelas tentativas de assimilação por parte do finalismo da imputação objetiva, o art. 13 do nosso Diploma Penal, que claramente tem sua matriz na concepção finalista, não nos parece incompatível com a aplicação da imputação objetiva.

De fato, reza o referido dispositivo:

Art. 13. O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

A redação, como se vê, em sua primeira oração elabora o corte que impede o *regressus*, fiel à doutrina finalista: “o resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa”. Mas isto não significa que o nexo de causalidade haja de ser interpretado somente de forma a excluir a valoração normativa sobre o mesmo. Ou seja, a norma não obriga à mera subsunção naturalística do fato à norma exatamente porque não o proíbe em sentido contrário.

À mesma conclusão chega o professor Rogério Greco, que afirma, ainda, que a limitação à teoria da *conditio sine qua non* operada pelo art. 13, § 1º reforça tal interpretação.

Poderíamos opor a objeção que tal técnica poderia violar garantias constitucionais do possível indigitado. Mas, afirma-se, a imputação objetiva, longe de ampliar o espectro de atuação do direito penal, torna-o mais preciso, na medida em que agrega maiores exigências à adequação típica, expungindo, ou procurando expungir, de sua seara a famigerada responsabilidade objetiva.

3. DA NECESSIDADE DE REVISÃO DA DOGMÁTICA PENAL DOMINANTE

Acima defendemos a compatibilidade da teoria da imputação objetiva com o direito penal positivo vigente, apesar de entendermos ser esta incompatível doutrinariamente com o finalismo, tão sufocantemente presente em nossos escritos de Direito Penal.

Decorre desta idéia uma segunda conclusão em seara que se afasta do direito positivo.

Pensamos que urge uma revisão da doutrina penal pátria que até o momento permanece impermeável às evoluções verificadas em outras paragens e congelada na concepção finalista da ação que Roxin, em escrito publicado em meados da década de 80, já proclamava o declínio de sua plêiade de defensores e perda de prestígio nos meios acadêmicos europeus.

A afirmação que fizemos acima não pretende fomentar vazia discussão de mero academicismo no Direito Penal. Pretendemos, em verdade, possibilitar o influxo de novas idéias que tornem o Direito Penal de fato aplicado, em instrumento mais ágil e mais justo de pacificação social, que, afinal, é seu objetivo.

O congelamento das idéias em sacrifício da efetividade do direito subverte as prioridades e a própria razão de existir da academia e sua eterna dialética inovadora na busca de soluções mais equânimes e mais céleres no que atine à resposta penal.

Idéias como a imputação objetiva, a interpretação do Direito Penal à luz da Constituição Federal, a correta determinação dos bens jurídicos tutelados constitucionalmente e a redefinição da tipologia dos delitos de acordo com a seleção constitucional, são necessidades prementes em nosso Direito Penal.

Dito isto, voltamos ao ponto central da dissertação.

Conforme já dissemos acima, nota-se entre os estudiosos do Direito Penal pátrio uma tentativa de assimilar a teoria da imputação objetiva aos limites da dogmática finalista. Tal tentativa é condenável por dois aspectos primordiais.

Por um lado, não é honesta do ponto de vista acadêmico porque: a) introduz teoria com sabor de novidade quando sua perquirição já completou a maioria em sua pátria de origem; b) veicula-a dissociada de sua matriz teórica originária que, em verdade, se opõe ao finalismo.

Em outra face, divulga, ainda que subliminarmente, a idéia de que não existe outra verdade em Direito Penal que não a do finalismo, impedindo a evolução conceitual e doutrinária do Direito Penal, ainda que *de lege ferenda*.

Entendemos, pois, que a imputação objetiva é ferramenta preciosa na compreensão da temática do Direito Penal.

Mas proclamamos a necessidade não de adaptação da teoria à norma presa a determinada concepção previamente determinada, mas da possibilidade de auscultação das variantes interpretativas da própria norma liberada das amarras desta ou daquela concepção doutrinária que deve ser corretamente colocada como **uma das opções** teóricas possíveis e não como **a única válida**.

4. CONCLUSÃO

A pequena dissertação que ora se encerra não teve como objetivo tecer profissão de fé acerca desta ou daquela concepção, tampouco pregar o abandono determinada escola do pensamento penal.

O estudo pretendeu, apenas, tecer algumas considerações que, a nosso aviso, devem ser preliminarmente enfocadas em qualquer estudo científico que pretenda apresentar determinada concepção até então desconhecida.

A validade científica de qualquer teoria depende da verificação de seus resultados, sim, mas, fundamentalmente, prende-se a suas premissas originárias e delas não se liberta.

Pensamos que o enfoque a ser dado ao estudo do Direito Penal não se prende à mera reprodução da teoria inspiradora da feitura da lei em vigor. Repete-se: a lei vigente deve ser interpretada pelo operador de acordo com sua consciência e de forma a preservar o sistema jurídico posto sem comprometimento prévio com esta ou aquela matriz teórica.

Afirmamos, e agora reafirmamos, que a teoria da imputação objetiva, se aplicada, não é incompatível com o direito posto e, muito menos, vulnera o sistema penal montado a partir da Constituição Federal. Antes, constitui-se em preciosa ferramenta para sua concretização.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*, Rio de Janeiro, Renavan, 2002.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal - Parte Geral*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1997.
- CERNICCHIARO, Luis Vicente e COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito Penal na Constituição*, São Paulo, RT, 1995.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer et. Alí. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- JESUS, Damásio E. de. *Código Penal Anotado*, São Paulo, Saraiva, 1989.
- ROXIN, Claus. *Dell'imputazione oggettiva in: ROXIN, Claus. Política criminale e sistema del diritto penale: saggi di teoria del reato*; Trad. Italiana de Sergio Moccia. Edizioni Scientifiche Italiane – Nápoles, 1995.
- ROXIN, Claus. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. Tradução e Introdução de Luís Greco. Rio de Janeiro, Renovar, 2002.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*, São Paulo, Saraiva, 1995.
- WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Chile: Ed. Jurídica de Chile, trad. Juan Bustos Ramirez e Sergio Yañes Pérez, 1987.
- ZAFFRONI, Eugênio Raúl e PIERANGELI – *Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1997.

A LEI FEDERAL Nº 10.628/02 E O FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO

Carlos Augusto Alcântara Machado, Promotor de Justiça de Sergipe, Mestre em Direito Constitucional e Professor de Direito Constitucional da UFS, UNIT, IELF, ESMESE, ESMPSSE. Autor do livro *Mandado de Injunção – Um instrumento de efetividade da Constituição* (Ed. Atlas). Palestra proferida no V Encontro do Ministério Público do Estado de Sergipe, em 19 de dezembro de 2003, em Aracaju-SE (Hotel Parque dos Coqueiros).

RESUMO: Foro por prerrogativa de função. *Perpetuatio jurisdictionis*. Inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do art. 84 da Lei nº 10.628/2002. A Lei Federal nº 10.628/2002, ao garantir o foro especial por prerrogativa de função para ex-autoridades públicas, define competência originária para os tribunais não prevista no rol taxativo da Constituição Federal e das Constituições Estaduais.

PALAVRAS-CHAVE: Competência, *perpetuatio jurisdictionis*, ex-autoridades públicas, ação penal e improbidade administrativa.

ABSTRACT: Court for prerogative of function. *Perpetuatio jurisdictionis*. The inconstitutionality of the §§1º and 2º of the article 84 of the law 10.628/2002. When the federal law no. 10.628/2002 guarantees special court for prerogative of function to former public authorities, it defines ORIGINÁRIA competence to the tribunals which is not established in the firm roll of the Federal Constitution and State Constitutions.

KEY WORDS: competence; *perpetuatio jurisdictionis*; former public authorities; penal AÇÃO; administrative DISHONESTY.

Durante mais de três décadas vigorou no Supremo Tribunal Federal entendimento cristalizado no enunciado da **Súmula nº 394**, *verbis*:

Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício.

Tal posicionamento possibilitava às autoridades, após a cessação da função anteriormente exercida, a manutenção da prerrogativa de foro, caso o crime tivesse sido praticado no exercício do mandato ou da função pública.

A Súmula editada em 03 de abril de 1964, foi revogada em 25 de agosto de 1999. O Informativo STF nº 159, noticiou o relevante fato:

Concluído o julgamento de questão de ordem na qual se discute o cancelamento ou a revisão da Súmula 394 do STF (“Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício.”) (v. Informativos 149 e 69). O Tribunal, por unanimidade, cancelou a Súmula 394 por entender que o art. 102, I, b, da CF - que estabelece a competência do STF para processar e julgar originariamente, nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República - não alcança aquelas pessoas que não mais exercem mandato ou cargo. (...). Em seguida, o Tribunal, por unanimidade, decidiu que continuam válidos todos os atos praticados e decisões proferidas com base na Súmula 394 do STF, é dizer, a decisão tem efeito ex nunc. Em consequência, o Tribunal resolveu a questão de ordem dando pela incompetência originária do STF e determinou a remessa dos autos à justiça de 1º grau competente. Leia em Transcrições a íntegra do voto do Min. Sydney Sanches,

relator. Inq 687-SP (QO) e Inq 881-MT (QO), rel. Min. Sydney Sanches; AP 313-DF (QO), AP 315-DF (QO), AP 319-DF (QO) e Inq 656-AC (QO), rel. Min. Moreira Alves, 25.8.99.

Como bem registrado no conteúdo da ementa do acórdão referido no Informativo (**Questão de Ordem no Inquérito nº 687-4/SP**), a Súmula cancelada foi elaborada a partir de uma interpretação ampliativa das normas da Constituição de 1946 e das Leis nºs. 1.079/50 e 3.258/59. E mais: **a tese consubstanciada na súmula não se refletiu na Constituição de 1988**. O atual texto constitucional, ao estabelecer a competência dos tribunais, notadamente a dos tribunais superiores, não contemplou a prerrogativa de foro para ex-autoridades ou ex-mandatários. Concluíram os Ministros do STF que a competência originária dos tribunais tem como objetivo a garantia do exercício do cargo ou do mandato e não proteger quem o exerce ou, o que seria pior, quem deixou de exercê-lo.

Ao final, agregaram mais uma lúcida conclusão: *as prerrogativas de foro, pelo privilégio, que, de certa forma, conferem, não devem ser interpretadas ampliativamente, numa Constituição que pretende tratar igualmente cidadãos comuns, como são, também, os ex-exercentes de tais cargos ou mandatos.*

Tratando da matéria e louvando o novo tratamento do tema pelo STF, averbou, com propriedade, o magistrado federal **Geraldo Magela e Silva Meneses**:

estima-se que a recente compreensão adotada pelo Supremo Tribunal Federal resultará em celeridade no julgamento dos casos em que estejam envolvidas ex-autoridades. Isso porque a apuração dos fatos dar-se-á no local onde estes ocorreram – e não a partir de Brasília (sede dos Tribunais Superiores) ou das Capitais (onde se localizam os Tribunais Regionais Federais e os Tribunais de Justiça dos Estados) –, sem a necessidade da expedição de cartas de ordem para diligências probatórias. Bem mais ágil procederá o órgão julgador à coleta de provas para embasar a decisão do júízo. Enfim, há uma perspectiva de maior eficácia do processo penal em face da nova interpretação e aplicação da lei” (Foro por prerrogativa de função: Nova

diretriz do STF - Cancelamento da Súmula 394),
SINTESE, outubro/99.

Diante do novo e acertado posicionamento, proporcionou-se a remessa de milhares de processos para a primeira instância do Judiciário, cabendo ao Juízo de primeiro grau, a partir do julgamento da questão de ordem pelo Excelso Pretório – *ex nunc* –, dar prosseguimento aos feitos em curso, mantendo-se válidos os atos praticados.

A alteração da compreensão da matéria, como explicitado, rigorosamente, não se trata de inovação substancial e uma novidade absoluta.

Desde o início do séc. XIX, nos Estados Unidos da América, cristalizou-se o entendimento da taxatividade constitucional das competências originárias dos Tribunais Superiores. **Alexandre de Moraes**, em erudito estudo (*“Princípio do Juiz Natural como garantia constitucional”* in www.justica.sp.br/artigo16.htm, acesso em 26 de novembro de 2003), ensina que a Suprema Corte americana firmou o posicionamento em histórica decisão relatada por seu *Chief Justice* John Marshall (1 Cranch 137 – 1803), no conhecido caso *Marbury v. Madison*.

A idéia da taxatividade constitucional das competências originárias dos tribunais superiores, como averbou o notável constitucionalista do Estado de São Paulo, nasceu com a idéia de supremacia constitucional por meio do controle da constitucionalidade.

E de que trata o caso sempre citado nos manuais de Direito Constitucional, como a origem do controle da constitucionalidade, mas nem sempre explicitado? Vejamos:

No ano de 1801, o Presidente da República dos Estados Unidos da América, John Adams, nomeou Marbury, para o cargo de juiz de paz do Distrito de Colúmbia. Como se encontrava no final do mandato, o Presidente da República não logrou empossar o nomeado. Assumiu a Presidência Thomas Jefferson e determinou ao seu Secretário de Estado (Madison) que não desse posse a Marbury. Sentindo-se lesado Marbury ajuizou uma ação na Suprema Corte, requerendo que o Poder Judiciário fizesse cessar a ilegalidade, determinando sua nomeação.

Marbury fundamentou o seu pedido na Lei Judiciária de 1789 que conferia competência ao Poder Judiciário para corrigir ilegalidades eventualmente praticadas por agentes do Poder Executivo.

O Juiz John Marshall, enfrentando a matéria, sem embargo de reconhecer a ilegalidade, concluiu pela impossibilidade de julgar o caso sob apreciação, porquanto não poderia a lei infraconstitucional (Lei Judiciária de 1789) conferir competências ou mesmo ampliar o campo de atuação (competências) da Suprema Corte, delimitado taxativamente pela Constituição. A lei, por conseguinte, padecia do vício de inconstitucionalidade.

Como conclui **Alexandre de Moraes**, é uma compreensão bicentenária (no direito constitucional norte-americano) e centenária na doutrina e jurisprudência nacionais.

Em 24 de dezembro de 2002, pouco mais de três anos após a histórica decisão da Suprema Corte de Justiça (revisando a Súmula 394), foi promulgada a **Lei Federal nº 10.628**. Promoveu-se uma alteração no art. 84 Código de Processo Penal, passando o dispositivo a vigorar com a questionável redação:

Art. 84. A competência pela prerrogativa de função é do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça dos Estados e Distrito Federal, relativamente às pessoas que devam responder perante eles por crimes comuns e de responsabilidade.

§ 1º. A competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevalece ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública.

§ 2º. A ação de improbidade administrativa, de que trata a Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992, será proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou a autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública, observado o disposto no § 1º.

Os novos dispositivos trouxeram importantes conseqüências ao processo penal e civil, porquanto, considerando o disposto no art. 2º

do Código de Processo Penal e no art. 1.211 do Código de Processo Civil, entrarão em vigor de imediato, aplicando-se aos processos pendentes.

Assim, a providência de remessa dos autos para a primeira instância, ocasionada por força do cancelamento da Súmula nº 394, ficará sem efeito, retornando os autos aos tribunais de origem, para o processos penais, caso os ilícitos tenham sido praticados no exercício das funções públicas e sejam decorrentes de atos administrativos. Em se tratando de ação de improbidade, os feitos terão que obedecer ao mesmo procedimento, tornando-se incompetentes os juízos de primeiro grau, nas hipóteses de prerrogativa de foro. De imediato, lamentavelmente, o próprio STF, na seara penal, determinou a aplicação da lei, desde que, em face da sua literal disposição, a imputação fosse “**relativa a atos administrativos do agente**” (Inq – QO – n. 718-SP – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – Informativo STF nº 308, ed. de 12 a 16 de maio de 2003).

Tenho para mim que as alterações levadas a efeito pela Lei nº 10.628/02 são inconstitucionais.

Partilhando desse entendimento, a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, contra a mencionada lei (ADIN nº 2797). Foi negada a liminar em 07 de janeiro de 2003. O Procurador-Geral da República já se manifestou nos autos, pelo reconhecimento, em parte, da inconstitucionalidade.

Assim informa o *site* STF, no acompanhamento processual da ADIN:

Recebimento dos Autos da Procuradoria Geral da República, em 19 de fevereiro de 2003, com parecer no sentido do conhecimento da presente ação direta de inconstitucionalidade; e, no mérito, pela sua procedência em parte, para declarar a inconstitucionalidade do § 1º, do art. 84, código de processo penal, introduzido pela Lei nº 10.628, de 24 de dezembro de 2002, bem como da expressão “observado o disposto do § 1º, constante do § 2º, in fine, também acrescido pela mesma lei ao referido art. 84, salvo se o Supremo

Tribunal Federal novamente reexaminar sua posição quanto ao cancelamento da Súmula 394, nos termos do item 51 acima; e ainda para declarar a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, conferindo interpretação conforme a Constituição ao mencionado § 2º, para considerá-lo aplicável apenas quando se trate de hipóteses de atos de improbidade administrativa configuradores de crimes de responsabilidade.

Esse o atual estágio processual da Ação Direta de Inconstitucionalidade que levou a matéria à apreciação do Supremo Tribunal Federal. Entretanto, como já mencionado, a liminar foi negada e a lei impugnada continuará aplicável e em vigor até decisão final.

No dia 22 de setembro de 2004, a ADI 2797 (juntamente com a ADI 2860) entrou em pauta e o eminente Relator Min. Sepúlveda Pertence proferiu voto pela procedência de ambas as ações (voto noticiado no Informativo STF nº 362). Salientou o ministro em seu voto que o §1º do art. 84 do CPP constitui reação legislativa ao cancelamento da Súmula 394, ocorrido no julgamento do Inq 687 QO/SP (DJU de 9.11.2001), cujos fundamentos a lei nova estaria a contrariar, e no qual se entendera que a tese sumulada não se refletira na CF/88 (Enunciado 394 da Súmula: “Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício”). Asseverou ser improcedente a alegação de que o cancelamento da Súmula 394 se dera por inexistir, à época, previsão legal que a consagrasse, já que tanto a súmula quanto a decisão no Inq 687 QO/SP teriam derivado de interpretação direta e exclusiva da Constituição Federal. **Declarou a inconstitucionalidade do §1º do art. 84 do CPP** por considerar que o mesmo, além de ter feito interpretação autêntica da Carta Magna, o que seria reservado à norma de hierarquia constitucional, teria usurpado a competência do STF como guardião da Constituição Federal ao inverter a leitura por ele já feita de norma constitucional, o que, se admitido, implicaria sujeitar a interpretação constitucional do STF ao referendo do legislador ordinário. **Declarou, também, a inconstitucionalidade do §2º do art. 84 do CPP.** Disse que esse parágrafo veiculou duas regras: a que estende a

competência especial por prerrogativa de função para inquérito e ação penais à ação de improbidade administrativa e a que manda aplicar, em relação à mesma ação de improbidade, a previsão do §1º do citado artigo. Esta última regra, segundo o relator, estaria atingida por arrastamento pela declaração de inconstitucionalidade já proferida. E a primeira implicaria declaração de competência originária não prevista no rol taxativo da Constituição Federal. Ressaltou que a ação de improbidade administrativa é de natureza civil, conforme se depreende do §4º do art. 37 da CF (“Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.”) e que o STF jamais entendeu ser competente para o conhecimento de ações civis, por ato de ofício, ajuizadas contra as autoridades para cujo processo penal o seria. Salientou, ainda, que a Constituição Federal reservou às constituições estaduais, com exceção do disposto nos artigos 29, X e 96, III, a definição da competência dos seus tribunais (CF, art. 125, §1º), o que afastaria, por si só, a possibilidade da alteração dessa previsão por lei federal ordinária. Concluiu que o eventual acolhimento, no julgamento da Rcl 2138/DF, da tese de que a competência constitucional para julgar crimes de responsabilidade se estenderia às ações de improbidade, não prejudicaria nem seria prejudicado pela declaração de inconstitucionalidade do §2º do art. 84, já que a competência dos tribunais para julgar crimes de responsabilidade é bem mais restrita que aquela para julgar os crimes comuns.

Logo em seguida ao seu voto, o Min. Eros Grau pediu vista.

Indaga-se: Processualmente, enquanto a matéria não for julgada em definitivo pelo STF nada mais poderá ser feito? A tramitação dos processos criminais ou daqueles que envolvam improbidade administrativa terá que ocorrer, necessariamente, nos tribunais, mantendo-se a prerrogativa de foro?

Penso que não. Há uma outra solução.

Ninguém desconhece que o controle de constitucionalidade no Brasil segue duas vias ou dois caminhos que não se excluem. Mais do que isto, se completam. É o que se convencionou chamar de controle concentrado e controle difuso. Em relação ao controle concentrado, a matéria encontra-se *sub judice*, com o ajuizamento da ADIN 2797. Resta-

nos, ainda, o controle difuso, o incidente de inconstitucionalidade, controle por via de exceção ou defesa, controle de constitucionalidade aberto ou no caso concreto.

O controle de constitucionalidade *incidenter tantum* da Lei Federal nº 10.628/02 poderá ser suscitado, sempre em casos concretos, nos processos em curso, nas ações que tramitam no Juízo de 1º grau ou que venham a tramitar. Como, via de regra, o titular da ação penal e de eventuais ações de improbidade é o Ministério Público, poderá a instituição guardiã da cidadania argüir o incidente e, caso julgado procedente, manter-se a competência.

Em Sergipe, de forma pioneira, o valoroso Promotor de Justiça Orlando Rochadel Moreira, então membro do Ministério Público do Município de Maruim, fazendo uso de um Recurso em Sentido Estrito nos autos do Processo-Crime nº 153/2001 (Comarca de Maruim), suscitou o controle difuso de inconstitucionalidade, apresentando, com argumentos relevantes, a falta de sintonia do atual texto do Código de Processo Penal com o sistema constitucional vigente (*Revista do Ministério Público do Estado de Sergipe* – Ano XIII – 2003 – nº 18, pp. 137/151). A argüição foi acatada pela Juíza de Direito Dra. Olga Silva Barreto, em 30 de junho de 2003. Do meu conhecimento, foi o primeiro passo no Estado.

Posta a questão, concludo, em síntese, com a indicação de alguns argumentos que, ao meu sentir, podem ser apresentados em desfavor da lei em foco, considerando a sua inconstitucionalidade:

a) A prerrogativa de foro: Ensina **Júlio Fabbrini Mirabete**, no seu *Código de Processo Penal Interpretado* (Atlas, São Paulo, 2002, pp. 327), que a competência por prerrogativa de função é uma competência *ratione personae* (em razão da pessoa), ditada pela **função** da pessoa, bem como pela **dignidade do cargo exercido** e não do indivíduo que a merece. Essa foi uma das razões de o Supremo Tribunal Federal ter promovido o cancelamento da Súmula 394. Desinvestido da função pública que exercia, perde a pessoa o foro privilegiado, sendo injustificada a sua manutenção. Por se tornar cidadão comum, em homenagem

ao princípio da igualdade, consagrado no *caput* do art. 5º da Lei das leis, deverá ser processado e julgado, observando as regras de competência comum. Caso contrário, estaríamos diante de uma discriminação irrazoável e despropositada. A prerrogativa é do cargo ou da função. Jamais da pessoa.

b) As Competências dos Tribunais: As competências originárias dos tribunais de superior instância, referidas na Lei fustigada (STF e STJ), como também dos Tribunais Regionais Federais são definidas na Constituição Federal. Os artigos 102, I; 105, I e 108, I, estabelecem, em número fechado, o campo de atribuição de cada um dos órgãos colegiados, não havendo espaço para atuação do legislador infraconstitucional. Quanto à competência originária dos Tribunais de Justiça, em consonância com o determinado no § 1º do art. 125 da Carta Magna, deverá ser definida nas Constituições de cada Estado-membro. Excepcionalmente, verificamos na Constituição Federal, definição das competências dos Tribunais de Justiça, como é o caso do art. 96, III. Porém, não é a regra. Em face do exposto, é de se concluir: A lei ordinária, não poderá, em nenhuma hipótese, instituir competência originária para os tribunais antes referidos. A Suprema Corte, enfrentando a matéria, tem se posicionado que “*a competência do STF é de direito restrito e decorre da Constituição, que a restringe aos casos enumerados no art. 102 e incisos*” (RTJ 159/28). No mesmo sentido, o voto do eminente **Min. Celso de Mello**, Relator do Ag. Rg. na Reclamação nº 1110-1/DF: a competência originária do Supremo Tribunal Federal, por qualificar-se como um complexo de atribuições jurisdicionais de extração essencialmente constitucional – e ante o regime de direito estrito a que se acha submetida – não comporta a possibilidade de ser estendida a

situações que extravasem os rígidos limites fixados em *numerus clausus*, pelo rol exaustivo inscrito no art. 102, I, da Constituição da República. Assim, especificamente em relação às competências por prerrogativa de função, considerando a sua especialidade, não devem ser interpretadas ampliativamente, como já decidiu o STF, em decisão citada anteriormente. Os dispositivos constitucionais colacionados, de superior hierarquia normativa, não se referem – nem sequer sinalizam – a ex-agentes públicos, políticos ou não. É prerrogativa inerente ao exercício do cargo.

c) A Improbidade Administrativa: Há muito restou sedimentado na doutrina e jurisprudência que a ação de improbidade administrativa não tem natureza criminal. O próprio art. 37, § 4º, da Lei Maior preceitua, com clareza solar, que as sanções impostas àqueles que incidirem em improbidade administrativa serão aplicadas, **sem prejuízo da ação penal cabível**. Farto entendimento jurisprudencial e doutrinário corroboram a tese ora esposada. O Superior Tribunal de Justiça, julgando a Reclamação nº 591/SP, deliberou que o fato de o tribunal ter competência para o processo e julgamento dos crimes comuns e de responsabilidade de determinadas autoridades públicas, não autoriza a conclusão de enquadramento nessas atribuições do julgamento das mesmas autoridades por atos de improbidade administrativa, considerando sua natureza cível. Na mesma linha, o magistério de **Alexandre de Moraes** (*Constituição do Brasil Interpretada*, Atlas, São Paulo, 2002, pp. 1378/1380), citando, inclusive, diversos julgados também do STF; de **Wallace Paiva Martins Júnior** (*Probidade Administrativa*, Saraiva, São Paulo, 2001, pp. 289/289) e tantos outros. É tema pacífico. Ademais, considerando a sua natureza

particular cível, topograficamente, não poderia a disciplina da matéria (competência) constar de um Código de Processo Penal.

d) Precedentes Judiciais: A polêmica matéria já foi submetida ao crivo dos tribunais pátrios em controle difuso. O *site Consultor Jurídico*, em edição de 12 de fevereiro de 2003, noticiou que a **9ª Câmara de Direito Público de Férias do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** reconheceu que a Lei nº 10.628/02 é inconstitucional. No caso concreto a Câmara, com tal decisão, rejeitou recurso (agravo de instrumento) de Prefeito de Dracena (SP), em Ação Civil Pública por suposto ato de improbidade, que pretendia deslocar a competência para o Tribunal de Justiça. Perfilhando similar entendimento, a decisão do **Tribunal de Justiça de Santa Catarina**, no autos da Ação Civil Pública nº 2003.002338-0. Destaque-se, ainda, acórdão do **Tribunal de Justiça do Paraná**, através de seu órgão especial, em 04 de abril de 2003, que, ao acolher, no julgamento de um *Habeas Corpus* (Nº 137.187-1), o pronunciamento do Ministério Público estadual, declarou inconstitucional a Lei nº 10.628/02. Eis a emenda do *decisum*:
PRERROGATIVA DE FORO – LEI 10.628/02 – EX-AGENTES – INCONSTITUCIONALIDADE – COMPETÊNCIA DO JUÍZO DE 1º GRAU. Se a Constituição Federal prescreve que ‘a competência dos tribunais estaduais será definida na Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça’ (art. 125, § 1º), é manifesta a inconstitucionalidade da Lei 10.628/02, que concedeu prerrogativa de foro a ex-agentes, ampliando o rol de competência dos tribunais, o que só poderia ser feito pelo poder constituinte derivado, e nunca pelo legislador ordinário.

O **Tribunal de Justiça de Sergipe**, em duas importantes decisões, no final de dezembro/2003, já deu a sua contribuição. Destaco o julgamento do Incidente de Inconstitucionalidade nº 07/2003 (Acórdão nº 3911/2003 – Rel. Desa. **Marilza Maynard Salgado de Carvalho**), quando o Tribunal, em sua composição plenária, por unanimidade, incidentalmente, declarou a inconstitucionalidade do § 2º do art. 84, do Código de Processo Penal.

De tudo que foi exposto, é de se reconhecer a **inconstitucionalidade formal e material** da Lei Federal Nº 10.628/02, pois em frontal linha de colisão a Carta Magna de 1988.

Registre-se, que , mesmo antes da promulgação da famigerada lei, como bem anota o ilustre membro do Ministério Público do Estado de São Paulo e professor universitário, **Renato Flávio Marcão**, em artigo publicado em Revista Eletrônica, “a doutrina já vinha se pronunciando sobre o Projeto de Lei n. 6.295/02, que a ela deu origem, e a posição unânime direcionava para a inconstitucionalidade do mesmo, conforme se verifica nos ensinamentos de juristas de escol como **Dalmo de Abreu Dallari** (*Privilégios Antidemocráticos*, Conamp em Revista, out./dez. 2002, n.º 1, 1ª ed., p. 26; **Hugo Nigro Mazzili** (*Privilégio para julgar corruptos*, Conamp em Revista, out./dez. 2002, n.º 1, 1ª ed., p. 32), **Luiz Flávio Gomes** (*Reformas penais : foro por prerrogativa de função*. Disponível na internet: <http://www.ibccrim.org.br>, 24.12.2002) e **Roberto Delmanto** (*Desaforo privilegiado*, Conamp em Revista, out./dez. 2002, n.º 1, 1ª ed., p. 29)”.

Parecia ser matéria pacífica. Não foi. Todavia, ainda é tempo de buscar a correção dos rumos.

Invoco, por fim, o magistério de **Damásio de Jesus**, para, com ele, também afirmar que “*à luz da Constituição Federal de 1988, afigura-se inconstitucional a outorga de foro especial a ex-ocupantes de cargo ou função pública, Violam-se o regime democrático e o princípio da igualdade, pois com a cessação do exercício funcional o agente se equipara ao cidadão comum*” (*Foro por prerrogativa de Função*, Justilex – Ano II – n] 15 – Março de 2203, p. 22).

É de se destacar, no entanto, que a Corte das Cortes de Justiça, já iniciou o julgamento do Inquérito nº 2.010-QO- SP, conforme noticiado no *Informativo STF* nº 322 (22 a 26.09.2003), de 01 de outubro de 2003, e o Relator Min. Marco Aurélio Melo, no seu voto, manifestou-se pela inconstitucionalidade § 1º do art. 84 do CPP (redação da Lei nº 10.628/02):

Eis o texto anunciado no Informativo:

Verbete 394 da Súmula e Art. 84 do CPP

Iniciado o julgamento de questão de ordem suscitada em inquérito, em que se discute, ante a alteração dada ao art. 84 do Código de Processo Penal pela Lei 10.628/2002, se persiste a competência desta Corte para o julgamento de ação penal instaurada contra ex-deputado federal, por crimes supostamente praticados no exercício do mandato ou em razão dele. O Min. Marco Aurélio, relator, considerando que a orientação firmada pelo STF quando do cancelamento do Verbete 394 da Súmula [Inq 687-SP (RTJ 179/912)] — no sentido de que a competência especial não alcança aqueles que não mais exercem o cargo ou mandato — consubstancia a interpretação constitucional que deve ser dada ao art. 102, I, b e c da CF/88, **proferiu voto no sentido de declarar a inconstitucionalidade do § 1º do art. 84 do CPP, determinando a baixa dos autos a primeira instância.** Após, o julgamento foi adiado em face do pedido de vista do Min. Sepúlveda Pertence (CPP, art. 84, § 1º: A competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevalece ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública).

Inq 2.010-QO-SP, rel. Min. Marco Aurélio, 25.9.2003.(INQ-2010).

Recordo que a não concessão da medida liminar pleiteada na ADIN nº 2797 não impede o controle difuso, apesar de posicionamentos divergentes. A própria Suprema Corte, no julgamento da Rcl (QO) 2.063-RJ (05.06.2002), vencida a Ministra Relatora Ellen Gracie, conforme noticiado no *Informativo STF* nº 271, considerou que a decisão que indefere medida liminar em ação direta de inconstitucionalidade não tem efeito vinculante.

Aguardemos a decisão final do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADIN nº 2797 e no Inquérito 2.010, esperando que fulmine a lei vergastada. E enquanto isso não ocorre, encontra-se a nossa disposição o controle difuso para afastar a aplicabilidade da lei.

Avante!

A TUTELA PROCESSUAL NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA E O PRINCÍPIO CONSTITUCIONALIZADO DA PROTEÇÃO NACIONAL DO CONSUMIDOR

Pedro Dias de Araújo Júnior, Procurador do Estado de Sergipe. Pós-graduado em Direito Constitucional e Processual Civil pela UFS. Membro do Conselho Consultivo do Instituto Brasileiro da Advocacia Pública. Membro do Conselho Superior da Advocacia Pública no Estado de Sergipe. Professor de Processo Civil da ESMESE e da ESMP.

RESUMO: O presente trabalho extrai da Constituição o princípio da tutela nacional protetiva do consumidor, confrontando-a com o Código de Defesa do Consumidor e a lei da Ação Civil Pública, concluindo que qualquer interpretação restritiva desta tutela que prejudique o consumidor será tida por inconstitucional.

PALAVRAS-CHAVE: princípios constitucionais, direitos do consumidor, efeito expansivo da coisa julgada, ação civil pública, restrição do alcance da sentença, Lei 9.494/97.

ABSTRACT: The present work extracts of the Constitution the principle of the national protection guardianship of the consumer, collating it with the Code of Defense of the Consumer and the law of the Public Civil action (in the system of *common law*, *class action*, with brazilian some differences), concluding that any restrictive interpretation of this guardianship that harms the consumer will be had by unconstitutional.

KEY WORDS: principles constitutional, rights of the consumer, expansive effect of the judged thing, public civil action (brazilian *class action*, with some differences), restriction of the reach of the sentence, Law 9.494/97.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O princípio constitucional da proteção do consumidor; 2.1 Aspectos gerais; 2.1.1 Evolução axiológica dos princípios no ordenamento jurídico brasileiro; 2.1.2. Distinção entre princípios e regras constitucionais; 2.1.3. Conceito de princípios constitucionais; 2.2 O princípio da máxima efetividade das normas constitucionais; 2.3. O princípio constitucional da máxima proteção aos direitos do consumidor; 3. Aspectos processuais da tutela coletiva do consumidor; 3.1 . Análise da tutela substitutiva processual; 3.2. O interesse (ou necessidade) de agir dos entes federados; 3.3. A conceituação dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos abrangidos pela ação civil pública; 3.3.1. Direitos difusos – *a chi appartiene l'aria che respiro?* 3.3.2. Interesses coletivos *stricto sensu*; 3.3.3 Interesses individuais homogêneos; 3.4 Os limites subjetivos na coisa julgada coletiva *lato sensu*; 3.4.1. Efeitos da sentença em direitos difusos; 3.4.2. O alcance da sentença nos direitos coletivos *stricto sensu*; 3.4.3. A sentença prolatada em direitos individuais homogêneos – alcance e considerações de ordem prática; 4. A inconstitucionalidade e ineficácia do artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública; 5. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Recentemente, o Governo Federal editou a Medida Provisória nº 1.570-5, de 21 de agosto de 1997, posteriormente convertida na Lei 9.494/97, que alterou o artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública e tentou restringir o alcance da coisa julgada das ações civis públicas para “os limites da competência territorial do órgão prolator”.

Sem a pretensão de esgotar o tema, este trabalho visa dar um novo enfoque constitucional e processual civil à interpretação do alcance da coisa julgada nas ações civis públicas consumeristas.

2. O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PROTEÇÃO NACIONAL DO CONSUMIDOR

2.1 Aspectos gerais

2.1.1 Evolução axiológica dos princípios no ordenamento jurídico brasileiro

Segundo Paulo Bonavides, a juridicidade ou normatividade dos princípios passou por três fases distintas: a do jusnaturalismo, a do juspositivismo e a do pós-positivismo¹.

No jusnaturalismo, os princípios de direito vinham das regras sobre-humanas, divinas. Não estavam positivados. Eram abstratos e metafísicos, indicavam valores a serem seguidos pelos cidadãos, sob pena de um castigo de ordem superior. Eram indicadores de um ideal de justiça, cuja eficácia se cingia a uma dimensão ético valorativa do direito. Como consequência, tinham pouca ou duvidosa força normativa.

No juspositivismo, os princípios foram incluídos nas legislações sob diversas formas². Entretanto, sua força normativa era secundária, posto que eram fonte subsidiária do direito. Confira-se, a propósito, o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil³.

Nesta fase, os princípios não são encarados como superiores à lei, mas delas *deduzidos* para suprirem a omissão legislativa. São fontes integrativas do direito.

¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed., São Paulo: Malheiros, 1993, p. 232.

² Noberto Bobbio cita exemplo do caso italiano: “A expressão ‘princípios gerais do direito’ foi usada pelo legislador de 1865; mas pelos equívocos que podia suscitar, quanto a se deveria entender por ‘Direito’ o Direito natural ou o direito positivo, o projeto do novo código havia adotado a fórmula ‘princípios gerais do direito vigente’, modificada na última redação para a atual fórmula: ‘princípios gerais do ordenamento jurídico do Estado’.

Esta mudança foi explicada no Relatório do Ministro através das seguintes palavras: ‘Em lugar da fórmula ‘princípios gerais do Direito vigente’, que poderia parecer extremamente limitativa para o intérprete, julguei preferível a de ‘princípios gerais do ordenamento jurídico do Estado’. Nesta, o termo ‘ordenamento’ torna-se compreensivo em seu amplo significado, para além das normas e dos institutos, e para além, ainda, da orientação político-legislativa estatal e da tradição científica da Nação (Direito romano, Direito comum etc.). Esse ordenamento, adotado ou sancionado pelo Estado, seja ele privado ou público, dará ao intérprete todos os elementos necessários para a pesquisa da norma reguladora’. Citamos integralmente este trecho do Relatório porque as últimas linhas são uma expressão bastante característica do dogma da completude e, de outra parte, a alusão à ‘tradição científica da Nação’ pode levar à idéia de uma evasão, talvez inconscientemente, para a heterointegração.”, in *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10. ed., Brasília: Universidade de Brasília, p. 157.

³ “Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito”.

Assim sendo, a regra jurídica era a fonte principal do direito, enquanto que os princípios somente atuavam na sua lacuna.

No pós-positivismo, os princípios de direito ganham em qualidade. Passaram para as constituições não mais como uma fonte subsidiária do direito, mas sim com grande destaque, posto que são considerados as balizas-mestras de todo o sistema constitucional. Onde há uma regra constitucional ou uma norma inferior reputada por constitucional, haverá um princípio que lhe dará legitimidade.

Como esclarece Paulo Bonavides:

A passagem dos princípios da especulação metafísica e abstrata para o campo concreto e positivo do Direito, com baixíssimo teor de densidade normativa; a transição crucial da ordem jusprivatista (sua antiga inserção nos Códigos) para a órbita juspublicística (seu ingresso nas constituições); a suspensão da distinção clássica entre princípios e normas; o deslocamento dos princípios da esfera da jusfilosofia para o domínio da Ciência Jurídica; a proclamação de sua normatividade; a perda de seu caráter de normas programáticas; o reconhecimento definitivo de sua positividade e concretude por obra sobretudo das Constituições; a distinção entre regras e princípios, como espécies diversificadas do gênero norma, e, finalmente, por expressão máxima de todo esse desdobramento doutrinário, o mais significativo de seus efeitos: a total hegemonia e preeminência dos princípios⁴.

2.1.2 Distinção entre princípios e regras constitucionais

A norma jurídica é um gênero, cujas espécies podemos citar, na teoria de Canotilho, os princípios e as regras jurídicas. Os princípios

⁴ *Curso de direito constitucional*, p. 237-238, cf. ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. São Paulo: RT, 1999, p. 59.

seriam as normas abstratas, metafísicas, enquanto que as regras teriam conteúdo já delimitado para incidir num padrão específico.

Neste ponto, tanto o princípio quanto a regra jurídica possuem uma característica em comum: seu conteúdo é mais amplo do que a simples descrição semântica.

Os princípios são normas que ordenam que algo deva ser realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais (fáticas) existentes, constituindo mandados de otimização.

Os princípios podem ser cumpridos em graus diversos, sendo que a medida de seu atendimento depende de possibilidades reais e jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras opostos.

Ao contrário, as regras são normas que podem ser cumpridas ou não. Se é ela válida - a regra -, há que se cumpri-la. Constituem as regras verdadeiras determinações. No conflito de regras, a solução advém da introdução de uma cláusula de exceção em uma delas ou da eliminação de uma das regras. Duas regras antagônicas não podem coexistir no mesmo ordenamento.

Uma situação de hermenêutica jurídica pode bem demonstrar a raiz da *quaestio*, sem, entretanto, enfrentá-la. Partindo do ordenamento jurídico infraconstitucional, se duas regras se colidem, existem critérios técnicos para elucidar qual está em vigor. Se é a mais nova, se é a mais específica, e assim por diante. Se, entretanto, em uma mesma lei específica recentemente publicada existem dois artigos de mesmo *status* em completo antagonismo (decorrente às vezes da falha de publicação), a melhor interpretação que se dá para o caso é a de se negar validade aos *dois* artigos.

Já quanto aos princípios, também considerados sob a ótica infraconstitucional (para dar tratamento equânime), se vierem no mesmo diploma normativo (*v.g.*, a lei dos procedimentos administrativos), uma vez verificado o aparente antagonismo entre eles no caso concreto, a solução será pelo peso do princípio, e não pela anulação de um ou outro para o caso concreto.

Na colisão de princípios, um cederá espaço para o outro (como na clássica visão de um cabo de guerra), mas isso não implica sua invalidação e tampouco que haja sido introduzida uma cláusula de

exceção. Essas colisões ocorrem no campo à luz do caso concreto, o que nada tem de anormal.

A solução ideal para a colisão de princípios seria a *busca da concordância prática*, onde *todos* os princípios conservariam um mínimo de eficácia mas que, diante do caso concreto, um teria maior peso, ou, se preferir, maior prevalência⁵.

Feitas as distinções iniciais, passaremos agora à análise das principais diferenças entre os princípios e as regras jurídicas constitucionais.

As regras possuem, segundo expressão de Hebert Hart, “ferrão semântico”⁶ sobre plano empírico. Uma regra constitucional atuaria em cima da legislação infraconstitucional, dando-lhe ou retirando-lhe sua validade. Os princípios – em sua modalidade constitucional – por sua vez, possuem as rédeas da interpretação das regras constitucionais.

⁵ Indicam-se, em determinados casos, as condições pelas quais um princípio estaria precedendo outro. Por exemplo, na colisão entre o princípio da intimidade e vida privada *versus* liberdade de informação, verifica-se que a solução dita caminhará para a informação nua e crua da verdade, sem opiniões, e sem procurar se distanciar da mera prestação de informação jornalística.

Nesta situação de princípios conflitantes, a linha de demarcação entre um e outro é bastante delicada: “A mesma ténue linha entre o público e privado impõe ao órgão informador, muito especialmente, mais uma tarefa, consistente em obedecer a uma pauta ética. Desbordar desta pauta é desonrar a missão que lhe é atribuída. Como já se assinalou, ‘los mayores enemigos de la libertad no son queines la oprimen, sino quienes la deshonoran’”. CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. *Direito de informação e liberdade de expressão*. Biblioteca de teses Renovar, Rio de Janeiro : Renovar, 1999, p. 15. Destaques do original. A citação é de FILIPPINI, Aníbal – Ética y periodismo. Responsabilidad por Daños en el Tercer Milenio, p. 589/597, cuja frase foi atribuída a Gioberti.

E continua o autor, ainda de forma brilhante: “incluir a opinião como objeto do direito de informação é confundir espécies diferentes: sob o enfoque que foi defendido ao longo do trabalho, opinião é uma forma de expressão de idéias e, portanto, **informação não é**. Mas o restante da lição da autora se aplica inteiramente ao nosso estudo: um fato real, procedente do mundo exterior, é uma notícia”. E continua: “Não se pode concordar em inserir na liberdade de informação qualquer produto do intelecto, melhor situado como liberdade de expressão”, p. 86-87.

Por fim, com pena de ouro, narra o citado autor: “Somente o interesse público caracteriza a liberdade de informação como direito fundamental. Não qualquer interesse do público, porque o público tem interesses às vezes menos dignos daquela liberdade. A mera curiosidade, o prazer pela desgraça alheia, a fofoca, não podem ser considerados como informação jornalística”, p. 88.

⁶ HART, Herbert L.A.. *O conceito de direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, tradução do original inglês intitulado *The concept of law*, por MENDES, Armindo Ribeiro, 1994, p. 307.

No Direito Constitucional, as regras jurídicas, enquanto sejam regras de aplicação imediata, impõem uma espécie de *comando coercitivo verticalizado* no plano empírico/dogmático, onde as demais regras infraconstitucionais lhes devem obediência hierárquica.

Por sua vez, os princípios constitucionais, por ditarem ou serem elementos de interpretação destas normas (tanto das regras constitucionais quanto das infraconstitucionais), têm a função tanto de retificar (no sentido de desequivocar) quanto de *impulsionar* a interpretação da regra jurídica, levando ela, muitas vezes, a um significado além do seu enunciado prescritivo.

Um comentário importante merece ser feito. Trata-se da colisão entre princípios constitucionais e regras constitucionais.

Quando há a colisão entre princípio constitucional e regra infraconstitucional, o princípio prevalece, retificando ou impulsionando a interpretação dessa norma.

Entretanto, quando a colisão se dá entre princípio constitucional e a regra constitucional, datadas de mesma época, a regra constitucional terá a função de ser a *exceção* daquele princípio.

Se a colisão se dá entre princípio constitucional precedente e regra constitucional posterior (através de emendas à Constituição), a nova regra terá que se adaptar ao princípio⁷.

Os princípios são indetermináveis quanto à sua extensão. Note-se que Hart afirma que os princípios são “não conclusivos”. Os princípios não possuem, de fato, uma delimitação *prima facie*.

Entretanto, não concordo com esta opção semântica, posto que a isto poder-se-ia chocar a idéia central de princípio como fator determinante na interpretação da regra jurídica, onde o mesmo irá – face ao caso concreto – finalizar e *concluir* a interpretação da regra. Melhor seria afirmar que os princípios são não *conclusivos* quando de

⁷ Como exemplo, podemos citar o absurdo inconstitucional que foi cometido por ocasião da Emenda Constitucional nº 3, de 17.03.1993. Criou-se, àquela época, a autorização para a implantação do antecessor da CPMF, que vinha a ser o IPMF.

Naquele diploma constitucional havia duas previsões que assim estavam prescritas:

Art. 2º.....
§2º. Ao imposto que trata este artigo não se aplica o art. 150, III, b, e VI, nem o disposto no § 5º do art. 153 da Constituição.

sua apreciação apriorística, mas conclusível quando da interpretação da regra jurídica.

Em suma: os princípios constitucionais se distinguem das regras jurídicas:

a) pela gradualidade: os princípios ordenam que se realize algo na maior medida possível. As regras, ao revés, são cumpridas ou não;

b) pela otimização (ou impulso/freio constitucional): o cumprimento dos princípios é feito na maior medida possível na concorrência com outras normas do sistema;

c) pela *hierarquização móvel*: os princípios cedem face a outros em virtude de determinadas circunstâncias. Não existem princípios *absolutos*. Todo e qualquer princípio *stricto sensu* terá a potencialidade de ceder face a um outro no caso concreto.

Os princípios constitucionais são como uma espécie de força gravitacional: puxam para dentro de si as normas infraconstitucionais, dando-lhes eficácia tão somente enquanto estiverem inseridas no feixe principiológico. Ainda na mesma visão, as normas principiologicamente inconstitucionais enfrentarão a força repulsiva dos princípios, sendo expelíveis do ordenamento jurídico, quer seja por ADINs, quer pelo controle difuso de constitucionalidade.

2.1.3 Conceito de princípios constitucionais

Realizadas algumas análises iniciais, cumpre-nos agora a árdua tarefa de tentar conceituar o que sejam os princípios constitucionais.

O Ministro sergipano Carlos Britto, em sua peculiar captação do fenômeno constitucional moderno, indica que os princípios

§3º O produto da arrecadação do imposto de que trata este artigo não se encontra sujeito a qualquer modalidade de repartição com outra entidade federada

Ao mesmo tempo, este dispositivo feria de morte dois fortes princípios constitucionais: um, na seara tributária, que era a *anterioridade* tributária, cujo escopo era evitar o descontrolado ataque tributário na economia nacional; o outro, desta feita mais gravemente atingido, era o princípio do *federalismo*, onde os novos impostos criados pela União deveriam ser repassados em percentual de 20% para os Estados. A nova regra constitucional jamais deveria contrariar, pois, os princípios constitucionais que lhes eram antecedentes.

ostentam um núcleo e uma periferia em sua própria circunferência deôntica. Naquele núcleo, a imutabilidade. Na periferia, a possibilidade de mudança. Desde que tal mudança tenha o significado de aumentar a perspectiva de funcionalidade do núcleo mesmo. Com que os princípios axiais da Constituição operam, ambivalentemente, como fator de estabilidade e de atualização constitucional.

Há como que uma dialeticidade no próprio interior de certos princípios, no âmbito de sua própria circunferência semântica, fazendo com que a Lei das Leis ganhe essa possibilidade de se ajustar mais facilmente à irrupção de fatos novos ou a novas valorações de fatos velhos. A tensão entre permanecer incólume e experimentar alterações ocorre no ímo, no recôndito de cada princípio mesmo e o atrito se resolve por uma solução endógena de compromisso que leva a Constituição a mudar para permanecer idêntica a si mesma.⁸

Para nós, princípios constitucionais são valores maiores da sociedade positivados (de forma implícita ou explícita) com caráter normativo na lei maior, que servem como pilastras-mestras razoavelmente flexíveis onde a Constituição se sustenta, ditando a interpretação das demais regras do ordenamento, quer reduzindo o seu alcance, quer impulsionando a sua amplitude normativa, moldando, desta forma, a interpretação *axiológica* das normas jurídicas.

Por serem valores positivados na Constituição, os princípios constitucionais dão *legitimidade axiológica* às normas que não lhe contraditam.

Por isso, com total razão os dizeres do mestre José Souto Maior Borges:

a violação de um princípio constitucional importa em ruptura da própria Constituição, representando por isso mesmo uma

⁸ BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro : Forense, 2003, p. 171-172.

inconstitucionalidade de conseqüências muito mais graves do que a violação de uma simples norma, mesmo constitucional⁹.

2.2 O princípio da máxima efetividade das normas constitucionais

A ciência da Hermenêutica Jurídica, com muita propriedade, identificou que existem normas no ordenamento jurídico que, embora não escritas, são dotadas de plena eficácia através de uma construção lógica das normas preexistentes.

Assim, mesmo sendo implícito um princípio, ele terá carga de efetividade e poderá moldar a interpretação de outras regras jurídicas. Um destes princípios constitucionais implícitos – desta feita com relação às regras hermenêuticas – é o princípio da *máxima efetividade da Constituição*.

Pelo *princípio da máxima efetividade* ou *princípio da eficiência* ou *princípio da interpretação efetiva* pode-se considerar que a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. Trata-se de um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais.

Isto se dá porque a retração da eficácia da norma constitucional em face de um diploma infraconstitucional traria, inegavelmente, uma indevida “inversão de valores” na feliz expressão de Carlos Ayres Britto, quando leciona que

o prejuízo que se causa à constituição com uma interpretação indevidamente restritiva é maior do que o sofrido, exemplificativamente, por uma lei comum também indevidamente interpretada de modo amesquinhado. É que, no bojo da relação entre a Lei maior e a lei menor, o que se sonegar à primeira passa a pertencer à segunda (...). Estas considerações apontam para a adoção de um critério seguro de resolução de eventual dúvida interpretativa quanto a maior ou menor

⁹ *Lei Complementar Tributária*. São Paulo: RT, 1975, p. 13.

compleição eficaz de uma norma genuinamente constitucional. A dúvida, em linha de princípio, é de ser resolvida em favor da interpretação eficaz de maior porte. Não se pode fazer cortesia com o chapéu da Constituição (outra vez não resistimos à tentação do prosaísmo), porque isto seria transformar a lei maior em lei menor e a lei menor em lei maior. O que se traduz em disparata inversão de valores.¹⁰

2.3 O princípio constitucional da máxima proteção aos direitos do consumidor

Para que o direito possa ter plena efetividade, há a necessidade de se observar a realidade como um todo e não só adequá-lo ao subsistema social, mas também balancear as diversas exigências dos diferentes sistemas sociais. Daí por que a adequação do sistema jurídico na sociedade implica no estudo da capacidade cognitiva do sistema jurídico.

O sistema jurídico constitucional, por sua excelência, não pode ser considerado um sistema fechado de interpretação. Peter Häberle já mencionava que uma correta hermenêutica constitucional deve levar, necessariamente, a uma evolução interpretativa *de uma sociedade fechada dos intérpretes da Constituição para uma interpretação constitucional pela e para uma sociedade aberta*.

Em outras palavras, o sistema jurídico não precisa apenas ser consistente por que se ele fosse só consistente e hermeticamente fechado ele cairia no **autismo jurídico**. O sistema jurídico precisa também estar aberto, adequado ao social, implicando em alta capacidade cognitiva/evolutiva.

Esta alta capacidade cognitiva em termos de proteção ao consumidor é delimitada pela Constituição Federal em vários de seus artigos.

No artigo 5º, XXXII, existe uma norma programática indicando que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. No artigo 24, há a previsão de que compete à União, Estados e Distrito

¹⁰ *Ob. cit.*, p. 199-200.

Federal legislar *concorrentemente* sobre a responsabilidade por danos ocasionados ao consumidor. Na parte tributária (art. 150, § 5º), há a previsão de que “A lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços”.

Já no capítulo relativo à ordem econômica, há duas previsões principiológicas que são de vital importância para a interpretação do princípio constitucional da máxima proteção aos direitos do consumidor:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

V - defesa do consumidor;

(...)

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

Estes dois incisos se complementam e possuem força redobrada quando interpretados com os princípios maiores da República nacional esculpidos no 3º da Constituição, quando se afirma que:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

(...)

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação

Ora, se um dos objetivos do sistema federativo brasileiro é reduzir as “desigualdades sociais e **regionais**”, promovendo o “bem de todos”, e que a ordem econômica é baseada na “defesa do consumidor” e “redução das desigualdades regionais e sociais”, tem-se que, indiscutivelmente, há um princípio constitucional implícito que

não só autoriza – mas determina – a existência de tutela **nacional** de proteção aos direitos dos consumidores como forma de **redução** das desigualdades regionais.

Noutros termos: qualquer norma infraconstitucional que restrinja a proteção ampla e efetiva dos consumidores em caráter nacional será eivada de indiscutível inconstitucionalidade, posto que ela provocaria uma proteção do consumidor mitigada, ou seja, uma proteção “regionalizada” do consumidor, criando bolsões de exclusão consumerista, o que aumentaria as diferenças regionais e tal interpretação criaria um choque efetivo com os valores constitucionais maiores de proteção ao consumidor.

Uma interpretação excludente da proteção consumerista traria, ainda, diversos outros problemas constitucionais. Se agente interpretador considera os fatores jurídico-sistêmicos, pode-se considerar fundamentalmente que o elemento básico de interpretação da Constituição é a consistência do sistema como um todo. Sendo o Brasil formado pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e levando-se em consideração uma violação nacional aos direitos do consumidor, teria sentido uma proteção dita por “coletiva” a apenas os consumidores de uma determinada (por que não dizer delimitada) cidade?

Neste caso, haveria uma interpretação restritiva do termo coletividade consumerista, chocando-se com as prescrições constitucionais e tornando este tipo de interpretação inconstitucional por *fomentar desigualdades regionais*.

O direito de tutela protetiva do consumidor **comunica-se nacionalmente por força constitucional**, instrumentalizado por normas infraconstitucionais. A comunicação jurídica vai orientar que determinados padrões de constitucionalidade e legalidade deverão ser uniformizados em todo o país.

A consistência nacional da proteção consumerista é um fator fundamental da ordem econômica e é vinculada intrinsecamente à redução das desigualdades regionais, oportunizando a máxima efetividade do direito. Afinal, o sistema jurídico tem que dar a resposta mais adequada às exigências da sociedade e dos sistemas sociais para que se possa tornar efetivo.

No próximo tópico, será analisada a consonância do Código de Defesa do Consumidor e da Lei da Ação Civil Pública com os princípios maiores da Constituição Federal.

3. ASPECTOS PROCESSUAIS DA TUTELA COLETIVA DO CONSUMIDOR

3.1 Análise da tutela substitutiva processual

Como regra oriunda da primeira onda de acesso ao Judiciário (individualista), o pedido de tutela jurisdicional só poderia ser formulado “por quem se afirme titular do direito litigioso. Apenas o suposto integrante da relação jurídica substancial está autorizado a pleitear em juízo a satisfação de algum interesse por ela regulado”¹¹.

Até pouco tempo, a atuação em juízo se fazia no plano individual, ainda que as partes pudessem agir em litisconsórcio. Entretanto, esta fórmula era falha, posto que nem todas as vítimas atingidas por um ilícito civil ingressariam em juízo e a salvaguarda judiciária seria dada apenas às pessoas que tivessem condições de acesso ao Judiciário, causando distorções isonômicas.

Mauro Cappelletti, analisando a evolução oriunda da segunda onda de acesso ao Judiciário, leciona que

a visão individualista do devido processo judicial está cedendo lugar rapidamente, ou melhor, está se fundindo com uma concepção social, coletiva. Apenas tal transformação pode assegurar a realização dos direitos públicos relativos a interesses difusos¹².

No direito brasileiro e em situações excepcionais, admite-se que o autor formule pedido de tutela jurisdicional em nome próprio, mas

¹¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *In Código de Processo Civil interpretado*. Coordenação Antônio Carlos Marcato. São Paulo : Atlas, 2004, p. 53.

¹² CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris 1988, p. 51.

no interesse e satisfação de terceiros. Nestes casos, a parte é legitimada a figurar em um dos pólos da relação processual, embora não seja titular da situação de direito material afirmada na inicial. É a legitimação extraordinária outorgada ao *substituto processual* pelo ordenamento jurídico e que possui expressiva legitimação social¹³.

O substituto que ajuíza demanda pública cognitiva tem os mesmos ônus e deveres processuais de qualquer parte, respondendo inclusive por eventuais custas e despesas processuais, embora não possa – por se tratar de direitos indisponíveis – confessar, renunciar e dispor sobre o direito postulado. Assim, trata-se de *legitimidade autônoma protetiva*.

A possibilidade de um co-legitimado ajuizar ação civil pública não exclui a do substituído e nem a de outros órgãos de proteção aos interesses do consumidor. Assim, pode ser ela:

a)concorrente, onde os órgãos protetivos podem ingressar com ações civis públicas ou coletivas paralelamente às demandas particulares individuais, inclusive sem induzir litispendência, ressaltando-se que a coisa julgada com efeitos *erga omnes* ou *ultra partes* não beneficiará “os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva”¹⁴;

b)disjuntiva, onde a simples existência de um órgão protetivo do consumidor não exclui a possibilidade de ajuizamento de outro órgão igualmente protetivo. É o caso dos Ministérios Públicos estaduais e federais, Procon's, associações civis fundadas para este fim, União, Estados e Municípios.

Kazuo Watanabe leciona que

¹³ GIMARÃES, Lázaro. *As ações coletivas e as liminares contra atos do poder público*. 2ª Edição, revista e ampliada. Brasília : Brasília Jurídica, 1993, p. 50.

¹⁴ CDC. art. 104, mas o consumidor poderá desistir da ação antes do julgamento de primeiro grau e se beneficiar da coisa julgada coletiva, pagando as custas e honorários advocatícios, quando cabíveis.

a ampla legitimação dos entes públicos para a tutela dos interesses ou direitos dos consumidores decorre de mandamento constitucional. O inc. XXXII do art. 5º, CF, com efeito, dispõe expressamente que incumbe ‘ao Estado (no sentido amplo) promover, na forma da lei, a defesa do consumidor’. E a defesa em juízo é, certamente, uma das formas mais importantes no exercício dessa atribuição.¹⁵

Muito já se discutiu sobre a legitimidade do *parquet* federal e estadual, bem como dos Procon’s e associações de consumidores. Entretanto, pouco se falou da legitimidade dos entes federados na proteção e defesa do consumidor em juízo.

De forma inusitada, estão os entes federados acostumados judiciariamente a serem partes passivas em ações civis públicas fundadas no interesse público primário e não como partes ativas, ou melhor, atores sociais ativos na proteção da sociedade, incumbindo, de regra, esta proteção aos sempre diligentes membros dos ministérios públicos estadual e federal e demais associações protetivas¹⁶.

Trata-se, pois, de um fenômeno antagônico, uma vez que os Estados possuem poderes administrativos para a proteção dos interesses públicos primários (inclusive seus governantes são eleitos com base nesta plataforma eleitoral), mas normalmente não exercitam seu poder de ajuizamento de ações na proteção destes interesses, igualmente outorgado pelo ordenamento jurídico.

Pedro da Silva Dinamarco registra a sua indignação pela inércia estatal na diminuta experiência de ações civis públicas propostas pela União, Estados e Municípios:

¹⁵ *In Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. GRINOVER, Ada Pellegrini *et alii*. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 2004, p. 820.

¹⁶ Curiosamente, observa-se que o poder estatal para a defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos não é pequeno. Boa parte da legitimação ativa destinada aos ministérios públicos estaduais e federais para as ações coletivas também contempla as **procuradorias estaduais**. Como exemplo, citem-se os casos de proteção e defesa do consumidor (art. 82, II, Lei 8.078/90); proteção à criança e adolescente (art. 210, II, Lei 8.069/90); coibição de concentração de mercados (art. 29, Lei 8.884/93), proteção ao idoso (art. 81, II, Lei 10.741/03), dentre outros.

Essa legitimidade ora tratada é muito pouco exercida na prática forense (...). Talvez por isso mesmo a doutrina não lhe dispense maior atenção. Aliás, essa *desmotivação estatal* causa certa perplexidade, pois os entes políticos são, presumivelmente, os maiores interessados na tutela dos interesses metaindividuais, enquanto gestores da coisa pública e do bem comum.¹⁷

Em tema de proteção aos direitos dos consumidores e levando-se em consideração *expressivo comando constitucional* (“o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”) somado à legitimidade ativa outorgada pelo CDC (art. 82, II), entende-se que a legitimidade dos entes federados é *ampla e irrestrita*, desde que a ocorrência da lesão encontre-se dentro de seu território para justificar o interesse de agir, conforme será melhor apreciado no tópico a seguir.

3.2 O interesse (ou necessidade) de agir dos Entes Federados

Para que os Estados atuem em ação civil pública na defesa de interesses difusos ou coletivos é necessário que haja um interesse público fulcrado em questão social relevante.

Ada Pellegrini Grinover afirma que o interesse de agir é

uma imposição do princípio da **economia processual**, desdobrando-se em necessidade e adequação, o que significa, na prática, que o Estado (-juiz) se nega a desempenhar sua atividade jurisdicional até o final, quando o processo, no caso concreto, não é necessário e quando o provimento pedido não é adequado para atingir o escopo de atuação da vontade da lei, no caso concreto, mediante a solução da lide.¹⁸

¹⁷ *Ação Civil Pública*. São Paulo : Saraiva, 2001, p. 257.

¹⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*, 9ª Ed., São Paulo : Malheiros, 1992, p. 88-89.

Para Joel Dias Figueira Júnior,

o interesse de agir é um outro requisito de validade da demanda, e, como tal, aparece no plano jurídico processual como afirmação hipotética do autor, referente à sua **necessidade de obter a tutela jurisdicional do Estado** (juiz) **à satisfação das pretensões deduzidas.**¹⁹

Embora o termo interesse público seja de difícil conceituação (posto que varia de acordo com os tempos), a ele se agrega um valor, um sentimento. Herman Benjamin, a propósito do interesse público nas ações civis públicas, averbou que

nesse sentido moderno e macro que se pretende agregar ao tema e sem que isso signifique excluir a intervenção judicial, pode-se dizer que o campo ideal de conformação, manifestação e implementação do interesse público é o universo das políticas públicas. Protegê-lo não depende, fatalmente, da organização de seus titulares, já que, presume-se, os formuladores de políticas públicas estão conscientes da sua importância; aliás, toda a atividade legislativa, administrativa e judicial orienta-se e legitima-se pela pregação da defesa do interesse público.²⁰

Lúcia Valle Figueiredo, discorrendo sobre o tema, lecionou que

interesse público, dentro de determinado ordenamento jurídico-positivo, é aquele a que a Constituição e a lei deram tratamento especial;

¹⁹ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Volume 4 – Tomo II. Do processo de conhecimento, art.s 282 a 331. São Paulo : RT, 2001, p. 167.

²⁰ BENJAMIM, Antônio Herman. A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico. Apontamentos sobre a opressão e libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. *Ação civil pública*, coord. Edis Milaré., p. 70.

fins públicos são aqueles que o ordenamento assinalou como metas a serem perseguidas pelo Estado, de maneira especial, dentro do regime jurídico de direito público. E, conseqüentemente, deverá a administração persegui-los.²¹

No caso da defesa coletiva por parte dos entes federados (União, Estados e Municípios), um aspecto deve ser obrigatoriamente observado. Trata-se de uma *adequação* do interesse de agir em ação coletiva.

Materialmente falando, todas as matérias que versem sobre direitos dos consumidores podem e devem ser objeto de ação civil pública estatal. A restrição que se faz é que a interpretação do interesse de agir nas ações coletivas dos entes federados parte de *dentro para fora*.

Explique-se melhor. Todos os órgãos públicos destinados à proteção do consumidor, como o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC) do Ministério da Justiça, os Procon's estaduais e os municipais (quando existam) possuem legitimidade para investigar e tentar solucionar os conflitos consumeristas ocorridos dentro de sua área de jurisdição administrativa.

Por sua vez, esta jurisdição administrativa não irá delimitar o alcance da coisa julgada – posto que isto é matéria essencialmente processual, mas sim irá *condicionar a propositura da ação*.

Uma conclusão, *a priori*, nos parece óbvia: a competência da Advocacia Geral da União para a propositura de ações consumeristas será apenas condicionada à existência de lesão dentro do território nacional.

Portanto, para que um ente federado ingresse com ação coletiva de proteção ao direito do consumidor, é necessário que a lesão ocorra, primeiramente, dentro de sua área de jurisdição administrativa, ou, em termos mais precisos, *dentro de seu território*. Daí esta proteção, somada à Constituição Federal e ao sistema protetivo do CDC e da Lei da Ação Civil Pública que irradiam efeitos da sentença *erga omnes e ultra*

²¹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. “Ação civil pública – gizamento constitucional”. In Ação Civil Pública – Lei 7.347/1985 – 15 anos. Coordenador Édis Milaré. São Paulo : RT, 2001, 485.

partes (em nítido efeito subjetivo *expansivo* da sentença coletiva, que otimiza a proteção nacional do consumidor), ser consubstanciada de *dentro* para *fora* de seu território.

Não é necessário, contudo, que esta lesão esteja de fato presente no território do ente federado. Basta a ameaça àquela lesão para legitimar a propositura de ações civis públicas pelos entes estatais.

3.3 A conceituação dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos abrangidos pela ação civil pública

Para uma correta análise dos efeitos de uma ação civil pública, é necessário conhecermos a distinção entre direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos.

Segundo o artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor,

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.

3.3.1 Direitos difusos – *a chi appartiene l'aria che respiro?*

O termo difuso significa “disperso, fragmentado, espalhado”²². São interesse de grupo menos determinado de pessoas, sendo que entre elas não há vínculo jurídico ou fático muito preciso. Sua característica marcante, segundo o CDC, art. 81, I, é ser transindividual, “de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”. Fazendo um paralelo com o litisconsórcio, haveria de ser necessário – posto ser impossível a sua proteção sem abranger a todos - e unitário, com decisão idêntica a todos os beneficiários.

Nos interesses difusos, não se pode proteger um indivíduo isoladamente sem proteger a todos ao mesmo tempo. Seus titulares são pessoas indetermináveis. Não há, também, uma relação jurídica base entre os interessados no aspecto subjetivo.

Para José Marcelo Menezes Vigliar,

pode-se afirmar que difusos são os interesses em que os titulares não são passíveis de ser determinados ou determináveis e se encontram ligados por meras circunstâncias de fato, ainda que não muito precisas. São interesses indivisíveis e, embora comuns a uma categoria mais ou menos abrangente de pessoas, não se pode afirmar, com precisão, a quem pertençam, tampouco a parcela destinada a cada um dos integrantes desse grupo indeterminado.²³

No mesmo sentido, Rodolfo de Camargo Mancuso leciona que os interesses difusos:

são interesses metaindividuais que, não tendo atingido o grau de agregação e organização necessário à sua afetação institucional junto a certas entidades ou órgãos representativos dos interesses já socialmente definidos, restam em estado fluido, dispersos pela sociedade civil como um todo (v.g.

²² DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação Civil Pública*. São Paulo : Saraiva, 2001, p.51.

²³ VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Ação Civil Pública*. 5ª edição. São Paulo : Atlas, 2001, p. 47.

o interesse à pureza do ar atmosférico), podendo, por vezes, concernir a certas coletividades de conteúdo numérico indefinido (v.g., os consumidores). Caracterizam-se: pela indeterminação dos sujeitos, pela indivisibilidade do objeto, por sua intensa litigiosidade interna e por sua tendência à transição ou mutação no tempo e no espaço.²⁴

Cite-se, como exemplo, o caso de uma propaganda de tabaco proibida mas veiculada na TV nacionalmente. Sua retirada irá beneficiar a todos e não há como beneficiar apenas um único telespectador.

3.3.2 Interesses coletivos *stricto sensu*

Também são transindividuais e indivisíveis, mas diferem dos interesses difusos porque os interesses coletivos *stricto sensu* possui como seu titular “grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”.

Segundo Rodolfo de Camargo Mancuso, existe também uma diferença entre a indivisibilidade dos dois interesses. Enquanto que no difuso ela é absoluta, no interesse coletivo ela é relativa, pois passível de afetação a um ente especial (grupo, categoria ou classe)²⁵.

Ao meu ver, a indivisibilidade relativa do interesse coletivo também pode ser encarada de outra forma, desta feita recorrendo-se à experiência norte-americana nas *class actions*. Tratando-se de direito coletivo, tanto o indivíduo particularmente quanto o co-legitimados podem ingressar com a ação para proteger seus interesses, mas o direito posto em questão é de uma abrangência – através de uma classe, grupo ou categoria numerosa – cuja dimensão e interesse social na causa são extremamente relevantes, fazendo com que a tutela individual possa dar ensejo a outra tutela coletiva com o mesmo fundamento jurídico.

Como exemplo, pode-se citar recente ação civil pública ajuizada por este procurador contra uma determinada instituição financeira.

²⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 3ª edição. São Paulo : RT, 1994, p. 114-115.

²⁵ *Comentários ao Código de Proteção ao consumidor*. Art. 81, p. 276.

Na ação, foi pedida a tutela dos direitos do *consumidor idoso* de acesso ao *Programa de Arrendamento Residencial – PAR*, que estavam sendo discriminados por conta da idade.

Antes do ajuizamento da ação estatal, uma senhora de idade também ajuizou a sua ação individual e obteve a medida liminar. E não há dúvidas de que o direito em questão seja passível de salvaguarda de forma individual, como foi o caso.

Na experiência norte-americana, há para casos deste jaez a figura do *class certification*. Quando o indivíduo move ação singular contra um determinado réu e o juiz, verificando que aquela demanda seria melhor decidida se fosse coletiva, o magistrado pode conceder, em decisão precária, *ex officio*, com vasta discricionariedade e fundado na equidade, o *certificado de classe* à ação e determinar que o autor seja o representante de toda classe no processo. Esta medida judicial serve para otimizar o processo e as relações jurídico processuais, concentrando todos os questionamentos em uma única ação para a formação de uma coisa julgada que irá beneficiar a todos. Além disso, pode-se evitar a insolvência do devedor principal se a condenação for uniforme para todos, ao invés de uma condenação milionária para um titular e insolvência (portanto, ineficácia da sentença final) para os demais consumidores que estivessem na mesma situação.

Volvendo-se ao direito brasileiro (fundado na *civil law*), há uma segunda acepção para o termo indivisível nos direitos coletivos *stricto sensu*: a decisão judicial deverá ser *igual* para todo o grupo, categoria ou classe de pessoas que estejam na mesma situação, concedendo-se ou negando-se o direito posto em bloco (molecularmente e não atômicamente), observando-se, é claro, o fenômeno da coisa julgada *secundum eventum litis*. Fazendo-se um paralelo com o litisconsórcio, seria ele unitário, mas não necessário.

3.3.3 Interesses individuais homogêneos

Para o CDC, os interesses individuais homogêneos são “assim entendidos os decorrentes de origem comum.” São verdadeiros interesses individuais postos em juízo de forma circunstancialmente coletiva para facilitar o seu acesso ao Judiciário.

Apesar da parca distinção conceitual no CDC, a doutrina se esmera em produzir suas diferenças, embora na prática judiciária a distinção carece injustificadamente de contornos científicos.

Rodolfo de Camargo Mancuso lembra que há interesses que geram conflitos *essencialmente coletivos* e outros que geram conflitos *acidentalmente coletivos*, lembrando lição de José Carlos Barbosa Moreira²⁶.

Homogeneidade, origem comum e divisibilidade são os traços característicos dos direitos individuais homogêneos. Segundo Ada Pellegrini Grinover,

objetivam tais ações a reparação, por processos coletivos, dos danos pessoalmente sofridos pelos consumidores, numa adaptação dos esquemas da *class action*, de idêntica destinação, às categorias do Direito Processual romano-germânico, com particular atenção às garantias do contraditório e da ampla defesa.²⁷

O ponto nodal da distinção seria a disponibilidade/ indisponibilidade do direito posto em questão. É certo que a doutrina não conseguiu, até hoje, colocar uma fronteira suficientemente delimitada sobre este assunto (e nem nós temos esta pretensão), mas urge, para o presente caso, trazermos mais critérios distintivos destes dois interesses juridicamente protegidos.

No caso dos direitos coletivos, a primeira distinção que se faz é que os seus titulares são “grupo, categoria ou classe”, ligados fortemente sob um aspecto jurídico com a parte adversa, sendo impossível a disposição sobre o direito. No direito individual homogêneo, podem os titulares moverem ações isoladamente, e nestas ações praticarem a disposição de seus direitos.

Um direito poderá ser disponível quando o seu titular puder renunciá-lo ou submetê-lo a transação. Trata-se, pois, de direitos

²⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Manual do Consumidor em juízo*. São Paulo : Saraiva, 1994, p. 6.

²⁷ *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. Comentado pelos autores do anteprojeto. 8ª Edição. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 2004, p. 867.

patrimoniais dos indivíduos (maiores e capazes, é claro), cuja patrimonialidade só poderá ser objeto de disposição de forma *direta* por seu titular.

Assim, pela prática forense, uma primeira conclusão se revela: haverá causas submetidas ao crivo de uma decisão em ação civil pública em que coexistirão interesses coletivos e individuais homogêneos, para cada qual o magistrado terá de dispensar um tratamento diferenciado, posto que no primeiro não caberá qualquer tipo de transação, enquanto que no segundo esta é admitida.

Tome-se, como exemplo, uma causa envolvendo acesso de consumidor idoso a programas de habitação formado por fundos públicos. Seu acesso está garantido pelo Estatuto do Idoso. Vamos supor que o agente financeiro vede o acesso a pessoas que tenham uma idade maior do que “x”. Um dos co-legitimados ingressa com ação para retirar a barreira e, paralelamente, pede a oferta do crédito para que os idosos com condições de obter o financiamento o obtenham.

Neste caso, o direito de acesso ao financiamento do consumidor idoso é *direito coletivo stricto sensu*. Pode o seu titular, se assim o quiser, não exercê-lo, mas jamais poderá renunciá-lo. As condições de financiamento deverão ser as mesmas para os consumidores de outras idades (é direito do idoso ter tratamento igualitário), mas, como envolve direitos patrimoniais, o consumidor idoso poderá dele *dispor*, reduzindo o prazo de amortização da dívida.

Logo, uma vez ofertado e aceito o crédito, as condições de sua amortização são direitos individuais homogêneos, que, uma vez asseguradas em sentença judicial, poderá o consumidor idoso dela dispor. O que o consumidor idoso não pode fazer é dispor do acesso ao programa, posto que este direito é coletivo *stricto sensu* e, *a fortiori*, indisponível.

Uma outra distinção entre direitos individuais homogêneos e os coletivos *stricto sensu* reside em seu núcleo interior. A essência dos direitos individuais homogêneos é o fato de que são eles *cindíveis*. Neste sentido, a coletivização dos litígios será elemento acidental, como no caso de uma fraude financeira que venha a causar prejuízo a um número determinado de consumidores, ainda que este número seja elevado.

3.4 Os limites subjetivos na coisa julgada coletiva *lato sensu*

Uma pergunta que usualmente é feita na proteção dos direitos coletivos consumeristas *lato sensu* é: quem são os destinatários da tutela jurisdicional contida no dispositivo da sentença? De acordo com a disciplina do artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:

I - *erga omnes*, 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, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81;

II - *ultra partes*, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81;

III - *erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81.

§ 1º Os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe.

§ 2º Na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual.

§ 3º Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o art. 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste código, mas, se procedente o pedido,

beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 96 a 99.

O artigo supracitado disciplina os efeitos da coisa julgada *secundum eventum litis*, que, em suma, pode assim ser representada:

a) se a ação coletiva é julgada improcedente por insuficiência de provas, qualquer outro legitimado poderá propô-la novamente, havendo apenas aqui a coisa julgada formal, com a condicionante de que a ação poderá ser novamente ajuizada com novos documentos suficientes à prova dos fatos alegados;

b) se a ação coletiva é rejeitada por motivo que não a insuficiência de prova, a sentença judicial fará coisa julgada *erga omnes* contra todos os co-legitimados ativos para a ação coletiva. Os particulares – titulares de direitos individuais – não são alcançados pela sentença de improcedência coletiva no mérito, desde que não tenham participado do processo como litisconsortes do substituto processual;

c) se a ação coletiva é julgada procedente, os particulares serão beneficiados pelos efeitos da sentença, desde que não tenham ingressado em juízo ou, se o tiverem, tenham requisitado a suspensão do processo dentro de 30 dias do conhecimento nos autos do ajuizamento daquela ação coletiva.

Adiante serão tecidas considerações peculiares sobre a extensão dos efeitos subjetivos em cada tipo de sentença coletiva.

3.4.1 Efeitos da sentença em direitos difusos

Combinando-se o artigo 103 com o 81 do CDC, chega-se à conclusão de que os efeitos nas sentenças que envolvam direitos *difusos* são *erga omnes*. Mas, precisamente, o que isto quer dizer?

Os direitos difusos são aqueles direitos que pertencem a toda uma gama indeterminável de pessoas e são indivisíveis em sua essência. A sentença deste processo coletivo irá abranger todas estas pessoas excepcionalmente substituídas pelo legitimado jurídico incluso no artigo

82 do CDC. Ocorre, porém, que o termo *erga omnes* merece uma reflexão e uma restrição de ordem constitucional.

A tutela coletiva *lato sensu* foi criada tendo-se por meta a proteção dos substituídos processualmente. Assim, o termo *erga omnes* abrange toda uma comunidade *beneficiada* com a decisão e a parte passiva que foi *inclusa no processo*, não atingindo outras pessoas físicas ou jurídicas que não integraram a lide em seu pólo passivo.

Isto se dá porque a Constituição Federal giza, em seu artigo 5º, LIV e LV, que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” e “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Logo, a sentença *erga omnes* não tem a força de impor condenação judicial a quem não foi parte no processo. Ela beneficia os consumidores, mas não tem por escopo prejudicar os fornecedores de produtos e serviços que não participaram da lide.

3.4.2 O alcance da sentença nos direitos coletivos *stricto sensu*

De acordo com o artigo 103, II, do CDC, a sentença em direitos coletivos *stricto sensu* terá efeitos “*ultra partes*, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe ...”.

Pedro da Silva Dinamarco leciona que

quando a ação civil pública em análise for ajuizada por uma associação ou sindicato, não raro haverá a proteção de pessoas não pertencentes ao quadro associativo do autor, tanto que a coisa julgada dar-se-á *ultra partes*, limitadamente ao grupo, categoria ou classe (CDC, art. 103, inc. II). Ou seja, não precisa ser associado do ente-autor para gozar as vantagens trazidas pelas demandas por ele ajuizadas.

Além disso, o interesse coletivo é a *síntese* dos interesses individuais e não mera soma, sendo necessário que haja uma alma coletiva.²⁸

Movendo o Estado de Sergipe, *n.g.*, ação civil pública de proteção ao consumidor idoso, e se partisse da proposição equívoca de que o Estado apenas teria legitimidade para proteger os consumidores de seu território, o próprio CDC, fundado no princípio de máxima proteção do consumidor, determinou a extensão da coisa julgada ou um verdadeiro ***efeito subjetivo expansivo da coisa julgada***, dando eficácia *ultra partes* à sentença na ação civil pública para todas as pessoas que estivessem na mesma situação, em qualquer área do Brasil.

A mesma restrição que foi feita quanto aos efeitos *erga omnes* far-se-á quanto ao conceito de *ultra partes* no que tange à parte passiva. A pessoa jurídica privada, de abrangência nacional ou regional, que não tenha feito parte do processo, não pode ser atingida pelos efeitos jurídicos da decisão prolatada na ação coletiva.

3.4.3 – A sentença prolatada em direitos individuais homogêneos – alcance e considerações de ordem prática

Por fim, a sentença também terá efeitos *erga omnes* nos casos em que houver direitos individuais homogêneos como fundamento do processo coletivo.

Diante da especificidade desta categoria de direitos, observe-se, pois, a redação do artigo 103, III, do CDC, *verbis*:

III - *erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81

Conforme já fora antes fundamentado, os interesses individuais homogêneos são *acidentalmente coletivos*, ou seja, a sua alma coletiva é mais tênue que a linha que une os interesses coletivos *stricto sensu*.

²⁸ *Ação Civil Pública*. São Paulo : Saraiva, 2001, p. 56.

Por outro lado, conforme já demonstrado no início deste trabalho, há o princípio da proteção nacional do consumidor, o que poderia levar a crer que, nestes casos de direitos individuais homogêneos, a tutela proposta em um dos Estados da federação teria amplitude nacional, beneficiando a todos os consumidores no território brasileiro.

Esta assertiva possui temperamentos para a proteção dos interesses individuais homogêneos. E isto se dá porque a parte final do dispositivo legal ressalta – em técnica redacional invertida das anteriores – que a coisa julgada será *erga omnes* apenas para *beneficiar todas as vítimas* e seus sucessores.

De regra, os direitos individuais homogêneos são reflexos de interesses *patrimoniais*. Sendo patrimoniais, pressupõe-se que a sentença prolatada possua efeito *condenatório*. E neste ponto o nosso CPC não está preparado para suportar, sem discussões, uma execução de sentença fora da competência do juízo que proferiu o título executivo judicial.

Noutros termos: vamos supor que um dano nacional aos consumidores tenha sido produzido por uma empresa “X”. O Ministério Público do Rio Grande do Sul, diligentemente, move ação civil pública em Porto Alegre para a proteção dos interesses individuais homogêneos de todos os brasileiros naquela situação. E vence a demanda, cuja condenação é a empresa “X” pagar uma indenização a cada consumidor lesionado.

Um indivíduo que estivesse nessa condição, mas que residisse na cidade de Belém, Aracaju ou Brasília, teria que contratar um advogado em Porto Alegre para liquidar/executar sua sentença, o que poderia causar um desestímulo protecional. Se o mesmo indivíduo quisesse mover ação para obter idêntico título executivo, só que de forma individual e na sua cidade, haveria o título executivo judicial coletivo *lato sensu*, fazendo com que seu processo fosse extinto sem julgamento do mérito por ausência de interesse de agir.

A restrição à proteção nacional do consumidor se impõe em tema de direitos individuais homogêneos enquanto o CPC, o CDC ou a Lei da Ação Civil Pública não estiverem compatíveis com a possibilidade de dissociação da execução de título executivo judicial, sob pena de dificultar, em excesso, a efetividade das decisões judiciais.

4. A INCONSTITUCIONALIDADE E INEFICÁCIA DO ARTIGO 16 DA LEI DA ACP

De acordo com o artigo 16, reformado pela Lei 9.494/97, há a prescrição de que “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.”

Quando o artigo menciona que a sentença civil fará coisa julgada *erga omnes* nos limites da competência territorial do órgão prolator, restou nítido o intuito do Governo Federal em tentar restringir o alcance da coisa julgada para a comarca do magistrado prolator da decisão final.

Esta tentativa desastrosa do Governo não conseguiu, entretanto, atender a seu desiderato. A atecnia processual restou evidente quando houve a prescrição de que a competência territorial do juiz limitará o alcance da coisa julgada.

Ocorre, entretanto, que esta competência territorial é determinada pelo artigo 93, II, do CDC (que restou inalterado pela MP), que assim giza, *verbis*:

Art. 93. Ressalvada a competência da justiça federal, é competente para a causa a justiça local:

(...)

II – no foro da Capital do Estado ou no Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente.

Conforme se observa, o foro da capital ou do Distrito Federal terá competência territorial *nacional* ou *regional* a depender da extensão do dano, que faz parte da causa de pedir e é elemento legítimo para delimitar a abrangência da coisa julgada. E quando o artigo 16 da lei da Ação Civil Pública menciona que a coisa julgada terá como limite a competência territorial do órgão prolator, este artigo não contradiz o disposto no artigo 93, II, do CDC. Muito pelo contrário, vai nele buscar sua fonte de integração interpretativa.

Recentemente, este dispositivo foi analisado judicialmente pelo Exmo. Sr. Juiz Federal Edmilson da Silva Pimenta da 3ª Vara da Seção Judiciária Federal de Sergipe, em processo movido pelo Estado de Sergipe contra uma instituição financeira de âmbito nacional em sede de tutela antecipada. No caso concreto, proibia-se o idoso de ter acesso ao *Programa de Arrendamento Residencial – PAR*, e se questionou o âmbito dos efeitos de uma possível tutela final procedente para o Estado de Sergipe em ação civil pública envolvendo direito coletivo *stricto sensu*, cujo raciocínio também serve para os direitos *diffusos*.

A decisão reconheceu a legitimidade nacional dos entes federados afastando uma interpretação restritiva falsamente imposta pelo artigo 16 da Lei da ACP por uma série de razões, deixando transcrever, *verbis*:

Primeiro, porque a nova redação dada ao art. 16 da Lei nº 7.347/85, pela Medida Provisória nº 1.570-5, posteriormente convertida na Lei nº 9.494/97, não poderia restringi-la aos limites da competência territorial do órgão julgador, por ser flagrantemente inconstitucional, por ofensa aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e da isonomia, pois fulmina o principal objetivo de uma decisão coletiva, isto é, a eficácia *erga omnes* irrestrita. Segundo, porque não constitui critério determinante da extensão da eficácia da decisão na ação civil pública a competência territorial do juízo, mas a amplitude e a indivisibilidade do dano que se pretende evitar. Terceiro, porque a alteração do art. 16 da Lei nº 7.347/85, ainda que constitucional fosse, restou inócua, tendo em vista que a Lei nº 9.494/97 não alterou o art. 103 do Código de Defesa do Consumidor – CDC que dispõe sobre os efeitos *erga omnes* e *ultra partes* das sentenças e aplica-se, face ao art. 117 do CDC a todas as ações civis públicas e não somente àquelas que versem sobre relação de consumo, como deflui das razões aduzidas pelo autor.²⁹

²⁹ Processo nº 2004.85.00.4624-1 - Classe 5023 - 3ª Vara, Ação Civil Pública. Partes: Autor(a): ESTADO DE SERGIPE; Ré(u) : CAIXA ECONÔMICA FEDERAL – CEF. Publicada no site <http://www.jfse.gov.br/decisoes/administrativas/decadm2004/decadmedm2004850046241.htm>

A inócua tentativa de limitação ao alcance das sentenças nas ações civis públicas encontra limites também na interpretação sistemática do ordenamento jurídico. Para que o mesmo seja consistente – e retomando ao já explanado no início deste trabalho – ele não pode ser considerado apenas em si mesmo, sob pena de se tornar um ordenamento *antista*.

Os adversários da tutela nacional de proteção ao consumidor poderiam, ainda, argumentar que o artigo 93 do CDC se refere apenas à proteção dos direitos individuais homogêneos. Esta interpretação não merece prosperar. Segundo Ada Pellegrini Grinover, “É necessária coerência interna do sistema jurídico que exige a formulação de regras idênticas em que se verifica a identidade de razão. Se o art. 93 do CDC fosse aplicável apenas aos interesses individuais homogêneos, o resultado seria a regra da competência territorial de âmbito nacional ou regional só para as ações em defesa dos aludidos direitos, enquanto nos processos coletivos em defesa de interesses difusos e coletivos ficaria vedada a competência nacional ou regional. O absurdo do resultado dessa posição é evidente, levando a seu repúdio pela razão e pelo bom senso, para o resguardo da coerência do ordenamento.

Mas há mais: o indigitado dispositivo da medida provisória tentou (sem êxito) limitar a competência, mas em lugar algum aludiu ao objeto do processo. Ora, o âmbito da abrangência da coisa julgada é determinado pelo pedido, e não pela competência. Esta nada mais é do que a relação de adequação entre o processo e o juiz, nenhuma influência tendo sobre o objeto do processo. Se o pedido é amplo (de âmbito nacional) não será por intermédio de tentativas de restrições da competência que o mesmo poderá ficar limitado.”³⁰

³⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. In *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, comentado pelos autores do anteprojeto. 8ª edição. Rio de Janeiro : Forense, 2004, p. 922-3.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *In Código de Processo Civil interpretado*. Coordenação Antônio Carlos Marcato. São Paulo : Atlas, 2004.
- BENJAMIM, Antônio Herman. “A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico. Apontamentos sobre a opressão e libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor”. *Ação civil pública*, coord. Edis Milaré.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10. ed., Brasília: Universidade de Brasília.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed., São Paulo: Malheiros, 1993.
- BORGES, José Souto Maior. *Lei Complementar Tributária*. São Paulo: RT, 1975.
- BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro : Forense, 2003.
- CAPPELLETI, Mauro. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre : Fabris 1988.
- CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. *Direito de informação e liberdade de expressão*. Biblioteca de teses Renovar, Rio de Janeiro : Renovar, 1999, p. 15.
- DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação Civil Pública*. São Paulo : Saraiva, 2001, p.51.
- ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. São Paulo: RT, 1999.
- FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Volume 4 – Tomo II. Do processo de conhecimento, art.s 282 a 331. São Paulo : RT, 2001.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. “Ação civil pública – gizamento constitucional”. *In Ação Civil Pública – Lei 7.347/1985 – 15 anos*. Coordenador Édis Milaré. São Paulo : RT, 2001.
- GIMARÃES, Lázaro. *As ações coletivas e as liminares contra atos do poder público*. 2ª Edição, revista e ampliada. Brasília : Brasília Jurídica, 1993.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*, 9ª Ed., São Paulo : Malheiros, 1992, p. 88-89.

HART, Herbert L.A.. *O conceito de direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, tradução do original inglês intitulado *The concept of law*, por MENDES, Armindo Ribeiro, 1994.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 3ª edição. São Paulo : RT, 1994.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Manual do Consumidor em juízo*. São Paulo : Saraiva, 1994, p. 6.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Ação Civil Pública*. 5ª edição. São Paulo : Atlas, 2001.

WATANABE, Kazuo. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. GRINOVER, Ada Pellegrini *et alii*. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 2004.

ESTATUTO DO IDOSO: INOVAÇÕES NA SEARA PENAL E PROCESSUAL PENAL

Joelma Safira de Menezes Reis é bacharela em Direito pela Universidade Tiradentes, Advogada e aluna da Escola Superior da Magistratura do Estado de Sergipe (ESMESE).

RESUMO: O presente trabalho aborda os principais aspectos inovadores do Estatuto do Idoso e seus reflexos na área penal e no campo do processo penal, ressaltando a polêmica que circunda o artigo 94 da Lei 10.754/03, bem como os novos tipos penais criados pela mesma lei, além de fazer uma sucinta análise das mudanças ocorridas no Código Penal e na Legislação Penal extravagante, sempre ressaltando a relevância da tutela dos idosos como sujeitos de direito com plena capacidade intelectual e produtiva, que muito têm a oferecer à sociedade como um todo.

PALAVRAS-CHAVE: Estatuto do Idoso, inovações, Direito Penal e Processual Penal.

ABSTRACT: The present work approach the main innovative aspects of the Senior's Statute and their reflexes in the penal area and in the field of the penal process, the controversy that surrounds the article 94 of the Law 10.754/03 standing out, as well as the new penal types created by the same law, besides doing a brief analysis of the changes happened in the Penal code and in the extravagant Penal Legislation, always emphasizing the relevance of the seniors' protection as subject of right with full intellectual and productive capacity, that a lot have to offer to the society as a completely.

KEY WORDS: Statute of the Senior, innovations, Penal and Procedural Right Penal.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A celeuma em torno do art. 94 da Lei 10.741/03; 3. Novos tipos penais definidos no Estatuto do Idoso; 4. Os reflexos da aprovação do Estatuto do Idoso nas demais leis penais; 5. Conclusão; 6. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Na busca por uma melhor e mais efetiva tutela do idoso foi publicado no *Diário Oficial da União* do dia 03 de outubro de 2003, o Estatuto do Idoso. Esse novo diploma legal foi sancionado pelo atual Presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva, no dia primeiro de outubro de 2003, exatamente no dia em que se comemorou o Dia Internacional do Idoso. A sanção só veio após sete ‘longos’ anos de tramitação no Congresso Nacional.

Na realidade, a elaboração dessa nova lei teve como escopo dar efetividade a muitos dispositivos da Constituição Federal de 1988, onde já constam normas de proteção ao idoso, como o artigo 203, I da Lei Fundamental, que determina dentre os objetivos da Assistência Social a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice (grifo nosso). O artigo 229 também enaltece esse princípio de proteção ao idoso, quando estabelece que *“os filhos maiores tem o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”*. O artigo 230 complementa esse conceito de tutela do idoso, quando prescreve que *“A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantido-lhes o direito à vida”*. O parágrafo primeiro desse mesmo artigo estabelece que *“Os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares”*, enquanto que o parágrafo segundo prescreve ainda que *“Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos”*.

Chega a ser difícil acreditar que para dar corpo e vida a esses preceitos constitucionais foi preciso a elaboração da Lei 10.741/03. Dentre os juristas, espera-se que o Estatuto do Idoso seja um verdadeiro marco na proteção aos idosos, pois até então *“a longevidade, longe de inspirar respeito e tratamento digno, como seria justo, a exemplo do que ocorre em outros países civilizados, é desconsiderada e, não raro, menosprezada e humilhada”* (BONFIM: 2003, 35).

Não obstante esse novo diploma legal ter trazido uma série de inovações que beneficiam e protegem os idosos, muitos de seus dispositivos demonstram uma má técnica legislativa, dando margem a interpretações dúbias, por isso, necessitam de uma exegese mais profunda dos operadores do Direito, principalmente, porque seu texto foi aprovado na íntegra, ou seja, sem terem sido feitas as devidas correções antes de sua aprovação. Essas falhas legislativas dividem opiniões a cerca de muitos pontos, que será objeto de análise desse trabalho.

2. A CELEUMA EM TORNO DO ARTIGO 94 DA LEI 10.741/03

No texto da Lei 10.741/03 foi reservado um Título só para tratar dos tipos penais praticados contra os idosos. Logo nas disposições gerais tem-se o artigo 94, que já está dando margens a celeumas na sua interpretação, já que estabelece que, aplicar-se-á a Lei 9099//95 para os crimes previstos no Estatuto do Idoso cuja pena máxima privativa de liberdade não ultrapasse 4 (quatro) anos, sendo que subsidiariamente aplicar-se-á o Código Penal e o Código de Processo Penal. A Lei dos Juizados Especiais Criminais só é utilizada para os crimes de menor potencial ofensivo, definidos no artigo 61, ou seja, as contravenções penais e os crimes a que a lei comina pena máxima não superior a 1 (um) ano. Com a promulgação da Lei 10.259/01, esse limite foi ampliado para dois anos, uma vez que o parágrafo único do art. 2º da referida lei derogou o art. 61 da Lei dos Juizados Especiais Criminais.

Resta saber qual foi a intenção do legislador da Lei 10.741/03 ao estabelecer o limite máximo de pena superior ao definido na Lei 9099/95, estabelecendo assim a utilização do procedimento informal e simplista dos Juizados para sancionar os sujeitos ativos dos delitos contra os idosos. *A priori*, não parece que as condutas tipificadas com pena máxima igual ou inferior a quatro anos, tendo como vítima algum idoso, possam ser consideradas de menor potencial ofensivo, tendo em vista a grandiosidade do bem jurídico tutelado nesses delitos, que é a proteção das pessoas em idade mais avançada.

DIAS (2003: 4) aproveitando o raciocínio usado na época da celeuma quanto ao artigo 291 do Código de Trânsito Brasileiro, que

também apresentava uma má técnica legislativa, entende que daqui para frente surgirão três correntes sobre a interpretação do artigo 94 do Estatuto do Idoso, quais sejam:

1ª O art. 94 da Lei 10.741/03 transformou em infração de menor potencial ofensivo todos os crimes previstos no Estatuto do Idoso, cujo máximo da pena privativa de liberdade não exceda a quatro anos, permitindo a incidência, v.g. da transação penal, devendo o procedimento tramitar perante o Juizado Especial Criminal (corrente ampliativa);

2ª A novel lei não transformou em infração de menor potencial as infrações penais nela contidas, cuja pena máxima privativa de liberdade seja superior a dois e não ultrapasse quatro anos, sendo que se aplicam os institutos benévolos da Lei n.º 9.099/95, tramitando o feito perante o juízo comum (corrente intermediária). Para essa corrente onde o legislador utilizou o vocábulo 'procedimento', na verdade quis referir-se ao vocábulo 'institutos';

3ª A referida lei não alargou o rol das infrações penais de menor potencial ofensivo, sendo o limite de dois anos mantido pelo art. 2º, parágrafo único, da Lei n.º 10.259/01, não cabendo a incidência de nenhum instituto despenalizador inserido na Lei n.º 9.099/95, devendo o feito tramitar perante o juízo comum (corrente restritiva ou positiva).

O autor supra transcrito filia-se a terceira corrente, pois, na sua óptica *"na parte do art. 94 da Lei 10.741/03 onde está escrito '4 (quatro) anos' deve-se ler '2 (dois) anos', tendo por perspectiva uma interpretação sistemática, razoável, isonômica e constitucional da norma infraconstitucional"* (DIAS: 2003, 4).

Apesar de usar a interpretação utilizada na exegese do Código de Trânsito brasileiro, pronunciou-se o advogado-geral Alberto Cascais na Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 3.096, que tramita na Suprema Corte:

A ampliação da pena máxima de um ano prevista nessa lei, para que o crime seja considerado de menor potencial ofensivo, para quatro anos, é socialmente benéfica, considerando que em muitos delitos praticados contra idosos o agente é pessoa da família. Esse limite já foi ultrapassado em alguns crimes de trânsito (CTB – Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, art. 291, parágrafo único).

JESUS (2004: 2) entende que o art. 94 do Estatuto do Idoso ao estabelecer a aplicação da Lei 9099/95 aos crimes contra os idosos, cuja pena máxima não ultrapasse quatro anos, objetivou apenas conferir maior celeridade ao processo. Até porque, não seria plausível que, impondo um tratamento penal mais rigoroso aos autores de crimes contra o idoso, contraditoriamente viesse permitir a transação penal, instituto de despenalização, previsto no art. 76 da Lei dos Juizados Especiais Criminais. Em suma, o art. 94 do Estatuto do Idoso disciplina apenas a espécie de procedimento aplicável ao processo, sem alterar a definição dos delitos de menor potencial ofensivo. Assim, a principal missão desse dispositivo foi acelerar a prestação jurisdicional nos delitos que envolvem os idosos e desafogar o Poder Judiciário, sem, contudo, suprimir ou restringir das partes o direito constitucional do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF), bem como o direito a ampla defesa e ao contraditório.

Em contrapartida, ALMEIDA (2004: 3) entende que a atual redação do artigo 94 do Estatuto do Idoso possibilitando a aplicação da Lei 9099/95 para os delitos que não superem quatro anos de pena privativa de liberdade trará inquietude jurídica, uma vez que permitirá o benefício da transação penal, passando a sensação de impunidade às vítimas desses delitos, de modo semelhante aos crimes de menor potencial ofensivo cometidos contra mulheres.

Segundo MARZAGÃO (2004: 4), não há que se falar em contradição entre o Estatuto do Idoso e a Lei 9099/95 pelo fato de a Lei do Juizado Especial Criminal permitir a transação penal, pois a transação penal bem aplicada pode produzir melhores efeitos do que a sanção aplicada após toda a tramitação do rito ordinário, onde é comum se verificar a extinção da punibilidade pela prescrição. O

problema é que o Poder Judiciário se limita a fixar apenas “cestas básicas” ou multas irrisórias, ao invés de aplicar as penas restritivas de direitos que são mais expressivas. Ele defende uma melhor aplicação da lei, no lugar de tachá-la de ineficaz ou de propulsora da impunidade.

3. NOVOS TIPOS PENAIIS DEFINIDOS NO ESTATUTO DO IDOSO

A grande inovação desse capítulo é a determinação de que os delitos cometidos contra os idosos serão de ação penal pública incondicionada, cabendo ao Ministério Público o seu ajuizamento. O Estatuto do Idoso surge como forma de garantir a cidadania aos maiores de 60 anos, daí porque esse novo diploma de forma explícita penaliza qualquer tipo de discriminação aos que alcançaram a velhice, até porque a longevidade da vida deve ser motivo de comemoração e não de tristeza. O art. 96 da Lei 10.741/03 não trouxe nenhuma novidade, já que a própria *Lex Fundamentalis* no seu art. 3º disciplina dentre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a promoção do bem de todos, sem nenhum tipo de preconceito, inclusive quanto à idade. O estatuto apenas ressaltou um preceito constitucional.

O artigo 97 da lei em comento traz uma redação praticamente igual a do artigo 135 do Código Penal, que tipifica o delito de omissão de socorro, só que a omissão de socorro ao idoso é apenada de forma bem mais severa do que a definida na Lei Penal. A sanção penal da omissão de socorro na Lei 10.741/03 é de detenção de 6 (seis) meses a 3 (três) anos e multa, enquanto que a sanção do art. 135 do Código Penal é de detenção de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa. As causas de aumento de pena no caso da omissão resultar lesão corporal grave ou morte são as mesmas em ambos os institutos legais.

O artigo 98 traz o delito de abandono de idoso, só que de forma mais minuciosa do que o artigo 229 da Lei Maior, uma vez que a Constituição Federal fala apenas no dever que tem os filhos maiores de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade. O Estatuto do Idoso vai mais além, pois criminaliza o abandono do idoso em hospitais, casas de saúde, entidades de longa permanência, ou congêneres, bem como penaliza qualquer pessoa (grifo nosso) que por determinação legal ou por mandato deixar de prover as

necessidades básicas do idoso. Esse dispositivo demonstra a intenção do legislador de sancionar de forma mais gravosa a conduta daqueles que vêem os idosos como um estorvo para a família e que costumam interná-los em estabelecimentos geriátricos, sem que haja a menor necessidade.

O advento da idade não significa dizer que o idoso é imprestável a produzir, pelo contrário, boa parte dos idosos tem plena capacidade laborativa, são dotados de ampla qualificação e experiência profissional. Na atual conjectura da sociedade, faz-se com que *“o homem com mais de 40 anos, só por ter alcançado essa faixa etária, não encontre emprego, seja considerado uma coisa, um inútil à sociedade”* (BONFIM: 2003, 35). O artigo 99 do Estatuto do Idoso veda a conduta daqueles que sujeitam o idoso a trabalho excessivo ou inadequado, o que não significa dizer que o idoso seja incapaz. As exigências por parte do empregador de serviços superiores às forças do empregado, bem como os defesos por lei, contrários aos bons costumes ou alheios ao contrato são vedadas pelo art. 483 da Consolidação das Leis do Trabalho, sendo causa de rescisão indireta do contrato de trabalho. Nesse sentido já se pronunciou o Tribunal Superior do Trabalho:

Poderá o empregado rescindir o seu contrato de trabalho e pleitear a devida indenização, se a empresa, após reiteradas vezes punida, permaneceu exigindo serviços superiores às suas forças e, ainda, ocasionalmente, jornada além das oito horas normais (TST, RR 2.993/86-0, Hélio Regato, Ac. 2ª T. 2.025/87).

Veda-se a exigência de serviços superiores às forças do empregado, sejam elas *“físicas (inapropriadas à idade, saúde ou fortaleza), intelectuais ou de habilidade alheios ao contrato: violando a qualificação profissional reconhecida pelo empregador”* (CARRION: 2004, 374) (grifo nosso). Assim, a Lei 10.741/03 reiterou uma vedação que já constava na Legislação Laboral. Convém ressaltar, que o simples fato de negar emprego ou trabalho a alguém por motivo de idade constitui crime, como reza o art. 100, II do Estatuto do Idoso. Esse mesmo artigo criminaliza a conduta daqueles que obstam o ingresso em cargo público de qualquer pessoa por motivo de idade. É louvável essa punição, pois não se

pode falar em dignidade da pessoa humana sem que se conceda o direito ao labor.

Também constitui crime qualquer meio inibitório da prestação de assistência à saúde do idoso, desde que sem justo motivo. Esse novo diploma legal sancionou o ato daqueles que obstam a execução de ordem judicial nas ações civis que têm como fundamento o Estatuto do Idoso, assim como penalizou a recusa, o retardamento e a omissão de dados técnicos indispensáveis à propositura dessas ações.

O artigo 102 tipifica o crime de apropriação e desvio de bens, proventos, pensão ou qualquer outro rendimento do idoso, bem como a aplicação diversa da sua finalidade. Esse delito assemelha-se ao delito de apropriação indébita do Código Penal, previsto no art. 168. Nesse caso seria uma apropriação indébita contra o idoso, que deveria ter sido apenado com uma sanção mais rigorosa, como foi feito no art. 97 do Estatuto do Idoso, só que de forma curiosa foi prevista a mesma pena, reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa.

O Estatuto do Idoso coloca no rol dos crimes em espécie a negação de abrigo a idoso, porque este se negou a outorgar procuração à entidade de atendimento (art. 103), assim como constitui crime a retenção de cartão magnético de conta bancária relativa a benefícios, proventos ou pensão do idoso ou de qualquer outro documento apto a assegurar o recebimento ou o ressarcimento de dívida (art. 104).

O art. 105 traz uma norma de tutela ao direito de imagem do idoso, já prevista como direito e garantia fundamental de todo cidadão no art. 5º, X da Magna Carta. Desta forma, além de constituir crime a exibição ou veiculação por qualquer meio de comunicação, de informações ou imagens depreciativas ou injuriosas à pessoa do idoso. Este terá direito também a pleitear no Juízo Cível indenização pelos danos materiais e morais sofridos.

Os artigos 106, 107 e 108 do Estatuto do Idoso visam proteger os maiores de 60 anos daqueles que agem de forma maliciosa, com má-fé, objetivando induzi-los a outorgar procuração que prejudicam seus próprios interesses, ou, coagindo-os a doar, contratar ou testar em favor dos sujeitos ativos desses delitos que têm como único fim enriquecer ilícitamente. O enriquecimento sem causa sempre foi vedado pelo Direito, mas a Lei 10.741/03 ao definir esses novos tipos penais enfatizou a necessidade de se punir essas condutas lesivas ao patrimônio

dos idosos, que pela debilidade decorrente da idade avançada acabam sendo iludidos por pessoas inescrupulosas, muitas vezes da própria família.

4. OS REFLEXOS DA APROVAÇÃO DO ESTATUTO DO IDOSO NAS DEMAIS LEIS PENAIS

O Estatuto do Idoso, no Capítulo destinado às Disposições Finais e Transitórias, no artigo 110, trouxe uma série de alterações no Código Penal Brasileiro. No artigo 61, II, h, acrescentou-se uma circunstância agravante genérica quando o crime for praticado contra maior de 60 (sessenta) anos. No homicídio doloso, a pena foi aumentada de 1/3 quando o mesmo for praticado contra pessoa maior de 60 (sessenta) anos (art. 121, § 4º, do mesmo diploma legal). Também foi criada uma causa especial de aumento de pena quando a vítima for maior 60 (sessenta) anos, no crime de abandono de incapaz (art. 133, § 3º, III, do Código Penal). Foi ainda inserido o tipo penal autônomo de injúria qualificada sempre que a mesma for praticada contra pessoa idosa ou portadora de deficiência, como consta na atual redação do art. 141, IV, da Lei Penal Brasileira. O crime de seqüestro e cárcere privado, quando praticado contra pessoa maior de 60 (sessenta) anos, fica apenado com reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos (nova redação do art. 148, § 1º, I, do Código Penal brasileiro).

Com a entrada em vigor do Estatuto do Idoso, o crime de extorsão mediante seqüestro fica apenado com pena de reclusão de 12 (doze) a 20 (vinte) anos, quando o sujeito passivo do delito for maior de 60 (sessenta) anos, conforme a nova redação dada ao art. 159, § 1º, do Código Penal. Foi também suprimida a escusa absolutória prevista no art. 181 do Decreto-Lei 2.848/40, bem como os crimes previstos no art. 182 passaram a ser de ação penal pública incondicionada, conforme estabelece o art. 183, III da mesma lei. Por fim, a última alteração no Código Penal encontra-se no art. 244, que tipifica a conduta daqueles que deixam de prover a subsistência do idoso.

Além do Código Penal, a Lei das Contravenções Penais, a Lei da Tortura e a Lei do Tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins também sofreram uma *novatio legis in pejus*, pois no art. 21, parágrafo único do Decreto-Lei 3.688/41 agora há a previsão do aumento da

pena de 1/3 até metade quando o sujeito passivo do delito for maior de 60 (sessenta) anos. No crime de tortura, conforme o art. 1º, § 4º, II da Lei 9.455/07, a pena fica aumentada de 1/6 até 1/3, quando a tortura for contra o idoso. Já no crime de tráfico ilícito de entorpecentes, a pena será aumentada de 1/3 a 2/3, consoante o art. 18, III da Lei 6.368/76.

Como o artigo 5º, XL da Constituição Cidadã reza que “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”, as penas mais severas supracitadas só poderão ser aplicadas aos delitos cometidos após a entrada em vigor do Estatuto do Idoso, ou seja, deve-se observar a *vacatio legis* de 90 dias estabelecida no artigo 118 da Lei 10.741/03, isso porque o Código Penal brasileiro, no seu art. 4º, adotou a teoria da atividade como definidora do tempo do crime, segundo MIRABETE (2002: 7).

5. CONCLUSÃO

Diante do exposto, percebe-se que a Lei 10.741/03 tem tudo para ser um divisor de águas no estudo dos direitos inerentes aos idosos, podendo-se falar no estudo do Direito pré-Estatuto do Idoso e pós-Estatuto do Idoso, já que ele ampliou o rol dos direitos dos idosos, assim como deu efetividade a muitos dispositivos constitucionais definidores de inúmeras garantias dessa parcela reduzida da sociedade, que vem ganhando força tendo em vista o crescimento da expectativa de vida no Brasil. Muito desse fenômeno deve-se aos avanços tecnológicos, científicos e a globalização, mas, paradoxalmente, a mentalidade mercantilista reduziu os valores morais a cifras, passando-se a avaliar as pessoas pelo seu potencial de rentabilidade econômica, colocando o idoso em segundo plano, humilhando os que alcançaram a terceira idade.

Para muitos idosos, a longevidade da vida no lugar de orgulho passa a ser uma vergonha, motivo de temor, já que, muitas vezes, vêem-se ameaçados pelos seus próprios familiares, que na ânsia de enriquecer de modo fácil, atropelam os valores morais e os bons costumes, agredindo àqueles que dedicaram toda a vida em proveito do bem-estar da família. Daí porque surgiu a necessidade de uma tutela especial aos idosos, que na maioria das vezes não têm como dar

força e voz às angústias que sofrem no seio de seus lares. Nesse aspecto, o Estatuto do Idoso foi um avanço.

As futuras gerações de estudiosos do Direito terão o Estatuto do Idoso como um referencial, já que ele veio para engrandecer a proteção aos que lograram êxito na caminhada da vida, alcançando os sessenta anos. Na área penal e processual penal, que foi objeto de análise desse artigo, muitas foram as mudanças no sentido de apenar de forma mais severa e rígida os delitos cometidos contra os idosos. Apesar das falhas na elaboração legislativa desse novo diploma legal, como o polêmico artigo 94 da Lei 10.741/03, não há nada que não possa ser sanado num futuro próximo, através da doutrina e dos julgados dos Tribunais.

Dentro de uma perspectiva sociojurídica e tendo em vista a falência do sistema carcerário brasileiro, a aplicação da lei de forma fria poderá assoberbar ainda mais o sistema penitenciário do Brasil. Nesse diapasão, corroboro com o entendimento dos doutrinadores que defendem que o Estatuto do Idoso não alargou o conceito dos crimes de menor potencial ofensivo, mas que entendem ser possível a transação penal para os delitos em espécie da Lei 10.741/03, o que pode ser muito mais eficaz e vantajoso para sociedade, do que superlotar os presídios com pessoas de baixa periculosidade. Deve haver um controle repressivo, mas principalmente se deve investir num controle preventivo do delito, conscientizando-se a população da relevância do idoso para a humanização e progresso da sociedade.

6. REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ALMEIDA, Dayse Coelho de. *Estatuto do Idoso: real proteção aos direitos da melhor idade?* **Jus Navigandi**, Teresina, a. 8, n. 120, 1 nov. 2003. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4402>>. Acesso em: 20 jul. 2004.

BONFIM, Benedito Calheiros. *Estatuto do Idoso*. Revista Jurídica Consulex, São Paulo, ano VII, n. 162, p. 35, 15 de outubro, 2003.

CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

DIAS, Marcus Vinicius de Viveiros. *Lei nº 10.741/03 – Estatuto do Idoso. Aspectos penais precípuos*. SINTESE Jornal, São Paulo, out. de 2003, p. 3-4.

ESTATUTO do Idoso. RT Informa, São Paulo, ano V, n. 29, p. 4-5, jan/fev, 2004.

FRANCO, Carlos Alberto di. *Estatuto do Idoso, alerta à insensibilidade*. Disponível na Internet: <http://www.portaldafamilia.org>. Acesso em 19/07/2004.

JESUS, Damásio de. *Juízados Especiais Criminais, ampliação do rol dos crimes de menor potencial ofensivo e Estatuto do Idoso*. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 20/07/2004.

_____. *Ampliação do rol dos crimes de menor potencial ofensivo e suspensão condicional do processo*. Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 59, out. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3217>>. Acesso em: 21 de jul 2004.

MARZAGÃO, Gustavo Henrique Bretas. *O Estatuto do Idoso e o conceito de infração penal de menor potencial ofensivo*. Jus Navigandi, Teresina, a. 8, n. 331, 3 jun. 2004. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5288>>. Acesso em: 21 jul. 2004.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal. Parte Geral – Arts. 1º a 120 do CP*. 16 ed. V. 1. São Paulo: Editora Atlas, 2000.

WOLFF, Maria Palma. *Equipes Técnicas de Classificação: Humanização da prisão ou reforço da repressão?* Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre – RS, Edição Oficial do !TEC – Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais, ano 4, n. 13, p. 23-33, 2004.

A TÓPICA NEOARISTOTÉLICA DE THEODOR VIEHWEG - UMA ANÁLISE CRÍTICA DE MANUEL ATIENZA

André Luiz Vinhas da Cruz, Procurador do Estado de Sergipe, Advogado, Secretário Geral da APESE (Associação dos Procuradores do Estado de Sergipe), Coordenador de Divulgação da Escola Superior da APESE, Professor de Direito Empresarial da Faculdade São Luís e Mestrando em Direito Público pela UGF/RJ.

RESUMO: O presente trabalho serviu como monografia de final de curso da Disciplina “Teoria Geral do Direito”, orientada pela Prof^a. Dr^a. Margarida Lacombe, no Curso de Mestrado em Direito Público pela UGF/RJ. O mesmo tem por tema a análise, sob um viés pós-positivista, logo, pós-kelseniano, da teoria da Tópica Pura, aplicável à legitimação das decisões judiciais, enquanto prática ressuscitada após a 2^a Grande Guerra pelo jurista alemão Theodor Viehweg, e que sofreu críticas construtivas do jurista espanhol Manuel Atienza, todas analisadas sob a perspectiva de uma teoria da argumentação jurídica.

PALAVRAS-CHAVE: teoria geral do direito; tópica; argumentação jurídica das decisões judiciais.

ABSTRACT: This paper served as final dissertation in the subject “Law’s general theory”, orientated by Teacher Margarida Lacombe, in the Master’s degree in Law of UGF/RJ. The work deals with the analysis, under a postpositivist view of Topica’s pure theory, applied to sentence’s legitimation, while practice recovered in the postwar period by the german professor Theodor Viehweg, and that had some criticism from the spanish professor Manuel Atienza, everyone analysed under a legal’s argument theory.

KEY WORDS: law's general theory; topica; legal's argument of sentences.

SUMÁRIO: Introdução; I. Os primórdios da tópica; II. A proposta de transposição do paradigma hipotético-dedutivo; III. A tópica Viehwegiana em debate; IV. As críticas de Manuel Atienza à tópica pura; IV. 1. As imprecisões conceituais; IV. 2. A fortuna histórica da tópica e da lógica; IV. 3. A tópica e a questão da justiça; IV. 4. A discutibilidade acerca do *status* de “teoria da argumentação jurídica”; V. Conclusões; Bibliografia.

INTRODUÇÃO

“Aliás, se essas opiniões forem isoladas, os argumentos contrários perdem sua força de persuasão, desejando-se demonstrar que a superioridade da virtude não dá o direito de mando e de domínio.” (Aristóteles)

Remonta aos idos da Grécia Antiga, fervoroso debate entre dois grupos filosóficos: de um lado os sofistas, e, de outro, socráticos, como Platão e Aristóteles, quanto ao uso de estratégias persuasivas e da oratória, objetivando determinado fim.

Já nessa época, por volta do século V a.C., uma das preocupações dos filósofos¹, dentre as inúmeras discussões que eram travadas nas *polis* gregas, cingia-se à análise da real função da “retórica” (acepção aqui tomada como continente, da qual a “tópica” é parte integrante) no pensamento humano.

Interessantes embates foram travados, e destes, em especial, a arte retórica serviu de lastro, na seara jurídica, para a eclosão da crise do positivismo kelseniano, calcado na idéia legalista subsuntiva.

O paradigma jurídico, de coloração neo-kantiana, vigente até então, numa sociedade ainda perplexa com as consequências bestiais

¹ É bom que se deixe claro que aos sofistas era negada a condição de “filósofos”, pelo simples fato de serem os mesmos, em verdade, “livres pensadores”, “técnicos”, a exemplo de Protágoras de Abdera e Górgias de Leontini, e, mais tarde, Isócrates, difusor do ceticismo. Somente ao final do século XIX, foram os sofistas reavaliados como os fundadores da pedagogia democrática e mestres da arte de ensinar. Cf.: CHAUI, Marilena. *Introdução à História da Filosofia: dos pré-socráticos a Aristóteles*. v. 1. 2ª ed.. São Paulo: Companhia das Letras, 2002, p. 159 e segs.

de uma ordem política totalitária nazista, via surgir em Theodor Viehweg uma nova forma hermenêutica, a substituir o silogismo puramente lógico-hipotético.

Contudo, ainda assim o padrão tópico-retórico proposto pelo professor alemão se ressentia de um *plus* que o legítimo, de relação à racionalidade das decisões judiciais e, como molde de justiça, a gozar de foro universalizante, como pretendia Viehweg.

Não se pode, contudo, olvidar que foi a partir desta reabilitação viehwegiana que advieram, com as melhorias do padrão requeridas, alguns dos grandes expoentes do pós-positivismo contemporâneo, a exemplo de Perelman, Dworkin, Alexy, Häberle e Müller. A importância de Viehweg, deveras, foi ímpar para o desenvolvimento da teoria geral do Direito.

Em particular, as críticas assacadas ao modelo de Viehweg pelo jurista hispânico Manuel Atienza são bastante esclarecedoras, posto que sistematizadas de tal forma, ainda que discutíveis algumas delas, a por em xeque, de forma parcial - advirta-se - a real validade da teoria jurídica a que chamou, pejorativamente, de “tópica pura”.

Entrementes, como bem nos lembraria um adepto da tópica, tudo é “questão de força argumentativa”!!

1. OS PRIMÓRDIOS DA TÓPICA

Como já visto, foram os sofistas que, por primeiro, trataram da retórica, assim conceituada por Marilena Chauí², como uma técnica de persuasão, através dos “lógoi”, isto é, razões ou argumentos opinativos a respeito de uma coisa, baseando-se não no que esta coisa é em si mesma, porém naquilo que aparenta ser.

Fulcrada na dialética, como arte discursiva, a retórica era utilizada pela sofística, com o exclusivo intuito de formar os grandes oradores e políticos atenienses, lhes ensinando as melhores técnicas argumentativas.³

Apesar de discípulo de Platão, Aristóteles dele divergiu quando arrolou dentre as artes produtivas ou poéticas regras de uma

² *Ibidem*, p. 167.

³ Foi com a terceira e última geração sofística, alcunhada de “epígona”, que a retórica e a dialética, ganhando uma feição erística, entraram em decadência, já que os discursos eram desprovidos de fim especial, só utilizáveis pelo simples gosto da discussão pela discussão.

argumentação persuasiva, bem ao gosto dos sofistas, que, no entanto, não viam qualquer possibilidade de uma cognição da verdade absoluta.

Na perspectiva aristotélica, a retórica, antes criticada, devia ser corretamente assimilada como fator democratizante. Para o estagirita, sua utilidade se consubstanciava em prover, no campo judicial, e, em especial, no político, os oradores de ferramentas indispensáveis durante os discursos públicos proferidos nas “ágoras”, durante os debates e assembléias da democracia grega.

No particular, mister se faz observar este inusitado caráter legitimador da técnica retórico-dialética, antes vista como mera forma de mercancia de técnicas de oratória, visão que se perpetuou no tempo e espaço, principalmente no pós-positivismo jurídico da segunda metade do século XX, como adiante veremos.⁴

Seguindo uma classificação aristotélica, os meios retóricos se definem por três características básicas:

a) argumento de autoridade: leva-se em conta o caráter e a grandeza moral do orador que emite a opinião (“*endoxa*”);

b) a empatia com o auditório: privilegia-se aquelas opiniões comumente aceitas pelos ouvintes, aumentando, assim, as chances de convencimento; e,

c) plausibilidade argumentativa: os argumentos empregados não de ser fortes e vigorosos, alicerçados em grande técnica persuasiva.

A força argumentativa era obtida pelos exemplos e pelos entimemas.

Os exemplos refletem fatos da experiência, facilmente identificados e aceitos pelos ouvintes ou auditório; enquanto os entimemas são silogismos encurtados e incompletos, nos quais resta faltante, seja a premissa maior, a menor, ou a própria conclusão.

⁴ O pós-positivismo de Viehweg e de Perelman foi criticado por Dworkin e outros juristas da época, dada à falta de racionalidade do controle das decisões judiciais, que alçariam foros de discricionariedade jamais antes vista, o que, em parte, é de se discordar. Ainda que, efetivamente, a teoria tópica, concebida no uso dos “*topoi*”, possibilite ao magistrado, no exame do caso concreto, se valer de toda sorte de argumentos e elementos (fáticos, jurisprudenciais, legais etc), a força do convencimento, imposto às partes no diálogo, em si já legítima a decisão.

O silogismo entimemático, contrapondo-se ao lógico-científico, recorre ao expediente da dedução por verossimilhança ou indícios, prováveis ou plausíveis. Daí porque ser admissível a ocultação das premissas primeiras, porque desnecessárias.

Por outro quadrante, o “*Organon*”(tópicos) aristotélico delineou os gêneros do discurso retórico:

a) deliberativo - próprio do discurso político, e voltado para um acontecimento futuro;

b) judiciário - afeto aos tribunais e juízos informais, relativos à fatos passados; e,

c) demonstrativo - referível aos eventos presentes, e que se subdivide em vitupérico (objetiva condenações ou censuras) ou epidítico (se louvável ou elogiável).

No que toca a uma definição do que seja “silogismo retórico”, João Maurício Adeodato nos dita:

...é um procedimento altamente funcional, eficaz e legitimador; mas, em geral, não é uma estratégia consciente por parte dos chamados operadores jurídicos oficiais (juízes, ministério público, advogados, partes), os quais parecem crer que a decisão do caso concreto de fato é produzida pela norma geral prévia enunciada pelo sistema...⁵

A indicação do jurista pernambucano se explica pelo simples fato de que a conclusão, no silogismo retórico, antecede a própria norma geral que lhe confere substrato. Tal viés dialético tão só reforça a nítida distinção entre este e aqueloutro, mais usualmente usado por nós, o lógico-sintético.

Em países subdesenvolvidos, como o Brasil, *e. g.*, a utilização dos entimemas serviram, e ainda servem, infelizmente (ainda que isto não lhe retire o caráter emancipatório, se bem utilizado), à manipulações

⁵ ADEODATO, João Maurício. *Ética e Retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 262.

engendradas pelos discursos dos poderosos políticos e empresários, dotados desta arma lingüística, por vezes, letal.⁶

Tal manipulação é explicada, ainda que inconscientemente, pelo próprio Aristóteles de Estágira, ao advertir que a ação primordial da retórica é tocar as paixões, despertando e provocando-as. Ao se estudar a ética aristotélica, se percebe, claramente, que o apetite e o desejo produzem as paixões, atuando no “*páthos*” (ânimo) do ouvinte.

Já em Roma, oradores do porte de Cícero e Quintiliano, cômicos deste conteúdo ético do discurso retórico, passaram a mirar a indissociabilidade entre a ética e retórica, como melhor instrumento para educação das paixões e alcance da virtude.

A contrario sensu, por deter o aspecto emocional do ser humano, a retórica se transformou, também, em forma de justificação da opressão, chegando-se ao ponto inconcebível, numa perspectiva meramente peripatética, de, na Idade Média, assimilação da retórica e da dialética como procedimentos do discurso científico. Bom que se frise: na classificação aristotélica, a retórica é uma técnica, e não uma ciência.

O problema ético, portanto valorativo, está no cerne do debate germinado por Aristóteles, ao partir da distinção platônica entre retórica e filosofia, a qual fez parte da educação do filósofo estagirita.

Foi por conta desta guinada conceitual que a retórica sobreviveu à sanha das críticas “puristas” filosóficas. Não que se vislumbre, quem dera, qualquer depreciação ao sistema platônico; pelo contrário, tal necessidade de neutralidade científica, vista na forma de pensar ontológica, foi absolutamente pertinente em sua época.

⁶ O uso do discurso, como forma de manipulação das massas, principalmente nas sociedades capitalistas, reputadas “emergentes”, é descrito, de forma magistral, por Boaventura de Sousa Santos, que, em contraponto, propõe o que chamaremos de uma “novíssima retórica”, na qual a legitimação das ações persuasivas perpassa por uma argumentação mais acessível, a do senso comum. Para tanto, Sousa Santos, em *Discurso e poder*, analisou e comparou a prática jurídica oficial do Estado brasileiro e a práxis “marginal” de uma favela carioca, a do Jacarezinho (metaforicamente chamada de “Pasárgada”), na qual a retórica é adaptada a um sistema ilegal, porém, internamente, entre seus moradores, plenamente legítimo. Cf.: SANTOS, Boaventura de Sousa. *O discurso e o poder*: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica. 2ª reimpressão. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2001, p. 25.

2. A PROPOSTA DE TRANSPOSIÇÃO DO PARADIGMA HIPOTÉTICO-DEDUTIVO

Procedendo-se a um salto de mais de vinte séculos, Theodor Viehweg⁷, dentre tantos expoentes, retoma a discussão sobre a tópica aristotélica, questionando, *in casu*, o modelo normativista da Escola de Viena, calcado no silogismo hipotético-dedutivo, que abstrai todo e qualquer elemento valorativo de seu campo de atuação.

A importância da tópica grega, na metódica do Direito, é revisitada por Viehweg, especialmente em sua obra *Tópica e Jurisprudência*, na qual se busca a prova da aplicação do recurso dialético no campo jurídico, por meio do estudo da clássica jurisprudência romana.

O método sistemático-cartesiano, abraçado por Kelsen, que, louve-se, buscando esquadriñar uma ciência “pura” do Direito, acabou por isolar de seu conteúdo a questão da justiça, enquanto valor, não mais respondia às perplexidades causadas pelas atrocidades da 2ª Guerra Mundial.⁸

A lógica-formal da dogmática jurídica tradicional não respondava, de maneira eficaz, à questão da razoabilidade exigida nas soluções dos problemas jurídicos. Mister se fez refletir acerca de uma nova fórmula de se estudar as lides tribunalícias, não a partir do método subsuntivo, porém dos problemas à norma geral, em abstrato.

Esta reviravolta no pensamento jurídico de então fez com que o debate sobre os valores, até aquele instante relegado a segundo plano, ressurgisse em sua completude, corrigindo a visão do normativismo, que, embora admitisse o potencial criativo do juiz, ao mesmo oportunizava uma gama extremada de discricionariedade.

Segundo Kelsen, a sentença, como ato de pura vontade do julgador, é, também, norma concreta, na solução dos litígios *inter partes*.

⁷ Theodor Viehweg, em meados da década de 50 do século passado, lançou as bases do pós-positivismo, que, sem se afastar do normativismo kelseniano, o complementou, visto que buscou, na razão prática (“*phronésis*”), o alicerce valorativo da decisão judicial, sem o extremo apego àquela moldura, de conteúdo vazio, da norma enquanto regra elaborada pela autoridade competente. Cf.: VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Trad. de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979 (Coleção Pensamento Jurídico Contemporâneo), passim.

⁸ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação: uma Contribuição ao Estudo do Direito*. 2ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 142-143.

Como tal, desde que se amolde ao quadrante da lei (aqui, em seu sentido lato), hierarquizada piramidalmente, tendo no ápice a norma hipotética fundamental, a decisão judicial tem validade, eficácia e justiça.

A grande preocupação, por sua vez, do jurista alemão de Munique é conferir, o que foi desconsiderado, de certa forma, por Kelsen, um grau razoável de aceitabilidade, no seio da sociedade, às decisões jurídicas, que, no arquétipo normativista, apenas tinha limites insertos na “moldura hipotético-legal”, dando-se azo a inúmeras e incontroláveis possibilidades interpretativas, dependentes, tão só, da razão subjetiva do magistrado.

Viehweg interconecta duas idéias, *a priori*, ineludivelmente contrárias: o silogismo normativo e o discurso dialético-histórico. Tércio Sampaio Ferraz Júnior, ardoroso discípulo do professor da Universidade de Munchem, com sua natural preocupação lingüística, assevera que “...Viehweg nota, diante deste problema, que o pensamento teórico do jurista elabora também enunciados que se relacionam à práxis jurídica, mas que têm uma natureza peculiar...”⁹

Exatamente neste ponto é que reside o maior interesse da presente análise, preocupada com as críticas, ou quiçá, mal-entendidos, imputados a esta corrente do pensamento jurídico moderno.

O fato de ser pretensamente assistemático e fluido o estilo tópico não merece aplausos, pelo simples fato de, se deslocando o eixo de exame da teoria do Direito do sistema para o problema, ser este que elege aquele, e nele delimita, perquire e responde às demandas, ofertando-lhes soluções mais adequadas e aceitáveis.

No mundo atual, que alguns já alcunham de pós-moderno¹⁰, que não é o caso de Boaventura de Sousa Santos, em seu livro *A crítica*

⁹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Prefácio à tradução brasileira. In.: VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979 (Coleção Pensamento Jurídico Contemporâneo), p. 3.

¹⁰ Boaventura de Sousa Santos, com propriedade, já alertou que estamos diante de um momento de transição paradigmática, na busca de uma teoria crítica pós-moderna, logo, ainda, num estágio “moderno”. Para tanto, urge que tenhamos a consciência de que a busca do conhecimento emancipatório há de ultrapassar a fase atual do “conhecimento-regulação”, sem cair na tentação de se quedar ante discursos teóricos que ultimem transformar a própria teoria. A emancipação, seja de que matiz for, se guiará pelo senso comum histórico, tradicional e auto-reflexivo. Cf.: SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. v. 1. 3ª ed. São Paulo: Cortez, 2001, passim.

da razão indolente: contra o desperdício da experiência, a alegação de fluidez e vagueza da teoria tópico-retórica há de ser mitigada, modus in rebus.

Mesmo que fundada em “*topos*”, a significar “lugar comum”, a teoria dos “*loci*” tem amplíssima acolhida na ciência jurídica, que é, em substância, dialética e argumentativa. Quanto mais forte e plausível for a tese defendida, com esteio naquelas opiniões generalizadamente aceitas na sociedade, maior será a segurança e a certeza que todos almejam.

Na doutrina viehwegiana, se valendo do que se denomina de uma “tópica pura”, não se pode reconhecer como válido o princípio da “inegabilidade dos pontos de partida”, gestado e dirigido para fundar uma dogmática jurídica regulativa, descritiva e, timidamente, na fase vienense, criativa.

Mais do que nunca ao Poder Judiciário compete promover e concretizar o direito, como ciência libertária, emancipativa e garantidora dos direitos humanos e da democracia. A importância de Viehweg, no atual contexto em se busca o resguardo dos direitos fundamentais em cada nação livre e independente, se torna óbvia, sobretudo em situações de instabilidade política, econômica e social, como é o caso brasileiro.¹¹

Relevante que se recorde a importância de Cícero, um dos maiores oradores da Roma Antiga, na inserção, nesta discussão, da “*inventio*”, primordial para a tópica jurídica, por ser o próprio cerne deste estilo de pensamento.

Ao traçar uma doxografia, com um catálogo de tópicos, assim como repetiriam, mais tarde, Chaïm Perelman e Robert Alexy, este último com seus “códigos da razão prática”, grosso modo, Cícero privilegia o que chama de “*invenção do juízo*” (na qual se inclui a tópica como arte de achar os argumentos), relegando à “*formação do juízo*” um mero ritual de passagem das premissas para a conclusão (decisão ou sentença, em nosso particular campo de pesquisa).

¹¹ Vislumbre-se que em Müller, Häberle, Luhmann (este, em particular, preocupado com a supervalorização do Judiciário enquanto poder, o que chamou do surgimento de uma possível “ditadura do Judiciário”) e no próprio Habermas, o uso dos “*topoi*” é uma constante, e a referência à experiência histórica, dialógica e argumentativa se espalha sob diversas formas, contudo sempre com uma mesma raiz, tópico-retórica, que renega as premissas *primum verum*.

Como técnica do pensamento problemático, é invertida a forma de pensar juridicamente. O pólo central, agora, se irradia do problema do caso concreto, e dele se elegendo o sistema jurídico a ser aplicado, ou mesmo construído, por meio de lugares comuns, gerais ou específicos, até se chegar à solução mais razoável e adequada.

Os pretores romanos, da época da *“jurisprudentiā”*, do que chamaram “direito formulário”, assim trabalhavam. Após recebidas as queixas, denúncias ou consultas, como pesquisadores dos fatos sociais, dos precedentes orais e opiniões anteriores dos sábios da época, dos argumentos das partes contrárias e de outros fatores, os jurisconsultos emitiam “fórmulas” que eram dadas aos litigantes como sentenças, mandamentos.

Tais fórmulas, compendiadas e depois condensadas pelos glossadores, especialmente da Idade Média, originaram o que hoje conhecemos como “jurisprudência”, merecendo nota, em particular, a evolução propiciada pelo *“ius justinianeu”*.

Já se percebe, também, uma preocupação, já naquela época com o elemento ético do conteúdo decisório, como “arte dos prudentes” que era.

Robert Alexy, em sua obra *Teoria da argumentação jurídica*, vertida para o espanhol por Manuel Atienza, grande jurista alemão de nossa época, demonstrou ímpar interesse pelo estudo das inúmeras teorias da argumentação jurídica, e suas implicações éticas, desde as teorias analíticas de Moore (naturalismo), de D. Ross (intuicionismo) e de Stevenson (emotivismo); as filosófico-lingüísticas de Wittgenstein e Austin; as de discurso prático de Hare, Toulmin e Baier; a da verdade consensual de Habermas; as da Escola de Erlangen até se chegar à teoria da argumentação de Perelman.

Alexy tem plena consciência das limitações impostas às todas estas teorias do discurso jurídico, causadas pelas disparidades havidas entre os controles normativos de correção e os mecanismos de controle da concordância, a compatibilizar a solução judicial dada e o direito positivo vigente.

De todo esse cipoal de teorias, Alexy aponta, entretanto, que suas atuais configurações inexistiriam, se não partissem de um ponto comum, o da tópica grega reabilitada por Viehweg, ainda que depois,

como veremos, a critique, assim como Atienza¹², em sua *As Razões do Direito*, e com certa razão, diga-se de passagem.

O que mais nos chama atenção, na obra de Atienza, é que o mesmo salienta que o procedimento tópico é altamente elástico e necessariamente provisório.

Enquanto que o positivismo clássico da Escola da Exegese (Portalis e seu “*Code Napoleon*”) e da Escola Histórica do Direito (Ihering, que em seguida seria o precursor da “jurisprudência dos valores”) se calcava, seja na lei ou na doutrina dos professores de Direito, num sistema estático, meramente descritivo de normas de conduta, o pós-positivismo tópico-retórico é, em sua essência, dinâmico, na busca incessante das premissas de ordem fática, inarredavelmente fluidas e contínuas.¹³

O que nos interessa é o caráter pioneiro do estudo viehwegiano, a parir todas essas posteriores teorias da argumentação jurídica, ainda que à sua tese Atienza negue este *status*.

¹² Cf.: ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Trad. espanhola de Manuel Atienza; Isabel Espejo. 1ª reimpressão. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, passim. Cf. também: ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*. Trad. de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2ª ed. São Paulo: Landy, 2002, p. 66.

¹³ Seria leviano não trazer à colação as idéias, de ordem filosófica, porém absolutamente aplicáveis à tentativa de justificação do modelo tópico jurídico, de Hans-Georg Gadamer, discípulo de Martin Heidegger, que, por sua vez, se valeu das ensinanças, ainda que recicladas, de Nietzsche. Gadamer, ex-professor da Universidade de Heidelberg, recentemente falecido, em suas obras *Verdade e Método* e *O problema da consciência histórica*, explica e justifica o que entende por “consciência histórica”, principalmente nas “ciências do espírito”, como a filosofia e o direito. Alerta, o mesmo, que se faz urgente a tomada de consciência de que o presente é histórico e toda opinião é relativa. Assim, a hermenêutica, como ciência da interpretação, em busca da verdade, ganha foros de excelência. Para Gadamer, a ética, como virtude aristotélica, significa aquela disposição de caráter decididamente influenciada pela repetição e pelo hábito. O homem é um ser que apenas se torna o que é e adquire seus modos comportamentais a partir do que faz, a partir de como age. Cf.: GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*. Pierre Fruchon (Org.). Trad. de Paulo César Duque Estrada. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998, p. 48.

3. A TÓPICA VIEHWEGIANA EM DEBATE

Como alhures exposto, Viehweg teve o mérito e a sorte (dadas as circunstâncias em que escreveu sua principal obra)¹⁴, de trazer para o contexto moderno do século XX a tópica, reabilitada em sua essência.

Os tópicos são premissas compartilhadas que gozam de presunção de plausibilidade ou que, ao menos, passem aos ouvidos uma dada carga de verossimilhança argumentativa. Por não estarem hierarquizadas entre si, para um mesmo problema, mister se faz utilizar tópicos distintos; daí surgindo, portanto, resultados distintos.

Os tópicos específicos (relativos a uma dada segmentação do pensar humano, aqui, jurídicos) são a origem do que Dworkin renomearia, claro que num outro contexto, de “princípios gerais”; e que Alexy tentou hierarquizar por meio de uma estrutura procedural.

A questão da inexistência de hierarquia entre os “*topoi*” nos remete à Herbert L. A. Hart, que, com fuste na doutrina neo-utilitarista de Austin, recicla a teoria kelseniana, aos moldes da “*common law*”, sistema jurídico essencialmente consuetudinário.

Hart vê o sistema jurídico como um conjunto de normas primárias ou de reconhecimento (as normas procedimentais ou de estrutura de Kelsen) e secundárias (as de conduta da Escola de Viena), que seriam globalmente eficazes pelo uso da coerção ou sanção embutida na hipótese normativa, estando as segundas sujeitas, hierarquicamente, às primeiras.

No que diz respeito à hierarquia e subordinação às normas ou princípios jurídicos últimos (as de reconhecimento), Hart exemplifica com o caso da Corte inglesa que, considerando que nenhuma lei ou fonte formal do direito determinaria o caso perante a mesma, lançou mão de fontes jurídicas “permissivas”, como um texto do Digesto e

¹⁴ A obra *Tópica e Jurisprudência* foi fruto de uma série de circunstâncias particulares que levaram Viehweg a concebê-la. No pós-guerra de 1945, numa Alemanha devastada, o professor e magistrado de carreira, estava desempregado e sem maiores expectativas. Resolveu, então, se mudar para um chalé no interior de Munique, sendo que perto de sua casa existia um monastério, que lhe oportunizou o acesso a uma intacta e fabulosa biblioteca, repleta de obras raras, principalmente de Gian Battista Vico, mestre napolitano que viveu no século XVIII. Cf.: FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Prefácio à tradução brasileira. In: VIEHWEG, Theodor. *Tópica...*, ed. cit., p. 7.

uma obra de um jurista francês, reconhecidas, naquele momento, como “boas razões” da decisão.¹⁵

Mesmo sendo um positivista, o exemplo de Hart já anuncia a impossibilidade da pressuposição da norma hipotética fundamental kelseniana, posto que mister se fazia, para ter validade e eficácia global, a aceitabilidade, ainda que coercitiva [!?!], da decisão pelos seus destinatários. Hart, assim, ainda admitia a plena discricionariedade do ato de vontade jurisdicional.¹⁶

Como a tópica parte dos problemas, Viehweg os define, assim como Ronald Dworkin¹⁷, como “hard cases” (casos difíceis), ou seja, aquelas questões que aparentemente permitem mais de uma resposta e que sempre exigem um entendimento preliminar, de acordo com o qual assumem o aspecto de questões que precisam ser consideradas com seriedade e para o qual é preciso se buscar uma única resposta como solução.

Dworkin entende, *data venia*, e se valendo de uma metáfora contrafática, a do “Juiz Hércules”, onisciente e onipotente, que dada à integridade do sistema jurídico, sempre seria possível uma única resposta correta, cuja idéia é criticamente reformulada por Robert Alexy.¹⁸

¹⁵ HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. 3ª ed. Trad. portuguesa de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 112 e segs.

¹⁶ Interessante é o conceito de “autoridade subordinada”, lançado por John Austin, jusfilósofo utilitarista inglês, segundo o qual o direito positivo é um comando delegado aos juizes pelo poder soberano do Parlamento. Cf.: BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito. Nello Morra(Comp.). Trad. e notas de Márcio Pugliesi; Edson Bini; Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1999, p. 109.

¹⁷ Dworkin, partindo de uma noção de sistema íntegro do direito, subdivide as normas jurídicas em regras e princípios. Aos princípios ele confere um grau pleno de normatividade, e os subdivide em princípios *stricto sensu* e diretrizes políticas. Entre as regras, só há conflitos solucionáveis por um critério de validade (hierarquia, especialidade ou posterioridade), sendo que uma das regras haveria de ser excluída do sistema. Entre princípios e regras, os primeiros sempre terão primazia; assim como, estes sempre prevalecerão sobre as diretrizes políticas. Os “hard cases” apenas surgiriam na colisão de princípios entre si, na qual por uma dimensão de peso, baseado na razoabilidade (devido processo legal) e na proporcionalidade (necessidade, adequação e ponderação *stricto sensu*), um princípio deixaria de ser aplicado em favor do outro, mas sem necessidade de alijamento do princípio não-aplicado do ordenamento jurídico. Cf.: DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Seria*. Trad. espanhola de Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 1995, passim.

¹⁸ Tal idéia regulativa do “Juiz Hércules”, propugnada por Dworkin, é atenuada por Robert Alexy, que assimila a teoria dworkiniana, mas a reformula no que tange à forma de controle da racionalidade da decisão jurídica. Alexy, ao contrário de Dworkin, inadmite a suficiência de um sistema jurídico formado por regras e princípios, apenas. Para Alexy,

A tópica, assim, serve para resolver aporias, vale dizer, dúvidas impossíveis de serem afastadas, se configurando, destarte, num modo de pensar aporético; contraposto ao modo de pensar sistemático.

Explique-se. Todo pensamento surge a partir de problemas, que dão lugar a um sistema. Contudo, a depender da ênfase dada, a premissa pode recair ou sobre o problema ou sobre o sistema.

Se a ênfase é posta no sistema, então se realiza uma seleção dos problemas e, assim, os que não recaem sobre eles são afastados e ficam simplesmente insolúveis. Se, pelo contrário, a ênfase é posta no problema, então se trata de buscar um sistema que ajude a encontrar a solução.

O problema, portanto, leva a uma seleção de sistemas e em geral a uma pluralidade deles, com a noção de “sistemas abertos”, nos quais os pontos de vista não são adotados de antemão.

A noção de “sistema”, na ciência do Direito, foi dignamente explanada por Claus-Wilhem Canaris.

Segundo Canaris¹⁹, na ciência jurídica, o uso da tópica é impraticável na medida em que se ligue à retórica. Para o mesmo, é inadmissível a afirmação, segundo a qual as premissas fundamentais são legitimadas através do parceiro na conversa, tendo em conta que tais premissas hão de ser determinadas para os juristas através do direito objetivo, em especial através da lei.

Ademais, continua Canaris, na defesa de sua teoria evolutiva dos sistemas, há uma insuficiência da tópica perante o problema da validade e da adstringibilidade jurídicas. Quer isto dizer que como a

ao lado das regras e dos princípios, agora qualitativamente distinguidos, fazia necessário um procedimento que legitimasse o sistema, a partir de uma concepção procedimental da razão prática. O direito, como correção, para adquirir a estatura sistêmica desejável, deve se valer de uma concepção mais débil dos princípios(e não exacerbada, como quis Dworkin), contudo não tão fraca, como a dos catálogos de tópicos da tópica pura. O Direito seria um sistema de prioridades *prima facie*, no tocante ao conteúdo substantivo-valorativo dos princípios, que ficam subordinados a um procedimento quase que matemático quanto à definição do peso abstrato de cada princípio. Cf.: ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Trad. espanhola de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, passim.

¹⁹ CANARIS, Claus-Wilhem. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. 2ª ed. Trad. portuguesa de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 255 e segs.

tópica *apenas* pode levar à verdade, já que fulcrada em pontos de vista de múltipla utilização, portanto, manipuláveis, sempre restaria a incerteza, para o sistema jurídico, dos resultados, que, de resto, seriam assistemáticos.

Muito embora, citado jurista admita a relevância da tópica viehwegiana naqueles locais onde faltem valorações legais bastantes, e, por isso, não aja espaço para o pensamento sistemático.

Assim, segundo o próprio Canaris, a oposição entre o pensamento dogmático-sistemático e a tópica não é, assim, exclusivista; ao contrário, são auto-complementares e interpenetráveis, até, em parte.

Repita-se, de novo, o já dito antes, de referência à crítica canarisiana. Se a ênfase do intérprete for dada no problema, como sói ocorrer no pensamento tópico-dialético, um ou alguns sistemas terão de ser eleitos, e isto, em nada, implica um conseqüente desrespeito à legalidade, adentrando, no particular, o conteúdo ético de quem for interpretar o problema, no caso concreto.

Viehweg, diante de uma cultura ocidental, preponderantemente ancorada no método axiomático-dedutivo, foi pioneiro em apontar um outro caminho, e, por isso, tão criticado, como não haveria de deixar de ser, dado ser, ainda, o pensamento humano intrinsecamente “matematizado” (ou é verdadeiro, ou é falso; ou é sim; ou não).

Segundo o jurista alemão, tal método, inspirado em Kant, é equivocado e inaplicável ao Direito, insuscetível de auferir princípios, ao mesmo tempo, seguros e objetivamente fecundos.

Segundo o mestre de Munique, o método dedutivo leva o Direito a um estado tal de engessamento, que, em certos casos, ter-se-ia o estabelecimento da proibição de interpretar as normas, permitindo o “*non liquet*” e uma contínua intervenção do legislador.

Exageros à parte, o método dedutivo, evidentemente, é falível e lacunoso, exurgindo a tópica como uma das - frise-se bem - possíveis soluções destes desvios, como forma de manifestação da incessante busca do justo, da qual emana o direito positivo e que continua apresentada pelo Direito Positivo.

De relação à questão dos valores, em essência o da **justiça** (sem que isto, em tese, implique um abandono aos critérios da segurança e certeza), a aporia fundamental tópica é o problema de se determinar o que é o justo aqui e agora.

4. AS CRÍTICAS DE MANUEL ATIENZA À TÓPICA PURA²⁰

Manuel Atienza²¹ aponta inúmeras críticas à tópica de Viehweg, a saber:

4.1 As imprecisões conceituais

As noções básicas da tópica são extremamente imprecisas e, inclusive, equívocas.

Segundo Atienza, termos como “tópica”, “problema”, “lógica” e “sistema” são sempre vagos, imprecisos ou ambíguos. No caso da noção de “problema”, se torna indissociável se referir à definição de “impulso”, proposta por Tércio Sampaio Ferraz Júnior²², em sua teoria da decisão jurídica, segundo o qual “...‘Impulso’ pode ser entendido como uma questão conflitiva, isto é, um conjunto de proposições incompatíveis numa situação que exigem uma resposta...”

4.2 A fortuna histórica da tópica e da lógica

A eclosão do moderno movimento tópico (retórico) coincidiu com o afastamento da lógica formal-axiomática.

A tópica, também chamada de lógica “informal” ou “material”, ressurgiu no exato instante em que toma corpo uma teoria analítica, apartada dos métodos lógico-formais, para Lorenzen, citado por Atienza.

Sendo assim, paralelamente ao esquecimento da lógica axiomática, a mesma sorte teria a tópica; ao contrário do defendido por Viehweg, a apontar pela substituição da primeira pela segunda.

²⁰ A expressão tópica “pura” mostra o sentido radicalista deste movimento, e foi alcunhada, por primeiro, por Friedrich Müller, em sua obra *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Cf.: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 184.

²¹ ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito...*, ed. cit., p. 70 e segs.

²² FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1980, p. 88.

Tal assertiva - a de Lorenzen - não aparenta ressoar da maneira propalada, bastando, para tanto, se observar, ainda, mesmo nas ciências naturais, o contínuo uso da lógica e do método dedutivo.

4.3 A tópica e a questão da justiça

Para Atienza, o modelo tópico é ingênuo, tendo em mira que a jurisprudência, objeto de análise do modelo viehwegiano, deve buscar soluções justas a partir de conceitos e proposições extraídos da própria justiça.

Em específico, a crítica é pertinente, e merece reverência. O modelo tópico brada pela busca incessante do ideal justo, porém não indica meios de controle que permitam discutir racionalmente as decisões judiciais.

Ainda assim, Chaïm Perelman²³, ao se apropriar do modelo viehwegiano, o melhora, salientando que sua nova retórica adota uma noção de justiça, mesmo que tal termo tenha nítida coloração particular e subjetiva, *formal*, isto é, conforme aquilo que a lei disser, e extremamente ligada ao conceito de equidade.

Ora, como perspectiva pós-positivista, ainda atrelada àquela idéia de “norma”, a tópica se legitima pelo convencimento e fortaleza dos argumentos a inculcar nas mentes dos interlocutores, seja em auditórios particulares, seja no “auditório universal” de Perelman, como idéia regulativa e com pretensão de universalidade. Aqui se observa, no professor de Bruxelas, ainda presente um ideal dogmático, pressuposto.

4.4 A discutibilidade do *status* da tópica como teoria de argumentação jurídica

A tópica, por si só, não pode dar uma explicação satisfatória sobre a argumentação jurídica, enquanto teoria discursiva, visto que a generalidade dos “*topoi*” não permitem mergulhos profundos na estrutura abissal e hierarquizada da metodologia jurídica, a ponto de

²³ PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. Trad. de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 33.

dar uma resposta definitiva à questão da racionalidade das decisões jurídicas.

Realmente, a tópica pode ser considerada um “estilo”, um “modelo de razão prática”, o que for; porém, ainda, que dela lhe retire o caráter de uma “teoria científica”, o que é aceitável, *in rebus* (posto que, ainda que rudimentar, a tópica possui um sistema próprio de signos e elementos a lhe conferir uma identidade singular), negar-lhe a condição de prática argumentativa é inadmissível.

5. CONCLUSÕES

Cerne central de toda a mais recente discussão da metódica jurídica, as razões que levam o juiz a decidir, decididamente, é um dilema ainda sem resposta definitiva, se é que a terá um dia.

Em verdade, invariavelmente, se observa que o magistrado simplesmente já possui dentro de si suas razões de decidir, impregnadas de preconceitos e visões particulares, extraídas do mundo exterior que o circunda e de sua própria formação moral.

Assim, num processo irracionalmente invertido, julga com base nesta gama de variáveis, meta-jurídicas, e para elas busca premissas no ordenamento jurídico que justifiquem seu juízo de convencimento e que tentem, quando muito, dar uma certa razoabilidade ao julgado.

Como ser-no-mundo, absolutamente histórico e parcial (leia-se: relativista), o magistrado, como já alerta Gadamer, há de se compreender, e daí, como hermeneuta que deve ser, conhecer e transformar (e não “desfigurar”) o objeto que lhe é posto em análise.

O papel construtivista, ou reconstrutivista²⁴ do Poder Judiciário, e não só deste, mas da sociedade em geral²⁵, é o de coletar todo este material fático, normativo e ético-moral, substancialmente histórico, que diante de um prévio procedimento, do conhecimento de todos, igualitário, libertador e democrático, nos levando ao amplo debate público das grandes questões nacionais, a fim de se alcançar não só a

²⁴ Cf.: HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, passim.

²⁵ Cf.: HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997, passim.

racionalidade decisória, mas principalmente a própria efetivação da justiça, enquanto ideal, e a emancipação garantista dos direitos humanos.²⁶

Mesmo ecoando utópica - o que é desconsiderado - a anterior assertiva, o modelo tópico-retórico de Theodor Viehweg não surgiu como proposta definitiva (ao contrário, sua função foi a de iniciar o debate) de solucionar questões de tão alta complexidade, como as aqui tratadas.

Viehweg tão-só abriu portas para um novo e amplo campo investigativo, na teoria geral do direito. O que é de digno de louvores em sua “teoria” ou “práxis”, como queiram, foi o apontamento para a necessidade de busca de um novo padrão de raciocínio jurídico, a substituir aqueloutro deveras empedernido do normativismo kelseniano.

Tal padrão haverá de navegar em sistemas jurídicos hábeis, e que se adaptam, com rapidez fantástica, às novas e contínuas exigências do mercado capitalista - neoliberal ou social-democrata - e do próprio paradigma globalizante de formação de grandes blocos comerciais, a exemplo do modelo europeu, sem fronteiras, com moeda única e um Tribunal Internacional.

O Brasil, que venceu o medo e optou pela esperança, há de estar atento para essa mudança paradigmática, em especial os operadores do Direito, que agora não mais discutem códigos ou leis, mas sim tratados e convenções, através de *e-mails* ou teleconferências.

6. BIBLIOGRAFIA

ADEODATO, João Maurício. *Ética e Retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002.

ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Trad. espanhola de Manuel Atienza; Isabel Espejo. 1ª reimpressão. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

²⁶ Sobre a origem e o significado da expressão “direitos humanos”. Cf.: CAMARGO, Maria Margarida Lacombe. Eficácia Constitucional: uma questão hermenêutica. In.: *Hermenêutica plural: possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos*. Carlos Eduardo de Abreu Boucault; José Rodrigo Rodrigues(Org.). São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 372.

- _____. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Trad. espanhola de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*. Trad. de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2ª ed. São Paulo: Landy, 2002.
- BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito*. Nello Morra(Comp.). Trad. e notas de Márcio Pugliesi; Edson Bini; Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1999.
- CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação: uma Contribuição ao Estudo do Direito*. 2ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- _____. Eficácia Constitucional: uma questão hermenêutica. In.: *Hermenêutica plural: possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos*. Carlos Eduardo de Abreu Boucault; José Rodrigo Rodriguez(Org.). São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. 2ª ed. Trad. portuguesa de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- CHAUÍ, Marilena. *Introdução à História da Filosofia: dos pré-socráticos a Aristóteles*. v. 1. 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.
- DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio*. Trad. espanhola de Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 1995.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A Ciência do Direito*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1980.
- _____. Prefácio à tradução brasileira. In.: VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979 (Coleção Pensamento Jurídico Contemporâneo).
- GADAMER, Hans-Georg. *O Problema da Consciência Histórica*. Pierre Fruchon (Org.). Trad. de Paulo César Duque Estrada. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

- HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. 3ª ed. Trad. portuguesa de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. Trad. de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*. 2ª reimpressão. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2001.
- _____. *Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. v. 1. 3ª ed. São Paulo: Cortez, 2001.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Trad. de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979 (Coleção Pensamento Jurídico Contemporâneo).

A RESPONSABILIZAÇÃO DO FORNECEDOR PELO FATO DO PRODUTO NO CDC

Alberto Figueiredo Neto, Bacharel em Direito e Pós-Graduando em Direito Público pela Faculdade Jorge Amado/ Curso Juspodium.

RESUMO: As políticas protecionistas da classe consumidora tiveram início na Europa e nos Estados Unidos da América, onde, com a adoção de uma política estatal intervencionista e da teoria da responsabilidade objetiva, fizeram com que o fornecedor fosse responsabilizado por quaisquer danos causados ao consumidor, decorrentes da atividade por aquele desenvolvida. No Brasil, a teoria da responsabilidade do fornecedor adotada até o advento da Carta Magna de 1988 era a subjetiva. Com a implementação do Código Brasileiro de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), a responsabilização do fornecedor passou a ser objetiva mitigada.

PALAVRAS-CHAVE: relação, consumo, fornecedor e responsabilidade.

ABSTRACT: The protectionist policies of the consumer class started in Europe and in the United States, where they adopted an interventionist state policy and of the theory of objective responsibility. They made the supplier to be the one responsible for any damage caused to the consumer derived from the activity they pursued. In Brazil, the theory of responsibility of the supplier adopted until the coming of the Constitution of 1988 was subjective, with the implementation of the Brazilian code of protection and defense of the consumer (law 8.078/90), the responsibility of the supplier turned into objective mitigated.

KEY WORDS: relation, consumption, supplier and responsibility.

1. EVOLUÇÃO DA PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR

O fenômeno jurídico não pode ser analisado senão numa perspectiva histórica que possibilite sua compreensão, uma vez que o ordenamento procura acompanhar, muitas vezes com certo atraso, o panorama social, político e econômico e sua evolução.

Parece bastante claro que o direito do consumidor está intimamente ligado ao desenvolvimento das relações econômicas, em constante e veloz mutação, especialmente neste século. Assim, antes de ingressar no tema proposto mister se faz delinear os aspectos gerais que contextualizam o surgimento do direito do consumidor.

1.1 Breve Histórico

Sem sombra de dúvidas, a evolução da sociedade ocorreu de forma vertiginosa, ocasionando alterações no ordenamento jurídico até então tidos como perfeitos. A massificação da sociedade¹ teve seu crescimento de forma irregular, em diversas partes do planeta.

João Calvão da Silva, após expressar sua opinião no sentido de que, os sistemas jurídicos da época, não comportavam mais a situação atual pela qual passavam, relata que:

A intervenção estadual deve muito ao movimento dos consumidores que, iniciado nos Estados Unidos da América, se propagou para a Europa a partir dos anos sessenta (Época de ouro do desenvolvimento econômico europeu, com acentuado crescimento do número de bens de consumo e de consumidores, acompanhada da explosão demográfica devida, sobretudo, à baixa

¹ ALVIM, Arruda. *Anotações sobre as perplexidades e os caminhos do Processo Civil Contemporâneo – Sua Evolução ao lado do Direito Material*. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: [s. n.], 1992. v. II, p. 89, relata “que na verdade, a problemática contemporânea, consiste em tentar equacionar os grandes aspectos referentes, principalmente àquilo que, há menos de um século, em obra célere se designou como sendo a ascensão (rebelião) das massas – Ortega y Gasset, La Rebelión de La Massas”.

de mortalidade). Despertando de sua letargia e aproveitando a sua liberdade de associação, agora amplamente reconhecida, o consumidor resolve por termo à inércia e desorganização que o isolavam e o tornavam mais débil perante o produtor, dotado de organização e informação poderosa... Os marcos altos e assinaláveis no *consumerism* são a já referida *Consumer Bill of rights message* do Presidente Kennedy, a ‘Carta de Proteção do Consumidor’ do Conselho da Europa, os programas da CEE para uma política de informação e proteção dos consumidores e o Programa de Proteção dos Consumidores da ONU. (SILVA, [19 -?], p. 38)

A sociedade de consumo em massa tem como base histórica a Revolução Industrial, que foi a fase de desenvolvimento industrial correspondente à passagem da oficina artesanal ou da manufatura para a fábrica. Esse processo histórico, no plano econômico, é acompanhado pela transição da Era do Capitalismo Comercial para o Capitalismo Industrial.²

Como fatores que deram ensejo a esta Primeira Revolução Industrial destacam-se o surgimento de novas indústrias, descoberta e aplicação de novas técnicas; mão-de-obra abundante e barata e substituição do Mercantilismo pelo Liberalismo Econômico. Esses fatores servem para explicar a rápida urbanização tendo como causa os trabalhadores provindos da zona rural que se deslocam para as cidades industrializadas na procura de melhores condições de vida.

Outra conseqüência é o esperado aperfeiçoamento do comércio interno e internacional, pois com o crescente número de produção e de fábricas, urge uma melhor distribuição dos produtos com o concomitante incremento do sistema de transportes para que a distribuição não se torne deficitária.

² ENCICLOPÉDIA BARSA. Revolução Industrial. Rio de Janeiro: Enciclopaedia Britannica, v. 12, 1969. p. 63-D. Vide também a este respeito. DEANES, Phyllis. *A Revolução Industrial*. Rio de Janeiro: Zahar, 1969. p. 12-15.

Além das conseqüências acima expostas, há o crescente aumento demográfico, pela criação de melhores condições de vida, principalmente depois com as lutas socialistas e evolução de técnica.

De acordo com Phyllis DEANE, o aumento demográfico da população da época da Revolução Industrial deve ser considerado por causa dos progressos científicos no campo da medicina. Assim, o autor diz que:

...na verdade, então, os historiadores médicos têm transferido para os historiadores econômicos a responsabilidade pela explicação da interdependência entre a revolução demográfica e a industrial. Estes últimos têm tradicionalmente atribuído a queda da taxa de mortalidade, o aumento do índice de nascidos vivos ou ambos, ao progresso da medicina (DEANES, op. cit. P. 43)

Com o advento da Segunda Revolução Industrial que se estende do ano de 1850 a 1929, há a expansão da industrialização da Europa para o mundo. Tem-se também a manutenção e reparo das principais fábricas visando à produção para exportação, bem como a competição de bens manufaturados no mercado mundial com as indústrias, principalmente nos setores de ferro, aço, têxteis e maquinarias.

A partir do século XX, sobrevêm novas alterações sociais advindas da evolução do liberalismo, sendo que o indivíduo é substituído pelo grupo e sociedades comerciais, principalmente as sociedades anônimas, que promovem a concentração dos meios produtivos. O nascimento da sociedade de consumo em massa é explicado através do ciclo formado por produção em massa, com redução dos custos, conjuntamente com a participação cada vez maior de pessoas aptas a consumir.

A vulnerabilidade do consumidor é fruto desse sistema, pois com o crescimento do sistema produtivo e o conseqüente poderio econômico de grandes conglomerados industriais, o consumidor fica vulnerável face à robustez adquirida pelo produtor.

Diante desse quadro gerado após a Segunda Revolução Industrial, Arruda Alvim relaciona com muita maestria duas conseqüências básicas: desequilíbrio entre litigantes, constantemente

defrontando-se um forte com um fraco; e convivendo-se com esse desequilíbrio, que vem subsistindo, passou-se a verificar a precariedade, ou ausência mesmo, da possibilidade de Acesso à Justiça para um grande número de pessoas.³

Assim, pode-se afirmar que a sociedade industrializada do liberalismo econômico não reconhecia o consumidor como elemento vulnerável da sociedade de consumo em massa. Este estava sujeito a grandes conglomerados industriais e sem possibilidade de se contrapor aos fornecedores quanto aos danos relativos ao consumo de produtos. Primeiro, pela difícil responsabilização do fornecedor, já que era necessário provar que este tinha agido com dolo ou culpa na produção. Em segundo lugar, porque além da dificuldade da prova do dolo ou da culpa, havia profunda desigualdade econômica entre o fornecedor e o consumidor.

Decorrente da Grande Depressão de 1929, a adoção pelo Ocidente do capitalismo intervencionista, como tentativa de se evitar um novo colapso e objetivando corrigir as desigualdades sociais e econômicas advindas do Liberalismo, tornou-se imprescindível. Visando uma maior intervenção na economia, os Estados impedem a concentração econômica das empresas, evitando o abuso do poder econômico e a concorrência desleal.

Concorrentemente com tal atitude, há por parte do Estado uma maior atividade objetivando tutelar de forma mais incisiva os interesses dos consumidores, pois, se de um lado as práticas anticoncorrenciais afetam o Estado, de outro, atingem o consumidor através de produtos mais caros e de péssima qualidade.

De acordo com João Bosco Leopoldino Fonseca:

As relações entre o fornecedor e o consumidor ascendem a um plano de exigência da proteção do Estado, não somente para garantir a concreta igualdade entre as partes, mas também, e sobretudo, para atribuir ao consumidor e à sua ação no mercado uma poderosa influência sobre

³ ALVIM, Arruda. *Anotações sobre as perplexidades e os caminhos do Processo Civil Contemporâneo – Sua Evolução ao lado do Direito Material*. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: [s.n.], 1992. v. II, p. 79.

a concorrência e a competição empresarial.
(FONSECA, 1995, p. 38.)

A partir de 1960 se intensifica o movimento de tutela dos consumidores, nascendo a idéia de consumerismo, que se caracteriza pelo crescimento da procura e oferta de bens de consumo, bem como na criação de novas necessidades de consumo, nem sempre reais, tendo por escopo os supérfluos.

Os bens e serviços são adquiridos não para satisfação de necessidades, mas como instrumentos que permitem estabelecer uma diferenciação, auto-segmentando o próprio tecido social. Assim, o desejo de distinguir-se e, simultaneamente, ver-se identificado com determinado grupo social impulsiona o consumo, que se transforma em demanda.

Pelo consumo estabelece-se então uma forma de comunicação e de integração social, distanciando o fenômeno da suposta irracionalidade, manipulada adrede pelos fornecedores, através de sofisticadas e incompreensíveis técnicas de marketing.⁴

Neste diapasão, podemos compreender o surgimento dos direitos do consumidor como reflexo do reconhecimento dos direitos da cidadania. Interessante, sob este aspecto, a reflexão de Canclini, que elenca como requisitos para que se possa articular o consumo como exercício da cidadania, uma oferta diversificada de produtos e serviços, a informação confiável e controlada sobre sua qualidade e a participação da sociedade civil nas decisões políticas, envolvendo relações de consumo.

Segundo o mesmo autor, tal participação se exerceria

...desde o controle da qualidade dos alimentos até as concessões de frequências radiais e televisivas, desde o julgamento dos especuladores que escondem produtos de primeira necessidade até os que administram informações estratégicas para a tomada de decisões. (CANCLINI, 1995 p. 66)

⁴ MELLO, Heloisa Carpena Vieira de. *Responsabilidade Civil no Código de Defesa do Consumidor*. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo, 1998. p. 60. v. 28

Com efeito, se mesmo cogitar os riscos a que estão expostos os consumidores pelos produtos e serviços que são colocados a sua disposição, assim como pelas práticas comerciais adotadas pelos fornecedores, é patente a necessidade de buscar formas e mecanismos de intervenção estatal para garantia da concorrência, manifestação primeira da autoridade no sentido de salvaguarda dos direitos dos consumidores.

A implementação desses direitos, contudo, depende de uma evolução no sentido de organização da sociedade civil, através de formas de associativismo que, embora prestigiadas pelas leis que regulam o processo coletivo e pela Constituição Federal, ainda não se alcançaram em nosso país.

De qualquer forma, as inovações introduzidas com o advento do Código de Proteção e Defesa do Consumidor representam, sem dúvida nenhuma, um enorme avanço em termos da efetiva proteção desses direitos, quase sempre tratados em sua dimensão coletiva.

1.2 Responsabilidade pelo Fato do Produto no Direito Comparado

A historiografia da proteção jurídica contra produtos defeituosos registra a contribuição paralela das duas famílias de direito hegemônicas no mundo ocidental, que convergiram para a formação de uma cultura que se universalizou. No *common law* e no Direito norte-americano, os precedentes que delinearão o perfil da responsabilidade civil dos fabricantes foram surgindo *pari passu* com o desenvolvimento industrial. Na Europa Continental, um grande labor doutrinário e também jurisprudencial foi vencendo as barreiras impostas pelo positivismo jurídico. A formação da Comunidade Européia propiciou a fusão dessas experiências, resultante na Diretiva de nº 374 de 1985⁵, da qual falar-se-á mais oportunamente.

A razão que gerou a evolução das idéias na Europa e nos Estados Unidos nos alvares do século XX se fez presente em outras partes do mundo, em decorrência da propagação da indústria. Esses países, em

⁵ PASQUALOTTO, Adalberto. *Proteção contra Produtos Defeituosos: das origens ao Mercosul*. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: [s. n.], 2002. v. 42, p. 51.

desenvolvimento econômico mais atrasado, se beneficiaram da inspiração de modelo já existente, implantando por via legislativa o resultado final do apontado processo histórico-legislativo.⁶

As tradicionais fontes romanas do direito, o contrato e o delito, alicerçaram os sistemas jurídicos ocidentais. Particularmente na família romano-germânica, a codificação deu rigidez a essa dualidade, vencida pela evidência de sua inadequação a novos tempos e pelo aporte de idéias mais consentâneas com as realidades emergentes de uma sociedade em franca evolução. Os sistemas da *civil law* e *common law* culminaram em idênticas conclusões: a ultrapassagem dos efeitos dos contratos limitadamente às partes e a superação da culpa como fundamento delitual, imputando ao fabricante a responsabilidade de indenizar os danos causados por defeitos dos seus produtos com base em garantias implícitas e no risco inerente à sua circulação.

Direito Americano. Os Estados Unidos através de seu enorme desenvolvimento industrial, atingiu, de maneira muito rápida, o denominado capitalismo maduro, que exige, por si só, uma maior reformulação dos critérios de aferição da responsabilidade do fabricante, em virtude de produtos que coloca em circulação no mercado. As cortes norte-americanas construíram uma base delitual (*tort*), especialmente invertendo o ônus da prova para infringência de negligência, bem como derrubaram barreiras contratuais, como ao admitir ações contra o fabricante por quebra de garantias.

Importante foi o aparecimento da responsabilidade civil do fabricante em face de terceiros, com os quais aquele não possui qualquer relação de natureza contratual, simultaneamente em três áreas distintas mencionadas por Barros Leães em sua monografia:

- 1º) na superação do princípio da *privity of contract* e no estabelecimento da responsabilidade do fabricante como hipótese integrante do *tort of negligence*;
- 2º) na extensão da eficácia protetora do contrato (*warranty*);
- 3º) na crescente afirmação de uma *strict liability in tort* por parte do *manufacturer*.

⁶Id., 2002, p. 51

Essa evolução da *product liability* no direito norte-americano não deve ser entendida, repita-se, como uma progressão serial, através das três áreas distintas, mas como uma complexa maturação plural e diacrônica, de vários critérios, com migração de modelos de uma área para outra, passando a coexistir, desse modo, estruturas distintas de responsabilidade que não raro se influenciam reciprocamente, dando lugar a complexos de significados que participam de duas ou mais valências. (LEÃES, 1987, p. 41-42.)

A responsabilidade pelo fato do produto é conhecida como *Product Liability*. No direito americano a responsabilidade extracontratual no âmbito da *product liability* tem um precedente que se torna fundamental, é o famoso caso *Henningsen vs. Bloomfield Motor Co.*, que foi julgado pelo Tribunal de Nova Jersey em 1960. Neste julgado se proclamou a responsabilidade solidária entre o fabricante de um automóvel e o seu revendedor, com base em *implied warranty*, uma garantia implícita no contrato de compra e venda. Os argumentos básicos foram que, numa sociedade de massa, as garantias de um produto não se circunscrevem aos vínculos contratuais, estendendo-se diretamente do fabricante ao consumidor. O fabricante responde pelos danos derivados do uso ou consumo do produto, independentemente de prova de culpa, não sendo válida cláusula contratual exoneratória, porque contraria o interesse público a limitação dessa responsabilidade.

A *product liability* é importante na doutrina norte-americana porque trata de prejuízos decorrentes de produtos defeituosos e que ocasionam os processos relativos a ofensas pessoais, sejam elas materiais ou morais. As ações judiciais decorrentes de produtos defeituosos recebem freqüentemente, nos EUA, destaque na imprensa. Pois, os pedidos de ressarcimento por explosões de tanques de gasolina, roupas de crianças que se incendiavam e implantes de seios malfeitos são normalmente manchetes de jornais.

É interessante observar que a *product liability* existente no direito americano em muito se assemelha ao instituto brasileiro da responsabilidade pelo fato do produto, pois em ambos os casos o

fornecedor é obrigado a indenizar o consumidor pelos defeitos que os produtos ocasionarem à incolumidade física do consumidor.

Para que seja pleiteada a indenização, deve ser utilizada a *strict product liability*, isto é, deverá provar: que o produto era defeituoso, ou seja, este era perigoso mesmo considerando os usos e riscos razoavelmente admissíveis; que o defeito existia quando o produto saiu de fábrica e que o defeito causou dano ao autor.

Entretanto, pode o fornecedor defender-se na *strict product liability* mostrando que: houve emprego errado do produto; que o produto foi alterado ou modificado; demonstrar o *State of the Art*⁷, isto é, o réu prova que não poderia conhecer o defeito do produto na época que saiu da fábrica, pois a ciência ainda não tinha meios de detectar e prever os defeitos que esse produto pudesse apresentar e pode o réu alegar ainda, que o produto obedecia às normas técnicas aprovadas pelo poder público.

Porém, a maior novidade do direito consumerista americano foi a adoção, em 1963, através de decisão da Suprema Corte da Califórnia, da responsabilidade objetiva no caso *Greenman vs. Yuba Power Products, Inc.*, onde um homem foi atingido por uma machadinha que se soltou do cabo quando ele modelava um pedaço de madeira. O fabricante alegou que não recebera nenhuma notícia prévia de defeito, mas a Corte decidiu que o produtor é objetivamente responsável se um produto que ele coloca no mercado com o conhecimento de que será utilizado sem controle preventivo vem a se tornar perigoso para a saúde humana.

Essa regra foi transposta quase que integralmente para o *Restatement of Torts* em 1965. O *Restatement* é uma publicação inoficiosa do *American Law Institute*, com prestígio inclusive nos Tribunais, que

⁷ O *State of the Art* que pode ser traduzido como estado da técnica e da arte, deve ser primeiramente entendido dentro do instituto do risco em desenvolvimento (*development risk*). O risco em desenvolvimento: “consiste na possibilidade de um determinado produto venha a ser introduzido no mercado sem que possua defeito cognoscível, ainda que exaustivamente testado, ante ao grau cientificamente disponível à época de sua introdução, ocorrendo todavia, que posteriormente, decorrido determinado período do início da circulação no mercado de consumo, venha a ser detectado defeito capaz de causar danos aos consumidores?” (ALVIM, ALVIM, ALVIM, 1994, p. 110).

condensa em proposições semelhantes às de um código as principais doutrinas e tendências em cada ramo do direito.⁸

Contudo, o advento da responsabilidade objetiva não significou um ponto de chegada no processo evolutivo da responsabilidade civil do produtor nos Estados Unidos da América. Nos anos seguintes à decisão mencionada acima, as Cortes americanas acolheram construções legislativas sempre novas e cada vez mais favoráveis ao consumidor, assumindo estágios em que o fornecedor assumia uma responsabilidade absoluta, sem qualquer faculdade de se desculpar dos prejuízos que causavam. A estas evoluções sempre favoráveis ao consumidor, se credita o grandioso aumento ocorrido nos últimos trinta anos no número de lides decorrentes das relações de consumo nos Estados Unidos.⁹

Sob o aspecto legislativo, inúmeros estados norte-americanos tem procurado uma solução para os problemas envolvendo as relações de consumo, estabelecendo máximas para as sentenças de condenação ao ressarcimento de danos.

Em 1972, foi sancionada nos Estados Unidos da América a *Consumer Product Safety Act*, apresentando grande influência nas demandas concernentes à responsabilização pelo fato do produto. Dentre outras coisas, esta lei criou a *Consumer Product Safety Commission*, comissão independente, que implementou inúmeras leis federais reguladoras.

Inobstante uma rápida implementação da responsabilização objetiva do fabricante nos Estados Unidos, o mesmo fenômeno não se verificou nos países europeus, onde o processo tem se apresentado de maneira bastante hesitante. No entanto, deve-se levar em consideração que o ponto de partida dos países europeus consistia nas normas existentes nos Códigos, elaborados em períodos onde não se encontravam previstas as produções de massa e outros desenvolvimentos semelhantes.¹⁰

Direito Inglês. Em se tratando de responsabilidade civil do fornecedor no Direito Inglês, podemos destacar três momentos

⁸ Ob. Cit. p. 56.

⁹ NORRIS, Roberto. *Responsabilidade Civil do Fabricante pelo Fato do Produto*. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 57.

¹⁰ Id. 1996, p. 58

distintos, apresentados de forma sucinta por Sílvio Luís Ferreira da Rocha, em sua monografia sobre a matéria, cujo texto merece uma breve transcrição:

- a) o primeiro deles caracterizado pela existência do princípio do *privity of contract*. Por esse princípio o contratante era responsabilizado apenas perante aquele que estivesse vinculado a ele por uma relação negocial. Assim, o fornecedor respondia pelos danos causados por defeitos dos seus produtos apenas perante o adquirente imediato;
- b) o segundo deles configurado por uma distinção entre objetos perigosos em si mesmos e objetos que se tornaram perigosos por terem sido construídos de forma inadequada. Os primeiros poderiam ensejar uma responsabilidade extracontratual perante terceiros, enquanto os segundos não;
- c) o terceiro decorrente do caso *Domogue vs. Stevenson*, caracterizado pela afirmação estabelecida pela *House Of Lords* de que o fabricante, quando introduz no mercado produtos confeccionados de tal modo que chegam ao consumidor sem a possibilidade de controles intermédios, responderá pelos danos imputáveis a sua negligência frente ao público. (ROCHA, 1992, p. 32-33)

No primeiro momento o regime contratual é estrito. Se um homem compra para sua mulher um ferro de passar e o produto, por defeito, causa dano a ela, a reparação não comporta uma demanda com base no contrato, porque a mulher é um terceiro em relação à compra e venda. Essa rigidez se deve ao princípio do *privity contract*.

A não existência de contrato entre o fabricante e o consumidor foi obviada com a criação de cláusulas implícitas, que se fortaleceram em institutos legais. A responsabilidade extracontratual baseia-se em fatos típicos descritos como *torts*. Não há uma cláusula geral de ilicitude, sendo o tipo mais próximo do ato ilícito existente no Brasil o *tort of negligence*. Nele se subsumem os casos de produtos defeituosos, mas

também é aplicável o *tort of breach of statutory duty*, toda vez que a lei impõe em dever que deixa de ser observado. Um dever é exigido do fabricante quando é previsto no *Consumer Protection Act* de 1961.

Com o passar do tempo, começou-se a verificar a ineficiência de tal posicionamento, surgindo uma distinção entre os objetos perigosos, em virtude de sua construção inadequada, e aqueles perigosos por si mesmo, como por exemplo, os venenos.

Assim, em decisão proferida pela Corte de Exchequer, no caso *Longmeid vs. Holliday*¹¹, e não obstante o Tribunal não ter admitido a indenização, restou importante conclusão de um dos juízes integrantes daquela Corte, no sentido de que poder-se-ia dar ensejo à responsabilidade extracontratual a terceiro, a lesão provocada por objeto perigoso em si mesmo.

Em decisão proferida em caso posterior, mais precisamente no caso *Mcalister vs. Stevenson*, o *privity of contract* foi substituído pelo *neighbor principle* (princípio da vizinhança) e pela *rule of foreseeability* (regra da previsibilidade), tornando responsável todo aquele que lesa uma pessoa com quem se encontra em relação estrita. Assim, a novidade introduzida pela aludida decisão residiu na identificação de um “dever geral de diligência”, em substituição à anteriormente mencionada distinção, existente entre objetos perigosos, por si mesmos, e os que se tornaram perigosos em face de uma construção, efetuada de forma inadequada.

Finalmente, com o advento da Diretiva da Comunidade Europeia no ano de 1985, foi introduzida no ordenamento jurídico

¹¹ Trata-se do caso em que uma lâmpada explodiu, causando queimaduras na esposa do comprador. O Tribunal negou a indenização porque entendeu que uma lâmpada não constitui um objeto perigoso por ele mesmo. O argumento todavia abriu caminho para uma mudança de orientação, que culminou no caso *Mcalister vs. Stevenson*, conhecido com *Snail's case*. Duas senhoras se encontraram num café, onde uma delas pediu uma ginger beer. Depois de ingerir parte da bebida, a vítima notou no fundo da garrafa os restos de um caracol em decomposição. A repugnância provocou-lhe distúrbios físicos, motivando uma ação reparatória contra o fabricante. Recorrendo contra a admissibilidade do pedido, o fabricante alegou que o fato alegado não constituía um pressuposto de ação, ainda que fosse provado. O Órgão da House of Lords que procedeu ao julgamento, sem se pronunciar sobre eventual negligência do fabricante, por maioria admitiu a ação, com o fundamento de que no *common law*, há responsabilidade extracontratual daquele que causa a outrem um dano razoavelmente previsível, se não se comportou como um “homem razoável”, regra que apanha o fabricante de um produto defeituoso.

inglês a figura da responsabilidade civil objetiva, através do *The Consumer Protection Act*.

Direito Francês. O direito francês, que ao contrário do direito inglês dispõe da noção de vício oculto, no artigo 1641 do Código Civil, utilizou-se dessa disciplina para impor ao fabricante obrigações de cunho contratual frente ao consumidor, diretamente. Segundo aquela disposição, o vendedor garante a coisa vendida contra defeitos ocultos, sendo reputados tais os que tornam a coisa imprópria ao uso a que ela se destina, ou diminuam de tal modo a sua utilidade que o vendedor não a teria adquirido, ou teria pago menor preço, se tivesse conhecido os defeitos. Assim, ao colocar um produto no mercado o comerciante tem duas obrigações: uma principal, qual seja a de entregar a mercadoria, e uma acessória, consistente na isenção de vícios.

A base da responsabilidade delitual do fabricante no direito francês repousa sobre os artigos 1382 e 1383 do Código Civil, que estabelecem a obrigação de reparar o dano a quem comete um fato culposo. Bastante genérico, os aludidos dispositivos vieram a causar sérios problemas aos Tribunais, por ocasião da prestação da atividade jurisdicional, uma vez que não se podia pressupor que todos os danos fossem suscetíveis de reparação, mas apenas aqueles decorrentes de atos ilícitos.

Visando a solucionar o problema, os comentadores do Código Civil Francês chegaram à conclusão de que a regra ali inserida, não obstante a sua generalidade, somente admitia a responsabilidade quando estivesse presente uma lesão a direito subjetivo, acabando-se por admitir que a responsabilidade apenas ocorreria nos casos de interesses explicitamente protegidos pela lei como tais.¹²

A jurisprudência nessa matéria não é expressiva, à exceção de dois acórdãos. O primeiro impõe ao fabricante a obrigação de se manter atualizado no seu ramo de atividade¹³. O segundo acórdão

¹² NORRIS, Roberto. *Responsabilidade Civil do Fabricante pelo Fato do Produto*. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 68.

¹³ Esse caso cuidava-se de lesões físicas causadas por uma loção capilar, sendo demandados pela indenização o fabricante e o cabeleireiro que fez a aplicação. O Tribunal fundamentou a condenação do fabricante numa publicação médica que tachara de perigoso um produto químico componente da fórmula da loção, o que o fabricante, em razão de sua atividade, não podia e não devia ignorar.

cassa uma apelação porque o proprietário de um automóvel que demandava indenização contra o fabricante não provou nenhuma culpa contra o réu. Ocorrera um acidente por defeito no sistema de freios. O fundamento da cassação foi que esse defeito constituiria em si mesmo uma base culposa para a condenação. Portanto, a culpa estaria apenas na incorporação ao automóvel de peças defeituosas, o que é quase dizer que o fabricante deveria conhecer o vício da peça. Tal afirmação que não é feita, seria o reconhecimento explícito da presunção de culpa, que resta, portanto, velada.¹⁴

Segundo a doutrina, a verdadeira alteração se verificou em decisão da Seção Mista da Corte de Cassação, em 1970, que assegurou o ressarcimento à companheira *more uxório* de um motorista morto em acidente automobilístico, sem a existência de um vínculo jurídico entre este e a autora da ação.

Destarte, as decisões oriundas da jurisprudência francesa vieram, de forma cada vez mais marcante, vislumbrar uma responsabilidade contratual do fabricante e vendedores subseqüentes, fundada na garantia de vícios ocultos e dever de segurança.

Quanto à disciplina da garantia por vícios, e com o objetivo de enfrentar e superar o grave problema da responsabilidade do vendedor por perdas e danos decorrentes de defeito oculto, do qual o mesmo tinha conhecimento, a jurisprudência francesa passou a equiparar o vendedor profissional ao que conhece os vícios da coisa. Por fim, foram consideradas nulas as cláusulas contratuais limitativas de responsabilidade por danos causados pelos produtos.

Passou-se a admitir, posteriormente, que o consumidor prejudicado acionasse diretamente o produtor, em ação denominada *action directe*, concretizando-se, assim, um dos principais objetivos da tutela nas relações de consumo, qual seja, o contato direto entre a empresa e o público consumidor do seu produto.

Atualmente, e por força da Diretiva nº 85/374 da CEE, existe, na França, lei no sentido de dar-lhe aplicabilidade naquele país¹⁵. A

¹⁴ Ob. Cit. p. 59.

¹⁵ Embora fundamentada no princípio da responsabilidade objetiva, a Diretiva de 1985 não obriga aos países que acolheram os seus princípios a supressão das regras até então existentes.

parte legislativa do *Code de la Consommation* foi adotada pela Lei nº 93-949, datada de 26 de Julho de 1993.¹⁶

Direito Italiano. Na Itália, como nos demais países europeus, houve a necessidade de implantação legislativa. Após uma série de projetos, no ano de 1865, os italianos convergiram a produção legislativa no Código Civil italiano, sendo este Código fortemente influenciado pelo Código Civil francês.

Essa forte influência foi decorrente da afinidade cultural existente entre aquelas nações, e até mesmo porque a situação econômica existente àquela época na Itália era muito similar à que se apresentava na França quando da promulgação do Código Napoleônico. Além disso, outro fator de sobrepujada importância foi que a economia de ambos baseava-se quase que exclusivamente na agricultura.

No entanto, com o advento de novas tecnologias e o conseqüente incremento da produção, bem como o aumento do mercado consumidor, houve um considerável crescimento das reclamações oriundas das relações de consumo. Registrou-se, nas primeiras décadas do século passado, o surgimento de inúmeros diplomas legais dirigidos à prevenção de prejuízos e celeridade na obtenção do respectivo ressarcimento.¹⁷

No ano de 1928, com o surgimento do projeto ítalo-francês de Código das Obrigações, inúmeras inovações foram trazidas à baila no campo da responsabilidade civil, sendo, contudo, referentes a hipóteses específicas (responsabilidade de empregadores, responsabilidade dos pais, dentre outras), todas elas com o objetivo de colocar o lesado num patamar mais vantajoso, adotando, para tanto, a inversão do ônus da prova.

Embora não tenha sido convertido em lei, tal projeto representou significativa importância, vez que estabelecia pontos norteadores para a aferição do comportamento ilícito, quais sejam: o escopo social do direito subjetivo e a boa-fé.

No que tange à produção jurisprudencial italiana, até o ano de 1960, não se verificou uma preocupação dos Tribunais acerca da

¹⁶ NORRIS, Roberto. *Responsabilidade Civil do Fabricante pelo Fato do Produto*. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 69.

¹⁷Id., 1996, p. 64.

responsabilidade civil dos fabricantes por mercadorias defeituosas. Os primeiros pronunciamentos preocuparam-se em analisar a questão sobre o enfoque da responsabilidade extracontratual, sendo o posicionamento no sentido de adotar a exclusão da responsabilidade do fabricante.

Nesse sentido, informa Luis Gastão Paes de Barros Leães citado por Roberto Norris:

...num acórdão de 27.06.1958, a corte de Apelação de Cagliari deu pela improcedência de uma ação de responsabilidade proposta por um revendedor de bebida contra uma empresa que lhe havia fornecido ácido carbônico deteriorado. O autor sustentava haver sofrido danos patrimoniais por ter posto à venda bebida por ele fabricada com ácido carbônico impuro, isto é, perda do produto e desvio da clientela. É claro que a fabricação de mercadorias defeituosas, a menos que configure a violação de uma norma de Direito Público, estabelecida em defesa de um interesse geral, ou uma lesão de um direito absoluto, não pode constituir fonte de responsabilidade contratual. (LEÃES, 1987 apud NORRIS, 1996, p. 65)

Dando prosseguimento, lembra o autor supramencionado que:

...em outros casos, relativos à circulação de veículos automotores com defeitos de fabricação, a jurisprudência se manifestou pela interpretação literal do art. 2054 do CC, eximindo a empresa montadora da responsabilidade por acidentes ocorridos em virtude de vícios. (Id., 1996, p. 65)

Entretanto, nos idos de 1964, a Corte de Cassação começou a alterar o entendimento no sentido de reconhecer o direito de o consumidor obter reparação por dano sofrido, diretamente do fabricante. Tal posicionamento é oriundo de um caso de lesão causada por ingestão de biscoitos estragados, causadora de intoxicação em diversas pessoas, levando estas pessoas a despendem uma vultuosa soma

com despesas médicas. A Corte de Cassação tendo levado em consideração o fato de ser o produto vendido hermeticamente fechado, excluiu a culpa do intermediário, condenando o fabricante ao ressarcimento, inobstante a inexistência de demonstração de culpa do fabricante no desempenho da atividade industrial.

Tal acontecimento teve fundamental importância para que se firmasse na jurisprudência italiana o entendimento de que o fabricante se encontra em muito melhores condições para demonstrar que empregou a necessária diligência no processo de fabricação, no afã de inibir a ocorrência de danos decorrentes do lançamento de seu produto no mercado.

Contudo, não só no campo jurisprudencial evoluíram os entendimentos quanto à responsabilidade civil do produtor, também no campo doutrinário inúmeras manifestações foram de grande importância para o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor. Neste diapasão, é importante ressaltar as teses apresentadas por Ugo Carnevali e G. Ghidini, concernentes, respectivamente, à responsabilidade objetiva e à responsabilidade pré-contratual do fabricante.¹⁸

Segundo Carnevali, que aludia às categorias de defeitos, os defeitos de construção seriam imputáveis ao fabricante e a seus dependentes, nos termos do art. 2049 do Código Civil, enquanto que o de fabricação somente seria imputável ao fabricante, e na forma do art. 2051 do mesmo diploma legal. O elemento importante, segundo a sua tese, constituir-se-ia, exatamente, no fato de que a responsabilidade pelo dano não se admitiria prova em contrário, em ambos os casos.¹⁹

Já Ghidini, em obra cujas críticas provocaram um significativo aumento do número dos estudiosos sobre a matéria, defendia a visão da imputabilidade do dano ao fabricante sob o ângulo da responsabilidade pré-contratual, tomando como base experiência anterior, verificada na Alemanha.²⁰

Finalmente, como também ocorrera nos demais países componentes da Comunidade Européia, foi introduzida a

¹⁸ Id., 1996, p. 66.

¹⁹ Id., 1996, p. 67.

²⁰ Id., 1996, p. 67.

responsabilidade objetiva do produtor na Itália, através do Decreto 224, de 24 de maio de 1988, tendo tido este decreto como fundamento a Diretiva de nº 85/374 da CEE.

Unificação da Matéria. A evolução da matéria da responsabilidade do fabricante no direito europeu, que por caminhos diversos chegou a idênticas soluções nos sistemas do *common law* e do *civil law*, convergiu para o concurso de regimes contratual e extracontratual, com o fim de assegurar maior proteção às vítimas. Foi essa solução consagrada pela Diretiva 85/374, da Comunidade Econômica Européia, que promoveu a unificação das responsabilidades contratual e extracontratual, tornando sem interesse a vinculação do dano a um regime ou outro.

Importante ressaltar que a Diretiva é um dos tipos de legislação comunitária ao lado de regulamentos, recomendações, pareceres e decisões, e que se destina a harmonizar as várias legislações dos Estados-Membros. Com efeito, a força da Diretiva é vinculante quanto a resultados a atingir em um período determinado. Todavia, é deixada aos governos nacionais a escolha do método de aplicação. Em si, uma Diretiva não tem o efeito jurídico nos Estados-Membros, mas disposições especiais podem ter um efeito direto se a Diretiva não for devidamente aplicada (art. 189 CEE). Trata-se de ato de resultado. Muito embora seja deixado ao Estado margem de manobra, quanto ao seu modo de aplicação, na prática os Estados têm transposto, de imediato ao seu ordenamento interno, não usufruindo de qualquer liberdade.²¹

Com efeito, a Diretiva consiste naquilo que o tratado denomina de aproximação legislativa, na qual uma determinada matéria é adotada por um Estado-Membro, que servirá de modelo do qual os demais deverão se aproximar.²²

A Diretiva 374/85 concedeu aos Estados-Membros o prazo de três anos para a implementação dos atos legais visando a sua

²¹ MARSHALL, Carla Izolda Fiúza Costa. *Responsabilidade do Fabricante por produto defeituoso na União Européia e no Brasil*. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: [s.n.]1998. v. 25, p.116-121. janeiro/março.

²² LOBO, Maria Tereza Carcomo. *Ordenamento Jurídico Comunitário*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 47.

transposição para o direito interno. Alguns países excederam o prazo.²³ A transposição incorreta da Diretiva pode ser suprida pelo chamado efeito direto. Contudo, o efeito direto, no caso de uma diretiva, opera apenas no sentido vertical, impondo-se aos Estados-Membros, mas não aos particulares. O efeito direto integral só se configura na aplicação dos Regulamentos. Por conseguinte, um particular poderá invocar a aplicação de uma disposição direta e incondicional da Diretiva contra o Estado, mas nunca contra um particular.

Conclui-se, portanto, com esse breve comparativo da evolução da responsabilidade do fornecedor no Direito Comparado, que alguns ordenamentos demonstraram que, no princípio, a reparação dos danos provenientes da introdução de produtos defeituosos no mercado ocorria de forma esporádica, dentre outros motivos, pela dificuldade e impossibilidade do consumidor de demonstrar a culpa do fabricante.

Como característica comum, pudemos perceber, ainda, a existência de medidas renovadoras dos princípios basilares da responsabilidade civil, dentre os quais os concernentes à culpa e à relatividade dos contratos, em virtude do desgaste que estes sofreram, desgaste este que pode ser verificado na Diretiva da CEE quando da adoção do princípio da responsabilidade objetiva do produtor, este o objeto principal do presente trabalho.

2. SUJEITOS DA RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO

Indubitavelmente, o Direito brasileiro inovou no que tange à efetiva defesa do consumidor. Com o advento do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, todos os direitos e deveres relacionados aos consumidores e aos fornecedores encontram-se sob sua égide, ou seja, foi criado um microsistema²⁴ responsável pelo conhecimento de

²³ Cumpriram o prazo a Grécia, Grã-Bretanha e Itália (através do já mencionado Dec. 224 de 24.05.1988). Atrasaram-se Portugal (Dec. 383/89, de 06.11.1989), Alemanha (Lei de Responsabilidade pelo fato de Produtos Defeituosos, *Produkthaftungsgesetz*, de 15.12.1989) e Espanha (Lei 22/94, de 06.07.94).

²⁴ Orlando Gomes, citado por Maria A. Z. DONATO, expunha que: “[...] ao analisar os novos rumos normativos que podem vir a ser trilhados pelo Direito, propugna pela adoção de microsistemas que constituem distintos universos legislativos de menor porte.” (DONATO 1993, p. 36). Ainda sobre microsistemas convém dizer que: “[...] ao

matérias pertinentes à relação de consumo. Ora, o CDC é formado por institutos originários do Direito Administrativo, Processual, Comercial, Civil, todos ordenados com a precípua finalidade de bem proteger o consumidor. Pode assim ser o microssistema compreendido se, por exemplo, se atentar que um produto que cause lesão ao consumidor pode desencadear responsabilidade civil, penal ou administrativa, tudo com base nos dispositivos constantes do referido Diploma.

Entretanto, no que se refere às partes constantes da relação de consumo, o Código se encarregou de fazer a definição²⁵ de ambos os institutos. Logo, inexistindo a identificação de ambas as figuras, não estaremos diante de uma relação de consumo e, conseqüentemente, fora da égide do Código de Defesa do Consumidor.

Tendo salientado as partes constantes da relação de consumo, qual seja, consumidor e fornecedor, mister se faz trazeremos à colação alguns comentários mais pormenorizados acerca de cada uma dessas figuras.

2.1 Consumidor

O conceito de quem seja consumidor é um assunto por demais discutido em todas áreas da doutrina consumerista, haja vista existirem considerações no sentido de que se trata de uma conceituação nebulosa²⁶ e por ter a palavra consumidor surgido nos textos legais somente nas últimas décadas.

Inobstante inúmeras críticas oriundas da doutrina, o Código de Defesa do Consumidor estabeleceu a definição do que seja consumidor

pretendemos realizar uma interpretação sistemática da ordem jurídica consignada aos consumidores, devemos fazê-lo considerando o microssistema como um todo harmônico e ordenado. Cada preceito, portanto, é membro de um grande todo; por isso do exame em conjunto resulta a luz para o caso em apreço.” (Id., 1993, p. 93).

²⁵ James Marins Apud Flávio Cheim Jorge, referindo-se às definições encartadas no CDC, assevera: “[...] Novamente busca o legislador a conceituação de outra figura fundamental, integrante das relações de consumo, usando de técnica heterodoxa, visto não ser usual que o direito positivo estabeleça conceituações, pelo risco da eventual insuficiência, excesso ou inadequação de suas previsões”. (MARINS, 1993 apud JORGE, 1996, p. 97-138).

²⁶ SILVA, Calvão da. *A Responsabilidade do Produtor*, [S. l]: Coimbra, [19 -?]. p. 58. (Livraria Almedina, , 1990) autor esse que se utiliza da expressão “conceito nebuloso”, que atribui a Berlioz.

em seu artigo 2º²⁷ cabendo à doutrina e jurisprudência procurar identificar e solucionar os problemas advindos dessa objetiva e expressa definição do Código.

O conceito de consumidor possui três aspectos: sociológico, econômico e jurídico. No aspecto sociológico, o consumidor é analisado levando-se em consideração o seu comportamento, suas escolhas, seu nível cultural. Quanto ao aspecto econômico, este concerne à consideração do consumidor como elemento pertencente ao estudo da economia, como destinatário de produção de bens, seja ou não adquirente, seja ou não produtor de rendas. No que tange ao aspecto jurídico, define o consumidor tanto no aspecto sociológico, quando define como componente de um grupo de pessoas, na expressão “[...] aquele que adquire ou utiliza produto ou serviço [...]”, como no aspecto econômico, quando exige que este seja destinatário do processo econômico.

Ademais, a palavra consumidor comporta interpretações tanto em sentido estrito como em sentido lato. Neste ínterim, importante a observação feita por Cláudia Lima Marques²⁸ ao sintetizar estas duas tendências do consumerismo ao interpretar o artigo 2º do CDC, que tem como defensores, respectivamente, os finalistas e os maximalistas, *in verbis*:

Para os finalistas, pioneiros do consumerismo, a definição de consumidor é o pilar que sustenta a tutela especial, agora concedida aos consumidores. Esta tutela só existe porque o consumidor é a parte vulnerável nas relações contratuais no mercado, como afirma o próprio CDC no art. 4º, inc. I. Logo, convém delimitar claramente quem merece esta tutela e quem não a necessita, quem é o consumidor e quem não é. Propõem, então, que se interprete destinatário final do art. 2º de maneira estrita, como requerem os princípios básicos do CDC, expostos nos arts. 4º e 6º.

²⁷ Art. 2º do CDC – “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.”

²⁸ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 67-69.

Nesta hipótese, consumidor seria somente aquele que adquire determinado produto unicamente para consumo próprio, a fim de que fosse satisfeita uma necessidade pessoal e não para revenda ou para acrescentá-lo à cadeia produtiva.²⁹

A citada autora conclui aduzindo que “esta interpretação restringe a figura do consumidor àquele que adquire (utiliza) um produto para uso próprio e de sua família; consumidor seria o não profissional, pois o fim do CDC é tutelar de maneira especial um grupo da sociedade que é mais vulnerável”.

Quanto aos maximalistas, estes entendem que consumidor é aquele que adquire, possui ou utiliza um bem ou serviço, quer para uso pessoal ou privado, quer para uso profissional. O importante é que alguém seja o consumidor de um bem, isto é, que complete, termine o processo econômico, dando satisfação a necessidades pessoais, familiares e/ou profissionais. Neste sentido, manifesta-se Cláudia Lima Marques³⁰:

O CDC seria um Código geral sobre o consumo, um código para a sociedade de consumo, o qual institui normas e princípios para todos os agentes do mercado, os quais podem assumir os papéis ora de fornecedores, ora de consumidores. A definição do art. 2º deve ser interpretada o mais extensivamente possível, segundo esta corrente,

²⁹ Entendem dessa maneira, entre outros: James Marins, *Responsabilidade da Empresa pelo Fato do Produto*, p. 63: “Ciente de tal dificuldade, e facilitando e muito o trabalho hermenêutico e da doutrina e jurisprudências brasileiras, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, em seu art. 2º, caput, trouxe o conceito objetivo de consumidor”. Fábio Ulhôa Coelho, *O empresário e os Direitos do Consumidor*, São Paulo: Saraiva, 1994, p. 45: “Duas têm sido as tendências legislativas no tocante à concepção de consumidor. De um lado, a objetiva, em que o conceito enfatiza a posição de elo final da cadeia de distribuição da riqueza. Nela o aspecto ressaltado pelo conceito jurídico é o do agente econômico que destrói o valor de troca dos bens ou serviços, ao utilizá-los diretamente, sem intuito especulativo. Pose-se dizer por exemplo, que o direito mexicano manifesta tendência objetiva ao definir consumidor. De outro lado, há concepção subjetiva de consumidor, em que a ênfase do conceito jurídico recai sobre a sua qualidade de não profissional, em relação com o consumidor profissional. Entre as duas formulações, pende o direito brasileiro para o conceito objetivo de consumidor, na medida em que enfatiza a posição terminal na cadeia de circulação de riqueza por ele ocupada”.

³⁰ Op. cit.

para que as normas do CDC possam ser aplicadas a um número cada vez maior de relações de mercado. Consideram que a definição do art. 2º é puramente objetiva, não importando se a pessoa física ou jurídica tem ou não o fim de lucro quando adquire ou utiliza um serviço. Destinatário final seria o destinatário fático do produto, aquele que o retira do mercado e o utiliza, o consome; por exemplo, a fábrica de celulose que compra carros para o transporte dos visitantes, o advogado que compra uma máquina de escrever para o seu escritório, ou mesmo o Estado quando adquire canetas para uso nas repartições e, é claro, dona-de-casa que adquire produtos alimentícios para a família. (MARQUES, 1992, p. 67).

Outro ponto a ser observado quando da definição do consumidor é o aspecto da vulnerabilidade, isto é, da suscetibilidade de ser prejudicado ou ofendido. A vulnerabilidade pode apresentar-se de três maneiras: fática, técnica e jurídica ou científica. A vulnerabilidade fática³¹ é presumida pelo Código do Consumidor somente para o consumidor não profissional e o consumidor pessoa física. Na vulnerabilidade técnica, o consumidor não possui conhecimentos específicos do produto que está adquirindo. Esta se apresenta útil por exigir um conhecimento específico sobre o produto (por exemplo, o funcionamento cuja operação seja complexa), torna vulnerável tanto o consumidor não profissional como o consumidor profissional. Já a vulnerabilidade jurídica ou científica representa o desconhecimento jurídico, contábil ou econômico, sendo presumida para o consumidor não-profissional, e para o consumidor pessoa física. No que tange aos profissionais e pessoas jurídicas, a presunção é em contrário, partindo-

³¹ Bastante elucidativo é o exemplo de Cláudia Lima Marques: “Em se tratando de vulnerabilidade fática, o sistema do CDC a presume para o consumidor não profissional (o advogado que assine um contrato de locação abusivo, porque necessita de uma casa para a família perto do colégio dos filhos), mas não a presume para o profissional (o mesmo advogado que assina o contrato de locação comercial abusivo, para localizar seu escritório mais próximo do Foro), nem a presume para o consumidor pessoa jurídica”. (MARQUES, op. Cit., p. 106)

se do pressuposto de que ambos detêm conhecimentos mínimos para que fielmente possam desempenhar suas atividades.³²

Assim, para que cheguemos a uma fiel determinação de quem seja consumidor é importante que observemos características como o destinatário final do produto ou do serviço, o critério da vulnerabilidade, dentre outros, extraído o conceito da análise do microssistema inaugurado pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor, ou, como leciona Nélson Nery Júnior, em face do “microssistema de Direito das Relações de Consumo”³³, no afã de evitar as incertezas da subjetividade a que o termo nos remete.

2.2 Consumidor Equiparado

Levando-se em consideração a diversidade de situações que o Código de Defesa do Consumidor abarca, o legislador não se contentou em definir o consumidor em um único artigo, mas em quatro artigos. Existe a definição geral de consumidor no artigo 2º do Código e outras três definições de consumidor por equiparação constantes nos artigos 2º, parágrafo único³⁴, art. 17 e art. 29 todos do CDC.

Analisando-se o parágrafo único do artigo 2º do CDC percebe-se que o legislador deu um tratamento diferente ao consumidor, pois este não mais é visto de maneira isolada, mas como coletividade de pessoas, ainda que de forma indeterminada.

Segundo o professor Waldírio Bulgarelli³⁵, pode-se considerar o consumidor como “aquele que se encontra numa situação de usar ou consumir, estabelecendo-se, por isso, uma relação atual ou potencial, fática sem dúvida, porém a que se deve dar uma valoração jurídica, a fim de protegê-lo, quer evitando, quer reparando-se os danos oriundos sofridos”, depreende-se, assim, que tal conceituação não se preocupa tão somente com a aquisição efetiva de produtos ou serviços, mas também com a potencial aquisição dos mesmos.

³² Op. Cit. p. 13.

³³ *In Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

³⁴ *In verbis* “Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.”

³⁵ Apud. JORGE, ob. cit. p. 116.

Seguindo essa mesma linha de raciocínio, José Geraldo Brito Filomeno assevera que o que se tem em mira com o parágrafo único do artigo 2º é a universalidade, conjunto de consumidores de produtos ou serviços, perspectiva esta bastante relevante e realista, porquanto é natural que se previna, por exemplo, o consumo de produtos ou serviços, perigosos ou então nocivos, beneficiando-se abstratamente as referidas universalidades e categorias de potenciais consumidores.³⁶

Já no artigo 17³⁷ do CDC deparamo-nos com a figura do “bystander”³⁸, figura esta originária do direito americano, quando do julgamento do caso *MacPherson vs. Buick Co.*, onde o juiz Cardozo dispensou a exigência do consumidor na relação contratual direta (*privity of contract*) com o fabricante. Este precedente, posteriormente, foi evoluindo para abranger qualquer lesado, que além do consumidor, sofreu os efeitos danosos do produto.³⁹

Neste artigo específico, o CDC equiparou aos consumidores, as vítimas de acidentes de consumo. Esses acidentes de consumo derivam exclusivamente da responsabilidade do fornecedor pelo fato do produto e do serviço, como está definido no artigo 12 do CDC. Dentre os casos de responsabilidade abordados pelo Código estes são os considerados como mais graves, pois estão sempre ligados à saúde e segurança do consumidor.

Maria Antonieta Zanardo Donato comentando acerca da figura do “bystander” assevera que:

Mostra-se suficiente que a vítima, para que seja equiparada ao consumidor, tenha sido atingida em sua esfera jurídica pelos efeitos do acidente de consumo, interessando a perquirição que ora se almeja, o conhecimento de que a pessoa foi atingida em sua incolumidade físico-psíquica ou em sua incolumidade econômica. Importa, única

³⁶ Id., 1996, p. 116

³⁷ Art. 17 do CDC, *in verbis*: “Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas o evento.”

³⁸ A expressão *bystander* indica mero expectador, ou seja, alguém estranho à relação jurídica de consumo.

³⁹ LOPES, José Reinaldo de Lima. *Responsabilidade civil do fabricante e defesa do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 85.

e tão somente o fato de ter sido atingida. Ou seja, ter seu patrimônio diminuído em decorrência de um evento danoso que foi provocado pelo produto e que a responsabilidade é imputada ao fornecedor. O simples fato de a pessoa ter sido atingida pelo acidente de consumo apresenta-se como pressuposto básico, a princípio, para que haja a sua inclusão na categoria de vítima equiparada ao consumidor. (DONATO, 1994, p. 195)

Discorrendo, também, sobre a figura do “bystander” trazemos à colação considerações feitas pela jurista espanhola Parra Lucan, quando diz:

Trata-se de impor, de alguma forma, ao fornecedor a obrigação de fabricar produtos seguros, que satisfaçam os requisitos de segurança a que tem direito o grande público. Toda a regulamentação de responsabilidade pelo fato do produto, no âmbito do CEE, passa pelo conceito de segurança, a que todos têm direito. Neste sentido, desenvolveu-se a jurisprudência norte-americana em relação ao bystander. Tradicionalmente, diante das regras da *negligence theory*, o bystander (por exemplo, o pedestre atropelado pelo automóvel) podia obter uma indenização do fabricante, distribuidor ou vendedor pelos danos atribuídos à sua negligência, sempre que a vítima puder ser incluída no grupo de pessoas susceptíveis de danos. (apud. DENARI, 2001, p. 179)

Finalmente, no artigo 29⁴⁰ do CDC existe a última figura equiparada ao consumidor, considerando consumidor não somente aquele que “adquire produto ou serviço” (art. 2º), mas também e igualmente, as pessoas “expostas às práticas” previstas no Código em

⁴⁰ Artigo 29 do CDC, in verbis: “Para os fins deste capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.”

seu artigo 29. Ressalte-se que tal posicionamento pode ser visto tanto concretamente como abstratamente. No primeiro caso, art. 2º, impõe-se que haja ou que esteja por haver aquisição ou utilização. Em passo contrário, no segundo caso, qual seja o artigo 29, exige a simples exposição à prática, mesmo que não se tenha condições de apontar um consumidor que esteja prestes a adquirir ou utilizar um produto ou serviço.⁴¹

Tal proteção ao consumidor apresenta-se com uma característica demasiadamente difusa, uma vez que, diante de determinadas situações, como por exemplo, uma propaganda enganosa veiculada na televisão com informações incorretas, dificilmente poder-se-á identificar efetivamente os consumidores atingidos.

É importante que se faça um controle preventivo e abstrato dessas práticas, a fim de que não se espere a efetiva configuração do dano para que haja uma atuação dos entes incumbidos de realizar tal fiscalização. Isso se faz pertinente por tratar-se de atividades que trazem um grande potencial danoso, englobando um número indeterminado de possíveis vítimas, sendo, portanto, mais econômico e justo que sejam tomadas as competentes providências para que o dano não se materialize.⁴²

Mister se faz salientar, todavia, que a extensividade da denominação consumidor adotada para os defeitos decorrentes do fato do produto não foi adotada para o vício do produto (art. 18 e ss. do CDC), cabendo aos intermediários, nesta hipótese, a possibilidade de recorrer ao Judiciário utilizando-se dos preceitos encartados no Código Civil ou no Código Comercial, a depender da natureza civil ou comercial do negócio jurídico convolado⁴³, “podendo lançar mão das normas do Código de Proteção e Defesa do Consumidor referentes à proteção contratual e às práticas comerciais”.(MARINS, 1993, p. 72.)

⁴¹ Segundo Antônio Herrmam V. Benjamim (apud. JORGE, ob. cit. p. 117.)

⁴² VASCONCELOS, Antônio Hermam de et alli. *Código de Proteção e Defesa do Consumidor Comentado*, 7ª edição, revista e ampliada, São Paulo: Forense Universitária, 2001, p. 228.

⁴³ MARINS, James. *Responsabilidade da Empresa pelo Fato do Produto*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1993, p. 72.

2.3 Fornecedor

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor, em seu artigo 3º definiu o fornecedor.⁴⁴

Carlos Alberto Bittar apud Roberto Norris, referindo-se ao conceito de fornecedor afirma que:

em consonância com o Código, encontra-se, de um lado, qualquer pessoa, quer como industrial, importador comerciante, agricultor, pecuarista ou prestador de serviço de qualquer natureza, a título individual ou societário, e de outro, o Estado e organismos públicos, descentralizados ou não, empresas públicas, sociedades de economia mista, concessionárias de serviços públicos e outras entidades públicas ou privadas que exerçam as referidas atividades” (art. 3º) ... E conclui: “Dentre os fornecedores incluem-se os consórcios privados ou governamentais e organismos binacionais ou multinacionais. Abrange, pois, a categoria dos fornecedores em geral, como os que produzem (produtores em geral), os que prestam serviços (prestadores de serviços) e os que colocam no mercado (intermediários), independentemente da natureza da atividade, se pública ou privada; do titular da atividade (se pessoa física ou jurídica ou se haja ou não personalização) e de modo pelo qual os produtos ou serviços são colocados no mercado direta ou indiretamente, de fornecedores nacionais ou do exterior. (BITTAR, 1992, *apud* NORRIS, 1996, p. 112)

Como sendo:

⁴⁴ Segundo Plácido e Silva define fornecedor como sendo “todo comerciante ou estabelecimento que abastece, ou fornece, habitualmente uma casa ou um outro estabelecimento dos gêneros e mercadorias necessários a seu consumo”.(PLÁCIDO e SILVA Apud FILOMENO, ob. cit. 39)

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 (Id., 1996, p. 115)

Tal definição, de acordo com a doutrina majoritária, deve ser interpretada da maneira mais extensiva possível, a fim de proporcionar o efetivo ressarcimento, por qualquer destes entes, ao consumidor efetivamente atingido seja na sua esfera moral, material ou, até mesmo, na esfera psíquica.

Essa caracterização de fornecedor não se afastou do que os doutrinadores europeus procuram definir como principal responsável o produtor, que é, segundo João Calvão da Silva

o fabricante do produto acabado, de uma parte componente ou de matéria-prima, e ainda quem se apresente como tal pela aposição do produto no seu nome, marca ou outro sinal distintivo, ou aquele que no exercício da sua atividade comercial importe produtos para a venda, aluguel, locação financeira ou outra qualquer forma de distribuição ou, ainda, qualquer fornecedor de produto cujo produtor comunitário ou importador não esteja identificado”. (Apud ROCHA, 2000, p. 74)

Posicionando-se da mesma maneira, José Geraldo Brito Filomeno assevera que o fornecedor deve ser considerado:

...todos quantos propiciem a oferta de produtos e serviços no mercado de consumo, de maneira a atender as necessidades dos consumidores, sendo despidendo indagar-se a que título, sendo relevante, isto sim, a distinção que se deve fazer entre as várias espécies de fornecedor nos casos de responsabilização por danos causados aos consumidores, ou então para que os próprios

fornecedores atuem na via regressiva e em cadeia da mesma responsabilização, visto que vital a solidariedade para obtenção efetiva de proteção que se visa a oferecer aos mesmos consumidores. (Op. cit. p. 39)

Sendo assim, e a teor do que dispõe o artigo 3º do CDC tem-se que fornecedor pode ser qualquer pessoa física, isto é, aquele cidadão que exerce de forma habitual a atividade civil ou mercantil, oferecendo no mercado produtos ou serviços. Quanto à pessoa jurídica fornecedora, esta pode desempenhar as mesmas atividades que a pessoa física diferenciando-se, tão somente, por apresentar-se sob forma de associação civil ou mercantil.⁴⁵

Exemplificando tal situação temos o caso de determinado cidadão dirigir-se ao comércio a fim de efetuar a venda de um seu automóvel. Neste caso, não se estabelecerá entre o possível comprador e o vendedor do automóvel uma relação de consumo na acepção técnica jurídica da palavra. Contudo, se esse mesmo cidadão adquire 60 (sessenta) pares de tênis e, utilizando-se de seu automóvel, efetua a venda destes calçados no comércio, aí sim, estará caracterizada a relação de consumo entre o vendedor e os compradores dos tênis.

Quanto aos fornecedores pessoas jurídicas de direito público, podem ser interna e externa. As últimas são regidas por normas e princípios oriundos do direito internacional. Já as pessoas jurídicas de direito público interno, que se subdividem em entes da administração direta e indireta, devem fazer garantir um direito do consumidor consagrado no artigo 6º, inciso X do CDC, qual seja, a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.

Ainda no artigo 3º do CDC são elencados tanto os fornecedores nacionais como também os estrangeiros que exportem produtos para o Brasil, devendo arcar com eventuais danos ou reparos ao consumidor o importador dos supramencionados produtos.

Finalmente, o Código elenca entre os fornecedores, os entes despersonalizados.

⁴⁵ Id., 2000, p. 74.

Estes de grande relevância para efeitos deste Código, formam figura *sui generis*. Diferenciam-se das outras formas de grupos organizados com objetivo comum, fundamentalmente em virtude da ausência formal de elemento essencial para que se possam considerar pessoa jurídica, a *affectio societatis*, ou seja, a intenção expressa de manter vínculo associativo. Encontram-se entre estes, a família, a massa falida, as heranças jacente e vacante (este último já ultimamente sendo considerado, fora do Brasil, como uma figura especial de pessoa jurídica e não apenas como ente despersonalizado”. (MARINS apud JORGE, ob. cit. p. 114.)

Tendo ultrapassado a definição pertinente ao que seja considerado fornecedor, passemos a uma breve análise dos tipos de fornecedor que existe: fornecedor real, fornecedor aparente e fornecedor presumido.

Entende-se por fornecedor real aquele que desenvolve atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, isto é, aquele que participa da criação do produto acabado ou parte do mesmo. Tal concepção tem importante finalidade no tocante à responsabilização solidária do fabricante de parte componente com o fabricante do produto final. O fabricante de parte componente pode ter direito de regresso quando puder localizar a parte componente que apresentava defeito (contra quem a fabricou), ou no caso de ser o fabricante da parte componente, provando que apresentou o defeito pois foi feita de acordo com as instruções errôneas do fabricante do produto final.⁴⁶

O fornecedor aparente é aquele que embora não tenha participado das fases da produção de determinado objeto, substância, prestação de serviço, etc. se apresenta como tal pela aposição no produto de seu sinal, marca ou outro sinal característico. Posicionando-se acerca do fornecedor aparente João Calvão da Silva aduz que:

⁴⁶ ROCHA op. cit. p. 75

...o conceito engloba, sobretudo, os grandes distribuidores, os grossistas, as cadeias comerciais e as empresas de venda por correspondência que, sob o seu próprio nome, firma ou marca, oferecem e lançam no mercado produtos, principalmente artigos de grandes séries, fabricados as mais das vezes segundo as suas instruções por terceiros, que permanecem anônimos perante o público. É esta aparência, esta impressão de produção própria assim provocada que justifica e fundamenta a extensão do conceito de produtor a tais pessoas humanas ou jurídicas que, apresentando o produto como próprio, surgem aos olhos do consumidor nessa veste. (SILVA, [19 - ?], p. 75)

Para melhor esclarecimento trazemos à colação a diferença entre marca de comércio e marca de indústria. A marca de comércio é aposta pelo comerciante, e igualmente é precedida na embalagem pela marca do fabricante. No caso de responsabilidade pelo fato do produto, se a marca de comércio não for precedida pela expressão “distribuído por” ou seja, não indicar o fornecedor real, o comerciante será responsabilizado nos moldes do artigo 12 do CDC. Outra situação é a do comerciante que coloca sua marca ou outro sinal característico junto a produto com marca da indústria, mas esta não está identificada claramente. Neste caso, há previsão da responsabilidade subsidiária nos termos do artigo 13 do Código do Consumidor.

E, por último, considera-se fornecedor presumido aquele que “importa produtos para a venda, locação, leasing ou qualquer outra forma de distribuição, assim como aquele que forneça mercadoria sem identificação precisa”. (Id., [19 - ?], p. 76)

3. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO FORNECEDOR

3.1 Conceito e Teorias da Responsabilidade Civil

Primordialmente, segundo a mais abalizada doutrina, o dano escapava às raias do Direito, vigorava a vingança coletiva, que, em evoluindo, passou à privada, onde preponderava a idéia de reparação do mal pelo mal. Ainda na Lei da XII Tábuas encontravam-se vestígios do direito a retaliação.

Posteriormente sucede a composição entre o autor da ofensa e o lesado, mediante a prestação da *poena*, pagamento de certa importância em dinheiro. Em seguida, com o advento da “*Lex Aquilia*”, foram sendo moldadas as noções de responsabilidade civil e penal, sendo, por isso, a responsabilidade civil também conhecida por responsabilidade aquiliana.

Segundo Gilissen, a “noção moderna desenvolveu-se entre o século XVI e o início do século XIX, na base de uma interpretação extensiva dada à *Lex Aquilia* no direito romano clássico e tardio”. (Apud., BITTAR, 1992, p. 28).

A responsabilidade civil, fundada na culpa, surge no Código Civil Francês, por inspiração de Domat e Pothier. A partir daí há uma evolução em relação ao seu fundamento, à sua extensão e à sua densidade.⁴⁷

Inúmeras divergências surgem quando se trata de conceituar institutos jurídicos, o mesmo ocorrendo com a conceituação de responsabilidade civil. O que cumpre, para conseguir uma definição razoavelmente satisfatória, mesmo imperfeita, da responsabilidade civil, é separar a *responsabilidade* da *reparação*, sem, contudo, olvidar que a última é uma consequência da primeira. Assim, a responsabilidade geralmente impõe a reparação, não a tendo, entretanto, como pressuposto essencial ou consequência necessária. Não pode ser imposta reparação sem responsabilidade, mas existe possibilidade de existir responsabilidade sem reparação. Esta é imposta pela lei. Aquela, porém, nem sempre depende de imposição legal.⁴⁸ A origem da reparação

⁴⁷ Idem. p. 28.

⁴⁸ LYRA, Afrânio. *Responsabilidade Civil*. São Paulo: Vellenich Editor, 1979. p. 40.

funda-se na máxima romana “*neminem laedere*” que significa “não lesar ninguém”. Daí a imposição de pena impondo a obrigação de reparar e/ou indenizar os prejuízos que o ato ilícito possa ter gerado, possibilitando, na maioria das vezes, reconstituir a situação ao estado anterior a que se encontrava, “*status quo ante*”.

A responsabilidade civil pode ser definida, de maneira simples, como sendo a obrigação de reparar o dano causado a outrem. Entretanto, cumpre-nos evidenciar definições mais pormenorizadas do que venha a ser responsabilidade civil, como a explanada por Marton:

...a situação de quem, tendo violado uma norma qualquer, se vê exposto às conseqüências desagradáveis decorrentes dessa violação, traduzidas em medidas que a autoridade encarregada de velar pela observação do preceito lhe imponha, providências essas que podem, ou não, estar previstas. (MARTON, 1979 apud STOCO, 1997 p 1 e 3)

Na mesma linha de raciocínio inscreve-se Serpa Lopes⁴⁹, para quem a responsabilidade civil⁵⁰ representa *o dever de reparar o prejuízo*. Ressalte-se, ainda, entendimento de JOSSERAND⁵¹ a respeito da conceituação da responsabilidade civil, definindo-a como sendo *a obrigação de suportar o dano*.

O fundamento da responsabilização civil está na obrigação de recompor o patrimônio diminuído com a lesão ao direito subjetivo. Por seu turno, alguns elementos encontram-se como basilares à efetiva responsabilização do agente causador do dano. O primeiro deles, o ato ilícito, pode ser entendido como sendo todo ato que possa produzir lesão a um bem jurídico. Logo, o ato ilícito pressupõe uma lesão de direitos personalíssimos ou reais, ou a violação de preceitos legais de

⁴⁹ Apud. STOCO, 1997, P. 40.

⁵⁰ GIORGI apud STOCO, ob. cit. p. 50, conceitua responsabilidade civil como “a obrigação de reparar mediante indenização quase sempre pecuniária, o dano que o nosso fato ilícito causou a outrem”.

⁵¹ apud. LYRA, ob. cit. p. 40.

tutela de interesses privados. Um segundo elemento é o dano, que corresponde à lesão de qualquer bem jurídico. Assim, se ocorre a lesão ao direito subjetivo, configura-se o dano e surge para quem foi lesado o direito de exigir a indenização correspondente ou a reconstituição, se possível for, do “*status quo ante*”.

Transpassando-se essas breves considerações acerca das definições dadas ao instituto da responsabilidade civil, adentra-se nas teorias da responsabilidade civil, teorias estas que são fruto de uma constante evolução dos acontecimentos sociais e que muita importância têm no mundo jurídico como um todo. As teorias que se apresentam são, em linhas gerais, teoria da responsabilidade subjetiva e a teoria da responsabilidade objetiva (teoria do risco).

O princípio da responsabilidade civil fundou-se essencialmente da doutrina da culpa, abraçada pelo Código Civil de 1916 em seu artigo 159.

Nesta teoria subjetiva, fundada na culpa, a vítima é responsável pela demonstração da existência de elementos fundamentais de sua pretensão, sobressaindo o comportamento culposos do demandado. A culpa tem sido compreendida como erro de conduta. Consiste na infringência ou inobservância, ainda que não intencional, de um dever, estabelecido por um contrato, ou genericamente pela lei. E o encargo imposto à vítima de demonstrar a culpa do agente é o maior problema que surge nos casos concretos. De regra, esse ônus da prova redundava em dificuldades tais que a vítima culmina por não alcançar a efetiva reparação.

Tendo a doutrina e jurisprudência se apercebido que a teoria subjetiva não abarcava de uma maneira eficaz todos os casos que se lhe apresentavam, a insatisfação com a tal teoria se tornou cada vez maior e ficou evidenciada a sua incompatibilidade com o impulso desenvolvimentista do nosso tempo. A multiplicação das oportunidades e das causas de danos tornaram plenamente perceptível a inadequação desta teoria para cobrir os casos de reparação.

Não condizentes com esta situação, inúmeros juristas se rebelaram e por vias de processo hermenêutico, passaram a buscar técnicas hábeis a desempenhar mais ampla cobertura para a reparação do dano. Decorrente de tal indignação veio a nascer a doutrina objetiva.⁵²

⁵² STOCO, Ob. cit. p. 64.

A teoria objetiva, ao invés de exigir que a responsabilidade civil seja a resultante dos elementos tradicionais (culpa, dano, nexo causal) consubstancia-se, tão somente, na existência do dano e na autoria do evento danoso. Não se cogita a imputabilidade ou investigação da antijuridicidade do evento danoso, o que importa para assegurar o ressarcimento é a verificação se ocorreu o evento e se dele adveio qualquer prejuízo. Em tal ocorrendo, o autor do fato causador do dano é responsável. Com a teoria do risco, assevera Philippe Le Tourneau⁵³, o juiz não tem de examinar o caráter lícito ou ilícito do ato imputado ao pretense responsável; as questões de responsabilidade transformam-se em simples problemas que se resolvem com a simples aferição da relação de causalidade.

Manifestando-se sobre a teoria do risco, especialmente sobre o risco, o ilustre doutrinador Caio Mário da Silva Pereira assevera:

...é o que se fixa no fato de que, se alguém põe em funcionamento uma qualquer atividade, responde pelos eventos danosos que esta atividade gera para os indivíduos, independentemente de determinar se em cada caso, isoladamente, o dano é devido à imprudência, à negligência, a um erro de conduta, e assim se configura a “teoria do risco criado”. (PEREIRA, 1992, p. 268)

Comporta admitir que, embora a teoria do risco tenha sido muito bem aceita no nosso ordenamento jurídico, o certo é que não chegou a substituir a teoria da culpa nos sistemas jurídicos de maior expressão, como também não poderia ser.

Alcabo, tendo-se em vista o plano prático, e levando-se em consideração a pessoa do lesado, a teoria do risco é defendida com o argumento de que sempre permitirá a reparação do dano sofrido, mesmo nos casos em que, por qualquer motivo, o lesado não logra êxito na comprovação do dano efetivamente sofrido.

⁵³ Apud. Idem., p. 66.

3.2 A Responsabilidade Civil do Fornecedor no Direito Brasileiro

Anteriormente ao advento da Constituição Federal de 1988, a tutela jurídica do consumidor cingia-se às legislações de proteção às práticas econômicas abusivas, a criação do primeiro órgão de Proteção ao Consumidor (PROCON) e ao problema da reserva de mercado.

A legislação esparsa encarregava-se, tão somente, da proteção indireta do consumidor. A primeira manifestação da qual se tem notícia é o Decreto 22.626 datado de 07 de abril de 1933, que tinha por escopo a repressão à usura. A Constituição de 1934 foi a primeira constituição a tratar de forma indireta da tutela ao consumidor com normas de proteção da economia popular (arts. 115 a 117). O Decreto-lei nº 869, de 18 de novembro de 1938, e, depois, o de nº 9.840 de setembro de 1946, versaram acerca dos crimes contra a economia popular. Em 1951 foi publicada a Lei de Economia Popular, e, em 1962 a Lei de Repressão ao Abuso do Poder Econômico (Lei nº 4.137/62). Já em 1985, com a publicação da Lei 7.347 ficou assegurada a possibilidade de promoção da ação civil pública para responsabilização dos danos causados aos consumidores.⁵⁴

Assim, ante a inexistência de uma legislação específica protetiva do consumidor, ao tema da responsabilidade civil do fornecedor aplicavam-se as diretrizes estabelecidas no Código Civil, ou seja, predominava a teoria da responsabilidade subjetiva do fornecedor, devendo o consumidor, para que o fornecedor fosse responsabilizado e conseqüentemente condenado ao pagamento dos prejuízos causados, provar o dano, o ato ilícito e o nexo de causalidade existente. Cabe aduzir, ainda, que tal teoria era demasiadamente injusta, pois, na maioria das vezes, o consumidor via-se impossibilitado de poder provar o dano sofrido, fazendo com que o fornecedor não fosse responsabilizado por um ato ilícito praticado.

Contudo, com o rápido incremento do parque industrial pátrio e a concomitante discrepância do poderio da classe produtora em relação à classe consumidora, bem como a insuficiência normativa,

⁵⁴ ALMEIDA, João Batista de. *A Proteção Jurídica do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 08-09.

fazia-se mister a criação, no nosso ordenamento jurídico, de normas que determinassem maior responsabilização do fornecedor.

Um importante passo foi dado com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que fez constar claramente em seu texto os direitos dos consumidores. Os artigos 5º, inciso XXXII; artigo 24, inciso VIII; artigo 150, § 5º; artigo 170, inciso V e artigo 220 §§ 3º, II e 4º consagram a nova disciplina, especialmente, os preceptivos encartados no artigo 5º, XXXII e 170, V amparam a pretensão consumerista. Além disso, a CF/88 no artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias estabeleceu o prazo de 180 (cento e oitenta) dias para que fosse elaborado o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, mostrando, dessa forma, evidente preocupação com a defesa dessa classe que, até então, estava sendo desprestigiada e injustiçada.

Com o advento da Lei 8.078/90 supriu-se extensa lacuna nas relações comerciais entre o fornecedor e o agente que consome. O relacionamento com maior apoio no Código Civil, conforme já resabiado, encontrava-se desequilibrado para o consumidor. A indenização por danos, via de regra, era negada pela ausência de uma relação contratual direta entre o fornecedor e o agente consumidor, ou então, porque a vítima não detinha elementos comprobatórios para demonstrar a culpa do agente produtor.

Destarte, ao determinar, no *caput* do artigo 12 que o fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador, independentemente da existência de culpa, responderiam pelos danos, causados aos consumidores, decorrentes de defeitos no projeto, fabricação, construção, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequada sobre sua utilização e riscos, o Código Consumerista adotou, claramente, os postulados da teoria da responsabilidade civil objetiva mitigada⁵⁵, relativamente aos fornecedores, aí abrangidos, também, os industriais, considerando-se, contudo, possíveis causas excludentes, que serão analisadas posteriormente.⁵⁶

⁵⁵ A melhor doutrina classifica a responsabilidade civil adotada pelo Código Consumerista como mitigada, haja vista a existência de excludentes de responsabilidade do fornecedor pelo fato do produto. (Art. 13, §3º do CDC).

⁵⁶ NORRIS, Roberto. Ob. cit. p. 83.

As razões que ensejaram tal evolução, embora já tratadas, podem ser resumidas, basicamente, numa necessidade de se apresentar nas relações de consumo, um outro regime que permitisse, à vítima, ser ressarcida pelos danos provocados, sem que, para tal, fosse obrigada a provar a culpa do responsável, o que, na maioria absoluta das vezes, obstava a obtenção do ressarcimento.

Ressalte-se, ainda, que a responsabilidade do comerciante, nas hipóteses do artigo 13 do CDC, é de natureza subsidiária, objetivando-se, desta maneira, possibilitar ao consumidor ser ressarcido por danos porventura sofridos seja do fornecedor, fabricante, construtor, dentre outros, e até mesmo do comerciante.

3.3 Acidente de Consumo ou Fato do Produto

Importante ressaltar que toda reparação de dano é ensejada pela efetiva realização de algum evento que venha a causar algum prejuízo para o consumidor, seja este prejuízo de ordem moral ou material. Para tanto, mister se faz salientar a definição de instituto abundantemente utilizado na área consumerista – acidente de consumo ou fato do produto ou do serviço.

Entende-se por acidente de consumo, segundo lições de Rosana Grinberg em artigo publicado na *Revista de Direito do Consumidor*:

...a manifestação externa e danosa de um defeito pré-existente, causado por um produto ou um serviço, que esteja em circulação no mercado de consumo, carente da segurança que legitimamente os consumidores deles esperam, ou decorrente da deficiência ou falta de informações sobre sua fruição ou riscos. É a materialização, portanto, de um defeito intrínseco de um produto ou de um serviço. (GRINBERG, 2000, p. 144-170.)

Assim, os serviços e produtos que porventura sejam colocados à disposição do consumidor no mercado de consumo devem, obrigatoriamente, corresponder às expectativas que deles se espera quanto à sua segurança, não podendo acarretar riscos à saúde e segurança do consumidor, com exceção daqueles casos em que o risco

é inerente à essência do produto ou do serviço e, por isso, são considerados normais e previsíveis, sendo exemplos destes uma faca de cozinha, uma corda, um serviço de dedetização, um veneno para matar ratos, dentre inúmeros outros.

No entanto, quando um produto ou serviço é colocado no mercado e por qualquer hipótese tem seu efeito, mesmo que previsível, potencializado por um defeito, ele passa a não transmitir a segurança do risco que possui intrinsecamente, este que, por ser decorrente de sua normal e perfeita fruição e natureza, pode ser transportado normalmente no mercado consumerista, desde que devidamente acompanhado de informações seguras, adequadas e suficientes, sendo estes dever inafastável dos fornecedores.

A esta carência de segurança, fruto de um defeito no produto ou no serviço, que o faz apresentar-se em desconformidade com as expectativas que os consumidores esperam, haja vista a sua natureza, fruição e riscos, tornando-o capaz de violentar e atingir a incolumidade psico-física dos consumidores, bem como os seus bens materiais, ainda que indiretamente, capaz de produzir um dano à saúde ou à vida do consumidor, é que se chama “fato do produto ou do serviço” ou “acidente de consumo”.⁵⁷

Inclinando-se no mesmo sentido, Eduardo Arruda Alvim define fato do produto com sendo

...dano causado por defeito apto a ensejar a responsabilidade do fornecedor pelo sistema do Código. O fato do produto, de conseguinte, não se confunde com o mero defeito. Sem dano, não há fato do produto, mas mero vício do produto. Doutra parte, o fato do produto também não se confunde com o dano, pois para que haja fato do produto, este deve ter sido causado por um defeito capaz, segundo o sistema do Código, de ensejar a responsabilidade do fornecedor. (ALVIM, Op. cit. p. 134.)

Dessa forma, o assalto e estupro ocorridos nos coletivos são um acidente de consumo, decorrente de um defeito na prestação do

⁵⁷ Idem, p. 148.

serviço. Ora, mesmo sendo a empresa prestadora do serviço de transporte coletivo de passageiros uma empresa privada, ela é concessionária do serviço, devendo, portanto, prestá-lo de forma eficiente, segura e adequada, sendo responsável por qualquer reparação de dano decorrente do descumprimento de tal obrigação. Isto porque, mesmo no transporte coletivo de passageiros está implicitamente assegurada a incolumidade física dos passageiros, decorrente da obrigação da empresa prestadora dos serviços de tomar todas as precauções no sentido de garantir o bom êxito da viagem. Tal cláusula de garantia tem tanta repercussão que foi objeto de julgado do Superior Tribunal de Justiça.⁵⁸

Ocorrendo, portanto, o acidente de consumo, respondem os fornecedores solidária e objetivamente, sem perquirição a respeito da culpa, pelos danos causados aos consumidores, por seus produtos ou serviços carentes de segurança.

3.4 Noção de Defeito no Código do Consumidor

Os produtos e os serviços colocados à disposição do consumidor apresentam, de maneira geral, uma nocividade e uma periculosidade que decorrem da própria essência, natureza e fruição, sendo, destarte, normal e previsível. Contudo, o mais simples e inofensivo produto ou serviço posto ao alcance do consumidor, se utilizado de maneira inadequada, ou se estiver potencializado por um defeito, pode vir a causar um dano físico ou psicológico ao consumidor. Neste raciocínio podemos utilizar como exemplo uma televisão que atualmente pode ser encontrada nos lares de quase todas as camadas da população, se ligada por uma pessoa que se encontra com os pés descalços e pisando num chão molhado, poderá levar um choque elétrico fatal, como também, a mesma televisão eivada por defeito de fabricação quando ligada pode vir a explodir causando uma lesão ou até mesmo a morte de um ou alguns consumidores.

⁵⁸ “não se exime a ferrovia da obrigação e reparar o dano, ainda que a vítima viajasse como “pingente”, pois lhe incumbe preservar a integridade física do passageiro e transportá-lo com segurança até o seu destino. Precedentes.” Resp. 153.835 SP. 4ª Turma. Relator Ministro Barros Monteiro. Repertório IOB de Jurisprudência. 3/16057.

O defeito se apresenta caracterizado a partir do momento em que a essa nocividade e periculosidade inerente ao produto ou serviço, se acrescenta um defeito de concepção, fórmula ou projeto, de fabricação ou de informação ou comercialização, tornando-o desconforme com as verdadeiras expectativas dos consumidores no tocante à segurança, capaz de causar um dano à parte mais frágil da relação de consumo, qual seja, o consumidor. A essa carência de segurança, manifestada de forma extrínseca, que atinge a incolumidade física, psíquica e patrimonial do consumidor atribui-se a denominação de defeito.

O defeito não apresenta qualquer conotação contratual, podendo a vítima do evento danoso ser um simples terceiro. Para a configuração do defeito é irrelevante que o produto ou serviço seja próprio ou não para o consumo, mas sim o grau de segurança legitimamente esperada que oferece, este requisito é que deverá ser apreciado, devendo ser excluído todo o uso inadequado ou abusivo ou não razoável em circunstâncias normais.⁵⁹ Segundo leciona Silvio Luís Ferreira da Rocha:

Esse conceito de segurança legitimamente esperada é importante para compreender o alcance das normas contidas no Código de Defesa do Consumidor. Referido diploma legal não normatizou a utopia de produtos sem risco ao consumidor. Ao contrário, os riscos à saúde e à segurança dos consumidores são aceitáveis, desde que normais e aceitáveis. (ROCHA op. cit. p. 96.)

Tem o defeito sempre repercussão patrimonial, qualquer que seja o dano. Apresenta-se caracterizado por apresentar danos pessoais e às propriedades físicas ou morais dos consumidores. Como exemplo de defeito na prestação de serviço, que atinge as propriedades, causando dano moral, a decisão que responsabilizou, com arrimo no artigo 14 do CDC, uma Banco 24 horas, que reteve o cartão magnético do correntista, fato que foi imediatamente comunicado, ocorrendo,

⁵⁹ Neste sentido, JÚNIOR, Alberto do Amaral. *A Responsabilidade pelos vícios dos produtos no Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo: Direito do Consumidor, 1992. p. 100. n. 2

contudo, saques posteriores.⁶⁰ Neste diapasão, a decisão que condenou o banco a indenizar o consumidor correntista, cujo talonário enviado pelo correio foi interceptado por terceiros antes de chegar às mãos do correntista, ocorrendo falsificação de cheques.⁶¹

Entretanto, algumas circunstâncias devem ser levadas em consideração na aferição da defeituosidade do produto, quais sejam as elencadas nos incisos I a III do parágrafo primeiro, artigo 12 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor. A primeira trata da apresentação do produto, envolvendo esta as campanhas de publicidade, rotulagem, advertências que devam constar nas bulas etc. Nesta categoria incluem-se tanto o “marketing publicitário” (art. 36 e 37 do CDC) como o “marketing não publicitário” (art. 30 do CDC). A segunda circunstância a ser considerada se refere aos usos e riscos que razoavelmente se esperam do produto. Assim, o fornecedor, ao conceber, comercializar ou fabricar um produto, deve ter em conta não só a utilização conforme o fim ou destino dele pretendido em condições normais, mas também outros usos possíveis que do mesmo possam ser feitos.⁶² A terceira e última circunstância a ser levada em apreço é “a época em que o produto foi colocado em circulação”. No tocante a esta, deve-se ater ao fato de que o produto satisfaça as exigências no momento de sua colocação no mercado. A idéia de risco de desenvolvimento, a seu turno, está ligada ao conhecimento atrasado de um defeito que o produto já apresentava, no momento de sua introdução no mercado.

Tendo sido elaborada uma breve definição do que venha a ser defeito do produto ou do serviço e das circunstâncias que devem ser levadas em consideração quando da aferição do grau de defeituosidade, cumpre tecer comentários acerca dos tipos de defeito e como eles se apresentam na legislação consumerista. O defeito pode ser de origem, ou seja, de concepção, de projeto, de cálculo, como pode ocorrer no momento em que está sendo fabricado, produzido, ou, ainda, pode

⁶⁰ Ap. Cível 6.987/97 – RJ, 5ª CC. J 02.12.1997, relator o Des. Carlos Ferrari. *Repertório IOB de Jurisprudência* 3/14599.

⁶¹ Ap. Cível 7.961/97, 2ª CC. Relator o Des. Sérgio Cavallieri Filho. *Repertório IOB de Jurisprudência* 3/14553.

⁶² ROCHA, Op. cit. p. 99.

ocorrer de deficiência ou falta de informações adequadas sobre sua natureza, fruição e riscos que possam oferecer.⁶³

Defeito de Fabricação. É inerente à própria falibilidade da produção industrial. É reconhecido tanto pela doutrina pátria quanto pela alienígena como sendo inexoráveis, verdadeiramente inerentes a qualquer espécie de produção em série. São defeitos que nascem das falhas na linha de produção, seja por falha do empregado ou da máquina e atingem determinado lote de produtos ou um produto especificamente considerado.

Nos dizeres de José Reinaldo de Lima Lopes:

Defeito de fabricação é aquele que atinge apenas alguns exemplares de um certo produto e não se deve à concepção geral do mesmo. Deve-se, ordinariamente, a eventos mais ou menos incontroláveis... Entre nós Décio Sanches já se referiu a esta inevitabilidade da existência de algum artigo defeituoso quando da produção em série. (LOPES, 1992, p. 62)

Defeito de Concepção. Este é oriundo de falhas nos projetos, fórmulas ou de má escolha dos materiais e das técnicas utilizadas, ocorrem na fase de execução do projeto, comprometendo toda a série de produção ou fabricação, como por exemplo, na fabricação de um medicamento, cujo componente químico utilizado não tenha sido devidamente testado, vindo a causar danos a determinadas pessoas alérgicas a determinado tipo de substância.

Ao contrário dos defeitos de fabricação, os defeitos de concepção apresentam-se como evitáveis, ainda diversamente daqueles, estendem-se a toda a linha produtiva, ao passo que os defeitos de fabricação usualmente atingem um número limitado de exemplares.

Um exemplo que caracteriza este tipo de defeito foi o caso ocorrido nos Estados Unidos da América concernente ao caso *Grimshaw vs. Ford Motor Company*, ocorrido em 1972, onde a Ford foi compelida ao pagamento de indenização decorrente de danos causados pela

⁶³ GRINBERG. Op. cit. p. 150.

explosão de um veículo que fabricava, devido ao posicionamento do tanque de combustível do veículo que o tornava mais suscetível ao risco de explosão quando de um abalroamento.

Uma prática que tem sido cada vez mais usual por parte das empresas para a correção desse tipo de defeito é o *recall*, que consiste em convocar os consumidores-adquirentes de determinado produto defeituoso a fim de que seja efetuado o devido reparo, para evitar a concretude de danos maiores.

Defeito de Comercialização. Por último, pode haver insuficiência ou inadequação de informação sobre a utilização do produto e os riscos que esta envolve. Assim, a ausência, insuficiência ou inadequação de informação pode recair sobre o modo de emprego do produto ou eventual perigo que o uso comporta.⁶⁴ Pode, ainda, existir defeito no acondicionamento do produto, não na fase produtiva propriamente dita (aí seria defeito de fabricação), mas, por exemplo, quando o produto é exposto à venda. São defeitos de apresentação.

Produtos há que, embora não se possam dizer intrinsecamente defeituosos, apresentam informação insuficiente ou errônea sobre os usos que comportam. Os defeitos de informação são, pois, vícios extrínsecos, não ínsitos ao produto.

O fornecedor deve apresentar de forma explícita, correta e de fácil entendimento todas as informações pertinentes ao uso, acondicionamento e utilidade do produto. Tais informações devem ser dadas no idioma das pessoas a que se destinam os produtos, chamando a atenção para eventual perigo resultante de um mau uso.

No entendimento de Adalberto Pasquolato, posicionando-se acerca dos defeitos de informação, assevera:

Eles resultam da falta, insuficiência ou inadequação da comunicação obrigatória do fabricante. Essa comunicação diz respeito ao modo de usar, de instalar, às advertências de uso impróprio, às contra-indicações, às propriedades perigosas, como toxicidade e inflamabilidade etc. (PASQUOLATO, 1994, p. 72)

⁶⁴ CARNEVALLI apud ROCHA, ob. cit. p. 103.

Mesmo após o produto haver sido colocado no mercado vindo o fornecedor a tomar conhecimento da periculosidade que apresenta, tal fato deverá ser imediatamente comunicado às autoridades competentes e aos consumidores, mediante anúncios publicitários (art. 10, § 1º do CDC), constituindo-se, a omissão em fazê-los, em crime omissivo próprio (art. 64, *caput* do CDC). Constitui-se igualmente em crime de mera conduta, para alguns admitindo a forma culposa mesmo na modalidade omissiva, a falta de informações relevantes sobre o produto (art. 66 c/c 30 do CDC).

As mesmas considerações se aplicam à prestação de serviços, ou seja, àqueles serviços defeituosos, desconformes com as expectativas legítimas dos consumidores quanto à sua segurança ou decorrente da ausência ou deficiência de informações sobre a sua natureza, fruição e riscos. O defeito na prestação do serviço decorre, à semelhança do defeito do produto, de circunstâncias relevantes, como o modo de seu fornecimento, o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam e a época em que foi fornecido.

3.5 Causas de Exclusão da Responsabilidade do Fornecedor

Para que se obtenha um sistema protetivo não apenas eficaz, mas harmônico, de modo a que não se desequilibre, demasiadamente, a carga de responsabilidade, mister se faz a justa distribuição do risco entre o consumidor e o fornecedor. As causas excludentes de responsabilidade têm como finalidade precípua proporcionar o maior equilíbrio e equanimidade à divisão da responsabilidade decorrentes dos acidentes de consumo e, possibilitando a prova liberatória por parte do fornecedor, revestem-se da função de mitigadoras da responsabilidade objetiva primada pelo Código do Consumidor, que as encarta no § 3º do seu artigo 12.⁶⁵ Nessa linha o posicionamento de Calvão de Souza:

⁶⁵ Artigo 12, § 3º do CDC: “O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar: I – que não colocou o produto no mercado; II – que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste; III – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro”.

Num claro propósito de alcançar uma justa repartição de riscos, correspondente a um equilíbrio de interesses entre o lesado e o produtor, a lei, longe de imputar a este uma responsabilidade absoluta, sem limites, prevê causas de exclusão ou redução de sua responsabilidade. (apud. ALVIM, op. cit. p. 141)

A um, temos como excludente de responsabilidade do fornecedor o disposto no inciso I, do parágrafo 3º do artigo 12 do CDC que corresponde à hipótese de não colocação do produto no mercado. Desde que o fornecedor tenha colocado o produto no mercado para comercialização, ainda que simplesmente para teste, ou mesmo oferecendo o produto como amostra grátis, impossibilitado ficará de alegar esta excludente. É necessário, portanto, para que se possa alegar esta excludente, que a introdução do produto no mercado não se tenha dado por ato consciente e voluntário.

Sem que o fornecedor tenha colocado o produto no mercado, não há, pois, que se falar em responsabilidade do fornecedor pelo fato do produto. Por isso, em havendo roubo ou furto da mercadoria, e sua posterior colocação no mercado contra a vontade do fornecedor, não há cogitar-se, nos termos do CDC, em responsabilização do fornecedor.

Ressalte-se a interessante colocação de James Marins estribando-se em Calvão de Souza, quando afirma, com acerto, que neste caso, existe uma verdadeira presunção legal de que, se o produto foi introduzido no mercado, o foi por determinação do fornecedor⁶⁶. Desse modo, caberá ao fornecedor demonstrar que, embora o produto

⁶⁶ Cf. James Marins, *Responsabilidade da Empresa pelo Fato do Produto*, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 146, 1993. Diz com pertinência Calvão de Souza a propósito: “O que há de novo e significativo nesta disposição [art. 5º, alínea “a” do Dec.-lei 383/89] é a presunção legal de que o produtor causador do dano foi emitido voluntariamente no mercado, cabendo ao produtor a demonstração do contrário, através de qualquer meio probatório. Essa prova do contrário significa aqui, convencer o juiz de que não entregou voluntariamente o produto a terceiro, demonstrando que ele saiu da sua guarda e poder de disposição, *verbi gratia*, por furto, roubo ou desfalque” (Cf. João Calvão de Souza. *Responsabilidade Civil do Produtor*, Coimbra, 1990, Almedina, p. 718 – itálico no original).

realmente esteja no mercado, não foi este introduzido de modo voluntário.

Mesmo que o produto tenha sido introduzido no mercado por preposto, ou até mesmo por representante autônomo, a invocação da excludente de responsabilidade referida não será possível, haja vista a previsão encartada no artigo 34 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, que dispõe acerca da mesma matéria já tratada pelo artigo 1521, inciso III da Lei Substantiva Civil.

A expressão utilizada pela lei “colocar produto no mercado” é vaga e deve ser interpretada, segundo James Marins⁶⁷, como significativa de “inserir o produto na cadeia de distribuição”, sendo este conceito ainda muito vago. Assevera o referido autor que no Direito Consumerista italiano existe disposição expressa acerca do momento em que se considera um produto como introduzido no mercado e que tais dispositivos poderiam ser trazidos e implantados no Direito Consumerista brasileiro a fim de que se evitassem inúmeras balbúrdias a respeito do momento em que o produto é realmente introduzido no mercado.

A segunda hipótese de exclusão da responsabilidade do fornecedor é a de inexistência de defeito no produto, esta mencionada no inciso II, § 3º do artigo 12 do CDC. É de entendimento assente na doutrina de que o fornecedor somente deverá responder pelo dano se o seu produto se revelar defeituoso em relação ao uso normal e típico (ou razoável).⁶⁸

Assim, inexistindo defeito, o fornecedor não se responsabilizará pelo dano causado pelo produto. Entretanto essa prova deverá ser efetuada pelo fornecedor e, sendo acatada pelo magistrado, eximirá o fornecedor de qualquer responsabilização. Logo, não existindo no Código indicação de que tal prova possa ser substituída pela plausibilidade da afirmação do fornecedor, impõe-se, destarte, prova positiva de inexistência do defeito não sendo suficiente a prova negativa.

A terceira e última excludente de responsabilidade do fornecedor elencada pelo CDC é a de culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro

⁶⁷ MARINS, Op. cit. p. 147.

⁶⁸ CARNEVALLI apud ROCHA, ob. cit. p. 106.

(art. 12, § 3º, inciso III do CDC). Tal excludente somente é aplicável no caso de culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. Em se tratando de culpa concorrente, a excludente não seria aplicável, permanecendo íntegra a responsabilidade do fornecedor.⁶⁹

Neste caso, coloca-se como fundamento a ciência do consumidor e a conseqüente assunção voluntária do risco. O que sucede nessa hipótese é a quebra do nexo de causalidade, pois não foi o defeito do produto que conduziu ao dano, mas a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro, não cabendo falar-se, de conseqüente, em responsabilidade do fornecedor.⁷⁰

Havendo culpa exclusiva do consumidor, irrelevante é a existência ou não de defeito. O defeito não causou o dano. O simples fato de existir culpa exclusiva é suficiente para quebrar o nexo de causalidade necessário à responsabilização do fornecedor. O dano terá sido, nesta hipótese, causado pela culpa exclusiva.

Deste modo, como explica Calvão de Souza “*não se verifica o pressuposto da aplicação da norma em apreço nem há responsabilidade do produtor*”⁷¹. Entretanto, se houvesse concorrência entre a culpa do consumidor e o defeito do produto, não mais se trataria de culpa exclusiva, mas de culpa concorrente, que poderá servir de minorante, ou causa atenuante de responsabilidade.

Parece que o sistema do Código não exclui a culpa concorrente como atenuante de responsabilidade. Até porque a razão de ser que leva a que a culpa concorrente seja considerada como atenuante de responsabilidade é precisa e exatamente a mesma daquela segundo a qual é causa excludente a culpa exclusiva do consumidor.

Embora a culpa concorrente não esteja elencada no CDC como causa excludente da responsabilidade do fornecedor (mesmo porque causa excludente não o é), aplica-se, subsidiariamente, entendimento assente pela doutrina majoritária segundo o qual deve-se minorar a responsabilização do fornecedor ante a existência de culpa concorrente do consumidor.

⁶⁹ ROCHA, ob. cit, p. 107.

⁷⁰ Eduardo Arruda Alvim, ob. cit. p. 142.

⁷¹ Apud. Id., p. 143.

Já tendo sido explicitadas as causas de exclusão da responsabilidade do fornecedor previstas no Código Consumerista, mister se faz evidenciarmos entendimento conflituoso na doutrina nacional no que tange à consideração ou não do “caso fortuito” e da “força maior” como causas excludentes da responsabilidade do fornecedor.

É princípio assente em nossa doutrina e jurisprudência que a força maior e o caso fortuito são causas excludentes de responsabilidade. Alguns doutrinadores não vislumbram diferenças entre os dois institutos. O Código Civil praticamente os conceitua como sinônimos (parágrafo único, artigo 1058 do CC), “fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir”. Normalmente, porém, considera-se presente a força maior, quando ocorrem os fatos da natureza, como tempestade, enchentes, sendo, portanto, inevitáveis, constituindo caso fortuito, os fatos imprevisíveis. Distinguindo alguns o caso fortuito interno⁷², ocorrido no momento da fabricação do produto ou na realização do serviço, este que não exclui a responsabilidade, por se integrar no risco da atividade, do caso fortuito externo, ocorrido após a introdução do produto ou durante a realização do serviço, este que exclui a responsabilidade do fornecedor, porque, afirmam estes autores, caso a ele se responsabilizasse nesta situação, estar-se-ia admitindo a responsabilidade objetiva integral, como no caso de acidentes de trabalho ou de seguro de acidentes de veículos automotores.

Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamin⁷³, citado por Eduardo Arruda Alvim⁷⁴, defende tal posicionamento: “A regra no nosso direito é que o caso fortuito e a força maior excluem a responsabilidade civil. O Código, entre as causas excludentes de responsabilidade, não os elenca. Também não os nega. Logo, quer me parecer, que o sistema tradicional, neste ponto, não foi afastado, mantendo-se então, a capacidade do caso fortuito e da força maior para impedir o dever de indenizar.”

⁷² Neste sentido posiciona-se o doutrinador James Marins, para quem o caso fortuito ou força maior somente são considerados como excludentes de responsabilidade quando ocorrerem depois que o produto ou o serviço foi posto no mercado.

⁷³ Do mesmo entendimento corroboram Denari, Vaconcellos, Calvão da Silva, dentre outros.

⁷⁴ ALVIM, op. cit. p. 145

No mesmo sentido, posiciona-se James Marins, para quem:

...reconhece-se na força maior o caráter de seccionadora do nexo de causalidade, indispensável para que haja responsabilidade civil, mesmo nos sistemas em que se prescinde da culpa, o que a faz servir como exoneradora da responsabilidade mesmo que não prevista expressamente na lei como eximente, porque permanece válida a regra de Direito Civil que reconhece à força maior a virtude de excluir a responsabilidade aquiliana. Isto é, se a força maior assume o papel de única causadora do dano de modo a que a vítima sequer pode comprovar que o produto era defeituoso, ou, ainda que venha a comprová-lo, não consegue estabelecer o nexo causal com o dano, não há responsabilidade civil do fornecedor por falta de um dos requisitos para a mesma. (MARINS, Ob. cit. p. 154)

Em sentido contrário e com a mesma eloquência doutrinária, alguns doutrinadores asseveram que não é possível a aplicação do caso fortuito e da força maior como excludentes de responsabilidade do fornecedor no Código do Consumidor, pois este já elencou as possibilidades e estas são *numerus clausus*, sem espaço para a inclusão de outras.⁷⁵

Assim, manifesta-se Eduardo Arruda Alvim no tocante à implementação do caso fortuito e da força maior como causas exonerativas da responsabilidade do fornecedor no Direito do Consumidor:

...em qualquer caso da existência de defeito do produto – antes ou depois de o fornecedor pôr o produto no mercado de consumo – deverá assumir os percalços da responsabilidade por caso fortuito ou força maior. Assim, não há falar-se

⁷⁵ Coadunam com tal entendimento Arruda Alvim, Castro Nascimento, Ferreira da Rocha, Lima Marques, Nery Júnior dentre outros.

em causa exonerativa. (ALVIM, 1996, p. 133 - 150)

Ante as considerações das correntes doutrinárias que se apresentam a favor e contra a adoção do caso fortuito e força maior como excludentes de responsabilidade do fornecedor, filiamo-nos parcialmente concordante à primeira, entendendo que o caso fortuito e a força maior excluem a responsabilidade do fornecedor desde que o produto ou o serviço já tenham sido postos à disposição dos consumidores, até porque, acaso o produto ou o serviço ainda não tivesse sido colocado à disposição no mercado, a responsabilidade caberia, totalmente, ao fornecedor em adequá-lo e, somente posteriormente, colocá-lo à disposição dos consumidores.⁷⁶

Além das causas excludentes de responsabilidade do fornecedor supradelineadas, existe, ainda, o risco do desenvolvimento, que consiste no risco que, mesmo com todo o aparato das técnicas preventivas, não é identificado no momento em que o produto é distribuído na rede de consumo, mas somente é identificável, após um período de uso. O exemplo mais comum é o de medicamentos novos, os quais chegam a produzir efeitos colaterais nos consumidores, prejudicando-os em sua saúde.

Discorrendo sobre o problema, João Calvão da Silva⁷⁷ afirma que a lei requer a impossibilidade absoluta e objetiva do fornecedor de descobrir a existência do defeito em decorrência da inexistência de meios idôneos para aferição de tais defeitos e não a impossibilidade subjetiva do fornecedor em causa. Logo, deve o fornecedor estar atualizado com as mais novas técnicas e experiências científicas mundiais, bem como ser conhecedor das literaturas nacionais e estrangeiras pertinentes à especialidade, pois o critério utilizado é o mais avançado estado da ciência e da técnica mundial.

Excluir a responsabilidade por risco de desenvolvimento do fornecedor é tornar plenamente vulneráveis as vítimas das falhas produzidas pelo agente produtor. Não se pode imputar ao lado mais fraco da relação de consumo, um encargo para o qual não corroborou;

⁷⁶ Como exemplo de doutrinador que pensa neste sentido, o consumerista James Marins.

⁷⁷ Apud. Silvio Luís Ferreira da Rocha, Ob. cit. p. 111.

não participou da elaboração do projeto, tampouco da produção final. Não há nexos entre o risco do produto e o comprador, posto que a mercadoria já traz ínsito o defeito.

Considerar a exclusão do agente econômico de qualquer responsabilização é admitir, em certo grau, a teoria do enriquecimento ilícito, posto que somente o fornecedor auferiu lucros, e todo o risco do insucesso foi arcado pelo consumidor. Sendo este o entendimento predominante, o preceito da equidade estaria violado. Em síntese: o produtor vende, obtém lucros; o comprador adquire e tem prejuízos.

O risco é próprio da atividade desempenhada. O risco deve ser endereçado ao fornecedor e não ao agente que consome o produto. Destarte, em consonância com o entendimento doutrinário predominante, o risco do desenvolvimento não deve ser levado em apreço no que concerne à exclusão da responsabilidade do fornecedor no direito brasileiro.

3.6 A Responsabilidade Subjetiva no Código de Defesa do Consumidor

Inobstante tenha o Código de Proteção e Defesa do Consumidor primado pela responsabilização objetiva do fornecedor consubstanciando-se na teoria do risco, o mesmo Código prevê, expressamente, uma hipótese de responsabilização subjetiva do fornecedor. A responsabilidade civil dos profissionais liberais encontra-se claramente excepcionada no artigo 14, parágrafo 4º do CDC. Assim, para responsabilizar os profissionais liberais haverá necessidade de comprovar a conduta do agente, utilizando-se de uma das três modalidades de culpa (imprudência, negligência e imperícia).

Tal exceção está baseada em duas razões. A primeira decorre do caráter *intuitu personae* da relação de consumo, e a segunda decorre do fato de ser a obrigação de meio e não de resultado.

O caráter *intuitu personae* dos profissionais liberais é aferível facilmente, visto que o consumidor procurará aquele profissional do qual tem referências de sua competência, e possui confiança o bastante para contratá-lo. Entretanto, quando esse profissional integra pessoas jurídicas ou presta serviços para elas, estaremos diante de causa diferente, ou seja, tal situação rege-se-á pela responsabilidade civil objetiva.

A segunda razão se encontra na obrigação de meio. Normalmente ocorre obrigação de meio, segundo Demogue⁷⁸ quando tudo o que se exige do seu prestador é o emprego de determinado meio sem olhar o resultado. Como exemplo de tais situações podemos trazer à colação o clássico exemplo dos advogados e médicos, vez que, em determinadas situações, é praticamente impossível atingir o resultado almejado. E ocorrerá obrigação de resultado quando se destina unicamente à satisfação de um resultado previamente estabelecido. Podemos citar como exemplo deste a contratação de um marceneiro para a feitura de determinado armário.

Todavia, existem hipóteses em que apesar de a relação de consumo ser formada *intuito personae*, destina-se a uma obrigação de resultado. Em casos deste jaez a responsabilidade será objetiva e não subjetiva⁷⁹. Entretanto, diante de uma obrigação de meio, aplica-se integralmente o lecionado pelo artigo 14, parágrafo 4º do Código Consumerista.

4. CONCLUSÕES

Civilizações do passado cultivaram formas de reparação, como a pena de Talião. A motivação de compensar o dano sofrido orientou esse critério. Mas naqueles tempos, o corpo humano e a vida eram o real objeto de ressarcimento. Alguns ordenamentos ficaram famosos: o Código de Hamurabi e Manu; a Lei das XII Tábuas; as normas mosaicas.

No direito aflorou a Lei de Aquília, em 286 a.C. A responsabilidade com culpa surgiu na Lei Aquiliana. Qualquer modalidade de reparar um dano encontrava sua justificação no elemento culpa.

⁷⁸ Apud. JORGE. “Responsabilidade Civil por Danos Difusos e Coletivos sob a Ótica do Consumidor” in Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, 1996. (n. 17, jan/mar)

⁷⁹ Viviane Coelho Séllos Apud. Idem. relata: “Concernente às obrigações de resultado o objeto de contratação foi um resultado final predeterminado e objetivado, é a essência do ajuste. Como por exemplo, podemos citar as cirurgias plásticas, onde o cirurgião se compromete a atingir um determinado objetivo com a cirurgia, assim, como os serviços de transporte, conserto e reparação de veículo. Neste caso, ou o profissional consegue o resultado objetivado, ou deve arcar com as conseqüências disso, pois o resultado de sua atividade é o que equivale à sua obrigação.”

Estudiosos insatisfeitos com o modelo ressarcitório milenar, esbravejaram com uma nova opinião: responsabilidade pelo risco causado, desconsiderando-se a culpabilidade.

Levando-se em apreço o aspecto universal, foi considerada, em primeiro lugar, a sociedade de consumo em massa. Neste tipo de sociedade nasce a concepção da idéia de consumidor. Com a Revolução Industrial, o advento das cidades e a queda dos privilégios em razão da natureza nobre ou sacerdotal, o indivíduo é valorizado por sua capacidade de consumo. Cria-se um novo estilo de sociedade baseada na aquisição de bens, mesmo que para isso fosse preciso criar novas necessidades, para garantir o desenvolvimento da indústria incipiente.

Este desenvolvimento traduziu-se em desigualdade entre consumidores e fornecedores. A igualdade formal, pura ficção legal, não atendia à realidade. O consumidor sujeitava-se ao poderio econômico do fornecedor. Este modelo de sociedade conduziu também a práticas anticoncorrenciais, através da concentração e domínio de mercados por grandes conglomerados.

A concepção de estado liberal entra em crise com a grande depressão de 1929. O mundo adota o intervencionismo estatal. Com este novo modo de atuação estatal visa-se a evitar o abuso do poder econômico através de medidas que impeçam as práticas anticoncorrenciais.

Inserido neste modelo de proteção ao consumidor, tem-se a proteção contra danos advindos de produtos defeituosos. Os Estados percebem que devem procurar novos instrumentos para garantir a estrutura do sistema de Proteção ao Consumidor, já que a responsabilidade baseada na culpa é ineficiente para garantir este tipo de proteção. Os produtos defeituosos causam muitas vezes lesões irreparáveis ou até mesmo a morte do consumidor, por isso incidem no direito fundamental de maior implicação do sistema jurídico que é o direito à vida.

A responsabilidade pelo fato do produto, que é baseada na responsabilidade objetiva é uma relevante mudança na tentativa do Estado mudar sua política de consumo. Por isso, na Europa, na década de 70, nasce a primeira legislação destinada a este tipo de tutela. É a legislação referente à Responsabilidade do Produtor no Direito Comunitário Europeu.

No âmbito mundial da evolução da Responsabilidade pelo Fato do Produto, temos dois importantes referenciais que vão influenciar as legislações de outros países. É a *product liability* do direito Americano e a Diretiva 374/85 da Comunidade Européia.

Nos Estados Unidos, a proteção do consumidor é baseada nas regras de experiência. Os juízes percebem no caso concreto que a responsabilidade contratual é ineficaz, não só em relação à dificuldade da prova (pois não incide sem a prova da culpa), mas também porque a relação contratual tem abrangência limitada. A proteção incide, por exemplo, em relação ao comprador do produto, que nem sempre é o consumidor, pois este pode ter recebido o produto por doação do comprador.

Com a Comunidade Européia nasce a Diretiva 374/85, baseada nas novas tendências mundiais sobre a Proteção do Consumidor. E serve de base, para o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, quanto à responsabilidade pelo fato do produto.⁸⁰

Para se adentrar à responsabilidade pelo fato do produto no Código do Consumidor Brasileiro, deve-se primeiro definir as partes integrantes da relação de consumo.

O consumidor é o primeiro destaque desta relação de consumo. O conceito jurídico do Código do Consumidor é a conjugação do aspecto sociológico de consumidor com o aspecto econômico. Desta maneira, consumidor é tanto um determinado grupo, que pode ser analisado por suas escolhas, como aquele que retira um bem de circulação, sem o intuito de revendê-lo ou utilizá-lo para desempenho profissional.

O consumidor no Brasil pode ser ainda pessoa física ou jurídica. Quanto a este último aspecto, deve-se analisar na relação jurídica, se há ou não presença de vulnerabilidade. O Código presume a vulnerabilidade da pessoa jurídica ou do profissional, somente em casos

⁸⁰ A propósito, convém destacar sobre as legislações estrangeiras que serviram de base ao Código do Consumidor, o seguinte trecho: “Visto agora pelo prisma mais específico de algumas de suas matérias, o Código buscou inspiração, fundamentalmente, no direito comunitário europeu: as Diretivas 84/450 (publicidade) e 85/374 (responsabilidade civil pelos acidentes de consumo). (FILOMENO, José Geraldo de Brito, GRINOVER, Ada Pellegrini, VASCONCELOS E BENJAMIN, Antônio Herman et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, comentado pelos autores do anteprojeto. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 17).

de produtos de difícil operação que precisasse se um conhecimento técnico específico para operacionalizá-lo.

Deve-se destacar, ainda, que o Código amplia o conceito de consumidor. Assim, a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, podem ser equiparadas a consumidor, desde que haja intervindo na relação de consumo.

Além disso, no caso de danos advindos de produtos defeituosos, o Código equipara a consumidor todas as vítimas do evento, inclusive o comerciante que distribui o produto.

Com isso, mesmo que seja vítima do evento: o próprio consumidor (conceito estrito), ou uma coletividade de pessoas equiparadas a consumidor (conceito amplo), ou ainda um distribuidor, terão direito de pleitear o ressarcimento por danos patrimoniais ou morais.

Deve-se analisar também o fornecedor. O Código adotou um conceito amplo de fornecedor, caracterizando-o como aquele que provisiona o mercado de produtos ou que presta serviços.

No caso de responsabilidade pelo fato do produto, o artigo 12 do Código do Consumidor restringiu o conceito de fornecedor definido no artigo 3º. Assim, os responsáveis diretos perante o consumidor são: o fabricante, o construtor, o produtor e o importador. Não será considerado responsável direto o distribuidor (comerciante), que neste caso tem responsabilidade subsidiária perante o consumidor.

No que tange à responsabilidade civil, denota-se que, aprioristicamente, esta foi baseada na culpa. Entretanto, percebeu-se que ela é eficiente para o crescimento industrial, pois deixa o fornecedor livre dos custos com indenização, mas é ineficiente no que tange ao consumidor e ao Estado, pois se traduz em concentração de mercado, em produtos mais caros e de baixa qualidade.

A responsabilidade objetiva tem justamente a finalidade econômica de imputar os custos com indenização para o fornecedor, que tem a possibilidade de repassar estes custos em seus produtos e diluí-los. Além disso, o Código adotou uma responsabilidade objetiva mitigada pois enumera exceções em que o fornecedor se exonera do dever de indenizar (por isso não se pode dizer que a responsabilidade pelo fato do produto é responsabilidade pelo risco da empresa).

Neste momento, deve-se tratar sobre a proteção do consumidor ocorrida no Brasil, bem como uma análise do instituto da Responsabilidade pelo Fato do produto. Com isso, adentra-se na terceira parte do trabalho monográfico.

A proteção ao consumidor no Brasil tem início nos mesmos parâmetros mundiais, ou seja, a proteção é feita de forma indireta. O consumidor é chamado pelo Estado para que denuncie práticas econômicas abusivas. Historicamente, a primeira norma que protege indiretamente o consumidor é o Decreto de repressão à usura, e a primeira Constituição a tutelar de forma indireta o consumidor é a Constituição de 1934, através da proteção a economia popular.

O Sistema de Proteção ao Consumidor (PROCON) é a primeira tentativa de proteção direta ao consumidor. O Estado, através de um órgão, serve como intermediador dos interesses do consumidor em sua relação com o consumidor.

Porém, no Brasil, a população carecia ainda de um sistema eficiente de tutela ao consumidor. A prova da culpa, no caso de produtos defeituosos e uma política governamental de proteção à indústria impediram que o governo adotasse uma política para a tutela do consumidor.

Com a Constituição de 1988 ocorrem vários fenômenos interligados. O Estado transforma seu modo de atuação, passa de interventor direto (empreendedor) e protecionista para um modelo de regulação legal (intervenção indireta). A Constituição ainda impõe ao Estado o dever de promover a tutela do consumidor, consagrando este dever no capítulo dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo. Consagra, também, a elaboração do Código de Defesa do Consumidor no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

No que tange à indagação do que se deve entender por Responsabilidade pelo Fato do Produto, a doutrina exposta entende serem os defeitos que atingem a incolumidade físico-psíquica do consumidor, desencadeando a responsabilidade civil extracontratual independente da prova da culpa, ou seja, a responsabilidade objetiva.

Os defeitos, por sua vez, são divididos em categorias, podendo estas ser divididas em: defeito de concepção, fabricação ou de informação. Os de concepção decorrem da falha no projeto e por

isso atingem todos os produtos na linha de produção; os de fabricação decorrem de eventual falha humana ou da máquina, e caracteriza-se por prejudicar determinado lote de produtos; e, finalmente, os defeitos de informação são decorrentes da ausência ou inadequação de informações que deveriam constar nas embalagens, rótulos, manuais de instruções que acompanham os produtos.

O Código trouxe, além da categorização destes defeitos, outros critérios para aferir se determinado produto é defeituoso ou não. Assim, considera-se um produto defeituoso quando não oferece a “segurança que dele legitimamente se espera”. Este critério é vago, e por isso foram definidos pelo legislador determinados elementos que o intérprete deve considerar para definir o defeito ou não de um produto.

O primeiro elemento é o da apresentação do produto. Desta maneira, deve-se consultar a publicidade, as informações do rótulo, embalagens, instruções de uso para que no caso concreto, se comprove a insegurança (ou segurança, conforme o caso) de um produto.

O segundo elemento é dos usos que razoavelmente se esperam do produto. O fabricante deve prever não só os usos normais que o consumidor pudesse fazer do produto, como usos anormais aceitáveis. Um exemplo esclarece a questão. No caso de massinhas de modelar, usados por crianças de tenra idade é de se prever que além de brincar, a criança poderá levar à boca tal produto (uso normal aceitável).

Finalmente, o terceiro elemento é o da época em que o produto entrou em circulação. O aspecto mais importante é o risco em desenvolvimento. A questão mais admirável que se levanta quando se fala em risco de desenvolvimento é se o estado da técnica e da ciência permitiam ao fabricante conhecer o defeito do produto, no momento deste entrar em circulação. Caso o risco tenha se desenvolvido após a colocação do produto no mercado, e mesmo que o estado da técnica ou da ciência não permitisse o conhecimento do defeito, o fabricante deverá ser responsabilizado.

Seguindo o estudo da responsabilidade pelo fato do produto, passa-se ao estudo das causas excludentes de responsabilidade do fornecedor de produtos e/ou serviços, as quais são elencadas pelo Código Consumerista no seu artigo 12, parágrafo 3º. São elas: a) quando o fornecedor provar que não colocou o produto no mercado; b) quando, embora haja colocado o produto no mercado provar que

o defeito inexistente; e c) quando o fornecedor provar que a culpa é exclusiva do consumidor ou de terceiro.

A boa doutrina enumera como excludentes de responsabilidade do fornecedor pelo fato do produto ou do serviço a força maior e o caso fortuito. Contudo, entende-se que tais excludentes somente operam quando o caso fortuito e a força maior acontecem quando o produto já foi colocado à disposição no mercado, não incidindo nos casos em que o produto ainda não foi colocado no mercado ao alcance dos consumidores.

Ventila-se, também como causa excludente da responsabilidade do fornecedor, o risco de desenvolvimento. Contudo, é de entendimento majoritário na doutrina brasileira a não inclusão do risco de desenvolvimento como causa excludente da responsabilidade do fornecedor.

A teoria subjetiva da culpa, igualmente, é prevista no ambiente do Código do Consumidor. O artigo 14, parágrafo 4º explana a respeito. Os profissionais liberais são os beneficiários da norma. O princípio basilar é de que, o integrante da carreira liberal contrata seus serviços com base na qualidade personalíssima. O médico, o advogado, que age nesse mister, suportará a indenização com apoio na responsabilidade subjetiva. Entretanto, existem casos em que o profissional é chamado a responder pelo regime da teoria do risco. Por exemplo, quando participa de pessoa jurídica e em nome dela realiza pacto para prestar serviços.

Está patenteada, inexoravelmente, a importância do Código de Defesa do Consumidor na sociedade brasileira. O tônus doutrinário do Código repercute na defesa dos utentes, e na expansão dos princípios protecionistas ali concatenados. Nos ditames da Lei 8.078/90 encontra-se o moderníssimo conjunto de preceitos de ordem pública. Aspecto merecedor de reconhecimento internacional; por especialistas da matéria.

Alcabo, espera-se, com este tipo de abordagem, haver demonstrado o elo entre o aspecto genérico da proteção ao consumidor e o aspecto específico (Responsabilidade pelo Fato do Produto).

5. BIBLIOGRAFIA

- ALMEIDA, João Batista de. *A Proteção Jurídica do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1993.
- ALVIM, Arruda. *Anotações sobre as perplexidades e os caminhos do Processo Civil Contemporâneo – Sua Evolução ao lado do Direito Material*. São Paulo: [s.n.], 1992. vol. 02. (Revista de Direito do Consumidor).
- ALVIM, Arruda, ALVIM, Tereza, ALVIM, Eduardo Arruda et al. *Código do Consumidor Comentado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. (rev. ampl.).
- ALVIM, Eduardo Arruda. *Responsabilidade Civil pelo Fato do Produto no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: [s.n.], 1996. n.º. 15, p. 133-150 (Revista do Consumidor).
- BITTAR, Carlos Alberto. *Responsabilidade Civil por Danos Causados a Consumidores*. São Paulo: Saraiva, 1992.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.
- CANCLINI, Nestor Garcia. *Consumidores e Cidadãos*. Rio de Janeiro: UFRJ, 1995.
- CARVALHO, Manuel da Cunha. *Produtos Seguros, porém defeituosos: por uma interpretação do art. 12 do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: [s.n.], 1993. v. 5, p. 27-49. (Revista de Direito do Consumidor, janeiro/março).
- CARVALHO, Miriam Regina de. *Direito do Consumidor Face à Nova Legislação*, São Paulo: Editora de Direito, 1997.
- CASTRO, Guilherme Couto de. *A Responsabilidade Civil Objetiva no Direito Brasileiro*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- COELHO, Fábio Ulhôa. *O empresário e os Direitos do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- DEANES, Phyllis. *A Revolução Industrial*. Rio de Janeiro: Zahar, 1969.
- DIAS, Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- DONATO, Maria Antonieta Zanardo. *Proteção ao Consumidor: conceito e extensão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- FILHO, Sergio Cavalieri. *Responsabilidade Civil por Danos causados por Remédios*. São Paulo: [s.n.] 1999. v. 19, p. 54-62, (Revista de Direito do Consumidor, janeiro/março).

- FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- GRINBERG, Rosana. *Fato do Produto ou do Serviço*. São Paulo, 2000. v. 35, p. 144-170 (Revista de Direito do Consumidor, julho/setembro).
- GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*, 7. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. (revista e ampliada).
- JORGE, Flávio Cheim. *Responsabilidade Civil por Danos Difusos e Coletivos sob a ótica do Consumidor*. São Paulo: [s.n.], 1996. v. 17, p. 97-138. (Revista de Direito do Consumidor, janeiro/março)
- JÚNIOR, Alberto do Amaral. *A Responsabilidade pelos vícios dos produtos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Direito do Consumidor, 1992. n. 2.
- JÚNIOR, Nelson Nery. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.
- LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Responsabilidade do Fabricante pelo Fato do Produto*. São Paulo: Saraiva, 1987.
- LOBO, Maria Tereza Carcomo. *Ordenamento Jurídico Comunitário*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 47.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. *Responsabilidade Civil do Fabricante e Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- LYRA, Afrânio. *Responsabilidade Civil*. 2. ed. São Paulo: Vellenich, 1979.
- MARINS, James. *Responsabilidade da Empresa pelo Fato do Produto*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. vol. 05.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor – o novo regime das relações contratuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- MARSHALL, Carla Izolda Fiúza Costa. *Responsabilidade do Fabricante por produto defeituoso na União Européia e no Brasil*. São Paulo: 1998. v. 25. p. 116-121, Revista de Direito do Consumidor, janeiro/março.
- MELLO, Heloísa Carpena Vieira de. *Responsabilidade Civil no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: [s. n.], 1998. v. 28, p. 59-67, (Revista de Direito do Consumidor, out/dez).
- NORRIS, Roberto. *Responsabilidade Civil do Fabricante pelo Fato do Produto*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

PASQUALOTTO, Adalberto. *Proteção contra Produtos Defeituosos: das origens ao Mercosul*. São Paulo: [s. n.], 2002. v. 42., p. 49-85, (Revista de Direito do Consumidor).

PASQUOLATO, Adalberto. *A responsabilidade do Fabricante e os riscos de Desenvolvimento*. In: Marques, Cláudia Lima (Coord.) Estudos sobre a Proteção e Defesa do Consumidor. Porto Alegre: Advogado, 1994.

PEDROTTI, Irineu Antônio. *Compêndio de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Universitária de Direito, 1992.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

ROCHA, Sílvio Luiz Ferreira da. *Responsabilidade Civil do Fornecedor pelo Fato do Produto no Direito Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. (revista, atualizada e ampliada).

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e da Defesa do Fornecedor*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SÉLLOS, Viviane Coelho de. *Responsabilidade do fornecedor pelo fato do produto no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: 1994. n. 11, p. 128-143. (Revista de Direito do Consumidor).

SILVA, João Calvão da. *Responsabilidade Civil do Produtor*. [S. l]: Coimbra, [19 -?]. p. 38.

STOCO, Rui. *Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. (revista e ampliada).

TOMASETTI JR., Alcides. *A Configuração Constitucional e o modelo normativo do CDC*. São Paulo: [s.n.], 1995. v. 14, p. 28-40. (Revista de Direito do Consumidor, abril/junho.)

WADA, Ricardo Morishita et alli. *Os Sistemas de Responsabilidade no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: [s.n.], 2002. v. 41, p. 184-204 (Revista de Direito do Consumidor, janeiro/março).

INTERRUPÇÃO DA PRESCRIÇÃO: REFLEXOS DO NOVO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO SOBRE O SISTEMA PROCESSUAL

Sandra Angélica Pereira Santiago,
Bacharela em Direito pela Universidade Tiradentes, advogada e, atualmente, aluna da Escola Superior da Magistratura de Sergipe.

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo precípua abordar a repercussão da alteração do regramento do instituto da prescrição introduzida pelo Novo Código Civil sobre o sistema processual vigente, principalmente no que respeita à sua interrupção e ao momento exato em que esta se opera, confrontando-se o art. 202, inciso I, da Lei Civil, com o art. 219, do Código de Processo Civil.

PALAVRAS-CHAVE: prescrição; interrupção; despacho citatório; citação.

ABSTRACT: The present work has as objective right to a preferential share to approach the repercussion of the alteration of the institute of the lapsing introduced for the New Civil Code on the effective procedural system, mainly in that it respects to its interruption and the accurate moment where this if operates, collating article 202, interpolated proposition I, of the Civil Law, with article 219, of the Code of Civil action.

KEY WORDS: Lapsing; interruption; citatory forwarding; citation.

SUMÁRIO: 1- Introdução. 2- Breves linhas sobre a prescrição. 3- O ato jurídico de interrupção da prescrição. 4- Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Muitos são os reflexos do Novo Código Civil sobre o sistema processual, dado o caráter instrumental deste em relação ao regramento de Direito Material, o que estabelece entre eles uma nítida conexão.

Dentre as significativas mudanças protagonizadas pelo Código Civil de 2002, pode-se destacar a disciplina da prescrição, importante instituto que tem como fundamento principal a garantia da paz social, preservando a estabilidade e a segurança nas diversas relações jurídicas e impedindo a perpetuidade destas com permanente subordinação de uns sujeitos em relação a outros.

Repercussões imediatas dessas alterações acerca da prescrição incidiram sobre o sistema processual, ocasionando uma incompatibilidade entre as normas de direito material e processual.

Hodiernamente, os doutos têm enfrentado o tormentoso problema de aplicação do novo ordenamento civil em conjunto com as várias leis especiais até então vigentes, notadamente quando tratam do mesmo assunto de forma diversa e incompatível, surgindo a chamada antinomia.

Identificada a antinomia entre o art. 202, inciso I, do Novo Código Civil, e o art. 219, do Código de Processo Civil, o presente estudo visa apresentar, sem a pretensão de ser a última palavra sobre o assunto, a solução da incompatibilidade entre esses dois dispositivos, passando-se por uma análise perfunctória acerca do instituto da prescrição.

2. BREVES LINHAS SOBRE A PRESCRIÇÃO

Antes de se passar ao desenvolvimento do tema, verificando em que consiste a antinomia das normas material e processual acerca da interrupção do lapso prescricional, convém especificar, ainda que em comentários sumários, algumas peculiaridades sobre a prescrição no novo diploma civil.

Segundo se infere da inteligência do art. 189 do Novo Código Civil, a **prescrição** pode ser conceituada como a perda da *pretensão* de restauração de um direito violado, por força da inércia de seu titular durante o lapso temporal previsto em lei, do que se observa o desapego

do legislador de 2002 em relação à antiga teoria *immanentista* do Direito Romano, separando o direito de ação, que permanece intacto, da pretensão surgida com a lesão ao direito subjetivo a uma prestação.

Isso vem corroborar o critério científico de distinção entre a prescrição e a decadência lucidamente formulado pelo Professor Agnelo Amorim Filho, e que leva em conta a correlação entre as duas grandes categorias de direitos subjetivos (direitos a uma prestação e direitos potestativos) e a classificação das ações em três grupos (condenatórias, constitutivas e declaratórias).¹

Segundo este critério, somente as ações condenatórias são prescritíveis, haja vista que são as únicas que têm a finalidade de tutelar os direitos subjetivos a uma prestação, e, portanto, são suscetíveis de lesão, esteira na qual andou o Código Civil de 2002, e andou bem.

Além disso, ao disciplinar expressamente a decadência, suprimindo uma lacuna do Código Civil de 1916, a nova lei civil afastou o complexo problema da distinção entre aquele instituto e a prescrição, não tratando todos os prazos sob a denominação comum de prescrição, pois antes o aplicador do direito se via obrigado a utilizar o empirismo e a casuística para identificar, no art. 178 do antigo diploma, os casos de um ou de outro daqueles institutos.

Outra importante contribuição do Novo Código Civil em tema de prescrição foi estabelecer que a *exceção* prescreve no mesmo prazo em que a pretensão, não havendo mais razão para a discussão acerca da possibilidade de se opor, em defesa, direito prescrito.

De igual modo, o Novo Código Civil introduziu uma exceção à regra prevista no § 5º do art. 219 do Código de Ritos Pátrio, segundo a qual é vedado ao magistrado reconhecer de ofício a prescrição de direitos patrimoniais. A ressalva refere-se à possibilidade de o juiz declarar a prescrição e julgar extinto o processo com análise de mérito, ainda que sem provocação da parte, quando vier beneficiar o absolutamente incapaz, consoante o art. 194 do novel código.

Insta, por fim, observar que o prazo da prescrição sofrerá uma única interrupção, na dicção no novo diploma civil (art. 202), evitando-

¹ AMORIM FILHO, Agnelo. Critério Científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1997, n. 744, p. 725-50, apud GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2002. 1.v.

se, com isso, as abusivas proposituras reiteradas da mesma ação com o intuito de renovação do prazo.

Assim, percebe-se que relevantes e diversas foram as alterações e novidades trazidas pelo Código Civil. Nesse contexto, convém chamar atenção para as regras que disciplinam a forma de interrupção da prescrição, cujo exame se faz no próximo tópico.

3. O ATO JURÍDICO DE INTERRUPTÃO DA PRESCRIÇÃO

No diploma civil, concentram-se as causas interruptivas da prescrição, que são fatos idôneos a elidir o lapso de tempo e reveladores de sinais de que o prescribente defende o seu direito não se mantendo inerte diante de situação violadora dele.

Dentre esses fatos jurídicos, destaque-se o ato citatório ou o despacho de recebimento da petição inicial. A análise do momento em que se considera interrompida a prescrição deve se pautar pelo cotejo dos dispositivos a seguir transcritos, *in verbis*:

Código Civil de 1916 – Art.172. A prescrição interrompe-se: I – pela citação pessoal feita ao devedor, ainda que ordenada por juiz incompetente;

Código Civil de 2002 – Art.202. A interrupção da prescrição, que somente poderá ocorrer uma vez, dar-se-á: I – por despacho do juiz, mesmo incompetente, que ordenar a citação, se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual;

Código de Processo Civil de 1973 – Art.219. A citação válida torna prevento o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa; e, ainda quando ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição. § 1º A interrupção da prescrição retroagirá à data da propositura da ação.

Dessa análise, infere-se que havia uma compatibilidade entre o Código Civil de 1916 e o Código de Ritos de 1973, uma vez que ambos os diplomas legais reputavam interrompida a prescrição com a **citação** do requerido.

No entanto, com o advento do novo ordenamento civil, vem a lume a antinomia do art. 202 do Código Civil com o art. 219 da Lei Processual, pois, como se vê, o primeiro dispositivo, diferentemente deste, fixa como momento de interrupção da prescrição o **despacho do juiz que ordenar a citação**.

É cediço que a antinomia jurídica, como sendo a incompatibilidade entre preceitos normativos de um mesmo ordenamento legal, classifica-se em real e aparente. Aquela não possui instrumentos de solução dispostos na própria ordem jurídica, hipótese em que sua resolução se dá em cada caso de acordo com as particularidades, ao passo que a antinomia aparente consiste na oposição entre normas que encontra no aparelhamento jurídico sua solução, a partir dos critérios hierárquico, cronológico e da especialidade.²

De fato, a antinomia que se apresenta entre as aludidas normas é aparente, devendo, segundo a melhor doutrina, ser solucionada a partir do critério cronológico, no sentido de prevalecer a norma prevista no diploma civil de 2002, por ser lei nova e posterior em relação ao Código de Processo Civil, que, tal qual aquele, é lei de índole geral, incidindo o § 1º do art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil. Alguns doutrinadores ainda acrescentam o argumento de ser o instituto da prescrição assunto de direito material, o que justifica o seu tratamento pelo Código Civil e não pela lei processual.

De fato, esse é o melhor critério de solução da antinomia aparente ora em comento, considerando-se o despacho que ordena a citação o fato jurídico interruptivo do lapso prescricional. Observe-se que não é qualquer despacho inicial que possui esse efeito, como bem leciona Fredie Didier Júnior³, pois não interrompem o prazo da prescrição o despacho que determina a emenda da exordial e a sentença que a

² KÜMPEL, Vitor F. *A antinomia de segundo grau e o novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, abr. 2004. Disponível em <www.damasio.com.br/novo/html/frame_artigos.htm>. Acesso em: 19 ago. 2004.

³ *Regras processuais no novo código*: aspectos da influência do Código Civil de 2002 na legislação processual. São Paulo: Saraiva. p. 10.

indefere, mas sim o despacho citatório que encerra um juízo de admissibilidade da demanda, pautado pela verificação da presença dos pressupostos processuais e condições da ação.

Não obstante a revogação da norma processual aludida, nada impede que se considere mantida a eficácia do § 1º do art. 219 do Código de Processo Civil, ou seja, a interrupção da prescrição continua a retroagir à data da propositura da ação, desde que o autor cumpra o ônus de promover a citação do requerido no prazo legal, consoante determina o § 2º do mesmo dispositivo.

Isso porque, além da lei civil ser omissa acerca desse assunto, concluindo-se pela manutenção daquele dispositivo processual no ordenamento jurídico, o projeto do novo Código Civil foi elaborado antes da alteração feita pela Lei 8.952/94 no § 1º, que dispunha que se considerava interrompida a prescrição com o despacho ordenatório da citação, de acordo com a lição de Antônio Carlos Marcato⁴, revelando a intenção do legislador da lei civil de se manter coerente com o sistema processual naquela época vigente. Ademais, ressalte-se que o art. 202, inciso I, parte final, do Código Civil, faz expressa remissão à lei processual quando condiciona o efeito interruptivo à providência da citação pelo interessado no prazo e na forma deste último diploma legal.

Em sentido contrário entende Carlos Roberto Gonçalves⁵, para quem a citação válida interrompe a prescrição com efeitos retroativos à **data do despacho**, desde que o autor a promova no prazo e na forma da lei processual.

Paulo Nader também considera que a retroação daqueles efeitos se opera até a data do despacho inicial, sustentando que o ato interruptivo é de índole complexa, cujos pressupostos são o despacho e a citação válida. Assevera, ainda, que *“o importante, então, para a parte, é que o seu patrono obtenha o despacho antes de verificada a prescrição e, depois, que efetive a citação no prazo legal”*.⁶

Como lucidamente lembrado por Antônio Carlos Marcato, essa conclusão enseja sérios prejuízos ao autor, pois tornaria possível a

⁴ MARCATO, Antônio Carlos (coord.) et al. *Código de Processo Civil Interpretado*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 585;586.

⁵ *Principais Inovações no Código Civil de 2002*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 33.

⁶ *Curso de Direito Civil: Parte Geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 580.

ocorrência da prescrição no interregno entre o ajuizamento da demanda e o despacho liminar positivo do juiz, em virtude da deficiência na máquina judiciária, o que é rechaçado pelo § 2º, parte final, do art. 219 do Código de Processo Civil.⁷ Com isso, deixaria o titular do direito que demonstrou ser diligente na sua defesa à mercê de um Poder Judiciário assoberbado, o que não se pode admitir.

Além disso, a despeito de opiniões autorizadas, pode-se afirmar que a interpretação no sentido de que a aludida retroação alcança tão-somente o despacho exarado na petição inicial, e não o ajuizamento da ação, leva a um retrocesso prejudicial para a parte, como já dito acima, e cria dificuldades para o Poder Judiciário, na medida em que o magistrado é compelido a fazer um exame apressado da exordial para evitar a iminente consumação da prescrição em detrimento da análise detida dos pressupostos de admissibilidade da demanda ou, ainda, em desfavor do exame de pedidos reputados urgentes.

Nesse mesmo sentido, é a opinião do professor Flávio Luiz Yarshell⁸, que, abordando o mesmo assunto, comenta:

“[...] Se é assim, isto é, se a retroação desse efeito para o momento anterior ao da citação foi e é admitida pelo sistema, parece mais correto dizer que a retroação alcança o ajuizamento e não apenas o despacho que ordenar a citação, porque essa é a forma ditada pela lei processual, à qual, como dito, reporta-se expressamente a nova lei civil.

Sob o ângulo histórico, que também se considera parâmetro de interpretação, é preciso lembrar que o texto projetado que redundou no novo Código Civil permaneceu por longos anos no Congresso Nacional, de tal sorte que a regra constante do art. 202, I, da nova lei não pode ser tomada apenas em sua literalidade, mas sim no confronto com a opção feita pelo legislador quando da edição da

⁷ Op. cit., p. 586.

⁸ *A Interrupção da Prescrição pela Citação: Confronto entre o Novo Código Civil e o Código de Processo Civil*. São Paulo: Phoenix [Órgão Informativo do Complexo Jurídico Damásio de Jesus], abr./2003.

citada Lei n. 8.952/94 e que, como visto, alterou o sistema para fazer o efeito interruptivo retroagir ao momento do ajuizamento.”

Desse modo, não se tem dúvida que seja a melhor exegese a que considera plenamente eficaz o § 1º do art. 219 do Código de Processo Civil, que passa a complementar a regra do art 202, da Lei Civil.

Por outro lado, diante da retroação dos efeitos interruptivos nos moldes preceituados pelo aludido § 1º do art. 219, sobreleva-se a importância de se saber em que momento processual se reputa proposta uma demanda. Diz o art. 263, do diploma processual, que se considera ajuizada a ação quando o magistrado despacha a petição inicial ou quando é esta distribuída, na hipótese de haver mais de um Juízo igualmente competente para conhecer da demanda.

Desse contexto, alvitra-se que na hipótese de se considerar proposta a demanda no momento do despacho da inicial, não haverá a retroação e o efeito interruptivo da prescrição tem o seu termo *a quo* neste ato processual, o que não vem contradizer a essência da interpretação acima sustentada, tendo em vista tão somente a coincidência nos momentos processuais considerados. Neste caso, a relevância estará no ajuizamento da demanda no tempo fixado para o seu exercício e o despacho inicial será o meio de efetivação da citação válida, a qual é condição legal para a produção do efeito de interrupção do prazo prescricional, por força da inteligência do art. 263, *parte final*, do Código de Processo Civil.

Entretanto, considerando-se ajuizada a ação na ocasião da distribuição da exordial, absolutamente inegável é a possibilidade de retroação dos efeitos interruptivos da prescrição à data desse fato jurídico.

Convém ressaltar, inclusive, o entendimento jurisprudencial sedimentado no Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual é suficiente a entrada da petição inicial no protocolo do Juízo para se reputar interrompido o prazo da prescrição, salvo se considerada inepta ou se houver desídia na efetivação da citação ou da distribuição imputada ao peticionário. Trata-se de posicionamento pautado na praxe forense e que prestigia o acesso à eficiente prestação jurisdicional.

De todo modo, ressalte-se que, embora o fato jurídico interruptivo do prazo prescricional seja o despacho liminar positivo, para que a retroação se opere alcançando o ajuizamento da demanda, é preciso que o autor seja diligente e promova a citação do réu no prazo de dez dias, ou seja, que forneça ao Poder Judiciário todos os elementos indispensáveis à realização desse ato processual de comunicação, como: endereço do requerido, pagamento das custas e cópia da petição inicial. Isso em cumprimento ao ônus imposto pelo § 2º do art. 219 do Código de Processo Civil, dispositivo este que permanece em vigor por força da parte final do inciso I do art. 202 da Lei Civil.

Aquele prazo pode ser prorrogado pelo juiz por mais 90 dias, na dicção do § 3º do art. 219, não podendo o prescribente ser prejudicado pela demora imputável à estrutura judiciária ou a outros obstáculos para os quais não concorreu, o que ensejou a edição da Súmula 106 pelo Superior Tribunal de Justiça.⁹

Disso ressaí que a citação válida não é mais o ato jurídico que interrompe a prescrição, mas, condição legal suspensiva da eficácia interruptiva do despacho que ordena o ato citatório quando realizado no prazo de lei, consoante afirma Fredie Didier Júnior.¹⁰

Certo é que o Novo Código Civil seguiu a mesma linha de raciocínio desenhada na norma do art. 617 do Código de Processo Civil, que trata da prescrição da execução, a qual igualmente se interrompe com o deferimento da instauração do procedimento executório, desde que a citação se efetive nos termos e prazos do art. 219 do mesmo diploma processual. Entende-se da dicção desse dispositivo que o despacho citatório é o produtor do efeito interruptivo, retroagindo este ao momento da propositura da execução, bem como que a citação é também condição para a concretização do referido efeito.

Não se pode conceber uma interpretação puramente literal desse dispositivo para simplesmente admitir que ele se refere ao despacho

⁹ A Súmula 106 assim prescreve: “Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da Justiça, não justifica o acolhimento da arguição da prescrição ou decadência”.

¹⁰ *Regras processuais no novo código*: aspectos da influência do Código Civil de 2002 na legislação processual. São Paulo: Saraiva p. 12.

de deferimento da inicial, e não ao despacho que ordena a citação, reconhecendo-se interrompida a prescrição naquele momento processual, ainda que o ato citatório não tenha sido determinado.

O novo ordenamento civil assevera que reputa interrompido o lapso prescricional com o despacho que determina a citação, mesmo quando exarado por juiz incompetente. Cuida-se da incompetência absoluta ou relativa, vez que a intenção da lei é afastar a prescrição quando o titular do direito propôs tempestivamente a ação em Juízo, razão pela qual a interpretação dessa parte do inciso I do art. 202 do Código Civil deve se pautar pela razoabilidade para não conceder privilégio ao autor desidioso, que, à última hora, ajuíza a ação perante qualquer Juízo, que sequer aparenta ser o competente para o processamento e julgamento do pedido deduzido, pois não se pode admitir a outorga do benefício àquele que agiu de má-fé.

Outro aspecto a ser observado é que restará interrompida a prescrição ainda que ocorra a anulação do processo, salvo se esta teve como causa a invalidade do ato citatório por vício, uma vez que é condição para o efeito interruptivo do despacho que o ordena. O mesmo se diga no tocante à extinção do processo sem julgamento de mérito, salvo nas hipóteses dos incisos II e III do art. 267 do Código de Ritos pátrio, que dizem respeito, respectivamente, à paralisação do processo por negligência das partes por um ano e abandono da causa pelo autor por mais de trinta dias, pois são situações que refletem a incúria do prescribente.

4. CONCLUSÃO

Diante de tudo anteriormente exposto, não se tem dúvida que houve verdadeira revogação do *caput* do art. 219 do Código de Processo Civil pelo inciso I do art. 202 do atual Código Civil, razão pela qual comunga-se do entendimento no sentido de que o ato jurídico hábil para interromper a prescrição é o despacho citatório exarado pelo juiz, ainda que incompetente absoluta ou relativamente.

Igualmente, não se pode negar que subsiste a eficácia dos §§ 1º, 2º e 3º do art. 219 da lei processual, os quais passam a ser normas complementares à regra civil supracitada, tendo em vista a remissão

expressa que essa faz aos preceitos processuais. Sendo assim, certo é que o efeito interruptivo do lapso prescricional retroage para alcançar o momento em que se reputa ajuizada a ação pelo prescribente, caracterizado com o despacho da petição inicial ou com a distribuição desta, de acordo com os termos do art. 263 do Código de Ritos, sendo a citação válida condição inafastável para a produção daquele efeito.

Por fim, ressalte-se que, para atender ao postulado constitucional de acesso à eficiente prestação jurisdicional, a jurisprudência tem considerado como suficiente para produzir o efeito interruptivo o simples protocolo da petição inicial, desde que esta venha a ser recebida, isto é, não seja inepta, e que se efetive a citação válida do requerido.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Regras processuais no novo código civil: aspectos da influência do Código Civil de 2002 na legislação processual*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2002. 1v.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Principais inovações no código civil de 2002: breves comentários*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- YARSHELL, Flávio Luiz. *A Interrupção da Prescrição pela Citação: Confronto entre o Novo Código Civil e o Código de Processo Civil*. São Paulo: *Phoenix* [Órgão Informativo do Complexo Jurídico Damásio de Jesus], abr./2003. n.11.
- KÜMPEL, Vitor F. *A antinomia de segundo grau e o novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, abr. 2004. Disponível em: <www.damasio.com.br/novo/html/frame_artigos.htm>. Acesso em: 19 ago. 2004.
- MARCATO, Antônio Carlos (coord.) et. al. *Código de Processo Civil Interpretado*. São Paulo: Atlas, 2004.
- NADER, Paulo. *Curso de direito civil: parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 1v.

NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria. *Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil em vigor*. 4. ed. rev. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

NICOLAU, Gustavo Rene. *Verdadeiras modificações do novo Código Civil*. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 7, n. 65, mai. 2003. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4041>>. Acesso em: 19 ago. 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: parte geral*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. 1v.

A PENA DE PRISÃO NO BRASIL. UMA ANÁLISE À LUZ DA SOCIOLOGIA DO DIREITO DE ERVING GOFFMAN

Paulo Macedo, Juiz de Direito; Pós-graduado *lato sensu* em Processo Civil; Mestrando em Direito, Estado e Cidadania; Professor da Escola Superior da Magistratura de Sergipe (Esmese); Professor da Escola Superior do Ministério Público; Professor da Universidade Tiradentes.

RESUMO: Artigo de análise do funcionamento da pena de prisão no Brasil à luz da teoria das “Instituições Totais” e da “Mortificação do eu” de Erving Goffman.

PALAVRAS-CHAVE: Sociologia do direito. Prisão. Instituições totais. Mortificação do Eu. Goffman.

ABSTRACT: This paper studies the prison penalty in Brazil, from the standpoint of Erving Goffman's concepts of “Total Institution” and “mortification of the self”.

KEY WORDS: Sociology of Law. Prison. Total Institution. Mortification of the Self. Erving Goffman.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A Teoria das Instituições Totais de Goffman; 3. A mortificação do eu segundo Goffman; 4. Conclusões sobre a teoria das Instituições Totais; 5. A teoria das Instituições Totais e a pena de prisão no Brasil.

1. INTRODUÇÃO

Erving Goffman, através da obra “*ASYLUMS – Essays on the social situation of mental patients and other inmates*”, intitulada na sua tradução para a língua portuguesa como “*Manicômios, prisões e conventos*” elabora minucioso estudo daquilo que denomina “**Instituições Totais**”. O

autor fora membro visitante do Laboratório de Estudos Sócio-Ambientais do Instituto Nacional de Saúde em Bethesda, Maryland, EUA, fazendo ali breves estudos sobre o comportamento nas enfermarias nos Institutos Nacionais do Centro Clínico de Saúde, realizando ainda pesquisa de campo durante um ano, entre 1955 e 1956, no Hospital Psiquiátrico St. Elizabeths em Washington.

O interesse de Goffman pelas chamadas Instituições Totais deve-se a dois motivos: primeiro por se tratar de um híbrido social resultante da soma de uma comunidade residencial com uma organização formal. Em segundo lugar, e principalmente, por consistirem as Instituições Totais num experimento natural sobre o que pode ser feito ao eu.

2. A TEORIA DAS INSTITUIÇÕES TOTAIS DE GOFFMAN

Goffman parte do seguinte conceito de Instituição Total para elaboração da sua teoria:

Local de residência e trabalho onde um grande número de indivíduos com situação semelhante, separados da sociedade mais ampla por considerável período de tempo, levam uma vida fechada e formalmente administrada.¹

O conceito contrapõe-se ao de “estabelecimentos sociais”, entendidos estes como locais nos quais se desenvolve atividade de determinado tipo. As Instituições Totais, ao contrário, apresentam **características essenciais** que podem ser assim identificadas:

- a) concentração em um só local e sob a mesma autoridade das atividades de trabalho, lazer e descanso;
- b) massificação das atividades, devendo tudo ser feito em conjunto pelos internados;
- c) obediência a horários rigorosos para todas as atividades.

É interessante notar que adentrando ao universo das chamadas Instituições Totais e atentando aos efeitos que as mesmas podem gerar

¹ GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. São Paulo: Perspectiva S.A., 1974, p. 11.

sobre o eu, torna-se possível agrupar como semelhantes, instituições que a princípio seriam essencialmente diferentes, como uma prisão, um hospital psiquiátrico e um mosteiro.

O mérito da análise de Goffman reside exatamente em demonstrar os efeitos do estilo de vida em tais instituições sobre o eu, gerando todas elas, conseqüências bastante semelhantes sob este aspecto.

O pesquisador começa classificando as Instituições Totais, tendo em vista os seus objetivos, nos seguintes grupos:

1) Instituições para pessoas incapazes e inofensivas, como asilos para cegos, velhos, órfãos e indigentes.

2) Instituições para pessoas incapazes e ameaçadoras, como hospitais para doentes mentais, tuberculosos e leprosos.

3) Instituições destinadas à proteção da comunidade contra perigos intencionais, como as penitenciárias, cadeias e campos de concentração.

4) Instituições destinadas à realização mais adequada de uma tarefa específica, como quartéis, navios ou escolas internas.

5) Instituições utilizadas como refúgio do mundo ou para instrução religiosa, como abadias, conventos e mosteiros.

Esclarece Goffman que a sua classificação não é exaustiva, podendo ocorrer alguma Instituição Total que se situe num meio termo entre duas das categorias apresentadas. Da mesma forma, afirma que as características gerais das Instituições Totais podem não ser encontradas em sua totalidade em algum estabelecimento que se enquadre num dos grupos acima elencados.

Sem prejuízo das ressalvas feitas pela teoria, o traço mais marcante do estudo do autor é o efeito do estilo de vida em instituições de tal natureza sobre o eu. À guisa de melhor operacionalizar a vida dentro de uma Instituição Total, considerando inclusive o aspecto financeiro, a massificação de todas as atividades desenvolvidas no seu interior acarreta o controle das necessidades humanas dos internados, bem como da comunicação dos mesmos entre si e também com o grupo dirigente.

Opera-se assim o que pode ser chamado de “desculturamento” ou “destreinamento” para a vida social. Ao ser internado na Instituição Total, o indivíduo recebe um tratamento tal que lhe tornará despido

das disposições que lhe permitam uma concepção de si mesmo. O eu será sistematicamente (embora às vezes não intencionalmente) mortificado, como se verá nas linhas que seguem.

3. A MORTIFICAÇÃO DO EU SEGUNDO GOFFMAN

As Instituições Totais valem-se de fontes diretas de mortificação do eu. Verdadeiros mecanismos eficientes (ainda que sem intenção e apenas por mera consequência em algumas instituições) para desvencilhar o indivíduo de todos os seus valores de referência existentes fora da Instituição Total. Analisemos um a um:

1) Barreira com o mundo externo

Os muros da prisão para o condenado, os do hospital psiquiátrico para o doente mental ou a proibição de se ausentar do convento ou do mosteiro aceita pela própria vontade do monge ou da freira têm na verdade função idêntica: levar o indivíduo a romper com o seu passado. As pessoas do seu convívio familiar e social se encontram agora indisponíveis, fisicamente inacessíveis, exceto em dias e horários de visita estabelecidos pela direção da instituição.

Com a nova realidade, o internado (seja qual for a natureza da Instituição Total) percebe que não tem mais acesso aos relacionamentos sociais anteriores à internação na mesma intensidade que tinha outrora, o que traz consequências sobre o seu eu que já começa a ser oprimido.

2) Despojamento dos papéis

Ao se tornar um internado, a pessoa é retirada do seu antigo universo social e inserida em um novo. Agora, a sua profissão, as suas habilidades e os seus hábitos sociais não encontram mais espaço no mundo pequeno da instituição. O indivíduo que era esposo, pai e conceituado operário da indústria por exemplo, não terá qualquer diferença de ordem prática no seu tratamento dentro da instituição em relação a um outro indivíduo que na sociedade extramuros era solteiro, sem filhos e avesso à idéia do trabalho produtivo.

Uma vez inserido no universo da Instituição Total, o indivíduo sofre um brutal ataque ao seu eu com a mensagem clara da instituição de que os papéis por ele desempenhados no mundo externo são agora de nenhuma valia.

O resgate dos papéis sociais que exercia antes da internação só se dará quando da saída da Instituição Total, se ainda se fizer possível. Sem dúvida, o tempo transcorrido pelo indivíduo no interior de uma instituição de tal natureza pode lhe trazer perdas irrecuperáveis não possibilitando o restabelecimento de todos os papéis anteriores, notadamente no que diz respeito aos relacionamentos afetivos do internado antes da sua internação que, em virtude da perda do convívio diário, não raro acabam por sucumbir diante do isolamento.

3) **Admissão**

Uma fonte direta e severa de mortificação do eu é a admissão utilizada por algumas Instituições Totais. Também conhecida como “programação”, consiste esta fonte no processo de fazer o indivíduo entender que será tratado como mais um objeto dentro da instituição, despojado de qualquer peculiaridade, igualando-se na baixa importância aos demais internados. A admissão pressupõe a perda dos bens, havendo uma padronização em algumas instituições de todos os pertences permitidos aos internados.

Em prisões e hospitais psiquiátricos, tanto quanto em mosteiros, conventos, quartéis ou escolas internas, têm-se como regra a padronização das vestimentas dos internados, bem como dos seus materiais de higiene pessoal (quando existentes) e utensílios domésticos. O patrimônio pessoal do internado não adentra aos muros da instituição, havendo assim mais uma quebra da referência que o internado tem de si mesmo.

Na instituição, o internado é despojado não só do seu patrimônio anterior, como ainda do seu nome, passando a ser conhecido por um número ou ainda um epíteto pouco digno atribuído pelo pessoal dirigente da instituição.

Completa o ritual da “admissão” a violação do próprio corpo do internado, fazendo-lhe ver que nem isso lhe sobra como algo individual e inviolável. A violação pode se dar através da efetiva violência, como no caso do eletrochoque utilizado em hospitais psiquiátricos, bem como através de atos fisicamente não violentos, mas também de agressão ao eu como no caso do corte de cabelo de presos ou de monges, fazendo-os sentir que não dispõem mais da liberdade de uso da imagem do próprio corpo.

4) Indignidades físicas

Também são utilizadas para a mortificação do eu as indignidades físicas impostas aos internos. Por vezes, a simples postura física exigida é fonte de humilhação, o que acarreta prejuízos à imagem de si mesmo. É o caso da necessidade imposta a alguns monges de beijar os pés de outras pessoas ou a alguns prisioneiros de guerra de se curvarem para serem açoitados.

5) Exposição contaminadora

Vale-se ainda a Instituição Total de um outro mecanismo para atacar e desestruturar o eu do internado. Trata-se da sua exposição de forma indesejável a um número de pessoas que independe de sua vontade.

O internado nunca está sozinho, sendo sempre objeto de vigilância e observação. Não lhe é dada privacidade e, em algumas instituições, até mesmo a satisfação das necessidades fisiológicas se dá sob olhares de outros internos ou mesmo do pessoal da administração.

Por outro lado, a violação quanto à reserva de informações contidas na ficha ou no dossiê do interno consiste em agressão à sua privacidade, atingindo também de forma direta o seu eu.

Não raro, o internado é exposto aos outros companheiros de internação bem como aos visitantes em roupas padronizadas, com corte de cabelo padronizado e sem possibilidade de exercer qualquer atividade que possa sugerir que o mesmo tenha alguma habilidade ou valor social.

Finalmente, o internado pode ser obrigado a justificar os motivos e discutir a sua relação pessoal com outros internados, sendo por vezes obrigado a não estabelecer ligações mais fortes com nenhum deles.

6) Fontes de mortificação menos diretas

Ocorre ainda de determinadas Instituições Totais recorrerem a outros métodos de aniquilação da personalidade do agente. Entre eles, pode-se citar a proibição de expressar (até mesmo no semblante da face) qualquer insatisfação com qualquer dos aspectos do tratamento dispensado dentro da instituição.

É digno ainda de registro o método de sujeitar a regulamento os menores segmentos da atividade, como por exemplo estabelecendo-se a forma exata como deve ser arrumada a cama ou tomado o banho, violentando-se assim a autonomia do ato.

4. CONCLUSÕES SOBRE A TEORIA DAS INSTITUIÇÕES TOTAIS

A teoria elaborada por Erving Goffman vem demonstrar a proximidade de instituições aparentemente incomparáveis como um hospital psiquiátrico e um convento, ou como um quartel e uma penitenciária. É que à luz da teoria mencionada, todos estes estabelecimentos podem ser considerados Instituições Totais e como tais, isolam os seus internados do contato direto com a sociedade mais ampla, criando para os mesmos um mundo intramuros no qual toda a ação vem a atingir a concepção de si mesmos, mortificando assim o eu até então existente.

Estabelecendo-se um paralelo entre a teoria das Instituições Totais de Goffman e a Teoria dos Papéis na análise de Peter Berger, concluiríamos com este que a internação vem a recriar um novo eu, em virtude de ser a instituição um outro universo social que funciona como uma nova sociedade, estabelecendo para o internado um novo papel que o mesmo deverá aprender a representar. Goffman, por sua vez, enxerga um rompimento tão devastador entre a concepção de mundo e de si mesmo do indivíduo após a internação em uma Instituição Total que prefere falar na mortificação do eu.

Em verdade, ambos os sociólogos estão a nos dizer coisas compatíveis entre si. É que o isolamento da sociedade e a política imposta pela Instituição Total oprime de tal forma o eu existente que deste, pouco sobra para uma reconstrução inserida no novo universo onde os papéis que lhe são exigidos são, via de regra, completamente distintos daqueles que exercia em sua vida pré-internação.

Posto isso, é mesmo de se concluir com Goffman que o eu até então existente sofre golpes mortais que acarretam o seu desmantelamento, não havendo como repelir a idéia de mortificação do mesmo.

Tal conclusão nos remete a outras dela decorrentes. A primeira é que a mortificação do eu, embora como uma conseqüência padronizada para todas as Instituições Totais, gera diferentes estados de tensão no internado a depender do tipo de Instituição Total no qual esteja inserido. O ato de ter o cabelo cortado de forma padronizada por exemplo ajuda, sem dúvida no processo de mortificação do eu.

Entretanto, enquanto um prisioneiro receberá tal imposição, muito provavelmente com indignação, um monge se sentirá honrado em ter sua imagem equiparada à dos integrantes mais velhos do mosteiro.

Em verdade, nas instituições em que o isolamento do mundo se dá por vontade do próprio internado (como os mosteiros e conventos por exemplo), o processo de mortificação se opera de forma tão eficiente quanto nas outras modalidades de Instituições Totais, porém os internados por vontade própria encontram na verdade uma forma de prazer em tal mortificação.

Outro aspecto a ser considerado à luz da teoria de Goffman é que as Instituições Totais que têm por finalidade a ressocialização do indivíduo (penitenciárias por exemplo) acabam por profanar as ações atestadas pela sociedade. É que, com o isolamento, o internado estará destreinado para a vida social, havendo incorporado valores e até mesmo uma linguagem que só tem plena validade no mundo recolhido da Instituição Total da qual é egresso.

Destarte, há que se enxergar uma contradição de ordem lógica na proposta de algumas Instituições Totais de preparar o indivíduo para a vida em sociedade.

5. A TEORIA DAS INSTITUIÇÕES TOTAIS E A PENA DE PRISÃO NO BRASIL

Fazer uma análise da pena de prisão no Brasil à luz da teoria das Instituições Totais torna necessários dois enfoques: o primeiro encarando os estabelecimentos carcerários à luz do ordenamento legal vigente, segundo o qual é garantido ao preso uma série de direitos. O segundo analisando os mesmos estabelecimentos tal qual eles são e não como deveriam ser por determinação legal.

Sob o primeiro enfoque, é de se considerar que a Lei das Execuções Penais - LEP (Lei 7.210/84) assegura ao preso uma série de direitos, entre eles “proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação” (art. 41, V); “visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados” (art. 41, X); “contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes (art. 41, XV).

Reza ainda o art. 38 do Código Penal Brasileiro que “o preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito a sua integridade física e moral”.

Do ordenamento jurídico vigente outra conclusão não brota senão a de não cabimento da aplicação da teoria das Instituições Totais aos estabelecimentos carcerários brasileiros. A previsão legal não se afina com a política imposta pelas Instituições Totais. O preso no Brasil tem garantidos na lei (e frise-se, em regra apenas na lei e não na prática) todos os direitos não excluídos pela sentença. É dizer que o preso tem o direito de usufruir da sua situação financeira dentro do presídio pois não está proibido de fazer inserir nele qualquer bem que possua e que não represente risco para a ordem no estabelecimento. Tem o direito a visitas íntimas e ao contato com seus familiares e amigos, bem como ao contato com o mundo exterior, tudo isso só podendo lhe ser restringido ou suspenso mediante ato motivado do diretor do estabelecimento carcerário.

Tem ainda o preso o direito de “exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena” (art. 41, VI da LEP) entre tantos outros assegurados pela mesma lei.

Tais direitos são incompatíveis com a teoria da Instituição Total de Goffman que pressupõe o isolamento do indivíduo em relação à sociedade exterior à instituição, bem como o total controle de suas atividades dentro da mesma, negando-se-lhe a gestão do seu tempo de forma individualizada.

Ocorre, porém, que a realidade do sistema carcerário no Brasil é completamente diversa da vontade manifestada pela lei. E aqui passamos a nos referir aos estabelecimentos carcerários tal qual eles são, mesmo em total descompasso com a disposição legal.

Sob este novo enfoque, encontramos considerável aplicação da teoria de Goffman ao sistema penitenciário nacional.

A superlotação carcerária² e a falta de recursos ou mesmo de interesse do governo para investimentos na execução penal faz dos

² Tome-se o exemplo: Já em 1997 a Penitenciária Estadual de Aracaju dispunha de 186 vagas e contava mais de 700 presos. (Fonte: Vara de Execuções Penais do Estado de Sergipe).

presídios brasileiros locais esquecidos por todos, onde a habilidade do diretor em evitar rebeliões de grandes proporções é tudo o que importa.

Tendo supostamente a função social de preparar os presos para a vida em sociedade, o presídio tem nesta (a ressocialização do indivíduo) a sua atividade-fim, tratando-se a manutenção da ordem apenas de uma atividade meio que possibilite o alcance de sua finalidade. Ocorre, porém, que há uma inversão de valores na qual a manutenção da ordem (mínima que seja) no presídio acaba por se transformar na prática na sua atividade-fim. O ideal de ressocialização do preso torna-se uma falácia e o conceito de um bom diretor de presídio passa a ser o daquele que consegue evitar rebeliões no seu interior.

Neste contexto, os presos são tratados como objetos e de forma massificada bem à maneira estudada por Goffman na obra em comento. É verdade que, na maioria dos estabelecimentos carcerários do país, não se proíbe a entrada de bens trazidos por familiares de presos para o uso destes, bem como não se vêem presos uniformizados (até mesmo por inexistência de verba para a compra de uniformes). Sem prejuízo disso, é perceptível nos estabelecimentos carcerários (muito embora apenas em versões oficiosas de pessoas que se negam a repetir suas informações diante das autoridades competentes) a utilização de cerimônias de “boas-vindas” operando verdadeira programação do indivíduo no momento da sua admissão na instituição carcerária, bem como a sujeição do mesmo a indignidades físicas e à exposição contaminadora nos termos já mencionados neste trabalho.

O preso brasileiro (em regra um homem pobre e pouco instruído) a despeito do que ordena a lei, sofre a mortificação do seu eu, operada ainda por força do despojamento dos papéis que exercia na sociedade livre e que são na prática de pouca ou nenhuma valia na vida interna do presídio. Referimo-nos aos papéis do homem comum que por algum ato criminoso é levado ao infortúnio da condenação criminal.

Quanto ao homem que ocupa local de destaque na estratificação social, este normalmente não chega a conhecer o presídio e há para isso uma série de explicações que não nos cabe analisar no presente trabalho. Só à guisa de exemplo podemos citar a morosidade do Poder Judiciário que leva muitos crimes a se tornarem impuníveis pelo

fenômeno da prescrição e a condição de pagar de forma satisfatória os honorários dos melhores advogados disponíveis no mercado.

Mas voltemos à teoria de Goffman. Ela nos mostra que o preso, isolado como fica da sociedade, sofre o processo de “desculturamento” ou “destreinoamento para a vida social”, o que torna a proposta de ressocialização do preso uma falácia. Não é possível treinar alguém para viver em sociedade excluindo-a desta sociedade e incluindo-a num outro universo social cujos códigos de ética e valores são de pouca aplicabilidade fora da instituição.

Os presídios (ainda os que funcionam bem) não são e nunca serão capazes de ressocializar criminosos, pois a idéia de ressocialização é logicamente incompatível com a de encarceramento segundo a própria lógica da teoria da Instituição Total que enxerga o efeito do desculturamento e destreinoamento para a vida social em instituições desta natureza.

Não se quer aqui defender o fim dos presídios, instrumento indispensável à manutenção da ordem social. Apenas é preciso deixar cair o véu da hipocrisia e admitir que se tendo por objetivo a ressocialização do indivíduo, a isso não se chegará com o seu encarceramento em instituições como os presídios brasileiros.

A prisão é apenas uma das modalidades de pena prevista no nosso ordenamento jurídico (diga-se de passagem, a que custa mais caro em termos financeiros ao Estado). Deve-se pois lutar para que os outros meios de pena se façam mesmo efetivos e reservar-se a pena de prisão para casos graves em que o que se deseja é (no mínimo principalmente, senão exclusivamente) a aplicação da pena não como remédio de ressocialização do indivíduo, mas como meio de retribuição do sofrimento como forma de castigo e de exclusão do criminoso do meio social, ainda que temporariamente.

A BUSCA DA EFETIVIDADE DA CONSTITUIÇÃO ATRAVÉS DO MANDADO DE INJUNÇÃO

Anecley de Souza França Araújo,
Advogada e Pós-graduanda em Direito
Público.

RESUMO: Com o advento da Constituição Federal de 1988 surgiram alguns institutos, inseridos nos direitos e garantias fundamentais, preocupados em resolver os problemas gerados com as omissões legislativas. Esses remédios constitucionais, dentre eles o Mandado de Injunção, surgiram para enfrentar os diferentes problemas trazidos pela ausência de norma regulamentadora ou de medidas de outra natureza. Por ter sido um instrumento novo, vem gerando, na doutrina e jurisprudência, diversas polêmicas acerca do estudo de sua aplicação no ordenamento constitucional brasileiro e de sua finalidade, qual seja, a busca da efetividade da Carta Magna e um meio de proteção contra as omissões legislativas.

PALAVRAS-CHAVE: mandado de injunção, efetividade constitucional.

ABSTRACT: Some institutes, inserted in the rights and fundamental guarantees, emerged with the coming of the federal constitution in 1988. They were concerned about solving the problems generated by the legislative omissions. These constitutional remedies, the writ of injunction was in the midst of them, appeared to face the different problems caused by the absence of a regulation law or any other measures of any kind. Seeing that it is a new instrument, it has generated, in the doctrine and jurisprudence, several polemics about the studies of its application of the Brazilian constitutional ordenament and its purpose, which is the search for the effectiveness of the constitution and as a mean of protection against the legislative omissions.

KEY WORDS: write of injuction, effectiveness of the constitution

1. ORIGEM DO INSTITUTO E A EXEGESE DO ARTIGO 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Pelo fato de ser o mandado de injunção uma novidade da Constituição Federal de 1988, a doutrina diverge sobre a forma pela qual o instituto se revelou para o direito.

Quando se fala que o mandado de injunção é um instituto novo está se referindo não só ao momento em que foi criado, mas principalmente por ser um instituto muito pouco difundido e utilizado.

Surgiram nas doutrinas basicamente 03 entendimentos acerca da origem desse instituto: uma primeira corrente afirmando ser o mandado de injunção uma recepção do direito anglo-americano, a segunda que foi uma criação do direito brasileiro e a terceira um resultado da influência do direito português.

Apesar do mandado de injunção despertar entre os hermenutas do direito comparado uma discussão salutar, é dominante a doutrina que afirma ser esse instituto um remédio constitucional cuja herança foi o sistema jurídico inglês.

Essa corrente majoritária apóia-se na idéia de que o mandado de injunção guarda semelhança com o *writ of injuction* adotados nos sistemas da *common law* e da *equity*, ambos utilizados no direito anglo-saxônico. Em 1973, a primeira lei de organização judiciária uniu as jurisdições de *common law* e da *equity*, estando entre estes últimos o mandado de injunção.

O *writ of injuction* é usado na América do norte para solucionar as lides e a sua aplicabilidade, baseando-se na equidade jurídica. Nesses países, quando existe uma norma jurídica limitada, insuficiente ou incompleta, esse instituto será aplicado, devendo o juiz solucionar o caso concreto com justiça e equidade.

A *injuction* é uma ordem que deve ser utilizada na ausência dos meios adequados para solucionar determinados conflitos, onde o julgador utilizará a equidade para determinar ao impetrado a prática de ato a que estava ele obrigado ou a abstinência de praticá-lo, quando seu exercício resultar perigo ao seu impetrante.

Foi intenção do legislador, ao criar o mandado de injunção, tornar exequíveis, ou, pelo menos, fruíveis os direitos que estão previstos

na Constituição Federal, por isso sua comparação com *writ of injuction* do direito anglo saxônico.

Para os que entendem ser o instituto uma criação do direito brasileiro, o mandado de injunção não possui qualquer vínculo com outro instituto do direito alienígena.

Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins afirmam tal entendimento dizendo:

O mandado de injunção insere-se neste contexto. Medida sem precedente, quer no direito nacional quer no direito alienígena. A confrontação que se possa fazer com a *injuction* do direito americano só leva à conclusão da absoluta singularidade do instituto pátrio.¹

Já para aqueles que entendem ser o instituto uma influência do direito português, tem-se o grande jurista J.J. Calmon de Passos, que afirmava ser o mandado de injunção “um estrangeiro naturalizado, com obrigação de saber o vernáculo, ainda que fale a nossa língua com um certo sotaque”.²

Outro posicionamento de extrema importância nessa terceira corrente é do jurista Souto Maior Filho que afirmava:

Estávamos saindo de uma ditadura militar, durante a qual a repressão chegou a ser total, isso nos idos dos anos sessenta. O nosso país assistiu, estarecido e perplexo, às censuras, prisões políticas, extradições, desaparecimentos inexplicáveis e até assassinatos explicáveis dos seus cidadãos. Por isso, nada melhor que uma constituição Cidadã para abraçar os ideais de liberdade que o país do pau-brasil naquele momento almejava.

¹ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1988, p.357.

² Apud. ANASTÁCIO, Rachel Bruno. *Mandado de Injunção em busca da efetividade da Constituição*. Rio de Janeiro: Lúmen Jurídica, 2003, p.11.

Mostrou-se ser assim, *conditio sine qua non*, colocar no texto constitucional, institutos das mais abrangentes garantias, mesmo que estas abrangências adentrassem áreas específicas da legislação ordinária.³

Na Constituição Federal de 1988, o mandado de injunção está previsto no artigo 5, inciso LXXI que diz:

Art 5º...

LXXI- conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Esse instituto figura ao lado de outras garantias constitucionais, no capítulo que diz respeito aos direitos e deveres individuais e coletivos. É um remédio que nossa Carta Magna defere ao cidadão, para defesa de sua esfera jurídica, ao lado de outros já conhecidos, como o *habeas data*, mandado de segurança individual e coletivo e da ação popular, como uma garantia constitucional.

Conforme ensinamentos de Rachel Bruno Anastácio, o mandado de segurança visa proteger o exercício de um direito fundamental sempre que alguém se encontrar impedido de fruí-lo ante a falta de norma regulamentadora.

Esse instituto pressupõe a existência de um direito subjetivo público, tendo cada pessoa a titularidade do direito de agir, podendo invocá-lo no caso concreto de uma lesão ao direito amparado pela norma de injunção.

Essa doutrinadora entende que o mandado de injunção é uma garantia constitucional de natureza processual, um remédio tipicamente constitucional posto à disposição de quem se considerar prejudicado pela falta de norma regulamentadora que torne inviável o exercício

³ SOUTO MAIOR FILHO, Marco Antônio. *Mandado de Injunção*. Revista *Consulex*, ano V, nº 108, 2001, p. 31.

dos direitos e liberdades constitucionais e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

J.J. Calmon de Passos, ao analisar esse inciso constitucional, retira duas conclusões. A primeira delas é que esse instituto não foi pensado para a tutela de um direito objetivo, como instrumento de garantia da efetividade da ordem jurídica de modo imediato, sim como instrumento de tutela de direito subjetivo, só mediadamente servindo ao direito objetivo, sem prejuízos da existência de remédios de direito objetivo com igual ou análoga finalidade.⁴

Sua segunda conclusão foi a de que seu objeto é sempre matéria constitucional, para assegurar o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

2. A AUTO-APLICABILIDADE DO MANDADO DE INJUNÇÃO

Desde os primeiros momentos até a Constituição Federal de 1988, os juristas constitucionalistas tiveram como problema desvendar o grau de eficácia conferido pelo Legislador ao artigo 5º, LXXI.

Alguns doutrinadores, vale ressaltar, em sua minoria, sustentam que as regras constantes no preceito constitucional que instituiu o mandado de injunção não eram suficientes para efetivar sua aplicação, ficando sua utilização condicionada à promulgação das regras processuais regulamentadoras.

Para os doutrinadores que entenderam que o mandado de injunção, juntamente com outros remédios processuais, têm aplicação imediata, justificaram sua posição na posição em que instituto foi inserido no texto constitucional, ou seja, no rol dos direitos e garantias constitucionais.

Diz o artigo 5º, parágrafo 1º da CF:

Artigo 5º (...)

⁴ PASSOS, J.J. Calmon. *Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção e Habeas Data*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p.0

Parágrafo 1º: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Esse argumento analisado isoladamente não prospera, já que diversos dispositivos que se inserem na tipologia dos Direitos Fundamentais reclamam a intermediação legislativa. Entretanto, outros argumentos existem, os quais, somados ao anterior, conduzem à conclusão da imediatidade dessas normas.

Um dos primeiros argumentos foi a supressão da expressão “na forma da lei” que antes existia no projeto de lei que deu origem a esse instituto e que suprimido na redação final do inciso LXXI.

Ademais, conforme ensina J.J. Calmon de Passos, não se outorga direito sem que, necessariamente, para ele exista remédio ou procedimento aplicável.

Nessa linha de entendimento o mesmo autor assevera que a norma regulamentadora do mandado de injunção não é, ela própria, uma simples norma programática, no sentido de que seu objeto, conteúdo, extensão e limites, dependam de eventual lei reguladora.

Desse modo, outro não seria o entendimento senão o de reconhecer a auto aplicabilidade do preceito instituidor do mandado de injunção.

Nesse mesmo entendimento Rachel Bruno Anastácio afirma que:

Quanto à norma instituidora do mandado de injunção, em específico, pode-se afirmar que se trata de norma de eficácia plena, imediata e integral, uma vez que pode produzir todos os seus eventuais efeitos.

(...) Não obstante tal afirmação, cumpre analisar os demais elementos que sustentam a tese da auto-aplicabilidade da norma criadora do mandado de injunção, que passam não só pela análise da própria constituição, mas também pela *mens legislatoris* quando da introdução da norma em nosso ordenamento.⁵

⁵ Ob. cit. p. 39/40

Desse modo, após várias decisões e discussões sobre o tema, a maioria da doutrina e jurisprudência entende que o mandado de injunção é uma ação constitucional, e como tal, prescinde de regulamentação em lei complementar ou ordinária.

3. CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE O MANDADO DE INJUNÇÃO

O objeto do mandado de injunção é tornar viável o exercício de um direito fundamental, quer a obrigação de prestar o direito seja do Poder Público, quer seja do particular.

Sua finalidade precípua é viabilizar o exercício de um direito fundamental, que será sempre presumido eficaz, mas cujo exercício está impossibilitado pela omissão do poder público em prestar a providência necessária de que ele depende.

No mandado de injunção, o Poder Judiciário não expede uma ordem para legislar ou emitir a norma faltante, sendo que ele mesmo cria a norma necessária para os fins estritos e específicos da norma que lhe cabe julgar.

Ocorre que para o exercício desse instituto, dois pressupostos básicos terão de ser observados. O primeiro deles está relacionado a inviabilização do direito constitucional assegurado e o segundo à falta da norma regulamentadora.

No que se refere ao segundo requisito, não é necessária a ausência total de norma. Conforme entendimento do jurista Carlos Augusto Alcântara Machado:

Seria perfeitamente possível depararmos com a situação em que, apesar da existência da norma regulamentadora, o direito do eventual titular poderia ainda não estar suficientemente viabilizado, por deficiência da norma (regramento parcial), impedindo, por conseguinte, o exercício do direito potencialmente previsto na norma constitucional.⁶

⁶ MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *Mandado de Injunção Um instrumento de efetividade da Constituição*. São Paulo: Atlas, 1999, p.76.

Outro ponto importante a ser ressaltado nesse instituto é a legitimidade.

Toda e qualquer pessoa, nacional ou estrangeira, física ou jurídica, capaz ou incapaz, que titularize um direito fundamental, não exercitável ante a omissão do poder público em expedir a norma regulamentadora necessária, tem legitimidade para propor o mandado de injunção.

Já a legitimidade passiva é exclusivamente da autoridade ou do órgão responsável pela expedição da norma regulamentadora, não admitindo a Corte sequer o litisconsórcio passivo entre essas autoridades ou órgãos e particulares que vierem a ser obrigados ao cumprimento da norma regulamentadora.

4. A BUSCA DA EFETIVIDADE DA CONSTITUIÇÃO

Quando se fala em efeitos da decisão do mandado de injunção, tem-se que levar em consideração as diversas correntes que buscam interpretar o instituto e os efeitos dele decorrentes.

Dentre essas diversas correntes, três são destacadas, afirmando que cabe ao Poder Judiciário: a) elaborar a norma regulamentadora faltante, suprimindo, deste modo, a omissão do legislador; b) declarar inconstitucional a omissão e dar ciência ao órgão competente para a adoção das providências necessárias à realização da norma constitucional; e c) tornar viável, no caso concreto, o exercício de direito, liberdade ou prerrogativa constitucional que se encontrar obstado por faltar norma regulamentadora.

A primeira corrente não merece prosperar porque transforma o mandado de injunção de tutela de direito subjetivo em tutela de direito objetivo, na medida em que afirma tal instrumento elaborando a norma regulamentadora faltante e suprimindo a omissão do legislador.

Conforme os ensinamentos de Flávia Piovesan:

Já se disse que, ante a Carta de 1988, em caso de omissão inconstitucional, constitui a ação direta de inconstitucionalidade de omissão instrumento de defesa de direito objetivo. Isto é, enquanto esta ação apresenta por objeto a ordem jurídica lacunosa propriamente dita, o mandado de

injunção tem como objeto o direito subjetivo, que se encontra violado no caso concreto, posto que inviabilizado por falta de regulamentação.⁷

Entende a doutrinadora Flávia Piovesan ser incabível a segunda corrente por usurpar a finalidade da ação de inconstitucionalidade por omissão, na medida em que admite o Poder Judiciário declarar inconstitucional a omissão e dar ciência ao órgão competente para a adoção das medidas necessárias à realização da norma constitucional. Seria irrazoável o constituinte criar dois institutos com finalidades idênticas.

Já a terceira corrente entende que o Poder Judiciário, ao conceder o mandado de injunção, torne viável, no caso concreto, o exercício de direito, liberdade ou prerrogativa constitucional que se encontra obstado por faltar alguma norma regulamentadora. Sendo assim, cabe ao titular deste direito omissivo, através do mandado de injunção, postular ao Poder Judiciário a edição de decisão saneadora para que se concretize o exercício do direito subjetivo constitucional.

É importante ressaltar que o Mandado de Injunção só é cabível quando os direitos subjetivos são preexistentes e não para criá-los ou abrangê-los. A esse entendimento, filia-se Celso Ribeiro Bastos que dá luz e consolida hermenêutica nesse dispositivo, junto com a esmagadora jurisprudência do STF, senão vejamos, *in verbis*:

... É necessária, pois, a existência de um direito subjetivo concedido em abstrato pela Constituição, cuja fruição está a depender de norma regulamentadora. Diferente é a situação quando a Constituição apenas outorga expectativa de direito, e, portanto, a norma regulamentadora faltante se presta a transformar essa mera expectativa de direito em direito subjetivo. Nesse caso, não cabe mandado de injunção e sim ação direta de inconstitucionalidade por omissão... (grifo nosso)

⁷ PIOVESAN, Flávia. *Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 148

Mandado de Injunção – Servidores da Fundação Universidade Federal de Mato Grosso – Aposentadoria Especial – Atividades Insalubres ou Perigosas – Artigos 5º, Inc. LXXI, e 40, § 1º, da Constituição Federal de 1988.

O § 1º do art. 40 da CF apenas faculta ao legislador, mediante lei complementar, estabelecer exceções ao disposto no inciso III, a e c, ou seja, instituir outras hipóteses de aposentadoria especial, no caso de exercício de atividades consideradas penosas, insalubres ou perigosas. 2. Tratando-se de mera faculdade conferida ao legislador, que ainda não a exercitou, não há direito constitucional já criado, e cujo exercício esteja dependendo de norma regulamentadora. 3. Descabimento do Mandado de Injunção, por falta de possibilidade jurídica do pedido, em face do disposto no inc. LXXI do art. 5º da CF, segundo o qual somente é de ser concedido mandado de injunção quando a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. 4. Inexistindo, ainda, no ordenamento constitucional, o pretendido direito, não é o Mandado de Injunção o instrumento adequado para possibilitar sua criação. 5. Precedentes do STF. 6. Questão de ordem que o Plenário resolve, não conhecendo do Mandado de Injunção, pela impossibilidade jurídica do pedido. (STF – MI 494 – Rel. MIn. Sydney Sanches – DJU 12.12.1997)

Transportando esses entendimentos doutrinários para a jurisprudência, principalmente no que se refere a natureza jurídica das decisões do STF e seus efeitos, existem 03 correntes que explicam os entendimentos daquela corte constitucional sobre o mandado de injunção.

Na primeira corrente é dado um entendimento restrito, em que, preenchidos os requisitos do *instrument*, deve-se declarar a omissão e

comunicar à Câmara Legislativa para tomar as providências necessárias, ou seja, editar a norma faltante.

Infelizmente, essa é a corrente dominante, sustentada pelo Min. Celso de Mello no Mandado de Injunção 288-6, *Diário da Justiça*, Seção I – 3.05.95 e do Min. Sepúlveda Pertence, conforme voto em Mandado de Injunção nº 168, publicado no *Diário da Justiça* do dia 20.04.90, transcrito em parte, abaixo:

...O mandado de injunção nem autoriza o Judiciário a suprir a omissão do Legislativo ou regulamentar, editando ato normativo omitido, nem menos ainda lhe permite ordenar, de imediato, ato concreto de satisfação do direito reclamado: mas, no pedido, posto que de atendimento impossível, para que o Tribunal o faça, se contém o pedido de atendimento possível para declaração de inconstitucionalidade da omissão normativa, com ciência ao órgão competente para que supra...

Além dessa decisão, entende, por maioria, a Corte Suprema que, persistindo a inércia, mesmo após a comunicação, estará ressalvado o direito do impetrante à reparação econômica, como se vê em jurisprudência do STF:

...O novo “writ” constitucional, consagrado pelo art. 5º, LXXI, da Carta Federal, não se destina a constituir direito novo, nem a ensejar ao Poder Judiciário o anômalo desempenho de funções normativas que lhe são institucionalmente estranhas. O mandado de injunção não é o sucedâneo constitucional das funções político-jurídicas atribuídas aos órgãos estatais inadimplentes. A própria excepcionalidade desse novo instrumento jurídico “impõe” ao Judiciário o dever de estrita observância do princípio constitucional da divisão funcional do poder. Reconhecido o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional – único destinatário do comando para satisfazer, no caso, a prestação

legislativa reclamada – e considerando que, embora previamente cientificado no Mandado de Injunção n. 283, rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, absteve-se de adimplir a obrigação que lhe foi constitucionalmente imposta, torna-se “prescindível nova comunicação à instituição parlamentar, assegurando-se aos impetrantes, “desde logo”, a possibilidade de ajuizarem, “imediatamente”, nos termos do direito comum ou ordinário, a ação de reparação de natureza econômica instituída em seu favor pelo preceito transitório. (STF – MI 284 – DF – Rel. Min. Celso de Mello – DJU 26.06.1992).

A segunda corrente entende que, após preenchidos os requisitos do mandado de injunção, deve ser declarada a omissão do órgão legiferante para assegurar, desde logo, o exercício do direito almejado pelo impetrante, dando-lhe efeitos *inter partes*, até que o órgão competente supra essa lacuna. Esse é o entendimento dos Ministros Carlos Veloso e Marco Aurélio.

Em Mandado de Injunção nº 107, o Min. Marco Aurélio, assim se posicionou:

...sob minha ótica, o mandado de injunção tem, no tocante ao provimento judicial, efeitos concretos, beneficiando apenas a parte envolvida, a impetrante. No caso, a prevalecer o precedente da Corte, quanto à mera comunicação do Congresso Nacional, vindo à baila um diploma legal provocado pela nossa decisão, haverá um alcance ilimitado quanto às partes envolvidas no Mandado de Injunção.

... Peço venia para entender que o mandado de injunção tem desfecho concreto, não implica simplesmente uma vitória de Pirro para o impetrante. O mandado de injunção deve viabilizar o exercício de direito previsto na Carta...

Entende o ministro que não se deve esperar a boa vontade do Congresso Nacional, ou do órgão omissor, mas sim, resolver o “problema”, tornando viável o exercício do direito aludido, desde que tal decisão não seja *erga omnes* e, sim, *inter partes*. Desse modo, será dada a oportunidade ao Poder Legislativo e obedecendo ao Princípio da Separação dos Poderes.

A terceira corrente entende que deveria o STF declarar a omissão inconstitucional normativa e comunicar ao órgão competente, seja ele o Executivo ou Legislativo, para que, em um prazo que, diga-se de passagem, nunca inferior ao do processo legislativo sumário, haja a manifestação do poder competente. Só após decorrido esse prazo, e não tendo o Legislativo ou Executivo suprido a omissão, é que o Tribunal poderá, para o caso concreto e *inter partes*, fixar as condições necessárias, para que possa o impetrante usufruir de seu direito subjetivo. Dessa forma, não estará acontecendo usurpação na separação dos poderes (art.2º), nem estará sendo ferido o Princípio da Inafastabilidade do Judiciário na apreciação das lides. Esse é o entendimento dos ministros. Neri de Silveira e Moreira Alves.

Enfim, apesar das várias correntes doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema, o que realmente importa é que o instrumento do MANDADO DE INJUNÇÃO não corra o risco de tornar-se letra morta no contexto judicante e que cumpra o seu papel constitucional de dar efetividade a essas normas.

5. BIBLIOGRAFIA

- JÚNIOR, Dirley da Cunha. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- PASSOS, J.J. Calmon. *Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção e Habeas data*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- ANASTÁCIO, Rachel Bruno. *Mandado de Injunção em busca da efetividade da Constituição*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.
- MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *Mandado de Injunção – Um instrumento de efetividade da Constituição*. São Paulo: Atlas, 1999.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo. Saraiva, 1992.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Método, 2003.

SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

PIOVESAN, Flávia. *Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

A DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA NO ÂMBITO DOS DIREITOS DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES

Luciana Rocha Melo, bacharela em
Direito, subdiretora de Cursos Internos da
Escola Superior da Magistratura de Sergipe.

RESUMO: Trata-se de uma análise da aplicação da teoria da desconsideração da Personalidade Jurídica, especialmente nos ramos do Direito de Família e das Sucessões, como meio de impedir as fraudes costumeiramente ocorrentes na partilha dos bens conjugais e sucessórios.

PALAVRAS-CHAVE: desconsideração; personalidade; pessoa jurídica; família; sucessão.

ABSTRACT: This analysis is about the theory of the disregard of the juridical personality, specially in the areas of the family and succession rights, as a mean to avoid the regular frauds that take place in the division of the couple and succession property.

KEY WORDS: disregard; juridical personality; family; succession

SUMÁRIO: 1. Considerações Preliminares; 2. Teoria da Desconsideração da personalidade jurídica; 3. A Despersonalização e o Direito de Família; 4. A Despersonalização e o Direito das Sucessões; 5. Conclusão.

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Como titulares de personalidades, direitos e patrimônios diferentes, a sociedade empresária e os sócios não se confundem. Tal afirmação, no entanto, não é absoluta, posto que algumas vezes, é necessária a confusão entre ambos como forma de reparar alguns

abusos, acobertados por esta separação. Hipótese que ocorre quando os sócios utilizam a pessoa jurídica como instrumento para a prática de atos abusivos, ilícitos e de interesses incompatíveis com o seu objeto social.

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica, também denominada *disregard*, veio como forma de coibir essas fraudes e abusos perpetrados no âmbito da pessoa jurídica, no qual ignora-se a autonomia patrimonial desta e dos sócios.

Em outras palavras, quando se valem da personalidade jurídica para a realização de fraudes e abusos, permite-se a sua desconsideração a fim de superar a separação patrimonial entre os sócios e a pessoa jurídica, como forma de reparar possíveis prejuízos causados a terceiros.

Inicialmente consagrada a sua aplicação no âmbito do Direito do Consumidor e Comercial, a mencionada teoria encontra-se hoje aplicada a outros ramos do Direito, como ocorre no Ambiental, Família e Sucessões. Este trabalho procura demonstrar a interessante utilização do instituto para impedir as fraudes costumeiramente ocorrentes nas divisões dos bens conjugais e sucessórios.

2. TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica é uma elaboração recente da dogmática jurídica¹. O seu principal sistematizador foi Rolf Serik, que em 1953, defendeu tese de doutorado sobre o tema perante a Universidade de *Tübingen*. O direito inglês foi o primeiro a disciplinar o assunto ao prever no *Companies Act* de 1929, comando correspondente ao da desconsideração da personalidade.

No Brasil, a teoria foi inicialmente disciplinada no direito consumerista. O *caput* do artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor dispõe:

Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em

¹ COELHO, FÁBIO ULHOA. *Desconsideração da Personalidade Jurídica*. São Paulo: Editora RT, 1989, p. 09.

detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

A Lei Antitruste foi a segunda a tratar da desconsideração com o objetivo de tutelar as estruturas de livre mercado, na hipótese de configurar conduta infracional à ordem econômica e na aplicação da sanção. Consoante artigo 18, “A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.” Esse dispositivo é, praticamente, uma repetição do art. 28 do CDC, com as devidas adaptações.

A legislação ambiental foi a terceira a tratar da teoria, prevendo a possibilidade de ser desconsiderada a pessoa jurídica quando esta for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados ao meio ambiente.

Já o nosso novo Código Civil, prevê em seu artigo 50 algumas situações em que o juiz poderá ignorar a autonomia patrimonial da pessoa jurídica sempre que a mesma for utilizada com abuso, caracterizando o desvio de finalidade ou confusão patrimonial.

Conforme exposto, a legislação brasileira prevê expressamente a sua aplicação no direito do consumidor, nas relações comerciais e no meio ambiente. Mas a ausência de previsão para outras áreas não impede a sua aplicação, posto que independe de previsão legal. Sobre esse ponto, Fábio Ulhoa Coelho² defende:

Em qualquer hipótese, mesmos naquelas não abrangidas pelos dispositivos das leis que se

² COELHO, FÁBIO ULHOA. *Curso de Direito Comercial*. Vol. 2. São Paulo: Editora Saraiva. 2002, p.54

reportem ao tema, está o juiz autorizado a ignorar a autonomia patrimonial da pessoa jurídica sempre que ela for fraudulentamente manipulada para frustrar interesse legítimo de credor.

Essa teoria, conforme precisa lição de José Maria Rocha Filho³ “tem por objeto tornar possível a desconsideração ou o superamento, pelo juiz, da personalidade jurídica, para, episodicamente, combater a fraude ou o abuso cometidos por um dos sócios, valendo-se da pessoa jurídica”.

A separação entre os patrimônios da pessoa jurídica e dos sócios gera conseqüências no tocante à responsabilização. De fato, o patrimônio da sociedade não responde pelas obrigações particulares da pessoa do sócio bem como o patrimônio deste não responde pelas obrigações da sociedade. Há autonomia patrimonial.

Tal situação favorece a utilização da pessoa jurídica para a prática de atos abusivos ou ilícitos, voltados a interesses particulares dos sócios, encontrando-se estes últimos protegidos pela limitação da responsabilidade patrimonial. “Ora, a personalidade jurídica precisa ser desconsiderada quando seus integrantes se escondem por detrás da máscara societária e empregam o instituto da personalidade jurídica, para atingir, pelo abuso de direito e pela fraude, finalidades totalmente condenáveis e incompatíveis com o direito e com o objeto social, causando, sobretudo, incontáveis prejuízos a terceiros”.⁴

Esses terceiros podem ser consumidores, credores, a sociedade, o cônjuge, herdeiros etc. Todos que de alguma forma venham a ser vítimas em razão do uso fraudulento da autonomia patrimonial da pessoa jurídica.

Comumente, a desconsideração visa responsabilizar o sócio por dívida imputada à sociedade. Mas também é possível desconsiderar a personalidade desta para responsabilizá-la por obrigação do sócio. Ou seja, buscam-se os bens que compõem o patrimônio da sociedade

³ ROCHA, JOSÉ MARIA FILHO. *Curso de Direito Comercial*. Vol. 1. Editora Del Rey, 1994, p. 284.

⁴ MADALENO, ROLF HANSEN. *Direito de Família – Aspectos Polêmicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 121.

para cumprimento de obrigações do sócio. É a chamada desconsideração inversa.

Convém ressaltar que a desconsideração somente pode ser declarada por meio de ação judicial, de caráter cognitivo, a ser promovida pelo prejudicado contra os integrantes da sociedade. Alguns defendem que basta um simples despacho para responsabilizar os sócios, posição esta equivocada, posto não obedecer aos princípios do devido processo legal e da ampla defesa, garantidos constitucionalmente.

3. A DESPERSONALIZAÇÃO E O DIREITO DE FAMÍLIA

A teoria do *disregard* tem aplicação interessante do Direito de Família nas hipóteses de dissolução da sociedade conjugal ou concubinária, por coibir fraudes na partilha dos bens.

Segundo Rolf Madaleno⁵, a questão econômico-financeira toma importância capital no Direito de Família, não somente em função do seu caráter de subsistência dos familiares e resultado desta engrenagem chamada sociedade conjugal, mas, principalmente, por ensejar separações cada mais vez mais tumultuosas, fato corriqueiro quando há um certo volume de bens envolvidos e estes se encontram registrados em nome de empresas das quais um dos cônjuges ou companheiro administra/participa.

De fato, é comum os bens conjugais fazerem parte do patrimônio da sociedade comercial que geralmente tem como titular o cônjuge ou companheiro varão. A maioria dos imóveis, carros e móveis utilizados pelo casal, encontram-se registrados em nome da pessoa jurídica, geralmente transferidos pelo marido/companheiro e representando os mais caros e significativos bens matrimoniais. Quando não, simula um afastamento da sociedade, tornando-se um sócio oculto ou mero empregado, tudo no afã de burlar a meação. Assim, quando da separação, a mulher, na maioria dos casos, vê-se sem nenhum bem, moradia, vantagens etc, posto que nada estava registrado em seu nome ou do seu consorte.

⁵ Ob.cit., p.21

Daí a necessidade de se desconsiderar a personalidade jurídica da empresa, afastando-se a autonomia patrimonial para poder alcançar os bens da sociedade empresarial e devolvê-los ao ex-cônjuge ou ex-companheiro prejudicado. “É larga e producente sua aplicação no processo familiar, principalmente, frente à diuturna constatação nas disputas matrimoniais, do cônjuge empresário esconder-se sob as vestes da sociedade, para a qual faz despejar, senão todo, ao menos o rol mais significativo dos bens comuns”.⁶

A Desconsideração, nesta hipótese, será a chamada invertida ou inversa, pois se afastará a autonomia patrimonial da sociedade empresarial para buscar os bens matrimoniais que se encontram em seu acervo a fim de proceder a legal partilha. Sobre esse ponto, Fábio Ulhoa Coelho⁷ afirma:

A desconsideração invertida ampara, de forma especial, os direitos de família. Na desconsideração do vínculo de casamento ou de união estável, a partilha de bens comuns pode resultar fraudada. Se um dos cônjuges ou companheiros, ao adquirir bens de maior valor, registra-os em nome da pessoa jurídica sob seu controle, eles não integram, sob ponto de vista formal, a massa a partilhar. Ao se desconsiderar a autonomia patrimonial, será possível responsabilizar a pessoa jurídica pelo devido ao ex-cônjuge ou ex-companheiro do sócio, associado ou instituidor.

É comum também a aplicação da teoria do *disregard* nas questões alimentícias. De fato, não raras vezes, o alimentante empresário simula uma diminuição em sua participação societária, ou uma relação de emprego com reduzido salário ou, até mesmo, torna-se sócio oculto, com o objetivo de fixar em valores baixos a pensão alimentícia ou reduzi-la, quando da ação revisional. No entanto, continua a ostentar uma situação financeira incompatível com a defendida nos autos(de

⁶ Ob.cit., p.27

⁷ COELHO, FÁBIO ULHOA. *Curso de Direito Comercial*. Vol. 2. São Paulo: Editora Saraiva. 2002, p.45

mero empregado ou sócio minoritário), riqueza exteriorizada, fato do qual deverá se valer o juiz para fixar a justa pensão. Neste sentido, Rolf Madaleno⁸ disserta:

Não há como esquecer, na diuturna prática forense, que os alimentos usualmente restam estipulados em juízo com a útil teoria da aparência, sempre que o alimentante, sendo empresário, profissional liberal ou autônomo, e até mesmo quando se apresente supostamente desempregado, circule ostentando riqueza incompatível com a sua alegada carestia.

Ao verificar o mau uso da sociedade, bastará ao julgador, na própria ação de separação e/ou de alimentos, cumulada com a pretensão de desconsideração, declarar, na mesma sentença, a momentânea suspensão da eficácia do ato constitutivo da sociedade, afastando-se a autonomia patrimonial, para reaver o bem fraudulentamente retirado do acervo matrimonial ou o seu equivalente (compensação ressarcitória), quando impossível ou inviável o seu retorno.

Daí a importante aplicação do *disregard* para se evitar abusos e injustiças nas tumultuosas e calorosas questões familiares.

4. A DESPERSONALIZAÇÃO E O DIREITO DAS SUCESSÕES

Assim como ocorre no Direito de Família, o manto da sociedade empresarial pode servir também para acobertar a irregular transferência de bens do montante hereditário, da legítima. Esta compreende, em regra, a metade da herança líquida, a qual faz jus os herdeiros necessários. Estes são os descendentes, os ascendentes e o cônjuge do *de cujus*, este último inovação do novo Código Civil.

⁸ *Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. A família na travessia do milênio.* p. 540

Quando da apuração da legítima, toma-se por base todos os bens do ativo patrimonial (herança bruta), para deste total abater as dívidas do falecido, as despesas com o funeral, custas com o inventário, imposto de transmissão etc. Tem-se assim, o monte partível. Metade deste monte é a legítima, parte indisponível, e a outra metade, a parte disponível.

A fraude ocorre justamente em relação à metade indisponível, o que autoriza o herdeiro prejudicado a recuperar o complemento que falta a sua legítima. E isto ocorre muitas vezes através da utilização da forma societária como meio para desviar os bens do quinhão hereditário. Como bem observa Rolf Madaleno⁹, sucede com inquietante lamento, que a máscara societária tem permitido substituir o herdeiro sucessível necessário, pelo sócio comercial, e autoriza transformar o autor da herança e suas riquezas pessoais, como riquezas de uma sociedade qualquer.

Exemplo do abuso ocorre quando o autor da herança transfere alguns bens particulares para a sociedade da qual também figura como sócio um dos seus filhos. Este será o mais beneficiado pois além de ter direito, proporcionalmente, às ações ou cotas tituladas pelo *de cuius*, já goza dos mencionados bens transferidos para a empresa, e que, portanto, não seriam computados quando da partilha entre os herdeiros.

Outro exemplo interessante citado por Rolf Madaleno¹⁰ seria o do caso dos genitores que costumam creditar aos filhos homens seu ingresso na empresa comercial que já exploram, distribuindo-lhes, no princípio, pequena quantidade de quotas doadas como estímulo ao trabalho que estréiam. Não raro, embora sem que tenham ou possam usar de recursos próprios, estes sócios masculinos aumentam as suas participações societárias superando a própria fração paterna, este primitivo doador, que assim, com a idade, se afasta e se aposenta do empreendimento, agora tocado pelos descendentes homens e sobre os quais, os vestígios que o tempo apaga, já não permitem apurar a origem real deste crescimento patrimonial da sociedade.

Da mesma forma que ocorre no Direito de Família, o juiz do procedimento de inventário poderá desconsiderar a personalidade

⁹ Ob. cit. p. 121

¹⁰ Ob. cit. p. 130

jurídica utilizada fraudulentamente para diminuir ou até mesmo eliminar a legítima do herdeiro necessário preterido, e assim, recuperar os bens da sucessão. Não há necessidade de se extinguir a sociedade, bastando-lhe a simples desconsideração para integralizar a legítima fraudada em espécie ou dinheiro, este correspondente ao valor do patrimônio desviado. Isto poderá ocasionar uma redução proporcional do capital da sociedade ou até mesmo a sua dissolução se assim preferirem os seus sócios.

5. CONCLUSÃO

Não há dúvida de que a teoria da desconsideração da pessoa jurídica tem aplicação plena e de grande importância nos ramos do Direito familiar e sucessório. De fato, não raras vezes, bens são fraudulentamente incorporados ao patrimônio de sociedades comerciais com o intuito de lesar cônjuge/companheiro ou herdeiros, ou até aqueles que necessitam de alimentos, em flagrante violação aos estreitos princípios de ordem pública.

A personalidade jurídica não pode servir como instrumento para a prática de atos contrários à lei e incompatíveis com o objeto social, causando, sobretudo, prejuízos a terceiros, nem se tornar um obstáculo à sua justa reparação.

Assim, esta teoria veio socorrer àqueles que se vêem lesados pela máscara societária, ao cuidar de contornar as fraudes e os abusos perpetrados, afastando a sua autonomia patrimonial para com isso restituir à massa conjugal ou à legítima do herdeiro necessário os bens desviados.

DE PERNAS PARA O AR: MUDANÇA DE PARADIGMA POR UM MUNDO MAIS IGUALITÁRIO

Daniela Carvalho Almeida da Costa, Mestre em Direito Penal pela USP. Doutoranda em Direito Penal pela USP. Sócia-fundadora da Sociedade Brasileira de Direito Internacional do Meio Ambiente (SBDIMA). Sócia e ex-colaboradora do Boletim Mensal do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM). Sócia-fundadora do Instituto Panamericano de Política Criminal (IPAN). Professora da UNIT-SE.

RESUMO: Partindo do pressuposto que estamos a vivenciar um momento de revolução paradigmática onde não se sabe ao certo o novo paradigma que surgirá no porvir, esse texto traz uma breve reflexão sobre algumas iniciativas necessárias à construção de um mundo mais igualitário. Iniciativas que passam por uma dupla tomada de consciência, conjugando esforços da sociedade civil e do setor privado de produção que, operando em busca de um mesmo ideal, se complementar de forma que todos saíam ganhando, transcendendo o paradigma da competitividade na construção de um paradigma de cooperação.

PALAVRAS-CHAVE: tomada de consciência; revolução paradigmática; globalização; sociedade civil organizada; organização não-governamental; responsabilidade social; cooperação; mundo igualitário.

ABSTRACT: From an assumption that we are living a moment of paradigmatic revolution, where it is not known well for the new paradigm that that will appear in the future sure, that text brings a brief reflection about some necessary initiatives to the construction of a more equalitarian world. Initiatives that go by a double demand of

conscience, conjugating efforts of the civil society and of the private section of production that, operating in search of a same ideal, it would be complemented so that all would leave winning, transcending the paradigm of the competitiveness in the construction of a cooperation paradigm.

A construção de um novo mundo, com bases em princípios emancipatórios, prescinde da tomada de consciência de suas carências e potencialidades por parte das minorias que, invertendo a ótica hegemônica do processo globalizador, estreitassem seus vínculos no processo de construção de uma sociedade civil organizada, em nível global, tal qual já vem acontecendo no seio das diversas organizações não governamentais que acabarão, junto com as demais formas de organização social, representando uma força transformadora da estrutura capitalista de produção. O “princípio do empreendedor”, idealizado no início do século XX por Schumpeter¹, pode se tornar o grande pivô a revolucionar o sistema capitalista atual de produção. Quiçá os empreendedores do século XXI, movidos pela força inovadora, protagonizem, através dessas novas formas de organizações insurgentes ao redor do globo (que já demonstram seu poder transformador como podemos perceber no movimento fraternal das ONGs), um papel central na reorganização da estrutura capitalista de produção, substituindo-a por uma nova forma de organização produtiva na qual o motor não será o lucro, mas a recompensa na ação em si.

Indo um pouco além nesse sonho por um novo mundo, poderíamos, ainda, imaginar a propulsão extraordinária que ganharia

¹ Joseph Alois Schumpeter, economista austríaco, nascido em 1883, definiu em 1911, em sua obra *Teoria do Desenvolvimento Econômico*, o espírito do empreendedor: “O ato de construir um caminho é de uma potência superior ao ato de segui-lo”. Schumpeter vem sendo atualmente bastante festejado em França, prova disto faz-se na assertiva lançada pelo economista francês Daniel Cohen, em recente livro lançado *La Mondialisation et Ses Ennemis*: “Como Adam Smith foi o economista do século 18, Marx, o do século 19, e Keynes, o do século 20, Schumpeter é, certamente, o economista do século 21”. De acordo com o cientista político e econômico Jean-Claude Casanova, a atual importância das idéias de Schumpeter reside em que “ele foi o único a ter dito que o importante é o crescimento e a inovação”. In: EINCENBERG, Fernando. “Vive Schumpeter!” *Revista Primeira Leitura*, São Paulo, ano 3, n. 27, p. 88-89, maio, 2004.

esse processo de transformação caso dele participassem, quando a tomada de consciência em nível global começasse a transformar o próprio padrão consciencial da sociedade, além da figura do empreendedor dentro das organizações sociais, os empreendedores dentro das corporações empresariais, principalmente, as de porte transnacional.²

Esse momento de transição que vivenciamos – no qual o Estado moderno e seu aparato de garantias sociais já não trazem respostas condizentes às necessidades do mundo globalizado e das políticas neoliberais em voga – requer essa dupla tomada de consciência a fim de que seja possível construir um mundo mais igualitário. A conscientização da sociedade civil, em primeiro plano, como já vem ocorrendo, seguida da conscientização do próprio setor privado, que já não pautaria suas ações em valores unicamente competitivos, ao perceber que a responsabilidade social, a cooperação e a solidariedade são a melhor maneira de desempenhar um papel ativo para um mundo mais justo.³

² Haja vista o papel central que estas representam na sociedade globalizada contemporânea e o poder decisório que foi sendo passado as suas mãos em detrimento do poder estatal, proporcionando, em boa medida, o dismantelamento do Estado de bem-estar com o acirramento da flexibilização do trabalho (através da estruturação do modelo flexível de produção) e das desigualdades sociais no mundo.

³ A idéia sobre responsabilidade social vem crescendo desde 1990, mas idéias precursoras surgiram muito tempo antes. A primeira vez que se analisou o papel do capital no desenvolvimento da sociedade foi em 1929, na Alemanha, com o desenvolvimento de “função social da propriedade”. Em 1960, nos Estados Unidos, iniciaram-se os movimentos pela responsabilidade social. No Brasil, em 1965, a Associação dos Dirigentes Cristãos de Empresas (ADCE) redigiu sua Carta de Princípios e, em 1978, apresentou uma proposta de Balanço Social. A partir de 1992, o conceito se disseminou bastante e com a *Eco-92* (da Organização das Nações Unidas) adveio a *ISO 14000*. Em 1999 surge o índice Dow Jones, de sustentabilidade, baseado em critérios econômicos, sociais e ambientais (*Revista Fórum: outro mundo em debate*, julh. 2004, p. 26-27). Diante deste contexto, as políticas de responsabilidade social passaram a ser fundamentais para o fortalecimento das marcas, sendo amplamente divulgadas e discutidas, não mais se restringindo às primeiras-damas ou às secretárias de assistência social. Conforme assevera Oded Grajew (presidente do Instituto Ethos de Responsabilidade Social, principal do Brasil, cujo objetivo é estimular, orientar e divulgar práticas de responsabilidade, portanto, não avalia ou mesmo certifica o comportamento das corporações filiadas a ele), o assunto hoje é discutido por presidentes de empresas, de países e primeiros-ministros (*Carta Capital*, ago. 2004, p. 7). No Brasil, o movimento pela responsabilidade social tem avançado muito. Para se ter idéia, das 400 empresas certificadas pela SA 8000 – norma que verifica o bem-estar e as condições de trabalho – 51 encontram-se no Brasil (*Carta Capital*, ago. 2004, p. 6). Apesar deste avanço considerável, o Brasil continua apresentando dados bastante contraditórios na área social

Para tanto, seria fundamental desenvolver maneiras de fazê-lo sem que implique num custo insustentável. Primeiro, seria necessário uma conscientização dos próprios Estados a fim de pensarem, em

e trabalhista, ainda é, por exemplo, um dos campeões em acidentes de trabalho no mundo, de acordo com dados do Ministério do Trabalho, segundo o qual são registradas dez mortes por dia e 15 mil acidentes por ano, que impossibilitam o funcionário de retornar ao trabalho. As empresas brasileiras, em sua maioria estão longe de respeitar a diversidade de gênero e de raça – nas 238 empresas que publicam balanço social sob os critérios do Instituto Brasileiro de Análises Sociais e Econômicas (Ibase), somente 18% das mulheres e apenas 2% dos negros ocupam cargos de chefia. A disparidade salarial é outro problema: a diferença entre o salário mais alto e o mais baixo chega a 200 vezes. Concluindo essas críticas, as empresas brasileiras ainda têm uma visão muito compartimentalizada da responsabilidade social, além da hierarquização das decisões, posto que em 76,7% das empresas analisadas pelo Ibase, os projetos sociais são definidos pela direção da empresa, sem que haja participação e sugestões dos funcionários (*Carta Capital*, ago. 2004, p. 6). O discurso da responsabilidade social está muito em voga, assim, tal qual adverte Paulo Nassar, professor da Escola de Comunicações e Artes da USP e presidente da Associação Brasileira de Comunicação Empresarial (Aberje), o que vai diferenciar as empresas é a sustentabilidade histórica. Segundo Nassar, uma pesquisa veiculada no *Meio & Mensagem* (nº 1.073), realizada pela professora Ana Cláudia Govatto, identificou o que ele chama de “bom-mocismo de gôndola”. De 131 anúncios de 59 empresas filiadas ao Instituto Ethos, veiculadas nas principais mídias do país, 36% eram propaganda enganosa ou abusiva, 39% não apresentavam informações corretas e 10% ofereciam riscos à saúde e à segurança do consumidor. Apesar do longo caminho a percorrer os primeiros passos já foram dados no Brasil, a ponto de o tema ter levado a revista *Carta Capital*, junto com a Consultoria InterScience, realizar uma pesquisa no país sobre o crescimento da importância da responsabilidade social para a construção da imagem das empresas junto ao consumidor, veiculada numa edição especial da revista, publicada em agosto de 2004. Essa pesquisa deu origem a um ranking das 80 companhias e instituições mais socialmente responsáveis no país, dentre outros dados relevantes. As dez primeiras empresas brasileiras, por ordem decrescente são as seguintes: Natura; Petrobrás; Banco do Brasil; Nestlé, Rede Globo, Vale do Rio Doce (empatadas em 4º lugar); Bradesco; Itaú; Pão de Açúcar; Caixa Econômica Federal; Votorantim e Belgo Mineira. Questionado sobre a atuação social dessas empresas e bancos, Nassar avalia que a maioria apresenta resultados consistentes e chama algumas até de “entidades neogovernamentais”, concluindo que **“a incursão das empresas nas causas sociais e nos temas que abarcam os grandes valores da civilização é uma forma que hoje se busca de modo a institucionalizar os negócios e, dessa maneira, legitimá-los. Esse tipo de legitimação teria substituído o sistema clássico que se baseava no direito natural de propriedade e na mão invisível do mercado.”** (grifo nosso). (*Carta Capital*, ago. 2004, p. 7). Os dados ora apresentados foram extraídos de reportagens veiculadas na *Revista Fórum: outro mundo em debate e na edição especial de Carta Capital*. Cf. SOUZA, Cylene. Puro Marketing? – Práticas de responsabilidade social corporativa podem ter um papel importante em parceria com ações de ONGs, mas não deixam de ser voltadas ao marketing. *Fórum: outro mundo em debate*, São Paulo, nº 18, p. 26-28, jul., 2004; Responsabilidade Social em evolução: pesquisa Carta Capital/ InterScience mostra que

conjunto, num pacote de medidas (com sanções e incentivos) a serem adotadas internamente, diminuindo, assim, a mobilidade das transnacionais que acabam se transferindo para os Estados que lhe dão vantagens absurdas a qualquer preço, geralmente, recaindo sobre o setor trabalhista, social ou ambiental. Num segundo momento, uma conscientização e cooperação dos consumidores, a partir de uma espécie de *marketing social*⁴, onde estes dariam preferência as empresas que se adequassem ao perfil da solidariedade e responsabilidade social. Por fim, a implementação desses valores por parte das próprias empresas. De início a coisa poderia acontecer de forma tímida, porém, é provável que a partir da aderência de grandes conglomerados transnacionais, mostrando a viabilidade da proposta, se criasse uma espécie de círculo virtuoso que acabasse por impulsionar a adesão de um número cada vez maior de empresas. Uma mudança qualitativa da sociedade civil e do setor privado de produção, operando em busca de um mesmo ideal, se complementaria de forma que todos sairiam ganhando,

⁴ Os entrevistados na pesquisa realizada pela Carta Capital/ InterScience – líderes empresariais, sindicatos, organizações não-governamentais, políticos, governo e imprensa – apontam a valorização da imagem em disparado, como o principal efeito que as ações sociais causam na marca de uma empresa. Em termos percentuais sobre valor gerado para a marca, esta pesquisa chegou a seguinte conclusão: valorização da imagem – 72%; respeito e credibilidade – 17%; bem-estar de funcionários e clientes – 8%; visibilidade – 3%; boas relações fiscais – 3%; outros – 10%. Responsabilidade Social em evolução: pesquisa Carta Capital/ InterScience mostra que caminhos trilharam as empresas mais responsáveis. *Carta Capital*, São Paulo, Edição Especial, nº 301-A, p. 11, ago. 2004. Assim, a empatia gerada no consumidor é a força motriz que, inicialmente, motivam as empresas. Em países como Austrália, Estados Unidos e Canadá, mais de 50% dos consumidores prestigiam empresas socialmente responsáveis, comprando seus produtos ou falando bem da corporação. No Brasil, 16% dos consumidores incorporam sua percepção sobre os valores da empresa na hora da compra, segundo pesquisa de Percepção do Consumidor Brasileiro realizada pelo Instituto Ethos de Responsabilidade Social. Esta pesquisa, realizada com pessoas de 18 a 74 anos de dez capitais do país, mostrou que 39% da população acreditam que as empresas, além de gerar lucros e empregos e respeitar as leis, devem trabalhar com valores éticos elevados, indo além do que é determinado por lei, ajudando ativamente a construir uma sociedade melhor para todos. A principal causa a ser abraçada pelas empresas, segundo 83% dos entrevistados, é a redução da desigualdade social. Assim, para os consumidores, as empresas deveriam agir para reduzir a pobreza (24%), melhorar a educação (20%) e a saúde (16%), prevenir a criminalidade (16%) e preservar o meio ambiente (16%). In: SOUZA, Cylene. *Puro Marketing? – Práticas de responsabilidade social corporativa podem ter um papel importante em parceria com ações de ONG's, mas não deixam de ser voltadas ao marketing*. *Fórum*: outro mundo em debate, São Paulo, nº 18, p. 28, jul., 2004

transcendendo o paradigma da competitividade na construção de um paradigma de cooperação.

Todas essas formas de resistência são louváveis e, em grande medida, imprescindíveis na busca e construção de um mundo mais humano. Entretanto, somente uma alteração no padrão de consciência da humanidade poderá nos levar a um novo patamar de distribuição da riqueza. Enquanto riqueza for sinônimo de acumulação material e, esta, confundida com felicidade, muito não poderá ser feito, por mais que avancemos, estaremos longe de uma verdadeira revolução consciencial. Para tanto, será necessário repensarmos internamente nossos valores e, a partir desse refletir que se deve expressar na forma de pensamento resolutivo, passarmos a um agir positivo. Enquanto a acumulação de capital for o motor da história, qualquer mudança será simplesmente uma nova forma de estruturar os mesmos valores, sem nenhuma mudança na qualidade destes valores. Um mundo melhor - realmente igualitário - somente quando nos conscientizarmos da perversão que os nossos valores atuais provocam em boa parcela da humanidade e é bem possível que uma tal transformação paradigmática só venha a ocorrer após vivenciarmos essa forma egóica de produção capitalista e acumulação do capital de maneira tão extremada a ponto de não restar outra saída à humanidade que não seja uma mudança radical em seus valores mais intrínsecos. Talvez somente quando esta transformação se impor como necessária à própria sobrevivência da raça humana, quando muito além de uma opção simplesmente fraternal passe a ser percebida como opção *sine qua non* de sobrevivência.

Prognósticos de como se dará uma tal transformação em nossos valores intrínsecos não passam de mero exercício especulativo, entretanto, já não pairam dúvidas sobre a necessidade desta mudança. Esse padrão de vida extremamente material que vivenciamos requer um consumo muito veloz da matéria-prima ao redor do globo, extenuando a natureza como mantenedora desse sistema irracional de vida. Para além da *exaustão ecológica*, esse sistema está ocasionando uma *exaustão humana* – como é possível com toda a tecnologia que nos cerca sermos capazes de viver num mundo com uma parcela cada vez maior de total excluídos do sistema social?; como é possível continuarmos perpetuando um sistema socioeconômico que em nome da ganância se produz acima da exploração de seres humanos que

muitas das vezes já nascem (uma exploração da própria infância e juventude do ser humano) sem a mínima opção de cidadania?; o que esperar do futuro da humanidade se num período não muito longe essas crianças exploradas, cada vez em maior número, passarão a representar boa parcela dos habitantes adultos desse planeta?

Todo esse colapso na base do sistema social que vai se tornando cada dia mais desigual e, portanto, desumano, vai retornar para todos nós – que de uma forma mais ou menos ativa compactuamos com essa forma de estrutura social, até mesmo contra aqueles que resistem a ela – retornará a todos nós e nos atingirá indiscriminadamente. Se continuarmos caminhando nesse ritmo de degradação humana, nem toda a segurança “comprável” no mundo – tudo tem um limite – poderá nos garantir uma real segurança. A vida se tornará insociável. Cada vez mais nos “encastelaremos” dentro de nosso mundinho artificial, quão mais encastelados ficaremos, quão maior seja nossa capacidade de arcar com os custos necessários. Porém, a insegurança chegará a ponto do insuportável. Quiçá não precisemos vivenciar um mundo completamente subdividido em guetos para nos darmos conta do nosso erro de percepção. Entretanto, se chegarmos a esse ponto (quem viver verá), certamente não haverá escolha que não repensarmos os nossos valores a fim de construirmos um mundo onde seja novamente possível uma convivência pacífica entre nossos pares, onde o valor dado à vida humana finalmente seja maior que o valor conseguido com a exploração desta vida. Onde realmente possamos vivenciar a cidadania, onde finalmente seja possível que o óbvio seja enxergado pela maioria neste planeta: a felicidade é muito mais simples e muito menos “cara” do que nos parece a primeira vista.

Um novo mundo será possível quando formos um pouco mais tolerantes para sabermos conviver e administrar pacificamente as diferenças; menos materialistas para sabermos encontrar a felicidade numa forma mais sustentável de vida, com menos acúmulo material; menos individualistas para sabermos compartilhar com o próximo, sem explorá-lo ou extrair-lhe alguma vantagem por conta disto; enfim, mais lúcidos para conseguirmos respeitar nossos próprios limites e, por reflexo, os limites do planeta em que vivemos e dos outros seres humanos com que o dividimos.

Vivenciar momentos de revolução paradigmática dá margem a especulações sobre o porvir. Como não há respostas prontas, tampouco soluções únicas, tais propostas apresentadas são meras especulações, não poderiam deixar de ser assim. O caminho está sendo construído, portanto, sempre comporta mudanças. Para alguns, soarão como extremamente utópicas. Mas, para que servem as utopias senão para nos fazer seguir adiante? Se estamos a construir proposições para um “novo mundo”, sem utopia voltaremos às velhas e já conhecidas soluções. Assim, fiquemos, de forma inconclusa, com as inquietantes palavras de Eduardo Galeano: “Si el mundo está, como está ahora, patas arriba, no habría que darlo vuelta, para que pueda pararse sobre sus pies?”⁵

⁵ *Patatas arriba: la escuela del mundo al revés*. Montevideo: Ediciones del Chanchito, 1998, p. 345.

O REALISMO JURÍDICO*

Fabio Túlio Correia Ribeiro, Juiz do Trabalho Titular da Vara de Itabaiana (SE) (TRT - 20ª Região) e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará em convênio com a Universidade Federal de Sergipe.

Henrique Costa Cavalcante, Juiz do Trabalho Substituto em Alagoas (TRT - 19ª Região), Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará em convênio com a Universidade Federal de Sergipe.

O público em geral parece bastante alheio a esse problema; na verdade, parece bastante alheio à divergência teórica sobre o direito. O público está muito mais preocupado com a questão da fidelidade. Políticos, editorialistas e cidadãos comuns discutem, às vezes acaloradamente, a questão de saber se os juízes dos grandes processos que atraem a atenção pública ‘descobrem’ ou ‘inventam’ o direito que anunciam, e se ‘inventar’ o direito é estatística ou tirania. Mas a questão da fidelidade quase nunca é muito veemente nos tribunais anglo-americanos; nossos juízes raramente refletem sobre se devem ou não observar o direito uma vez que tenham decidido qual seu verdadeiro sentido; e o debate público é na verdade um exemplo, ainda que extremamente disfarçado, da divergência teórica sobre o direito.¹

*Trabalho apresentado durante o curso de Mestrado em Direito Constitucional da Universidade Federal do Ceará, em convênio com a Universidade Federal de Sergipe.

¹ Ronaldo Dworkin, *O Império do Direito*, pp. 8 e 9.

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo visa a traçar um panorama - tão preciso quanto possível, mas sem a pretensão do esgotamento - acerca do realismo jurídico. Não se procurará justificar, no entanto, essa corrente do pensamento jusfilosófico, tão pouco submetê-la a testes de verificação de seus postulados: não nos move o “dogma empiricista”².

Estimula-nos o propósito de identificar o pensamento realista³ e a sua versão na ciência do Direito, apresentando-lhe os traços mais característicos, diferenciando-o, oportunamente, da escola positivista do direito e da jurisprudência sociológica, com ambos os quais possui inegáveis pontos de contato. Assim, o trabalho seguirá uma linha primordialmente crítico-descritiva, sem perder, todavia, a perspectiva histórica.

Nesse sentido, serão discutidas as razões que concorreram para o surgimento do pensamento realista e as repercussões que ele logrou alcançar, assim como os fundamentos dos quais se nutriu para apresentar - partindo de um desenvolvimento teórico conseqüente⁴ - a sua solução para o problema jurídico.

O fim a que nos propomos não alcança, todavia, descortinar com quem está a razão: se com Llewellyn, para quem o direito é aquilo que os funcionários fazem acerca das disputas das quais conhecem; se com Holmes, que via na profecia do que viriam a decidir os tribunais a natureza primeira do Direito; se com Gray, o qual defendia que as leis não são o direito, mas apenas a sua fonte; se com Austin, segundo quem o Direito Constitucional não passava de moral

² A expressão “dogma empiricista” é empregada aqui para referir aquela postura metodológica a que o filósofo americano Quine se referiu como sendo a idéia de que as proposições científicas podem ser testadas uma a uma.

³ O realismo, sem qualquer adjetivação, é um sistema filosófico oposto ao idealismo. Eis o verbete da *Enciclopédia do Advogado*, p. 495, *in verbis*: “Sistema filosófico para o qual o mundo existe indiferentemente de nosso pensamento. Opõe-se ao idealismo, que nega a existência do mundo exterior ou que sustenta que nosso conhecimento do mundo é indireto, através da intermediação da nossa consciência. O realismo admite que nós conhecemos diretamente os objetos externos ao pensamento. Sistema filosófico que admite a existência objetiva das idéias ou coisas abstratas e gerais, isto é, dos chamados universais. Opõe-se ao nominalismo.”

⁴ E aqui já fazemos o primeiro enunciado categórico quanto ao realismo jurídico, porquanto se cuida de uma teoria do Direito.

positiva; se com Kelsen, cuja teoria sustenta que o direito é a norma primária que estabelece a sanção; ou se com outro qualquer jusfilósofo.

A nossa empreitada é bem mais modesta: caracterizar o realismo jurídico.

2. CONCEITO

O que é o direito? Essa pergunta é recorrente. E não obstante a recorrência com que a tentaram responder os filósofos de todas as épocas que a ela se dedicaram, permanece sem uma solução satisfatória⁵.

A escola jusfilosófica conhecida sob o epíteto de Realismo Jurídico foi uma das inúmeras tentativas teóricas de responder à indagação precedente e adota - como premissa básica - a postura epistemológica segundo a qual o Direito é haurido da experiência social. Ou seja, para os realistas o direito é sempre aquilo que, como tal, se apresenta no contexto da comunidade humana: o direito é o que é.

Aquele que se detiver um instante no estudo da matéria encontrará uma série de afirmações acerca da natureza do Direito, ladeadas, é bem verdade, por outras tantas negações⁶. É nesse contexto que se insere o Realismo Jurídico, como teoria do Direito, que afirma categoricamente o que ele é e aquilo que ele não é em essência.

Julgamos ser lícito afirmar, portanto, que o realismo jurídico é uma tentativa de identificar o *ser* do direito. É, pois, uma ontologia do Direito.

⁵ Vejam-se, a propósito, as palavras de Manoel Atienza, em tradução livre: “Na *Crítica da Razão Pura*, Kant ironizava os juristas que todavia estavam buscando uma definição de Direito; hoje, um par de século depois, não se pode dizer que hajam encontrado. De sua parte, Flaubert, em seu *Diccionario de los lugares comunes*, definia ‘Direito’ desta maneira original: ‘Não se sabe o que é’. E, mais recentemente, H. Hart (1963), um dos teóricos do Direito mais importantes deste século, dedicou todo um livro a esclarecer o conceito de Direito, mesmo estando convencido de que tal conceito era demasiado complexo para poder ser encerrado em uma cláusula definitória. Assinalar o caráter aberto e sumamente complexo da pergunta *O que é o Direito?* é algo que aparece em quase todos os livros que tratam do Direito sob um ponto de vista geral. Em sua qualidade de ‘problema sem solução’, a resposta a essa interrogação deve ser buscada na filosofia do Direito”. (*Introducción al Derecho*, p. 3).

⁶ “Lo que los funcionarios hacen respecto de las disputas es el derecho mismo”; “Las profecías de lo que los tribunales harán es lo que entiendo por derecho”; “Las leyes son fuentes de derecho... no partes del derecho mismo”; “El derecho constitucional no es otra cosa que moral positiva”; “No se debe robar; si alguien roba deberá ser castigado... Si existe, la primera norma está contenida en la segunda, que es la única norma genuina...”

3. FUNDAMENTOS

Para os realistas, o direito é fato social.

Essa a conclusão a qual partilham as inúmeras teorias realistas - Ehrlich, Alf Ross, Olivecrona, Holmes - que guardam, quanto ao mais, algumas sérias divergências. Na visão desses autores, não é possível estudar o Direito como mero ordenamento jurídico composto de normas coordenadas e em relação de hierarquia umas com as outras; ou seja, não admitem uma especulação puramente dogmática acerca das normas jurídicas. Elas, na verdade, não subsistem e sequer são possíveis sem a realidade de que efetivamente resultam.

Se assim é, não faz nenhum sentido para o realismo jurídico estudar o direito como *fenômeno social* - como sociologia jurídica - e, ao mesmo tempo, estudá-lo como *fenômeno jurídico* - dogmática jurídica, que tem por objeto o comando, a norma de conduta válida. Essa separação - sociologia jurídica de um lado e dogmática jurídica de outro - é artificial e só faria sentido se a norma de conduta fosse uma produção da mente humana, que pudesse ser aferida mediante simples processo de dedução a partir de princípios evidentes ou axiomáticos. Mas isso não ocorre, sustentam. A lei jurídica, assim como a lei física, pode ser deduzida do fato - aquela, do fato social, essa, do fato natural. Ambas, porém, pertencem ao mundo do *ser*.

Está claro - já a esta quadra - que os realistas eram, antes do mais, empiristas: viam no direito uma técnica operacional, recusando qualquer construção do tipo normativo. Os esquemas abstratos - próprios, por exemplo, da Escola da Exegese - foram abandonados em nome da precedência do *ato de escolha* do juiz no momento da decisão. Não a norma genérica e impessoal, sim o fato da opção do julgador.

Percebe-se, facilmente, que os realistas operaram uma verdadeira revolução na concepção do Direito, subvertendo os termos da equação dos exegetas. Enquanto para esses o ato de decidir resulta da aplicação de normas obrigatoriamente vinculantes à hipótese sob exame, para aqueles, de seu turno, o ato de decidir resulta da escolha do juiz no

El derecho es la norma primaria que establece la sanción". (In H. Hart, *El Concepto de Derecho*, p. 2). Essas são apenas algumas das afirmações feitas acerca do direito.

momento da decisão, optando por uma das várias alternativas que se apresentam possíveis. Assim, o que se passa é que o juiz, ante o leque de alternativas que tem diante de si, escolherá sempre aquela que a ele, enquanto homem, parecer mais conveniente de ser adotada.

É curioso observar que, embora não seja uma corrente de pensamento que se possa dizer atual, é muito comum, nos dias de hoje, encontrar pessoas que - talvez sem o saber - proclamam como verdades algumas das teses do realismo jurídico. Isso é bastante freqüente no foro, onde a mancheias advogados, procuradores, estudantes etc, sustentam que a sentença adveio de uma clara eleição prévia do julgador, que, após fazê-la, foi buscar o seu fundamento no ordenamento. Nós mesmos assistimos ao atual Vice-Presidente do Supremo Tribunal Federal, Dr. Marco Aurélio Melo - que sabe o que diz - em entrevista a uma rede de televisão, há poucos meses, declarar que o juiz primeiro decide no seu íntimo e só depois vai buscar os fundamentos de sua decisão.

Retomando o desenvolvimento que se vinha de fazer, é lícito antecipar duas importantes contribuições forjadas a partir da crítica realística. A primeira, a denúncia da insuficiência do elemento normativo para caracterizar o direito. A segunda, a ênfase no momento de escolha do juiz, o qual inegavelmente opta após valorar as conseqüências da adoção de quaisquer das alternativas postas, perfazendo um percurso que sai do fato à norma e não da norma ao fato, como sustentavam as teorias precedentes.

Se o direito é fato, segue-se que as correntes teóricas do realismo renunciam a qualquer explicação transcendente ou metafísica dele, que não existiria como realidade em si, objeto ideal. Não cabe, portanto, a dualidade entre direito efetivo e direito ideal, esse como arquétipo e aquele como realidade, à semelhança do confronto histórico entre naturalistas e positivistas. O direito é um só: apenas o declarado como tal pelo tribunal, nada mais.

Quer-nos parecer que a teoria das idéias não tem lugar na abordagem do realismo jurídico. Sendo o direito fato, algo objetivo, a ser verificado na concretude das relações humanas, nada justifica a conduta de mitificá-lo, criando a seu respeito concepções idealizadas e estandardizadas, sem nenhuma referibilidade com o que efetivamente acontece.

Há um caso interessante, retratado por Perelman⁷, que bem pode ser analisado à luz da concepção realista e serve para esclarecer melhor os seus pressupostos. Conta-nos o aludido autor que uma decisão do *Reichsgericht* alemão, de 11 de março de 1972 (R. Ger. Str. Bd 61, pp. 242 ss.), absolveu da acusação de prática de aborto um médico que o havia realizado numa mulher em perigo de vida, não obstante o artigo 54 do Código Penal germânico não elencasse o perigo de vida da mãe como excludente que autorizasse a consumação do aborto voluntário. Segundo o mesmo autor, os juízes que proferiram a decisão justificaram-na com o argumento de que o legislador atribuía mais importância à vida da mãe que à do feto, haja vista que punia mais severamente o homicídio do que o aborto.

Não nos interessa aqui, com efeito, fazer uma abordagem crítica da decisão do tribunal, para qualificá-la como *certa* ou *errada*, *justa* ou *injusta*; antes, desejamos realçar qual a postura do realismo diante dela. Na leitura dos realistas, o direito alemão consentia o aborto voluntário em caso de perigo de vida da mãe, sendo de somenos importância e até indiferente mesmo que a norma jurídica inserta no artigo 54 do Código Penal não o dissesse expressamente, porque a norma é apenas uma referência dada, que deve ser submetida à prova do fato social, à valoração do juiz, ao que se decide *in concreto*, à sua própria decantação pelas cortes de Justiça. Para o realista, então, o direito não é a norma, mas o fato da decisão, tal como proferida.

Seja-nos permitido trabalhar com mais um exemplo, ainda do direito alemão⁸: o artigo 242 do Código Penal definia o roubo como o fato de subtrair, com o propósito de dele se apropriar ilicitamente, objeto móvel pertencente a outrem. Informa Perelman que, em duas oportunidades, o Tribunal do Império (*Reichsgericht*, V. 29, pp. 111 ss. E V. 32, pp. 165 ss.) recusou-se a tipificar como roubo a subtração de energia elétrica, firme no argumento de que a eletricidade não seria objeto⁹, sendo a conduta do agente, portanto, insubsumível às lindes

⁷ Chaïm Perelman, *Lógica Jurídica*, p. 71.

⁸ Perelman, *in op. cit.*, p. 82.

⁹ Para os propósitos do presente estudo, não importa discutir aqui as propriedades físicas da corrente elétrica, se o tribunal tinha ou não razão para afirmar não ser a eletricidade objeto.

do artigo 242. Esse entendimento do Tribunal levou o Parlamento Alemão a votar um novo artigo (que veio a ser o de número 248) pelo qual passou a ser incriminável a subtração de eletricidade.

Não haveria, na perspectiva do realismo jurídico, nada de extraordinário no caso ventilado: simplesmente o direito alemão não qualificava como crime a conduta de subtrair eletricidade. E isso é o quanto basta saber, porque essa a predição dos tribunais.

Por outro lado, o fato de o Parlamento haver votado um novo artigo para caracterizar como roubo a subtração de eletricidade não queria dizer - *ipso facto* - que a subtração de eletricidade passou a ser roubo. Só o seria se os tribunais acatassem o enunciado normativo e, ao decidir, condenassem efetivamente como incurso no crime de roubo aquele que subtraísse eletricidade.

Fica evidente que o realismo jurídico não concebe a legalidade como o acordo entre a conduta e a norma jurídica abstrata e impessoal, porque será antes a idéia de legalidade que habita a alma do julgador o único critério de identificação do direito. O direito é o que se decide, não o preceito para que se decida de determinada forma; é o como decidido, não o como se deve decidir; é, não o que deve ser. A jurisprudência seria, a seguir-se essa orientação, como apontou Miguel Reale, apenas um capítulo da Sociologia¹⁰⁻¹¹.

4. O REALISMO JURÍDICO NORTE-AMERICANO

A professora Maria Helena Diniz aponta como principais representantes do realismo jurídico norte-americano as figuras de John

¹⁰ *O Direito como Experiência*, p. 103.

¹¹ Bastante ilustrativa é a passagem narrada por Perelman, a outro propósito, no livro já mencionado, p. 208, que transcrevemos, *verbo ad verbum*: “Por ocasião de um debate sobre as condições em que um forno pode ser utilizado, permanecendo ritualmente puro, a grande maioria dos intérpretes opôs-se ao parecer do Rabino Eliezer que pretendia, contra seus adversários, exprimir a vontade autêntica de Deus. Para provar que tinha razão, ele invoca Deus, para que ele manifeste sua aprovação por meio de milagres, que não deixam de se realizar. Como a assembléia não parecia convencida pelos milagres, ele invoca o testemunho de Deus, e faz-se ouvir uma voz celeste, que sustenta o ponto de vista do Rabino Eliezer. Neste ponto, o Rabino Josué, porta-voz da maioria, citando o

Chipmann Gray, Karl N. Llewellyn e Jerome Frank¹². Dennis Lloyd, de seu turno, indica a figura do juiz da Suprema Corte daquele país, Oliver Wendel Holmes¹³.

Para Gray, era necessário distinguir o direito efetivo das fontes do direito. O direito efetivo seria constituído de normas factualmente aplicadas pelos tribunais, e as fontes do direito seriam os fatores materiais que inspiravam (como a lei, os costumes, a doutrina, os precedentes, os princípios éticos) aos juízes e tribunais no estabelecimento das normas efetivas da sentença ou os influenciavam. Apenas essas últimas constituíam o direito real, porque a norma só é jurídica após a sua interpretação e efetiva aplicação pelos tribunais. Antes disso, é mera fonte, potência, possibilidade de direito.

Tendo como ponto de partida a diferenciação feita por Gray entre direito real e fonte do direito, os realistas passaram a diferenciar, também, as normas referidas pelo juiz na sentença da decisão efetiva que o juiz toma no ato sentencial. As primeiras não passariam, em incontáveis casos, de mero disfarce do juiz para encobrir a sua real decisão, emprestando-lhe foros de correspondência com a doutrina e a lei. A norma seria citada apenas para legitimar a decisão que, no fundo, era do próprio juiz. Uma era a norma citada, outra, a que era de fato aplicada. O direito é aquilo que o juiz faz e não aquilo que ele

versículo do *Deuteronomio*, XXX, 12, ‘a Tora não se situa nos céus’, comenta: ‘Que quer dizer isto? Significa que a Tora nos foi dada no Sinai e que nós não confiamos numa voz celeste, pois a Tora já prescreveu no Monte Sinai (Êxodo, XXIII,2) ‘em conformidade com a maioria modifica-se a lei’”. Ora, como seria a interpretação da teoria realista para essa narrativa? É fácil: o que importa não é o comando, venha ele de onde vier, da norma, da autoridade, do costume, da tradição; o que importa efetivamente é o como se decide. Perceba-se que, na disputa entre o Rabino Eliezer e o Rabino Josué, o primeiro se pretendia porta-voz da vontade divina, ou seja, do Supremo Legislador, enquanto o segundo se fazia porta-voz da maioria dos que tinham poder para decidir. O Rabino Eliezer invocou a própria vontade divina, que expressou, primeiro através de milagres, depois textualmente, qual a norma a ser seguida: a vontade soberana e incontrastável (faça-se o paralelo com a vontade soberana do Parlamento para editar e modificar leis) proclamou para que todos ouvissem qual a norma a ser adotada. Em outrossim a isso, decidiu-se de forma diferente, ou seja, a norma ditada pela autoridade não prevaleceu. Prevaleceu o fato da decisão; prevaleceu o entendimento dos que decidem. Não foi a norma abstrata, ditada por uma autoridade suprema, o que determinou qual o direito para o uso do forno que se pretendesse manter puro, mas a decisão dos que tinham poder para decidir.

¹² *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*, p.75.

¹³ *A idéia de lei*, p. 267.

diz que faz, razão pela qual é de mister - se se pretende realmente saber o que o direito é - estudar a conduta dos juízes, o seu comportamento.

O próprio Karl N. Llewellyn, ao formular as bases de sua teoria hermenêutica, seguiu essa mesma direção de Gray, distinguindo as normas no papel das normas efetivas. Aquelas - as leis e os regulamentos - declarados como razão de decidir nas sentenças; essas - as normas, declaradas ou não - em virtude das quais efetivamente se decide¹⁴.

Na percepção de Karl N. Llewellyn, uma abordagem que se pretenda realista e não meramente dogmática do direito deve adotar duas posturas básicas, se quer ser autêntica e reveladora. A uma, elidir os disfarces e máscaras que o juiz, não raramente, utiliza na sentença, de modo a que seja possível alcançar, de fato, a norma que foi aplicada e não aquela a que a decisão faz referência (mas não faz reverência). A duas, descobrir os verdadeiros fatores que atuaram na alma (razão e sensibilidade) do julgador na apreciação e qualificação dos fatos *sub judice*¹⁵.

Bastante persuasiva é a apreciação que Llewellyn faz, também, dos fatos da causa submetidos à discricção do julgador. Diz ele que os fatos nunca ou quase nunca são levados à cognição judicial da forma como efetivamente se deram, haja vista que passam pelo filtro da subjetividade dos advogados das partes, que, sem dúvida alguma, fazem uma prévia eleição dos fatos que devem narrar. De outro lado, nem todos os fatos podem ser discutidos, já que a lei processual faz restrições a alguns. Some-se a tudo a dificuldade com a prova, sobretudo a oral: depoimento das partes e testemunhas. Esses fatores conjugados

¹⁴ É curioso notar como, nos dias de hoje, em sociedades divididas em castas e com um caráter fortemente patrimonialista, como a brasileira, opiniões que tais, de forte embasamento teórico, são repetidas pela voz do povo, de forma assistemática. Não se está dizendo aqui, por óbvio, que o realismo jurídico é atual e se reflete na adoção de seus postulados pelas massas. Não se é inocente a esse ponto. O que se afirma é que existe uma certa similitude entre posicionamentos teóricos densamente fundamentados e algumas percepções coletivas das massas, como parece ser o caso. Nós mesmos já não contamos o número de vezes que ouvimos, da boca do profissional do direito ou de pessoa sem qualquer ligação com a carreira jurídica, afirmações como “a lei só funciona no papel”, “uma coisa é a lei do papel, outra coisa a lei da sociedade para os poderosos”, “para os amigos, tudo, para os inimigos, a lei”, “a lei é dócil com os ricos e rigorosa com os pobres” etc.

¹⁵ Maria Helena Diniz, op. cit., p. 78.

significariam empeco a que os fatos tomados na sentença sejam rigorosamente aqueles que tenham ocorrido.

Quem de nós, passadas tantas décadas do lançamento das bases dessa teoria, não se sente, ainda que levemente, inclinado a acreditar, um momento que seja, em seus postulados, principalmente se a sua atividade é desenvolvida quotidianamente no foro? O homem do povo - essa a nossa impressão¹⁶ - pensa rigorosamente assim¹⁷.

Há, porém, uma peculiaridade no pensamento de Llewellyn: para ele, o direito não é criação do legislador nem do magistrado, é sim criação da sociedade, em eterno fluxo. A lei e o precedente são apenas guias e não mais do que guias da atividade judicial.

O Juiz Oliver Wendel Holmes, no sempre lembrado artigo *The Path of the Law*, expôs o seu ponto de vista, segundo o qual a tarefa da Ciência do Direito é prever o que os tribunais farão. São suas palavras, *ipsis litteris*:

As pessoas querem saber sob que circunstâncias e até que ponto correrão o risco de ir contra o que é tão mais forte que elas mesmas, e, portanto, torna-se um objetivo descobrir quando esse perigo deve ser temido. O objeto do nosso estudo, então, é previsão, a previsão da incidência da força pública através do instrumento dos tribunais... As profecias do que os tribunais farão, de fato, e nada de mais pretensioso, são o que quero designar como Direito¹⁸.

De conformidade com essa linha de pensamento, o Juiz Holmes não vê nos conceitos de direito e dever outra coisa senão previsão, profecia. Um dever jurídico seria a previsão de que, se um homem

¹⁶ Nós, os que elaboramos esse trabalho, somos Juizes do Trabalho. Estamos acostumados a ver manifestações populares no sentido do texto. As pessoas têm, de ordinário, dificuldades para entender como funcionam as presunções legais, o sistema de provas, o raciocínio judiciário, e, por isso, usualmente dizem que a causa foi decidida com base numa "mentira".

¹⁷ E aqui se repete aquele fenômeno a que nos reportamos em linhas passadas, quando certas formulações teóricas encontram ressonância no inconsciente coletivo - as razões históricas não cabem ser discutidas - das massas.

¹⁸ Hans Kelsen, *Teoria Geral do Direito e do Estado*, p. 241.

fizer ou se abster de fazer certa coisa, ele terá de sofrer, desse ou daquele modo, uma conseqüência imposta por um tribunal. O direito jurídico poderia ser definido de modo semelhante: o direito jurídico seria a previsão de que, se um homem se comportasse dessa ou daquela maneira, ou se se encontrasse em determinada situação, experimentaria um benefício atribuído por um tribunal.

Hans Kelsen, em sua obra clássica *Teoria Geral do Direito e do Estado*, reporta os ensinamentos de Holmes, acima transcritos, para criticá-los veementemente. Segundo Kelsen, o fato de um tribunal ordenar certa sanção contra um indivíduo está na dependência de várias circunstâncias, sobretudo da capacidade do tribunal para estabelecer que o indivíduo de fato cometeu o delito. A decisão poderia, nesse sentido, ser prevista, quando muito, com um relativo grau de probabilidade. O direito, então, significa muito mais a possibilidade jurídica de impor sanção do que a probabilidade de que alguém vá de fato impô-la.

O desenvolvimento teórico do realismo de Jerome Frank é uma retumbante resposta à doutrina da segurança e certeza do direito, sustentada pela dogmática analítica então prevalecente. Segundo o aludido autor, o único direito certo é o revelado na sentença, a qual depende da *dieta* do juiz¹⁹.

Frank não fechou os olhos para o fato de que, em algumas hipóteses, o direito se apresentaria relativamente provável, mas isso só seria possível de acontecer em sociedades simples, pouco desenvolvidas, de estrutura social estável. Essa sociedade seria cada vez mais difícil de ser encontrada, dado o progresso da vida moderna, que se faz acompanhar de uma normação jurídica instável, incerta e insegura²⁰.

Se a personalidade do juiz constitui-se em fator decisivo na elaboração da sentença, segue-se, para Frank, que o direito positivo é incerto. A certeza postulada pelos positivistas não seria nada mais do que retórica.

¹⁹ Se o único direito certo é o revelado na sentença, conforme Frank, parece lícito concluir que, para ele, não há qualquer direito certo, uma vez que, antes da sentença, não se pode saber o que será havido por direito. É claro que Frank faz referência ao direito provável, ou seja, aquele que se espera, com certa dose de previsibilidade, venha a ser afirmado como tal, mas ainda esse seria, a rigor, incerto.

²⁰ Jerome Frank, parece-nos que, aqui, exerceu um certo futurismo. Sua análise acerca da instabilidade do direito na sociedade moderna revela-se-nos bastante atual e pertinente,

Para os realistas norte-americanos, não existe qualquer silogismo na sentença judicial, porque ela não é um produto da lógica mas do influxo social. Para eles, o direito é um produto das forças sociais e um instrumento de seu controle²¹.

5. O REALISMO JURÍDICO ESCANDINAVO

O movimento realista escandinavo, no dizer de Denny Lloyd, foi contemporâneo do norte-americano, com o qual, aliás, como não poderia deixar de ser, tem importantes pontos de contato. Assim como os autores americanos, os escandinavos chamaram a atenção para a necessidade de explorar os fundamentos sociológicos do Direito, numa postura que deveria ser traduzida como um rechaço ao dogmatismo da norma jurídica; para eles, o direito válido não seria outra coisa senão a predição daquilo que os tribunais decidiriam, na exata medida do pensamento americano; sustentaram ser imperioso, ainda, investigar as formas efetivas por que o processo judicial e administrativo funcionam, não aceitando como explicação a existência de regras escritas que vinculariam os juízes e funcionários, porque essa explicação seria parcial e deixaria sem justificação incontáveis problemas relevantes.

sobretudo se se pensar já não mais na sociedade moderna mas na sociedade que hoje já alguns autores chamam de pós-moderna, que parece estar superando os valores do Iluminismo.

O que dizer da tão atual globalização das economias e de todas as conseqüências jurídicas advindas desse fato? Veja-se que, no Brasil, é recorrente o discurso pela desregulamentação do mercado de trabalho, flexibilização da economia, mudança no regime jurídico previdenciário etc. Diante desse cenário, como falar em segurança e certeza jurídicas? Não seria isso um exercício de abstração, em que o intérprete sairia do mundo real e ingressaria num universo ideal, uma construção do pensamento sem correspondência na prática? A essas perguntas certamente Frank responderia com um sonoro sim - intuimos.

²¹ Nesse ponto, gostaríamos de expressar nossa parcial concordância com o pensamento realista. A nós sempre pareceu, ainda mesmo quando estudantes, de profunda artificialidade as lições dos professores de processo acerca da decisão judicial, à qual se chegaria trabalhando-se com uma premissa maior (a norma), uma premissa menor (o fato) e a conclusão. Deixamos assentado, de logo, que percebemos o direito como uma ciência de justificação e não de demonstração, porque o raciocínio jurídico, diferentemente do raciocínio matemático, eminentemente analítico - porque parte das premissas para as conseqüências - é um raciocínio dialético, que, o mais das vezes, trabalha com o confronto de valores. Nesse ponto, portanto, forçoso reconhecer que a lógica formal tem muito pouco ou nada para oferecer, daí a artificialidade a que nos reportamos.

De par com possuir muito em comum com o pensamento norte-americano, o realismo jurídico escandinavo é mais filosófico do que aquele, porque adentrou mais o problema da realidade jurídica para perscrutar os fundamentos mesmo do direito, aquilo que ele é em si²².

Kalr Olivecrona, um dos mais destacados autores do realismo escandinavo, sustentava que a idéia de que existiam normas de direito vinculatórias é mero produto da fantasia, derivava mesmo de superstições e crenças do passado. Nesse sentido, o direito não seria mais do que uma forma de psicologia.

O direito teria uma base psicológica importantíssima, que não prescindiria, todavia, de um sistema de força para ser eficaz. Mas quando um ordenamento jurídico é bem estabelecido, a força é deixada em segundo plano, porque o condicionamento psicológico seria suficiente para moldar o padrão de conduta que se quer ver acatado.

Toda e qualquer norma jurídica - sustenta Olivecrona - tem por objetivo influir no comportamento das pessoas, sendo esse precisamente o propósito do legislador ao traçar o modelo da conduta desejada. A aplicação da lei seria, já então, a utilização dessas ações imaginárias como modelos de conduta toda vez que na vida real surgirem os fatos que corresponderem a elas. Seguindo esse norte - explica Miguel Reale²³ - "o conteúdo das normas jurídicas é definido como 'idéias de ações imaginárias a serem cumpridas (por exemplo, por juízes) em situações imaginárias'".

É da essência das normas jurídicas que elas não tenham referência a valores, não obstante através delas se procure influir no proceder

²² A propósito, veja-se a notável comparação de Dennys Lloyd, op. cit., p. 271: "Algumas de suas descobertas - o autor se refere a descobertas dos realistas escandinavos - recordam, apropriadamente, a história do rei que desfilava nu, de Hans Cristian Andersen, enquanto seus tolos súditos, de olhos arregalados, admiravam com exclamação de aplauso o que continuava sendo descrita como uma rica vestimenta régia. Tal como os trajes reais da fábula, o direito resulta ser, na opinião desses autores, pouco mais do que um produto da imaginação". Nesse ponto o autor pára e não se reporta mais à fábula de Hans Cristian Andersen, mas poderia ter continuado. Se o fizesse, teria narrado que, nela, é uma criança que, apontando com expressão de assombro para o rei, proclama: "O rei está nu". Ora, o que pretenderam os realistas escandinavos senão desempenhar o papel da criança e, apontando para aquilo que se chama direito, exclamar: "Isso não existe como normatividade!"?

²³ Op. cit., p. 105.

individual das pessoas. As normas operariam sobre a vontade como imaginários *imperativos independentes*.

Alf Ross, de sua parte, procede à eliminação da dimensão da validade como categoria distinta da eficácia. Ele identifica duas espécies de realismo, o psicológico e o condutista.

O realismo psicológico, segundo Ross, encontraria a realidade do direito nos fatos psicológicos. Desse modo, uma norma jurídica seria vigente se aceita pela consciência jurídica popular. Que essa norma também seja aplicada pelos tribunais é um fato até certo ponto secundário, porque isso seria a consequência normal do fato de a consciência popular, que determina, inclusive, as reações do juiz, havê-la na conta de vigente, obrigatória.

Segundo esse ponto de vista, para saber se uma regra jurídica é vigente deve-se empreender uma investigação socio-psicológica: tem-se que investigar se essa regra é acatada pela consciência jurídica popular²⁴.

Já o realismo condutista identifica o direito com as decisões dos tribunais. A norma é vigente, para os condutistas, se há razões suficientes para supor que ela virá a ser aceita pelos tribunais em suas decisões. Aqui, a equação se inverte: o fato de as normas serem compatíveis com a consciência jurídica dominante é derivado e já agora secundário, é um pressuposto normal, mas não essencial para que venham a ser aceitas pelos tribunais.

Alf Ross faz uma síntese perfeita entre o realismo psicológico e o condutista, nestes termos: enquanto a teoria psicológica explica a vigência do direito segundo a fórmula *o direito é aplicado porque é vigente*, a teoria condutista proclama que *o direito é vigente porque é aplicado*. E conclui, *in verbis*:

Solo podremos alcanzar una interpretación sostenible de la vigencia del derecho, si efectuamos una síntesis del realismo psicológico y el realismo conductista. Tal es lo que he intentado explicar en

²⁴ Para L. Fernando Coelho, o realismo norte-americano é marcadamente psicológico, ao passo que o escandinavo seria lingüístico (*In Lógica Jurídica e Interpretação das Leis*, p. 198). O autor, todavia, não explica as razões por que assim pensa.

el presente capítulo. Mi punto de vista es conductista en la medida en que busca hallar consistencia y predecibilidad en la conducta verbal, exteriormente observada, del juez. Es psicológico, en la medida en que la aludida consistencia es la de un todo coherente de significado y motivación, únicamente posible sobre la base de la hipótesis de que en su vida espiritual el juez se halla gobernado y motivado por una ideología normativa cuyo contenido conocemos²⁵.

Para os jusfilósofos escandinavos, a juridicidade seria algo que se constataria na norma no momento de sua aplicação, de maneira que a dimensão da validade e a dimensão da legitimidade se identificariam com a dimensão da efetividade.

6. REALISMO JURÍDICO X POSITIVISMO JURÍDICO NA VISÃO DE NORBERTO BOBBIO²⁶

Não é infreqüente encontrar autores de nomeada que se refiram ao realismo jurídico como uma variação do positivismo jurídico, *lato sensu*. Antes do mais, é preciso bem caracterizar essa lição, para não se tomar a nuvem por Juno: quando se diz que o realismo jurídico é uma espécie de positivismo jurídico em sentido genérico quer-se dizer apenas que, como o positivismo jurídico, a teoria realista propõe uma definição anti-ideológica e, nesse sentido, anti-valorativa do direito. Estaria ele - o realismo jurídico - na esteira desse entendimento, em oposição às definições ideológicas e valorativas propostas pelas doutrinas jusnaturalistas. É somente assim que cabe alcunhar o realismo jurídico de positivista.

Todavía, embora o realismo jurídico tenha pontos de contato com o positivismo, guarda dele sérias divergências epistemológicas. De um modo bastante resumido, poder-se-ia dizer que, enquanto o positivismo jurídico, na definição do direito, não introduz com muita

²⁵ Op. cit., p. 72.

²⁶ As idéias centrais do jusfilósofo italiano, aqui apresentadas, foram hauridas de sua obra *O Positivismo Jurídico - Lições de Filosofia do Direito*.

firmeza o requisito da eficácia, o realismo jurídico, de seu turno, toma esse requisito como essencial e, talvez, o único verdadeiramente importante. Por aí se vê o quanto essas teorias, que se tocam circunstancialmente, se distanciam ao depois.

O positivismo jurídico - guardando coerência com os seus postulados - afirma que o direito é o conjunto de normas válidas emanadas do soberano. O realismo jurídico - sempre em consonância com a sua percepção do direito como fato - sustenta que o direito é o conjunto de normas efetivamente aplicadas pelos tribunais de uma determinada comunidade e, nesse sentido, efetivamente seguidas. Ali prepondera o requisito da validade; aqui, o da eficácia.

Essa discrepância de opiniões entre uma e outra corrente do pensamento jurídico se justifica pelo fato de os seus fatores se colocarem em observatórios significativamente diferentes para considerar o fenômeno jurídico: enquanto o juspositivista aborda o direito sob a perspectiva do *dever ser*, considerando-o como uma realidade normativa, o realista o enfoca sob o ângulo do *ser*, tomando-o na conta de uma ciência fatural²⁷.

Proponha-se a seguinte pergunta: qual o verdadeiro direito: aquele do legislador, não obstante não acatado pelos juízes, ou o dos juízes, embora não seja conforme à norma jurídica votada pelo Parlamento? O positivista responderia que o direito é aquele do legislador, na conformidade das regras de competência estabelecidas pelo ordenamento; o realista, em outrossim, responderia que o direito verdadeiro é aquele aplicado pelo juiz, ainda quando não encontrasse abrigo em normas jurídicas do Parlamento.

É de ser ponderado, contudo, que, embora exista, de fato, como aponta Bobbio, uma funda diferença entre o realista e o positivista acerca do problema da validade e da eficácia do direito, não se pode deixar de reconhecer que, no positivismo kelseniano, não se nega que a eficácia seja uma relevante instância do direito, como fica patente da leitura da versão mais atualizada de sua doutrina²⁸.

²⁷ Faticidade X Normatividade - é precisamente essa a dicotomia que opõe realistas a positivistas estrito senso.

²⁸ "A solução proposta pela Teoria Pura do Direito para o problema é: assim como a norma de dever-ser, como sentido do ato-de-ser que a põe, se não identifica com este ato,

7. REALISMO JURÍDICO X SOCIOLOGISMO OU JURISPRUDÊNCIA SOCIOLÓGICA

Não é nosso intento aqui traçar um paralelo exaustivo entre o realismo jurídico e a jurisprudência sociológica, mas apenas, levando em consideração as semelhanças significativas que há entre ambas as teorias, indicar aquele ponto a partir do qual elas se afastam.

Com efeito, embora o sociologismo, como o realismo jurídico, entenda que o direito é fato, para os sociologistas - com o que abrem o leque muito expressivamente comparados aos realistas - o fato a que eles se referem é todo e qualquer fato social que seja relevante para a configuração do jurídico. É verdade que para uns e outros o direito passou a ser visto pelo ângulo de seu resultado prático; acontece, todavia, que, enquanto para o sociologismo o direito era definido pela eficácia, para os realistas ele o era pela sentença judicial. É aqui o ponto de diferenciação.

Segundo os sociologistas, a própria convivência social - através da eficácia - determina o direito, haja vista que Direito é, para eles, aquilo que como tal se realiza. Os realistas, de seu turno, como se viu, entendiam que o Direito era aquilo que a sentença judicial dizia que era.

Nesse ponto, queremos crer que os sociologistas foram menos reducionistas do que os realistas, os quais só concebiam o direito judiciário, fechando os olhos para o cotidiano da vida social, na qual se vê a realização espontânea do direito longe dos umbrais das cortes judiciais.

assim a validade de dever-ser de uma norma jurídica se não identifica com a sua eficácia da ordem do ser; a eficácia da ordem jurídica como um todo e a eficácia de uma norma jurídica em particular são - tal como o ato que estabelece a norma - condição da validade. Tal eficácia é condição no sentido de que uma ordem jurídica como um todo e uma norma jurídica singular já não são consideradas como válidas quando cessam de ser eficazes". *In Teoria Pura do Direito*, p. 236. Como se vê da transcrição, para o normativismo kelseniano, embora a eficácia não seja elemento da validade da norma, um mínimo de eficácia é condição para a validade da norma ou do ordenamento.

8. AS FONTES DO DIREITO NA VISÃO REALISTA DE ALF ROSS

Alf Ross parte de sua posição epistemológica acerca do direito para abordar a problemática de suas fontes.

Com efeito, ele inicia o capítulo de sua obra²⁹ que versa a matéria sustentando que o real conteúdo da asserção $A=D$ é *direito vigente* é uma predicação de que, dadas certas condições, D será a postura adotada pelos tribunais para a solução de controvérsias futuras.

No entanto - reconhece Ross - a experiência mostra que a predição do direito é possível dentro de certos limites, variando o seu grau consideravelmente.

Ora, como uma ordem jurídica não é constituída de um pequeno número de normas simples, concisas e estáveis, mas ao contrário, é constituída de uma ampla multiplicidade de normas complexas e submetidas a um contínuo processo de evolução, resulta que, em cada caso que lhe é submetido, o juiz deve abrir caminho no ordenamento para encontrar o fundamento de sua decisão. Se, mesmo diante desse cenário, a predição do direito é possível, só o pode ser em razão do fato de que o processo espiritual por que passa o juiz até chegar a sua decisão não é produto de sua exclusiva subjetividade, ou seja, não é arbitrário, mas informado por uma ideologia comum. É precisamente essa ideologia que é o objeto da doutrina das fontes do Direito.

Por esse ângulo visual, as fontes do direito, para ele, não se traduzem na forma como devem ser resolvidas as controvérsias jurídicas, antes dizem respeito à maneira por que deve proceder o juiz para descobrir os fundamentos que são importantes para a solução da causa em debate. E arremata, numa fidelidade à sua posição realista: “Resulta claro que esta ideología únicamente puede ser observada en la conducta efectiva de los jueces”³⁰⁻³¹.

²⁹ Op. cit., p. 73 e ss.

³⁰ Op. cit., p. 74.

³¹ É a seguinte a definição de Alf Ross para as fontes do direito, *in verbis*: “Por ‘fuentes del derecho’, pues há de entenderse el conjunto de factores o elementos que ejercen influencia en la formulación, por parte del juez, de las reglas en las que éste basa su decisión; com el agregado de que esta influencia puede variar: desde aquellas ‘fuentes’

Tomando como critério de classificação o grau de objetividade das fontes do Direito, Alf Ross as classifica da seguinte forma: a) tipo de fonte completamente objetivada (legislação); b) tipo de fonte parcialmente objetivada (costume e precedente); c) tipo de fonte não objetivada (razão).

Mas, logo adiante, ele faz uma pergunta desconcertante: em que medida o direito existe já criado na fonte mesma (legislação, costume, precedente, razão) e em que medida é o juiz quem o cria? E a sua resposta a essa pergunta é ainda mais desconcertante, embora absolutamente coerente com a sua explicação para a expressão *direito vigente*, com a qual abrimos esse tópico. Diz Ross que aquilo que se vem de examinar como algo material (legislação, costume, precedente, razão) não passa do grau de probabilidade com que se pode predizer a influência de uma fonte sobre o juiz. Nessa direção - e isso está dito expressamente por Ross - afirmar que a lei é direito significa genericamente e com um grau de probabilidade bem próximo à certeza que podemos predizer que ela será acatada e aplicada pelo juiz, da mesma forma que as regras derivadas da razão não são consideradas como direito por si mesmas, porque, já então, só se pode fazer conjecturas acerca da futura reação dos tribunais quanto a elas. Cuidasse, portanto, de uma diferença de grau.

Alf Ross passa a analisar criticamente a posição de Gray, para quem a lei não é direito. No ponto de vista desse, a lei não é mais do que um fator de motivação e não é possível conhecer o resultado da interpretação que os tribunais farão dela. Assim, conclui Gray, a única fonte do direito são as regras aplicadas pelos tribunais; portanto, todo o direito é criação judicial.

O reproche de Ross é de uma lógica fulminante: para saber que regras são aplicadas na prática há de entender-se o comportamento dos tribunais, o que implica, de conseqüência, que, para Gray, o precedente é a fonte que cria o direito por si mesmo. Mas não seria o

que proporcionan al juez una norma ya elaborada que simplemente tiene que aceptar, hasta aquellas otras que no le ofrecen nada más que ideas e inspiración para que el propio juez formule la norma que necesita". De observar-se que, segundo essa definição, o autor não faz qualquer diferenciação entre as fontes obrigatórias e as não obrigatórias, colocando-as num mesmo patamar. Atitude semelhante de Gray é criticada por Hans Kelsen, no seu trabalho *Teoria Geral do Direito e do Estado*.

caso de adotar em relação aos precedentes a mesma postura que Gray adotou em relação às leis, haja vista que aqueles não são mais do que fatores de motivação e não é possível saber com um grau de certeza razoável que grau de influência esses precedentes terão sobre as decisões futuras? A questão, pois, fica resumida ao seguinte: se uma regra só pode ser reconhecida como direito vigente se pudermos afirmar, com certeza, que ela será aplicada no futuro pelos tribunais, então já nenhuma regra pode ser reconhecida como direito vigente. Essa foi a conclusão, inclusive, a que chegaram Jerome Frank e os realistas norte-americanos.

Para Ross, é quase impossível desenvolver uma doutrina das fontes do direito não legislado (costume, precedente, razão), porque não há como identificar as condições objetivas que marcarão a influência do costume, do precedente e da razão nos pronunciamentos dos tribunais. Isso mostra, portanto, que a tentativa de indicar essas condições não passa de uma postura no sentido de manter a ficção de que o juiz só aplica o direito objetivamente existente.

Mas mesmo aqui Ross reconhece não ser esse um ponto fechado, tendo em mira que, não obstante o direito continental europeu ser marcadamente um direito legislado, o direito anglo-americano, por seu turno, é caracteristicamente firmado no precedente.

Uma doutrina realista das fontes do direito - para Ross - só pode ser formulada estudando-se a conduta efetiva dos tribunais. Pode-se ou não concordar com ele, mas não se pode atacar a rigorosa coerência intrassistemática de sua teoria.

9. CONCLUSÃO

Os excessos lógico-formais do positivismo jurídico fizeram surgir, sobretudo no continente europeu, a reação representada pela abordagem sociológica do Direito. Mas, como sustenta Lloyd³² com razão, essa corrente do pensamento também não tardou em extravasar as fronteiras de sua análise, acabando por promover um reducionismo indevido na apreciação do jurídico³³.

³² Op. cit., p. 266.

³³ A escola da livre apreciação do direito, para Lloyd, representou um desses excessos.

Para nós, o realismo jurídico significou um avanço importante no estudo do Direito, suplantando, a bem da verdade, uma perspectiva meramente formal da ciência jurídica, que deixava de fora intricados problemas, como, por exemplo, a questão da eficácia e da legitimidade do Direito.

Ao afirmar que o direito ocupa o mundo fatural³⁴, os realistas chamaram a atenção para a necessidade de verificar o que realmente acontece no seio da comunidade social, com vistas a superar o mito (para eles) do direito objetivamente existente e o dogmatismo hermético.

Mas o realismo jurídico, sobretudo a sua vertente norte-americana, que reduz a juridicidade à decisão judicial, peca por uma visão excessivamente unilateral e reducionista da realidade do Direito.

A adoção do pensamento realista (que tem inúmeros pontos louváveis, fazemos questão de frisar) levaria a momentos de estrangulamento do intérprete, com o que fica evidenciada a insubsistência da teoria como tentativa feliz de explicar a juridicidade. O primeiro ponto de estrangulamento é que ficaria sem explicação e teria de ser negado o Direito dos pequenos grupos comunitários. Em segundo lugar, mesmo o Direito Internacional não encontraria justificação satisfatória no colo dessa doutrina, dada a sua assistemática. Em terceiro, restaria negado o direito realizado espontaneamente pela comunidade social, longe, portanto, dos tribunais.

De qualquer sorte, outro problema que pode ser identificado na teoria realista é o fato de não haver ficado bem explicado - pelo menos para nós - como seria possível a previsão acerca das decisões dos tribunais. Essa dificuldade mais avulta no mundo de hoje, no qual os avanços tecnológicos têm derrubado fronteiras culturais e revolucionado valores.

³⁴ Aqui não se está emprestando razão à essa posição, apenas relevando o papel significativo que ela teve no avanço da discussão jurídica.

10. BIBLIOGRAFIA

- ATIENZA, Manoel. *Introducción al Derecho*. Barcelona: Editora Barcanova, 1985.
- BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico - Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone Editora, 1995.
- COELHO, L. Fernando. *Lógica Jurídica e Interpretação das Leis*, 2ª edição, revista. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*, 11ª edição atualizada. São Paulo: Saraiva, 1999.
- DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- HART, H. L. A. *El Concepto de Derecho*. Buenos Aires: Editora Nacional, 1980.
- LLOYD, Dennis. *A Idéia de Lei*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- MACHADO NETO, A. L. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*, 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 1977.
- PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- REALE, Miguel. *O Direito como Experiência*, 2ª edição fac-similar. São Paulo: Saraiva, 1992.
- ROSS, Alf. *El Derecho e la Justicia*, 4ª edição. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1977.
- SOIBELMAN, Leib. *Enciclopédia do Advogado*, 5ª edição, revista e atualizada. Rio de Janeiro: Thexd Editora, Biblioteca da Universidade Estácio de Sá, 1994.
- SOKAL & BRICMONT. *Imposturas Intelectuais - O Abuso da Ciência pelos Filósofos Pós-modernos*. Rio de Janeiro: Record, 1999.
- VASCONCELOS, Arnaldo. *Direito, Humanismo e Democracia*. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

A LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL E A CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS E INCENTIVOS FISCAIS

Conceição Maria Gomes Ehl Barbosa,
Procuradora do Estado de Sergipe.
Especialista em Direito Tributário pela
Universidade Cândido Mendes.

RESUMO: Trata-se de uma análise dos reflexos da Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), e em especial o seu artigo 14, sobre a concessão ou ampliação de benefícios e incentivos fiscais. Serão enfocados, dentro do tema suscitado, os diversos pontos geradores de controvérsia surgidos com a edição da supra-referida lei complementar, bem como o entendimento que surgiu a partir da interpretação exaustiva de todas as nuances que o assunto suscita.

PALAVRAS-CHAVE: responsabilidade fiscal; renúncia de receita; benefícios e incentivos fiscais.

ABSTRACT: This analysis is about the consequences of the Complementary Law no. 101/2000 (Fiscal Responsibility Law) specially in its article 14, about the grant or amplification of benefits and fiscal incentives. It will be focused, according to the mentioned theme, the numerous aspects that generate controversies arisen from the editing of the above mentioned Complementary Law as well as the understanding that arose from the exhaustive interpretation of all the nuances that the subject brings.

KEY WORDS: fiscal responsibility; financial resources RENUNCIA; fiscal benefits and incentives.

SUMÁRIO: 1. Considerações preliminares; 2. A constitucionalidade do artigo 14 da Lei de Responsabilidade Fiscal; 3. O alcance da expressão “renúncia de receita”; 4. A manutenção dos benefícios fiscais vigentes, no contexto da LRF; 5. Implicações da renúncia fiscal na

elaboração da Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e na Lei Orçamentária Anual (LOA); 6. Conclusões.

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

O tema ora sob exame é de preponderante interesse nos dias atuais, em que se vê o Administrador Público forçado a aliar as exigências das novas formas de gestão pública, com a imposição de limites aos governantes, através dos parâmetros conferidos para a administração das finanças, com a prestação de contas sobre os gastos dos recursos públicos, ao atendimento das necessidades contínuas do Estado e da coletividade.

A Lei Complementar nº 101, de 04.05.2000 dispôs sobre normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade dos administradores fazendários, que contém íntima conotação com a concessão dos incentivos fiscais.

No que atina à temática, o art. 14 do referido diploma legal estabeleceu o seguinte:

“rt. 14. A concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita deverá estar acompanhada de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes, atender ao disposto na lei de diretrizes orçamentárias e a pelo menos uma das seguintes condições:

I – demonstração pelo proponente de que a renúncia foi considerada na estimativa de receita da lei orçamentária, na forma do art. 12, e de que não afetará as metas de resultados fiscais previstas no anexo próprio da lei de diretrizes orçamentárias;
II – estar acompanhada de medidas de compensação, no período mencionado no caput, por meio do aumento de receita, proveniente da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição.
§ 1º A renúncia compreende anistia, remissão, subsídio, crédito presumido, concessão de isenção

em caráter não geral, alteração de alíquota ou modificação de base de cálculo que implique redução discriminada de tributos ou contribuições, e outros benefícios que correspondam a tratamento diferenciado.

§ 2º Se o ato de concessão ou ampliação do incentivo ou benefício de que trata o caput deste artigo decorrer da condição contida no inciso II, o benefício só entrará em vigor quando implementadas as medidas referidas no mencionado inciso.

§ 3º O disposto neste artigo não se aplica:

I – às alterações das alíquotas dos impostos previstos nos incisos I, II, IV e V do art. 153 da Constituição, na forma do seu § 1º;

II – ao cancelamento de débito cujo montante seja inferior ao dos respectivos custos de cobrança.

Feitas as considerações preliminares, passaremos então a analisar o tema.

2. A CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 14 DA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL

Editada em atendimento aos ditames do art. 163 da Carta Constitucional, que dispõe que “Lei complementar disporá sobre: I – finanças públicas”, a Lei Complementar 101, de 4 de maio de 2000 veio na realidade se traduzir em verdadeiro código de conduta para os administradores públicos.

No que se refere à renúncia de receita, o controle sobre a atividade dos governantes está evidenciado sobretudo no art. 14 do referido diploma legal, *in verbis*:

Questionou-se de imediato a constitucionalidade do artigo acima transcrito, que teria extrapolado o limite constitucionalmente imposto – dispor sobre finanças públicas.

Para que possamos analisar se houve de fato uma extrapolação dos limites fixados no teto constitucional, necessário se faz a análise da

expressão “finanças públicas”, contida na Art. 163 da Constituição Federal.

A finalidade fundamental do Estado é a realização do *bem comum*. Para a realização desse *desideratum*, tem o Estado de desenvolver atividades múltiplas, que no conjunto se chamam **atividade estatal**.

Entre as atividades estatais, podemos destacar a atividade financeira, que é objeto de estudo de várias ciências particulares, entre as quais a Ciência das Finanças Públicas e o Direito Financeiro.

Dessa forma, a expressão “finanças públicas” se nos afigura como um sinônimo da chamada “atividade financeira do Estado”, que no dizer do mestre Rui Barbosa Nogueira “*consiste em toda ação que o Estado desenvolve para obter, gerir e aplicar os meios necessários para satisfazer às necessidades da coletividade e realizar seus fins.*”¹

O ilustre Aliomar Baleeiro, por sua vez, define a **atividade financeira do Estado** como “a disciplina que, pela investigação dos fatos, procura explicar os fenômenos ligados à obtenção e dispêndio do dinheiro necessário ao funcionamento dos serviços a cargo do Estado, ou de outras pessoas de direito público, assim como os efeitos outros resultantes dessa atividade governamental.”²

A atividade financeira do Estado se constitui, portanto, em objeto de estudo do Direito Financeiro, que vai disciplinar, normativamente, essa atividade, abrangendo “as regras legais de imposição de tributos, as normas dos orçamentos públicos e as normas legais de contabilidade pública, a aquisição e guarda de bens públicos e, em geral, tudo o que diz respeito a rendas, propriedades, valores e direitos que pertencem ao Estado e aplicados na *atividade financeira*.”³

Dessa forma, ao disciplinar a renúncia de receitas públicas, o art. 14 da Lei de Responsabilidade Fiscal não extrapolou os limites do art. 163, I, da CF, uma vez que não se afastou do objeto da atividade financeira do Estado, no qual se inclui a disciplina normativa das rendas e valores pertencentes ao Estado.

¹ Ruy Barbosa Nogueira - *Curso de Direito Tributário*, Saraiva, 10ª edição, 1990, São Paulo, pág. 3.

² Aliomar Baleeiro - *Uma Introdução à Ciência das Finanças*, Forense, 9ª edição, 1973, Rio de Janeiro, pág. 22.

³ Igor Tenório - *Curso de Direito Financeiro Brasileiro*, Editora Resenha Tributária, 2ª edição, 1975, São Paulo, pág. 7.

Outrossim, não houve ingerência no campo do Direito Tributário, desde quando a referência ou utilização dos institutos desse ramo do direito destinou-se a possibilitar a implementação da compensação da renúncia de receita, limitando-se a mencioná-los, sem lhes impor qualquer alteração.

No que pertine ao enunciado do § 6º do art. 150 da Constituição da República, o mesmo trata da **concessão** de benefícios fiscais, que só se poderá verificar ante à existência de lei específica sobre a matéria, emanada do ente político que detenha a competência tributária para tal, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2º, XII, g.

Não nos parece haver qualquer conflito entre a norma supramencionada e dispositivo legal ora sob comento, o art. 14 da LRF. Destarte, tratam-se de situações distintas. A exoneração tributária demanda a existência de lei específica sobre a matéria. A norma investigada, por sua vez não está a conceder benefício fiscal, mas apenas norteando a atividade do administrador público, quando da concessão dos referidos benefícios. A LRF, portanto, não pretendeu dispensar a exigência da lei específica para a concessão de benefícios, apenas consagrou novas exigências para tanto.

Por fim, uma última indagação se pode considerar em relação à constitucionalidade do art. 14 da LRF, especificamente em relação ao conteúdo do inciso II, ao se atribuir às hipóteses de compensação de receita o caráter de comando taxativo.

Levando-se em conta o objetivo do inciso acima mencionado, qual seja o de fazer acompanhar à renúncia de receita a respectiva compensação, é de se concluir que o elenco de meios que foram mencionados no multicitado inciso seria meramente exemplificativo, ou seja, qualquer outro meio de aumento da receita, que possibilite a compensação da renúncia, poderá ser admitido, observando-se, todavia, o atendimento ao princípio da anterioridade tributária, consagrado no art. 150, III, a, da CF/88, que dispõe, **in verbis**:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

...

III – cobrar tributos:

...

b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou.

Por consequência, a instituição ou aumento de tributo objetivando atender ao disposto no inciso II do art. 14 da LRF, em obediência ao citado princípio, terá que se verificar no exercício financeiro anterior à concessão do benefício, já que, conforme previsão do §2º do multicitado artigo 14, terá que estar assegurada a compensação pelo aumento de receita, para que possa o benefício entrar em vigor.

3. ALCANCE DA EXPRESSÃO “RENÚNCIA DE RECEITA”

Consoante texto do dispositivo legal em estudo, “a renúncia compreende anistia, remissão, subsídio, crédito presumido, concessão de isenção em caráter não geral, alteração de alíquota ou modificação de base de cálculo que implique redução discriminada de tributos ou contribuições, *e outros benefícios que correspondam a tratamento diferenciado.*”

Pelo que se depreende não só do texto acima transcrito, como da própria essência da Lei de Responsabilidade Fiscal, objetivou o legislador complementar impor limites aos governantes, através dos parâmetros conferidos para a administração das finanças, com a prestação de contas sobre os gastos dos recursos públicos.

Prosseguindo nessa linha de raciocínio, há de prevalecer o entendimento de que importa renúncia de receita todo e qualquer mecanismo financeiro empregado na vertente da receita pública que

implique nos mesmos resultados econômicos da despesa pública, e que não possua o caráter da generalidade.

Vejamos, pois, em apertada síntese, algumas das figuras tributárias que se encontram compreendidas nos atos que importem “renúncia de receita” e que, por conseguinte, subordinam-se ao estatuído no art. 14 da LRF.

Isenção

Questão de relevo se apresenta em relação às **isenções**.

A doutrina clássica define a isenção como um favor legal concedido pelo Estado dispensando o pagamento do tributo devido (Rubens Gomes de Souza, Amílcar de Araújo Falcão). O fato jurídico (fato gerador) ocorre, nascendo a obrogação tributária, operando-se, no entanto, por força de norma isentante, a dispensa do débito tributário.

Em contraposição a referida tese, em entendimento inaugurado por Alfredo Augusto Becker e seguido, entre outros, por Souto Maior Borges, na isenção haveria a exclusão do próprio fato gerador. Esse o entendimento mais aceito atualmente.

No dizer do mestre Hugo de Brito Machado, “Embora tributaristas de renome sustentem que isenção é a dispensa legal do tributo devido, pressupondo, assim, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, na verdade ela *exclui* o próprio fato gerador. A lei isentiva retira uma parcela da hipótese de incidência da lei de tributação. Isenção, portanto, não é propriamente dispensa do tributo devido.”⁴

A isenção é sempre decorrente da lei, que especifique as condições e os requisitos exigidos para a sua concessão.

Conforme definição do ilustre Ruy Barbosa Nogueira, “a isenção concedida em caráter geral pode ser gozada por todos aqueles que se encontrem na situação descrita pela lei, independentemente de requerimento.”⁵

⁴ Hugo de Brito Machado, *Curso de Direito Tributário*, Malheiros Editores, 14ª Edição, 1998, São Paulo pág. 155.

⁵ Ruy Barbosa Nogueira em obra citada pág. 134.

Já a isenção especial “é efetivada, em cada caso, por despacho da autoridade administrativa, em requerimento com o qual o interessado faça prova do preenchimento das condições e do cumprimento dos requisitos previstos em lei ou contrato para sua concessão.” (CTN, art. 179).

O comando normativo em estudo, o multicitado parágrafo 1º, ao mencionar os institutos compreendidos dentro da renúncia de receita, o fez de forma específica, em relação à isenção, para aquelas de caráter não geral, não abraçando, dessa forma, as isenções de caráter geral, que estão, consoante interpretação literal do dispositivo legal, fora do alcance das restrições impostas pelo art. 14 da LRF, devendo obedecer, logicamente, às demais normas e princípios que norteiam a concessão de benefícios fiscais.⁶

Remissão

Remissão, por sua vez, vem de remir, perdoar.

Em Direito Tributário, remir é perdoar ou apagar o débito fiscal. Só pode ser concedida pela autoridade administrativa para tanto expressamente autorizada por lei.

A remissão não se confunde com a anistia, que é forma de exclusão do crédito tributário. A remissão é dispensa do crédito tributário, e pressupõe, portanto, já tenha havido lançamento.

Anistia

A anistia é um benefício que visa excluir o crédito tributário na parte relativa à multa aplicada pelo sujeito ativo ao sujeito passivo, por infrações cometidas por este anteriormente à vigência da lei que o concedeu.⁷

⁶ A esse respeito, cumpre salientar, firmaram posição os Estados, em reunião ocorrida no Confaz, em Brasília, entre os representantes das Fazendas Estaduais e das Procuradorias dos Estados, de que prevalece o entendimento de que “*a renúncia fiscal, como denominada e disciplinada pelo art. 14 e parágrafos, deve ser interpretada literal e restritivamente, entendendo-se por isenção concedida em caráter não geral, alteração de alíquota e redução de base de cálculo e outros benefícios que correspondam a tratamento diferenciado, aqueles condicionados a requerimento e despacho de autoridade.*”

⁷ Vittorio Cassone, Direito Tributário, 10ª Ed., São Paulo, atals, 1997, pág. 137.

A anistia fiscal é regulada pelo art. 150 do CTN. Anistiar é apagar, cortar, suprimir algo do mundo jurídico.

A anistia tem efeitos *ex tunc*, abrangendo exclusivamente as infrações cometidas anteriormente à vigência da lei que a concede.

A anistia exclui o crédito tributário já em cobrança, em débito para com a Fazenda, cuja incidência também já tenha ocorrido, reportando-se, assim como a isenção, somente à obrigação principal.

Redução de base de cálculo

A redução de base de cálculo do tributo é o incentivo fiscal através do qual a lei modifica (para menos) sua base tributável, seja através da aplicação de um percentual de redução, seja mediante a exclusão de qualquer de seus elementos constitutivos.

Concessão de crédito presumido

Crédito fiscal presumido é aquele que não representa montante do imposto cobrado na operação anterior.

Por questões econômicas, ou políticas, sobretudo de incentivo à pequena empresa, a legislação pode estabelecer, nos impostos não cumulativos, para alguns segmentos contribuintes do imposto, a opção pelo crédito em percentual fixo, em substituição aos créditos normais.

Nesta hipótese, a legislação pertinente à matéria oferece ao contribuinte uma forma simplificada de apuração do imposto, mediante a adoção de um percentual fixo, a título de crédito.

Para tal situação, parece razoável o entendimento de que, se o percentual do crédito presumido guardar razoável proporcionalidade com os créditos normais referentes ao segmento econômico ao qual se destina (o que terá que restar devidamente comprovado), constituindo-se tão só numa fórmula simplificadora, posta à disposição do contribuinte, não se configura a renúncia fiscal, para os efeitos da LRF.

Ao inverso, se o percentual fixado extrapolar o patamar de crédito considerado normal naquele segmento, ou se o crédito presumido assumir a figura do crédito-prêmio, acumulando-se com os créditos normais, será considerada como renúncia de receita, pois terá como impacto a diminuição da receita pública.

Diferimento

Outra questão a ser objeto de análise é a inclusão do **diferimento** no § 1º do art. 14 da LRF.

Tal figura jurídico-tributária se trata tão somente de dispensa especial de pagamento do imposto (mais precisamente de natureza desburocratizante), que por sua vez é postergado para uma operação posterior, sem que afete a não cumulatividade.

Nessa situação, o diferimento se traduz em situação veiculadora de condições de pagamento, e não de liberação de carga tributária. Não se insere, pois, na expressão “renúncia de receita”.

Redução de Alíquotas pelo Senado Federal

A Carta Constitucional de 1988, no seu art. 155, § 2º, IV e V, “a”, atribuiu ao Senado Federal o estabelecimento de alíquotas aplicáveis às operações e prestações interestaduais e de exportação, bem como as alíquotas mínimas nas operações internas, em relação ao ICMS.

Na redução de alíquotas pelo Senado, por força da atribuição que lhe é constitucionalmente conferida, não há qualquer interferência dos Estados, não compreendendo, portanto, renúncia de receita.

Tal poder conferido ao Senado, na verdade, tem por fim o combate à guerra fiscal entre os Estados.

Parcelamento de Débitos Fiscais

O parcelamento do débito fiscal ocorre quando o contribuinte, que por qualquer razão tornara-se inadimplente, requer à Administração o pagamento desse seu débito em atraso em parcelas.

No parcelamento do débito do contribuinte não se constata renúncia de receita, tendo em vista que o débito em atraso não constituía efetivamente receita.

Diferentemente, o parcelamento de débito fiscal acompanhado de dispensa de juros e multa ou de parte do crédito tributário, fica sujeito às limitações impostas pela LRF, por se caracterizar como renúncia de receita.

4. MANUTENÇÃO DOS BENEFÍCIOS FISCAIS VIGENTES, NO CONTEXTO DA LRF

Para apreciação do tema ora sob análise, a solução está na conhecida fórmula de aplicação das leis: entrando em vigor determinada lei, a mesma aplica-se, em regra, apenas aos atos que vierem a ser praticados na sua vigência, restando inatingíveis aqueles que se consumaram sob a égide da legislação anterior.

A LRF, por ter instituído um novo regime, com novas condições para a concessão de incentivos fiscais, não pode gerar efeito para o passado, juridicizando atos ou fatos que antes não necessitavam cumprir certos requisitos. Referida lei, por conseguinte, somente abarcará aquelas novas situações que vierem a se constituir daí por diante.

É a aplicação, em toda a sua plenitude, do princípio do *tempus regis actus*, isto é, aplica-se ao fato a lei vigente ao tempo de sua ocorrência, o que, no plano axiológico, tem por escopo a própria segurança jurídica.⁸

5. IMPLICAÇÕES DA RENÚNCIA FISCAL NA ELABORAÇÃO DA LDO E LOA

Para a adoção das condições previstas no inciso I do art. 14, todavia, é mister salientar que tal procedimento implicará na observância de aspectos atinentes à elaboração da LDO (Lei de Diretrizes Orçamentárias) e LOA (Lei Orçamentária Anual).

Os atos de concessão de benefícios que importem em renúncia de receita, deverão ser programados anteriormente à elaboração da Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), e portanto da Lei Orçamentária Anual (LOA).

Dessa forma, as novas regras impostas às hipóteses de renúncia de receita, que devem estar previstas na LDO e LOA, remetem à observância dos prazos do § 2º do art. 35 do ADCT da Constituição Federal, estipulados para a elaboração das respectivas leis orçamentárias:

⁸ Hugo de Brito Machado, *Temas de Direito Tributário*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1993, pág. 131.

Art. 35.

...

§ 2º Até a entrada em vigor da Lei Complementar a que se refere o art. 165, § 9º, I e II, serão obedecidas as seguintes normas:

...

II – o projeto de lei de diretrizes orçamentárias será encaminhado até oito meses e meio antes do encerramento do exercício financeiro e devolvido para sanção até o encerramento do primeiro período da sessão legislativa;

Por sua vez, o art. 4º, § 2º, V, da LRF dispõe que:

Art. 4º A lei de diretrizes orçamentárias atenderá ao disposto no § 2º do art. 165 da Constituição e :

§ 1º Integrará o projeto de lei de diretrizes orçamentárias Anexo de Metas Fiscais...

§ 2º O anexo conterá, ainda:

...

II – demonstrativo da estimativa e compensação da renúncia de receita e da margem de expansão das despesas obrigatórias de caráter continuado.

Como consequência, até o encerramento do primeiro período da sessão legislativa, ou seja, até 30 de junho de cada ano, os atos de concessão de incentivo que importem renúncia de receita deverão ter sido programados, a fim de que constem dos anexos da LDO e da LOA, caso contrário, somente no exercício seguinte, com a sua previsão nas novas LDO e LOA, poderá o Estado implementá-los.

Cumpra salientar, finalmente, e em atendimento ao princípio da anterioridade, acaso adote-se a opção das condições previstas no inciso

II do art. 14, que a medida de compensação à renúncia de receita fiscal, que importe em criação ou majoração de tributo, terá que ser objeto de lei, a ser editada no mesmo exercício financeiro em que foi elaborada a LDO, para que possa ser cobrada no exercício seguinte, já que o ato de concessão ou ampliação do incentivo ou benefício só entrará em vigor quando estiver assegurada a compensação pelo aumento de receita (art. 14, § 2º da LRF).

6. CONCLUSÕES

À luz da legislação e doutrina pátrias as conclusões a seguir postas representam, em verdade, a compilação dos juízos emitidos ao longo do trabalho. Ei-las:

1 – O art. 14 da Lei de Responsabilidade Fiscal respeita os ditames da atual Carta Constitucional, não cabendo lhe atribuir a mácula de inconstitucional;

2 – A expressão renúncia de receita alcança toda e qualquer exoneração tributária que importe na redução **discriminada** de tributos.

3 – O diferimento como situação de mera postergação de pagamento não se traduz em liberação da carga tributária, não se inserindo na expressão “renúncia de receita”. O mesmo entendimento se aplica ao crédito presumido, nas situações em que o percentual atribuído guarde proporcionalidade com os créditos normais, assim como o parcelamento de débitos fiscais, desde que não haja dispensa de juros e multas ou de parte do crédito tributário;

4 – A redução de alíquotas pelo Senado Federal é efetuada sem qualquer interferência dos Estados, não compreendendo, por tal motivo, renúncia de receita;

5 – Em obediência ao princípio consagrado em nosso ordenamento jurídico, segundo o qual “*a lei do tempo rege o ato*”, a LRF e os novos regimes por ela introduzidos não alcançam os atos e fatos jurídicos em curso;

6 – Os atos de concessão de benefícios que importem renúncia de receita devem estar previstos na LDO e na LOA, portanto, até o encerramento do primeiro período da sessão legislativa, os referidos atos deverão ter sido programados, a fim de que constem nos anexos

das mencionadas leis, observado, ainda, o atendimento ao princípio da anterioridade.

Ante o exposto, resta patente que a concessão dos incentivos fiscais continua plenamente válida, podendo e devendo ser utilizada toda vez que venha a resultar em benefício para a coletividade, privilegiando o interesse público. Todavia, como os benefícios fiscais implicam em renúncia de receita, a partir da edição da Lei de Responsabilidade Fiscal, os agentes públicos passam a ficar sujeitos a determinadas limitações e condições para que tais benefícios não acarretem a imputação de responsabilidade.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BALEEIRO, Aliomar. *Uma Introdução à Ciência das Finanças*, 9ª edição, Rio de Janeiro, 1973.

CASSONE, Vittorio. *Direito Tributário*, 10ª edição, São Paulo, Atlas, 1997.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*, 14ª edição, São Paulo, Malheiros Editores, 1998.

_____. *Temas de Direito Tributário*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1993.

MELO, José Eduardo Soares de. *ICMS, Teoria e Prática*, 4ª edição, São Paulo, Dialética, 2000.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de Direito Tributário*, 10ª edição, São Paulo, Saraiva, 1990.

TENÓRIO, Igor. *Curso de Direito Financeiro Brasileiro*, 2ª edição, São Paulo, 1975, Editora Resenha Tributária.

A APLICABILIDADE DA LEI FEDERAL 10.259/2001 ÀS INFRAÇÕES PENAIS DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO NO ÂMBITO DA JUSTIÇA ESTADUAL

Raphael Costa Mota, Acadêmico de Direito da Universidade Tiradentes – Unit.

RESUMO: A finalidade desse trabalho é demonstrar como foi importante para o nosso Direito o advento da Lei 10.259/01, pois inovou no aspecto da pena, como também nos crimes sujeitos a procedimento especial, dando um passo bastante significativo para alcançarmos a época em que poderemos nos deparar com crimes que não terão mais como sanção penas privativas de liberdade e sim restritivas de direito, surtindo assim o efeito almejado pela sociedade que é a ressocialização do apenado.

PALAVRAS-CHAVE: Lei - Inovação - Ressocialização.

ABSTRACT: The purpose of this work is to demonstrate as the advent of Law 10,259/01 was important for our Right, therefore innovated in the aspect of the penalty, as also in the crimes citizens the special procedure, giving a sufficiently significant step to reach the time where we will be able in coming across them with crimes that will not have more as sanction restrictive privative penalties of freedom and yes of right, thus occasioning the effect longed for the society that is the resocialization of the imposed a fine on one.

KEY WORDS: Law – Innovated – Resocialization.

SUMÁRIO: 1. Fonte normativa; 2. de infração de menor potencial ofensivo no âmbito federal; 3. A majoração da pena estende-se aos juizados estaduais; 4. Abrangência do conceito de infração de menor potencial ofensivo; 5. Como proceder, quando um crime tiver procedimento especial; 6. A Lei 10.259/01 se aplica a todos os crimes apenados com multa; 7. A nova lei não alterou o limite da pena para

efeito de suspensão condicional do processo; 8. O fim do inquérito policial; 9. Considerações finais; 10. Bibliografia.

1. FONTE NORMATIVA

Atendendo aos anseios da sociedade, a nossa Carta Magna de 1988, trouxe em seu bojo (art. 98, inciso I), a criação dos Juizados Especiais Criminais, cuja competência é conciliar, julgar e executar as infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo.

Para regulamentar o preceito constitucional surgiu a Lei 9.099/1995 que em seu art. 61 passou a definir e conceituar o que seria crime de menor potencial ofensivo, introduzindo no nosso ordenamento jurídico um procedimento todo especial, onde se vislumbram princípios, até então inexistentes tais como: informalidade, simplicidade e celeridade, buscando sempre que possível, a conciliação ou a transação, com o fim de dirimir a aplicação constante da pena privativa de liberdade.

Ocorre que, apesar da Lei 9.099/95 ser uma lei ordinária federal, sua esfera de aplicabilidade se restringe apenas ao âmbito da justiça estadual, sendo, somente, em meados de 1999, criado os Juizados Especiais Federais, com a Emenda Constitucional nº 22 que acrescentou o parágrafo único, ao art. 98 da Lei Maior.

Como, outrossim, não se podia aplicar à lei supramencionada no âmbito da justiça federal, em 13/01/2002 entrou em vigor a Lei Federal 10.259/2001, que passou a dispor sobre a instituição dos Juizados Especiais Criminais no âmbito desta Justiça.

Com o advento desta *novatio legis*, surgiu no cenário jurídico brasileiro uma celeuma muito grande, em decorrência da majoração da pena, até então de um ano, conforme aludia o art. 61 da Lei 9.099/95.

2. CONCEITO DE INFRAÇÃO DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO NO ÂMBITO FEDERAL

Segundo reza o art. 2º, parágrafo único, da Lei 10.259/2001, “consideram-se infrações de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta lei, os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa”.

3. A MAJORAÇÃO DA PENA “ESTENDE-SE AOS JUIZADOS ESTADUAIS”

Diante de tamanha controvérsia, o sistema jurídico seria bipartido (conceitos autônomos), ou unitário (conceito único, valendo para todos os juizados, seja ele Federal ou Estadual)?

No nosso entendimento - posição majoritária - o novo conceito trazido pela Lei 10.259/2001, deve se estender aos Juizados Estaduais, uma vez que se trata de lei nova mais benéfica, já que estão no mesmo patamar hierárquico (leis ordinárias federais), prevalecendo assim o fator temporal na solução da lide, como reza o art. 2º, parágrafo único, da parte geral do Código Penal.

Ainda, por questão de política criminal é mais interessante conceber um único conceito de infração de menor potencial ofensivo, pois estaríamos respeitando os princípios constitucionais da isonomia e razoabilidade, sendo hoje inconcebível admitir que a lei nova quis instituir sistemas distintos de juizados, o que de pronto podemos observar que não foi a intenção do legislador, porque se assim não fosse, não aplicaria *in totum* o procedimento da Lei 9.099/95 aos Juizados Federais.

Ademais, não haveria consonância da Lei 10.259/01, com a Constituição Federal, caso interpretássemos aquela literalmente, o que não seria possível, vez que não pode um texto ordinário legal discriminar situações, porque, se há crimes da mesma natureza, seja no cenário federal ou estadual estes devem receber o mesmo tratamento, ou seja, praticado um crime de paralisação de trabalho de interesse coletivo (art. 201 do CP), por um funcionário público federal a competência se desloca para a Justiça Federal, podendo assim ser beneficiado pela transação penal, em razão do aumento de pena trazido pela Lei 10.259/01, todavia, se pratica o mesmo delito um funcionário público estadual, não teria o benefício da medida despenalizadora, conforme dispõe a Lei 9.099/95, uma vez que a pena máxima para o crime sobredito ultrapassaria um ano, e, portanto, a competência para apreciá-lo seria da justiça comum.

Para os adeptos do sistema bipartido - posição minoritária - há agora dois conceitos de infração de menor potencial ofensivo: um federal regido pela Lei 10.259/01, (art. 2º, parágrafo único) e outro estadual regulamentado pela Lei 9.099/95, (art. 61).

Um dos argumentos trazidos por esta corrente é a proteção aos bens jurídicos que são distintos, ou seja, uns no âmbito federal e outros no âmbito estadual. Ademais, porque havendo delitos da mesma natureza o acusado não ficaria à margem da lei penal mais benéfica, caso tivesse cometido o crime na esfera estadual, haja vista poder ser, quase sempre, beneficiado pela suspensão condicional do processo (art. 89), e, ainda, porque a Lei 10.259/01 traz expressamente no seu texto a vedação quanto a sua aplicação nos Estados (art. 20), não podendo assim o Judiciário substituir o legislador infraconstitucional.

Diante de tais argumentos, é preferível ficar com a primeira corrente pelas razões que já foram expostas, como também por entender que a finalidade do legislador ao vetar a aplicação da nova lei no juízo estadual, foi tão-somente a de impedir que Juizados Especiais Criminais Estaduais se investissem de jurisdição federal, quando estes não existirem no âmbito federal.

4. ABRANGÊNCIA DO NOVO CONCEITO DE INFRAÇÃO DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO

O art. 2º, parágrafo único, da Lei 10.259/01, derogou expressamente o antigo conceito em dois pontos: no seu limite máximo, que agora são de 2 anos, e no que tange aos delitos sujeitos a procedimento especial, que não houve menção a esse respeito.

Logo, são agora infrações de menor potencial ofensivo para os efeitos desta nova lei, abrangendo as infrações cometidas no âmbito estadual, servindo-se da interpretação hermenêutica, consoante a Constituição Federal, todas as contravenções penais, que sempre o foram em razão do art. 109, inciso IV da Constituição Federal, todos os delitos punidos com pena de prisão até dois anos e todas as infrações punidas somente com multa, não importando, seja nas contravenções, ou nos crimes, qual o procedimento (comum ou especial).

5. COMO PROCEDER QUANDO UM CRIME TIVER PROCEDIMENTO ESPECIAL

Ainda hoje há uma discussão muito significativa quanto à maneira de agir quando um delito for regido por lei especial. Tomemos como exemplo o art. 138 do Código Penal, ou seja, uma determinada pessoa é caluniada, razão pela qual resolve ajuizar uma queixa-crime, em face do autor da ofensa. Anteriormente, esta peça inaugural da Ação Penal Privada era distribuída para uma das Varas da Justiça Comum, em razão do seu rito. Hoje, não mais. Com a vigência da Lei 10.259/01, a queixa é protocolada no Juizado Especial Criminal, seja ele federal ou estadual, e o magistrado procederá de acordo com o contido na Lei 9.099/95, ou seja, tentará reparar os danos sofridos pelo querelante, caso essa tentativa seja inócua, a queixa-crime será recebida sem prejuízo do contido no art. 2º desta lei. É bom que se frise que o processo só retornará à Justiça Comum, quando a causa for complexa por força do art. 77, § 3º da Lei 9.099/95, ou se houver necessidade de citação por edital, mesmo que depois da publicação seja localizado o autor do fato, porque o art. 18 da mesma lei, não prevê tal diligência.

Em assim sendo, e para dirimir possíveis dúvidas acerca do tema, o Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe adotou o posicionamento alhures mencionado, baixando em 24 de maio de 2002, uma Portaria de nº 123-GP1, revogando a anterior de nº 74-GP1, datada de 20 de março de 2002, remetendo todos os Termos Circunstanciados ou Inquéritos Policiais referentes aos delitos, cuja pena máxima não supere dois anos, ou multa aos Juizados Especiais Criminais, mesmo aqueles sujeitos a procedimento especial, a fim de que sejam aplicados os institutos despenalizadores previstos na Lei 9.099/95.

6. A LEI 10.259/01 SE APLICA A TODOS OS CRIMES APENADOS COM MULTA

No que tange a expressão “ou multa”, constante no art. 2º da nova lei, é necessário ter atenção quanto à interpretação de seu significado, uma vez que ao instituir os Juizados Especiais Criminais, buscou o legislador conceituar os crimes de menor potencial ofensivo,

levando em consideração o *quantum* mais grave da pena privativa de liberdade cominada. Seguindo essa linha de pensamento e levando-se em conta que a sanção pecuniária é mais branda que a privativa de liberdade, é certo que deve prevalecer esta última pena, ou seja, a pena máxima de dois anos, pois, do contrário, chegar-se-ia, *de facto*, a insensatez de considerar como infração penal de menor potencial ofensivo, qualquer pena privativa em que se comine, alternativamente, a pena de multa, como, por exemplo o crime previsto no art. 34 da Lei 9.605/98, cuja pena máxima privativa de liberdade é de 3 anos, contrariando, portanto a *ratio essendi* da Lei 9.099/95.

7. A NOVA LEI NÃO ALTEROU O LIMITE DA PENA PARA EFEITO DE SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

O entendimento majoritário é no sentido de que o art. 89 da Lei 9.099/95, não sofreu nenhuma alteração com o advento da Lei 10.259/01, permanecendo o mesmo critério de pena mínima de um ano, para qualquer procedimento, porque não há nenhuma conexão entre aquele instituto e o conceito de infração penal de menor potencial ofensivo, estando, portanto, desvinculado do art. 61 da primeira lei. Nesse sentido a 5ª Turma do STJ, em sede de Embargos de Declaração no Recurso Ordinário em Habeas Corpus de nº 12.033-MS, acolheu, por unanimidade tal posicionamento, decidindo que a Lei 10.259/01, só alcança o disposto no art. 61 da Lei 9.099/95, não sendo afetado o “*sursis*”, porque a este se aplica a Súmula 243 do STJ. Ainda, o art. 89 ao não disciplinar, especificamente as infrações de menor potencial ofensivo, leva em conta, apenas a pena mínima cominada, enquanto o art. 61 considera a pena máxima.

Entende-se, outrossim, que deve ser ampliado o alcance da suspensão condicional do processo, nos termos da Lei 10.259/01, por questão de política criminal, como também por levarmos em consideração os princípios constitucionais da razoabilidade, da proporcionalidade e a própria natureza do instituto.

Para Grinover (1995, p. 229), “a *ratio legis*, portanto, reside na conquista de finalidades públicas supremas (desburocratização, despenalização, reparação, ressocialização etc.)”, razão pela qual não

podemos deixar de conceder tal benefício por questões de apego à literalidade da norma.

8. O FIM DO INQUÉRITO POLICIAL

Em decorrência da nova Lei dos Juizados Especiais Criminais, que alterou a pena máxima para dois anos, todos os delitos abrangidos por esta lei sejam da competência da Justiça Federal ou Estadual não estão mais sujeitos a feitura de Inquérito Policial, mas sim de Lavratura de Termo de Ocorrência Circunstanciado, conforme dispõe o art. 69 da Lei 9.099/95, como também, não haverá prisão em flagrante delito, estando extinto por conseguinte a fiança.

A conseqüência de tamanha inovação é em razão de que os crimes amparados pela lei nova, pelo seu procedimento dispensam todos as formalidades e os rigores antes existentes, pois são agora considerados de menor potencial ofensivo, estando, portanto, sujeitos a princípios como o da celeridade, economia processual e simplicidade.

9. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em face de todo o exposto, chega-se a conclusão de que a Lei 10.259/01 foi importante para o nosso ordenamento jurídico, pois possibilitou a redução considerável de processos na Justiça Comum, com ritos morosos para delitos muitas vezes considerados simples. Além da inclusão no rol das infrações consideradas de menor potencial ofensivo, dos crimes sujeitos a procedimento especial, como também dos delitos punidos com pena de prisão até dois anos.

Portanto, a Lei 10.259/01 deve-se aplicar a todos os crimes cuja pena máxima não supere dois anos, sejam eles da competência da Justiça Estadual ou Federal, uma vez que não poderíamos jamais discriminar situações em detrimento apenas da localização da ocorrência do delito ou da função exercida pelo autor do mesmo.

Quanto à vedação expressa no art. 20 da Lei 10.259/01, não deve ser interpretada restritivamente, uma vez que a intenção do legislador não era tratar distintamente crimes da mesma natureza, mas, tão somente, impedir que Juizados Criminais Estaduais usurpem da função que cabe aos Juizados Federais, onde estes não existirem.

10. BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, Flávio da Silva. *Da não-alteração do limite de pena para efeito de suspensão condicional do processo*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 02 ago.2004.

FILHO, Fernando da Costa Tourinho. *Comentários à lei dos juizados especiais criminais*. São Paulo: Saraiva, 2002.

GOMES, Luiz Flávio. *Juizados criminais federais, seus reflexos nos juizados estaduais e outros estudos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Luiz Flávio. *Suspensão condicional do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Juizados especiais criminais: comentários à Lei nº. 9.099/95*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

JESUS, Damásio E. *Lei dos juizados especiais criminais anotada*. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. *A exceção do art. 61 da lei dos juizados especiais criminais em face da lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001: lei dos juizados especiais federais*. Disponível em:<<http://www.damasio.com.br>>. Acesso em: 04 ago. 2004.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Juizados especiais criminais: comentários, jurisprudência, legislação*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

DESPERSONALIZAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA NO PROCEDIMENTO DE EXECUÇÃO FISCAL

Angelo Ernesto Ehl Barbosa, Acadêmico de Direito, 10º período da Universidade Tiradentes (Unit).

RESUMO: O estudo tem como principal escopo apresentar a interpretação sistemática das leis, no sentido de obter um melhor entendimento dos dispositivos do Código Tributário Nacional (CTN), das jurisprudências e da doutrina, no que concerne à responsabilidade dos sócios-gerentes por dívidas tributárias das pessoas jurídicas. Abordase, essencialmente, a responsabilidade tributária do sócio-gerente. O segundo capítulo discorre sobre a despersonalização, ou desconsideração da pessoa jurídica no procedimento de execução fiscal. O que mais se direciona, pelo nosso entendimento, são os artigos 134 e 135 do CTN, assim como outros, de demais legislações.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade; despersonalização; tributo.

ABSTRACT: The principal scope of this study is to present the systematic interpretation of the law in order to obtain a better understanding of the mechanisms of the National Tributary Code (CTN), of the jurisprudence and of the doctrine in what concerns the responsibility of the manager partner for the tributary debts of juridical people. It is approached, essentially, the tributary responsibility of the manager partner in order to get to the focus of the question. The chapter two approaches the despersonalization or the disregard of the juridical person in the fiscal execution procedure. What are more directed to it, as we understand, are the articles 134 and 135 of the CTN as well as the others from other legislations.

KEY WORDS: responsibility; depersonalization; tax.

SUMÁRIO: 1. Responsabilidade Tributária por Transferência de Terceiros; 2. A Teoria da Despersonalização da Pessoa Jurídica e o Procedimento de Execução Fiscal; 2.1 Da pessoa jurídica e o princípio

da autonomia patrimonial; 2.2. Despersonalização da pessoa jurídica no Direito Tributário; 2.3. Da previsão legal; 3. Conclusão.

1. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA POR TRANSFERÊNCIA DE TERCEIROS

Quanto à obrigação tributária, no que se refere à responsabilidade de terceiros, já é possível discorrer sobre o que determinam os artigos 134 e 135 do CTN.

A fim de que a referida transferência de responsabilidade incida é imprescindível o acontecimento do fato da interferência do terceiro no ato — seja por ação ou omissão — e que se constate impossibilidade do fisco arrecadar o crédito tributário do contribuinte.

Cabe aqui expor o artigo 134 do CTN, *in verbis*:

Art. 134. Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis:

- I – os pais, pelos tributos devidos por seus filhos menores;
- II – os tutores e curadores, pelos tributos devidos por seus tutelados ou curatelados;
- III – os administradores de bens de terceiros, pelos tributos devidos por estes;
- IV – o inventariante, pelos tributos devidos pelo espólio;
- V – o síndico e o comissário, pelos tributos devidos pela massa falida ou pelo concordatário;
- VI – os tabeliões, escrivães e demais serventuários de ofício, pelos tributos devidos sobre os atos praticados por eles, em razão do seu ofício;
- VII – os sócios, no caso de liquidação de sociedade de pessoas.

Parágrafo único. O disposto neste artigo só se aplica, em matéria de penalidades, às de caráter moratório.

Uma vez não existindo contribuinte, não se conjecturará a existência de um responsável, o que explica a hipótese prevista neste artigo ser de responsabilidade por transferência.

Para Melo:

Na questão enfocada, há primeiro de ser exaurida a viabilidade de concretizar-se a exigibilidade tributária do contribuinte, e somente após tal providência revelar-se impraticável é que se compeliaria o terceiro à liquidação tributária. Tal responsabilidade só estará legitimada se houver participação (ativa ou omissiva desse terceiro no fato gerador).¹

Desse modo, verifica-se que a responsabilidade do terceiro é subsidiária à do contribuinte, uma vez que, nestes termos, a Fazenda Pública apenas poderá incorporar os bens do terceiro caso inexistirem bens do contribuinte.

Assim, o legislador pratica flagrante impropriedade ao afirmar que “nos casos de impossibilidade de exigência [...] respondem solidariamente”. De fato, caso os sujeitos listados só respondem pessoalmente quando for impossível buscar os bens do contribuinte, verifica-se que há uma regra a ser seguida, motivo pelo qual não cabe considerar a solidariedade, pois tal instituto não comporta benefício de ordem.

Destarte, a regra prevista no art. 134 é de subsidiariedade e não de solidariedade, sendo o contribuinte o primeiro a ser considerado. Além disso, cabe ressaltar o que prescreve o parágrafo único do artigo em questão, uma vez que funda que os terceiros apenas respondem pelos tributos e pelas multas de caráter moratório, não constituindo sujeição ao pagamento de multa pelo descumprimento das obrigações acessórias (CTN).

Para Derzi, nas ocorrências presumidas no artigo em comento só é necessária a constatação de culpa a fim de que se configure a responsabilidade lá prevista, posto que o legislador considerou a hipótese de que os sujeitos antes indicados deveriam concentrar o

¹ MELO, José Eduardo Soares. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 188.

máximo de esforços no sentido de exercer seus deveres perante o Fisco, principalmente no que concerne ao pagamento de tributos.²

As abordagens feitas até aqui têm relevância uma vez que, se configurada a hipótese aludida no artigo 135, as pessoas presumidas no artigo 134 passarão a responder pessoal e diretamente pelas dívidas, e não mais de configuração subsidiária.

No que consiste a análise da responsabilidade tributária prevista no artigo 135 do CTN, cabe analisar o que diz respeito aos diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado, prelecionado no inciso III do artigo retromencionado.

O artigo comento reza:

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

- I – as pessoas referidas no inciso anterior;
- II – os mandatários, prepostos e empregados;
- III – os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

De fato, é relevante investigar o significado das informações caracterizadoras previstas no art. 135, a fim de elucidar até que ponto as pessoas no mesmo enumeradas podem ser responsabilizadas, por meio de seus bens pessoais.

O inciso III, por sua vez, exige a apresentação de prova de que os mesmos desempenham poderes de administração na empresa, atuando em nome da mesma, a exemplo do contrato social da pessoa jurídica que distende o alcance da norma para os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Ainda neste sentido, é indispensável que tenham praticado ato com excesso de poderes ou infração da lei, contrato social ou estatuto, bem como se requer, que o ato praticado tenha a condição de gerar obrigação tributária e, logo, o crédito tributário.

² BALEEIRO, cit., p. 751.

Como se verifica, o legislador não faz a observação do parágrafo único do artigo 134, o qual exime do pagamento das multas provenientes do descumprimento de obrigações acessórias da responsabilidade, os indivíduos nele presumidos. O artigo 135, por seu turno, sendo a responsabilidade pessoal, o agente responde pela dívida de tributo, bem como pelas oriundas de multas resultantes da não observância das obrigações acessórias, frente ao que estabelece o art. 137 do CTN.

Também cabe ressaltar que, ao cometerem atos com abuso de poderes ou transgressão à lei, contrato social ou estatuto, os agentes do art. 135 são os responsáveis pelo período em que incidiu o fato gerador.

Neste sentido, destaca Pausen que:

Entende-se que a responsabilidade exige que as pessoas indicadas tenham praticado diretamente ou tolerado a prática do ato abusivo e ilegal quando em posição de influir para a sua não ocorrência. A mera condição de sócio é insuficiente, eis que a condução da sociedade é que é relevante. Também por isso, não é possível responsabilizar pessoalmente o diretor ou o gerente por atos praticados em período anterior ou posterior a sua gestão.³

Assim, fica claro que o artigo determina a figura do sócio-gerente — um órgão que gera e executa a vontade da pessoa jurídica —, por meio do qual a sociedade se faz presente. Verifica-se que, no caso, o sócio-gerente não é um simples representante ou prestador de serviços da sua sociedade, atuando por sua conta e risco, responde, espontaneamente, por seus abusos.

Neste caso, a responsabilidade é pessoal, com um agravamento do encargo previsto para os indivíduos indicados no artigo 134, uma vez que no artigo 135, por haver dolo na conduta do agente, não há mais subsidiariedade, mas sim responsabilidade direta.

³ PAUSEN, Leandro. *Direito tributário – Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e Jurisprudência*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 681.

É nesse sentido a lição de Coêlho, que afirma em suma:

O art. 135 retira a 'solidariedade' e a 'subsidiariedade' do art. 134. Aqui a responsabilidade se transfere inteiramente para os terceiros, liberando os seus dependentes e representados. A responsabilidade passa a ser pessoal, plena e exclusiva desses terceiros. Isto ocorrerá quando eles procederem com manifesta malícia (*mala fides*) contra aqueles que representam, toda vez que for constatada a prática de ato ou fato eivado de excesso de poderes ou com infração da lei, contrato social ou estatuto. O regime agravado de responsabilidade tributária previsto no artigo estende-se, é óbvio, peremptoriamente, àquelas duas categorias de responsáveis previstas no rol dos incisos II e III (mandatários, prepostos e os diretores, gerentes e representantes de pessoas jurídicas de direito privado). O dispositivo tem razão em ser rigoroso, já que ditos responsáveis terão agido sempre de má-fé merecendo, por isso mesmo, o peso inteiro da responsabilidade tributária decorrente de seus atos, desde que tirem proveito pessoal da infração, contra as pessoas jurídicas e em detrimento do fisco.⁴

O terceiro responde pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias provenientes de atos cometidos com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto (art. 135 do CTN).

Derzi, discorrendo a respeito do artigo, explana:

O ilícito é assim, prévio ou concomitante ao surgimento da obrigação (mas exterior à norma tributária) e não posterior, como seria o caso do não pagamento do tributo. A lei que se infringe é a lei comercial ou civil, não a lei tributária, agindo o terceiro contra os interesses do contribuinte.⁵

⁴ Op. cit., p. 627-628.

⁵ Cf. comentário de Derzi à obra de Balceiro, cit., p. 756.

Observa-se, no comentário da Procuradora do Estado, que o que se fere é a lei, contrato social ou estatuto, sendo desse ato que advém a obrigação tributária pela qual deve ser responsabilizado o sócio-gerente ou administrador. Ainda neste contexto, ela acrescenta:

A peculiaridade do artigo 135 está em que os atos ilícitos ali mencionados, que geram a responsabilidade do terceiro que os pratica, são causa (embora externa do nascimento da obrigação tributária, contraída em nome do contribuinte, mas contrariamente a seus interesses, são assim, do ponto de vista temporal, antes concomitantes ao acontecimento do fato gerador da norma básica, que dá origem à obrigação. Por isso, o dispositivo menciona obrigações resultantes de atos praticados com excesso de poderes, infrações de lei, contrato social ou estatuto.⁶

Não se pode confundir o disposto no artigo 135 do CTN com o artigo 134, inciso IV, do CTN, que prevê a responsabilidade do sócio no caso de liquidação de sociedade de pessoas. Não se pode limitar a responsabilidade do sócio apenas no caso de liquidação de pessoas, esquecendo-se do artigo 135, inciso III.

Contudo, na situação prevista no art. 135 do CTN — infringência à lei, contrato social ou estatuto — está a exceção à regra, posto que, conforme o que foi mencionado anteriormente, os sócios só respondem por dívidas da empresa nos limites do capital social. Assim, essa é a previsão legal e o que deve ser aplicado em regra.

De acordo Machado, Ilustre doutrinador, não concorda:

De todos esses dispositivos legais se conclui que a regra é a de que os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado não respondem pessoalmente pelos tributos devidos por tais pessoas jurídicas. E a exceção é a de que existirá tal responsabilidade em

⁶ Op. cit., p. 757.

se tratando de créditos decorrentes de obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos. Não se pode admitir que o não pagamento de tributo configure a infração de lei capaz de ensejar tal responsabilidade, porque isto levaria suprimir-se regra, fazendo prevalecer, em todos os casos, a exceção.⁷

As pessoas na qualidade de sócio-gerente ou administradores de empresas, podem atuar capciosamente, lesando o contribuinte, a fim de fraudar o fisco e obter vantagens pessoais. Assim, no intuito de solucionar tal questão, o legislador tributário presumiu no artigo 135, III, a responsabilidade pessoal dos que detêm o poder de direção nas empresas e que atuam com abuso de poder, infringindo a lei, contrato social ou estatuto.

Apesar disso, essa responsabilização não ocorre de maneira fácil, com simples inadimplemento fiscal, mas de fato, implica determinados requisitos, como: ser sócio-gerente, diretor ou representante de pessoas jurídicas de direito privado; que um desses agentes tenha praticado ato com excesso de poderes, infração à lei, contrato social ou estatuto; o ato praticado ter a faculdade de gerar obrigação tributária, o respectivo crédito tributário e os sócios só respondem por dívidas da empresa nos limites do capital social. Assim, essa é a previsão legal e o que deve ser aplicado em regra.

Segundo Freire,

É neste artigo 135 que encontramos, em seu inciso III, a responsabilidade do sócio-gerente. Destarte, fica evidenciado que, no processo de execução fiscal, a ação pode ser intentada não apenas em face do devedor originário, mas, também, em relação a terceiros, ou seja, quando o Estado não logra êxito no chamamento do primeiro, tem como alternativa efetivar o redirecionamento da ação em face do co-responsável tributário, *in casu*, o sócio-

⁷ Op. cit., p. 137.

gerente da sociedade ao tempo do cometimento da infração tributária.⁸

A referida possibilidade é justificada, como se citou acima, em decorrência do disposto no art. 135 do CTN, que em seu inciso III, dispõe expressamente:

Art. 135- São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração da lei, contrato social ou estatutos:
[...]

III – os diretores, gerentes, ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Nesse sentido, Coêlho discorda:

O simples não recolhimento do tributo constitui, é claro, uma ilicitude, porquanto o conceito lato de ilícito é o de descumprimento de qualquer dever jurídico decorrente de lei ou de contrato. Dá-se que a infração a que se refere o art. 135 evidentemente não é objetiva, e sim subjetiva ou seja dolosa. Para os casos de descumprimento de obrigações fiscais por mera culpa, nos atos em que intervierem e pelas omissões de que forem responsáveis, basta o artigo 134, anterior, atribuindo aos terceiros dever tributário por fato gerador alheio. No art. 135 o dolo é elementar. Nem se olvide que a responsabilidade aqui é pessoal (não há solidariedade) o dolo, a má-fé hão de ser cumpridamente provados.⁹

⁸ FREIRE, Eugênia Maria Nascimento. “Responsabilidade do Sócio Gerente no Processo de Execução Fiscal: Descumprimento da lei do ICMS como Prática de Ato com Infração da Lei nos Termos Previstos no art. 135, III do CTN”. V. 2. *Caderno de Teses XXVIII Congresso Nacional dos Procuradores do Estado – Ética e Estado de Justiça – Novas Dimensões*. Gramado-RS, 1º a 5 set. 2002.

⁹ COÊLHO, cit., p. 628.

Cabe ressaltar, nesse contexto, que a responsabilidade em questão, com base no art. 135, inciso III, do CTN é legal, de forma que não há que se questionar sobre existência de dolo na prática de ato com infração da lei.

Verifica-se indubitavelmente no pagamento do ICMS, o sócio-gerente que deixa de efetivar pagamento do ICMS, ocasionando a lavratura de auto de infração e inscrição do débito na Dívida Ativa Estadual, o mesmo tem a clara intenção de obter maiores lucros, praticando até mesmo o crime de sonegação fiscal, conforme será demonstrado a seguir:

Não há dúvida de que o cumprimento das obrigações tributárias, principais ou acessórias, instituem uma das atribuições do sócio-gerente, assim como é óbvio que o descumprimento de uma obrigação tributária principal ou acessória, traz como consequência a lavratura de auto de infração, pela fiscalização estadual, gerando o crédito tributário e, posteriormente, sua inscrição na dívida ativa.

Dessa forma, o sócio-gerente que não providencia o pagamento do ICMS nos prazos legais, que descumpra acordos de parcelamento, que não apresenta os documentos fiscais exigidos pela fiscalização, ou seja, que descumpra a lei do ICMS, deve ser responsabilizado, quando a firma executada não possui bens para garantir a execução ou, ainda, quando o contribuinte principal não é encontrado. É verdade que, por ficção legal, a pessoa jurídica possui existência, e esta é distinta da dos seus membros, conforme dispõe expressamente o art. 20, caput, do Código Civil. Porém, não se pode olvidar que, sem o elemento humano, a dar vida à pessoa jurídica, esta possuiria uma existência inócua.¹⁰

Sobressaia-se, então, que o sócio a ser responsabilizado é o gerente, quer dizer, a pessoa que, além de ter participação societária na empresa, é também responsável pela sua administração. É fundamental

¹⁰ FREIRE. cit., p. 7.

que uma empresa tenha como um de seus objetivos manter atualizada suas obrigações tributárias, trabalhistas, previdenciárias, contábeis, entre outras. Assim, o sócio-gerente que deixa de exercer as obrigações tributárias, entre elas o pagamento do ICMS, incide na responsabilidade do art. 135, inciso III, do CTN. Destarte, essa responsabilidade não necessitaria da comprovação do dolo, pois o próprio comportamento do agente, nesse sentido, revela suas intenções.

Cabe questionar o motivo que levaria um sócio-gerente a deixar de pagar o ICMS ou de cumprir acordo de parcelamento, tendo em vista que há, nesse caso, uma clara intenção econômica e sonegadora. Verifica-se que a falta de pagamento do ICMS acarreta prejuízos ao Estado, o sócio-gerente assume o risco de produzir o resultado que é a lesão ao Estado, portanto, a responsabilidade é legal, nos termos do artigo a comento, de modo que não há por que se inquirir sobre dolo ou culpa.

Diferentemente do Ilustre Mestre Coêlho, entende-se que a responsabilidade do artigo 135 do CTN é conforme a lei, neste caso objetiva, o simples fato de descumprimento de recolher o tributo caracteriza infração de lei, não há que se discutir sobre as intenções do sócio-gerente, nem tão pouco sobre a subjetividade da má-fé. A subjetividade a que se refere o Ilustre Doutrinador haveria no mínimo de ser dolo eventual.

As teorias do dolo que procuram estabelecer o conteúdo do mesmo são¹¹:

Para teoria da vontade, age dolosamente quem pratica a ação consciente e voluntariamente. É necessário para a sua existência, portanto, a consciência da conduta e do resultado e que o agente a pratique voluntariamente.

Para a teoria da representação, o dolo é a simples previsão do resultado. Embora não se negue a existência da vontade na ação, o que importa para essa posição é a consciência de que a conduta provocará o resultado. Argumenta-se, contudo,

¹¹ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 1998, p. 135.

que a simples previsão do resultado, sem vontade efetivamente exercida na ação, nada representa e que, além disso, quem tem vontade de causar o resultado evidentemente tem a representação deste. Nesses termos, a representação já está prevista na teoria da vontade.

Para a teoria do assentimento (ou consentimento) faz parte do dolo a previsão do resultado a que o agente adere, não sendo necessário que ele o queira. Para a teoria em apreço, portanto, existe dolo simplesmente quando o agente consente em causar o resultado ao praticar a conduta.

O Código Penal Brasileiro adotou a teoria da vontade quanto ao dolo direto e a teoria do assentimento ao conceituar o dolo eventual.

Como se verifica na teoria do dolo e segundo a teoria finalista, a vontade consciente, voluntária e dirigida a um fim, ao se examinar a conduta do sócio-gerente, o não pagamento do tributo acarretará necessariamente, lesão aos cofres públicos, a falta de pagamento é uma decisão consciente e voluntária, que tem o fim de provocar prejuízo ao cofre público, no mínimo assume o risco de produzir o resultado.

Fica evidenciado que a conduta do sócio-gerente é legal, independe da comprovação, pelo Exequente, de dolo ou culpa do Executado “sócio-gerente”, a ele cabe provar, através de procedimento apropriado, qual seja, embargos, sua isenção ao caso concreto e etc. Saber se os donos da empresa não tenham numerário ou ordenaram o não pagamento é problema dos mesmos, pois a falta de numerário para pagamento do tributo acarretará por si só a paralisação da execução.

Conforme Ilustre Doutrinador Coêlho:

Nada obstante, e não vai nisso nenhuma heresia, a apuração da responsabilidade em tema de infração fiscal aproxima-se muito mais da “responsabilidade civil” do que da “responsabilidade penal”. O mundo moderno assiste a dois movimentos aparentemente contraditórios: a responsabilidade civil caminha para a objetividade, e a responsabilidade penal,

para subjetividade. No Direito Penal cresce a valorização das teorias da “inconsciência da ilicitude”. No Direito Civil avultam as teses da responsabilidade objetiva em relação aos terceiros prejudicados. Ora, o Fisco é um terceiro, e privilegiado, na medida que o interesse público sobrepõe-se ao individual.¹²

Ainda nesse contexto vale recordar que a responsabilidade dos sócios-gerentes, no caso do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), encontra-se expressamente prevista na legislação específica, como se observa do Decreto nº 4544, de 26.12.2002, em seu art. 28, *verbis*:

Art. 28 - São solidariamente responsáveis com o sujeito passivo, no período de sua administração, gestão ou representação, os acionistas controladores, os diretores, gerentes, ou representantes de pessoa jurídica de direito privado, pelos créditos decorrentes do não recolhimento do imposto no prazo legal (Decreto-lei nº 1736, de 20 de dezembro de 1979, art. 8º).

Nota-se que, no que tange ao Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), já há legislação específica disciplinando a matéria, presumindo expressamente a responsabilidade dos gerentes nas hipóteses de não recolhimento do imposto. Em relação ao ICMS não há previsão específica na Lei Complementar 87/96, de forma que a responsabilidade do sócio-gerente fundamenta-se no art. 135, inciso III, do CTN, acima mencionado.¹³

No Direito Penal o que interessa é a intenção do agente (subjetividade), já no CTN a intenção do agente, contribuinte, responsável, etc. não faz diferença, exceto se houver disposição legal que assente o contrário, *verbis*: “Art. 136. Salvo disposição da lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato”.

¹² Op. cit., p. 93-94

¹³ FREIRE. cit., p. 7.

A infração é explícita, posto que o legislador, nem questiona o intuito do agente, salvo disposição de lei, como supramencionado, tampouco se detém diante do caráter e alcance dos efeitos.

A cláusula final do art. 136 não é literariamente primorosa. Mas diz claramente que, realizados em pequena intensidade ou não realizados os efeitos do ato, como, p. ex., o risco para o Erário ou a possibilidade de sonegação, a infração se reputa consumada pela ocorrência do pressuposto de fato da lei.¹⁴

Nas palavras de Freire, “A nível doutrinário, observa-se que se reconhece a problemática do art. 135, conforme se observa do seguinte comentário, da lavra do Insigne Tributarista Luciano Amaro”:

O problema está em definir os atos a que se refere o art. 135. É intuitivo que há de se tratar de atos praticados em nome de outrem (o representado, proponente, administrado, mandante, que seria o “contribuinte”) pelo terceiro (administrador, mandatário etc.) Com excesso de poderes, por exemplo, mas em nome do administrado, do mandante, etc. Com violação da lei, mas também em nome de outrem. Com infringência do contrato ou estatuto, mas sempre em nome da sociedade. Muitas hipóteses se enquadram em mais de uma dessas situações: um ato praticado com excesso de poderes pode estar violando, a um só tempo, o estatuto e a lei; um ato ilegal certamente não estará sendo praticado no exercício de poderes regulares. Para que a responsabilidade se desloque do contribuinte para o terceiro, é preciso que o ato por este praticado escape totalmente das atribuições de gestão ou administração, o que freqüentemente se dá em situações nas quais o representado ou administrado (no plano privado), assim como o Fisco (no plano público), vítima de ilicitude praticada pelo representante ou administrador [grifos da autora].¹⁵

¹⁴ BALEEIRO, cit., 758.

¹⁵ AMARO apud FREIRE, cit., p. 16.

Neste contexto, assim se expressa Carvalho:

Salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato (CTN, art. 136). Eis aqui uma declaração de princípio em favor da responsabilidade objetiva.¹⁶

Corrobora-se, assim sendo, de forma íntegra e inconfundível, que a responsabilidade do sócio-gerente é legal, ou formal, segundo Baleeiro, independente da comprovação, pelo Exequente, Fazenda Pública Estadual, de dolo ou culpa do Executado sócio-gerente. Nesse caso, o ônus da prova é do Executado sócio-gerente. A este compete comprovar, por meio do procedimento adequado, qual seja, confiscos, a sua isenção de responsabilidade no caso concreto.¹⁷

É evidente que, o ilícito tributário e o ilícito penal, fazem parte da mesma infração. A existência de dolo é uma vindicação do CTN, nos atos praticados pelos gerentes, anunciada, no caso do art. 137, III, alínea c, quando o sócio comete transgressão contra as pessoas jurídicas que gerenciam, com o seguinte teor:

Art. 137- A responsabilidade é pessoal do agente:

(...)

III- quanto às infrações que decorram direta e exclusivamente de dolo específico:

a)...

(...)

¹⁶ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributária*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 348.

¹⁷ BALEEIRO, cit., p. 758.

c) dos diretores, **gerentes** ou representantes **de pessoas jurídicas de direito privado, contra estas.**

Assim, apenas quando os gerentes praticarem infrações contra as pessoas jurídicas que gerenciam é que se há de questionar acerca do dolo.¹⁸

O termo “infração de lei” do artigo 135, inciso III, do CTN, abraça tanto o descumprimento da obrigação principal, como o descumprimento de obrigação acessória, qualifica-se como infração da legislação tributária.

O Ilustre Doutrinador Amaro transcreve a seguir suas considerações:

No direito tributário, a infração pode acarretar diferentes conseqüências. Se ela implica falta de pagamento de tributo, o sujeito ativo (credor) geralmente tem, a par do direito de exigir coercivamente o pagamento do valor devido, o direito de impor uma sanção (que há de ser prevista em lei, por força do princípio da legalidade), geralmente traduzida num valor monetário proporcional ao montante do tributo que deixou de ser recolhido. Se se trata de mero descumprimento de obrigação formal (“obrigação acessória”, na linguagem do CTN), a conseqüência é, em geral, a aplicação de uma sanção ao infrator (também em regra configurada por uma prestação em pecúnia). Trata-se das multas ou penalidades pecuniárias, encontradas não apenas no direito tributário, mas no direito administrativo em geral, e também no direito privado.¹⁹

Não há dúvida que ambas as hipóteses estão determinadas no art.135 do CTN, não pode o art.136 do CTN só cuidar da infração de natureza tributária, o art.136 do CTN se refere à intenção do agente,

¹⁸ FREIRE, cit., p. 21.

¹⁹ AMARO, cit., p. 416.

a lei determina que só ocorrerá a intenção quando por ela determinada, neste caso no art.137, inciso III, *c*.

2. TEORIA DA DESPERSONALIZAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA E O PROCESSO DE EXECUÇÃO FISCAL

2.1 Da pessoa jurídica e o princípio da autonomia patrimonial

Cabe entender a expressão empresa privada que, nas palavras de Juliano Junqueira de Faria, pessoa jurídica que é:

[...] constitui-se uma realidade e, como tal, deve ser protegida. A proteção, entretanto, não se coloca apenas em decorrência das cifras que movimenta ou dos índices de rendimentos econômicos por si só considerados. Faz-se necessária na medida em que a empresa, conforme designação moderna e em consenso com o Código Civil de 2002, se torna instrumento de promoção dos valores sociais e não patrimoniais.²⁰

Para Fábio Ulhoa Coelho a pessoa jurídica deve ser conceituada como “sujeito de direito inanimado personalizado”, sendo correto que o sujeito de direito tem habilidade para a prática de qualquer ato, afora aquele expressamente proibido.²¹

A pessoa jurídica, conforme Rubens Requião, é o ente incorpóreo que, à semelhança das pessoas físicas, “pode ser sujeito de direitos. Não se confundem, assim, as pessoas jurídicas com as pessoas físicas que deram lugar ao seu nascimento; pelo contrário, delas se distanciam, adquirindo patrimônio autônomo e exercendo direitos em nome próprio²²”.

²⁰ GOMES, Luiz Roldão da. *Desconsideração da Personalidade Jurídica*. Disponível em: <<http://www.femperj.org.br/artigos/civpro/acp13.htm>>. Acesso em: 20 set 2004, p. 2.

²¹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. De acordo com o novo Código Civil e alterações da LSA. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. V. 2, p. 11.

²² REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Falimentar*. 17. ed. vol I. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 204.

Da personalização da personalidade empresária, provém o princípio da autonomia patrimonial, um dos elementos fundamentais do direito societário e, em virtude de tal patrimônio, os sócios não respondem, via de regra, pelas obrigações da sociedade.²³

No que diz respeito ao princípio da autonomia patrimonial, Faria elucida:

[...] as sociedades empresárias podem ser utilizadas com instrumento para a realização de fraude contra credores ou mesmo abuso de direito. Na medida em que é a sociedade o sujeito titular dos direitos e devedor das obrigações, e não os seus sócios, muitas vezes os interesses dos credores ou terceiros são indevidamente frustrados por manipulações na constituição de pessoas jurídicas, celebração dos mais variados contratos empresariais, ou mesmo realização de operações societárias, como as de incorporação, fusão e cisão.²⁴

A consideração da autonomia da pessoa jurídica implica a impossibilidade de correção da fraude ou do abuso, nesses casos, alguns abarcando alto grau de sofisticação jurídica. Isto significa que, em determinadas situações, ao se prestigiar o princípio da autonomia da pessoa jurídica, o ilícito perpetrado pelo sócio mantém-se oculto, resguardado pela licitude da conduta da sociedade empresária.²⁵

Ademais, apenas se revela a irregularidade se o juiz, no caso concreto, não sagrando o princípio referido, desconsiderá-lo. Destarte, explica-se episodicamente a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade empresária como pressuposto da repressão a certos tipos de ilícitos.²⁶

²³ FARIA, Juliano Junqueira de. A teoria da desconsideração da personalidade jurídica e a sua previsão no ordenamento jurídico brasileiro . *Jus Navigandi*, Teresina, a. 8, n. 199, 21 jan. 2004. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4768>>. Acesso em: 09 set. 2004, p. 1.

²⁴ FARIA, cit., p. 1.

²⁵ Op. cit., p. 1.

²⁶ Op. cit., p. 1.

No Direito do Consumidor, o instituto da desconsideração da personalidade jurídica é muito discutido quanto a sua aplicação, especialmente no que tange ao Direito do Consumidor. O instituto tem grande aplicabilidade quando a personalidade jurídica autônoma da sociedade empresária antepõe-se com obstáculo à justa composição de interesses.

Segundo César Fiuza,

a capacidade de direito tem a mesma significação de personalidade, confundindo-se com esse conceito na medida em que toda pessoa é capaz de ter direitos, enquanto a capacidade de fato é a aptidão legal para a prática de certos atos ou para o exercício de direitos, e nem todos a têm. A capacidade de fato condiciona-se à capacidade de direito, não sendo concebida sem esta. Porém, a recíproca não é verdadeira, pois, pode-se ter capacidade de direito sem a capacidade de fato. Ter direito não significa poder exercê-lo. A impossibilidade de exercício traduz-se tecnicamente por incapacidade.²⁷

Cabe destacar a distinção de patrimônio dos sócios e o da sociedade, ponto sobre o qual se assenta toda a discussão no que diz respeito à Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica.²⁸

Fábio Ulhoa Coelho²⁹ recorda que “a partir da afirmação do postulado jurídico de que o patrimônio dos sócios não responde por dívidas da sociedade, motivam-se investidores e empreendedores a aplicar dinheiro em atividades econômicas de maior envergadura e risco”.

O Direito não pode acolher que atos que contra ele atentam sejam protegidos pela distinção patrimonial. Inexistindo um dano, diz Faria, o mesmo deve ser reparado, ainda que “para isso se desconsidere

²⁷ FIUZA, César Augusto de Castro. *Direito Civil: Curso Completo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 13.

²⁸ AMARO, César Augusto de Castro. “Desconsideração da Pessoa Jurídica no Código de Defesa do Consumidor”. *Ajuris*, v. 20, n. 58, p. 69-84, julho, 1993, p. 70.

²⁹ COELHO, cit., pp. 15-16.

a personalidade jurídica e, via de consequência, a separação patrimonial existente entre a pessoa jurídica e seus membros, atingindo-se o patrimônio destes últimos”.³⁰

Não se pode aceitar a distinção total entre o patrimônio de uma sociedade e o patrimônio daqueles que a compõem. Essa distinção não pode funcionar como legitimação de atos ilícitos, em especial aqueles que prejudicam credores.

2.2 Despersonalização da pessoa jurídica no direito tributário

Não obstante de hodierna elaboração doutrinária nos Direitos alienígenas, o assunto, sobretudo, nos que agregam a família do grupo romano-germânico ou cristão, já se introduziu, todavia, no campo de reflexões dos juristas brasileiros, constando de assentadas da jurisprudência, vindo considerada, embora casuística e isoladamente, em textos da doutrina.

Tendo em vista tal esclarecimento, entende-se não lhe ser oponente nossa sistemática jurídica, ao revés agasalhando seus princípios e efeitos, em projeção intrafronteiras de postulados que se asseveram em ordenamentos que apresentam afinidade com o brasileiro e que conservam o mesmo entendimento da pessoa jurídica, ao limite de evolução histórica comum.

No que tange à doutrina, Luiz Roldão da Freitas Gomes³¹ recorda que, atualmente, a literatura jurídica nacional pode se envaidecer de apresentar uma das mais completas obras produzidas, no próprio cenário mundial, ampla na análise e intensa na abordagem da problemática da desconsideração da pessoa jurídica, focalizando-a sob o aspecto de vicissitudes por que passa.

Comenta o saudoso Prof. J. Lamartine Corrêa de Oliveira, sob a literatura nacional, excelentes pareceres da lavra dos ilustres jurisconsultos Francisco Campos, Caio Mário da Silva Pereira e Simão Isaac Benjó que:

³⁰ FARIA, cit., p. 8.

³¹ GOMES, cit., p. 2.

[...] sob fundamentos diversos (o primeiro, recorrendo ao negócio indireto; o segundo, à figura de contrato consigo mesmo; e o terceiro, à simulação fraudulenta), conferiram soluções, na linha da desconsideração, a casos de criação de interposta pessoa jurídica por sócios de outra, julgada inidônea, para prosseguir negociando com a Administração (Francisco Campos); à alienação pelo marido, em desavença com a mulher, munido de procuração dela, de bens do casal à companhia em que detinha 99,93% das ações (Prof. Caio Mário); à fixação de alimentos devida à mulher por marido que se qualificava como empregado de sociedade de que fora sócio.³²

Apesar de não existir regra escrita, de caráter genérico, admitindo-se a responsabilidade de administradores e sócios da pessoa jurídica, quando com ela se confundam, utilizando-a para seus negócios pessoais, fora ou para além dos fins e seu ato constitutivo ou de seu funcionamento normal, os autores são acordes em que contempla o Direito positivo brasileiro em situações isoladas, nas quais a vinculação direta do sócio ou administrador é admitida.³³

Merece ênfase, dentre as teorias de prevalência da substância sobre a forma, a doutrina da desconsideração da personalidade jurídica, cuja análise de sua aplicação no Direito Tributário é necessária, o que já esclarece alguns equívocos referentes à inserção destas teorias no Direito Tributário pátrio.³⁴

Alfredo Becker considera que: “[...] diante das normas tributárias alteradas a cada dia e dos conflitos entre as teorias interpretativas trata-se, o nosso ordenamento jurídico tributário, de um manicômio jurídico”.³⁵

³² OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979, pp. 549-550.

³³ GOMES, cit., p. 2.

³⁴ CARDOSO, Lais Vieira. “As doutrinas de prevalência da substância sobre a forma diante do parágrafo único do art. 116 do Código Tributário Nacional”. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 7, n. 62, fev. 2003. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3684>>. Acesso em: 19 out. 2004, p. 12.

³⁵ FARIA, cit., p. 1.

A inserção da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no ordenamento jurídico brasileiro em decorrência da promulgação do Código de Defesa do Consumidor, Lei nº. 8.078/90, dispendo, no art. 28, que:

Art. 28. O juiz poderá considerar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

Ensina Alexandre Couto Silva que a Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica

também é conhecida por teoria da penetração, *disregard of legal entity, disregard of corporate entity, lifting the corporate veil, piercing the corporate veil, crackling open the corporate shell, superamento della personalità giuridica* (no italiano), ou até mesmo *Drchgriff der juristischen Person* (no alemão) e *teoria de la penetración* ou *desestimación de la personalidad* (no argentino).³⁶

Segundo Marçal Justen Filho,

Usualmente utiliza-se a expressão para indicar a ignorância, para um caso concreto, da personificação societária. Vale dizer, aprecia-se a situação jurídica tal como se pessoa jurídica não existisse, o que significa que se trata a sociedade e o sócio como se fossem uma mesma e única pessoa. Atribuem-se ao sócio ou à sociedade

³⁶ SILVA, Alexandre Couto. *Aplicação da Desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito Brasileiro*. São Paulo: LTR, 1999, p. 26.

condutas (ou efeitos jurídicos de conduta) que, não fossem a desconsideração, seriam atribuídos (respectivamente) à sociedade ou ao sócio.³⁷

No dizer de Luciano Amaro, a desconsideração da personalidade jurídica é uma técnica casuística — logo, de construção pretoriana — de solução de desvios da função da pessoa jurídica, quando o juiz se vê diante de situações em que, prestigiar a autonomia e a limitação de responsabilidade da pessoa jurídica, significaria imolar um interesse que ele considera legítimo.³⁸

Faria salienta que a aplicação da Teoria da Desconsideração não implica a dissolução da sociedade. Exclusivamente no caso específico, em que se valeu fraudulentamente da autonomia patrimonial, ela não é levada em consideração. É desconsiderada, o que significa a suspensão incidental da eficácia do ato de constituição da sociedade, e não o desfazimento ou a invalidação de tal ato. Por conseguinte, é preservada a autonomia patrimonial da sociedade empresária para todos os demais efeitos de direito. “Esse traço é a fundamental diferença entre a Teoria da Desconsideração e os demais instrumentos desenvolvidos pelo direito para a coibição de fraudes viabilizadas através das pessoas jurídicas”.³⁹

Como assevera o doutrinador Rubens Requião, citado por Almeida:

[...] a *disregard doctrine* não visa anular a personalidade jurídica, mas somente objetiva desconsiderar, no caso concreto, dentro de seus limites, a pessoa jurídica, em relação às pessoas ou bens que atrás dela se escondem. É o caso de ineficácia especial da personalidade jurídica para determinados efeitos, prosseguindo, todavia, a mesma incólume para seus outros fins legítimos.⁴⁰

³⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração da Personalidade Societária no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 55.

³⁸ AMARO, cit., pp. 74-75.

³⁹ FARIA, cit., p. 15.

⁴⁰ ALMEIDA, Amador Paes de. *Execução de bens do sócio: obrigações mercantis, tributárias, trabalhistas: da desconsideração da personalidade jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 155.

No entanto, com a Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica, podem-se conter as fraudes e os atos abusivos, sem que os interesses de trabalhadores sejam lesados, assim como de consumidores, fisco e outros que gravitam em torno da continuidade da empresa.⁴¹

Entretanto alguns doutrinadores não aceitam à aplicação desta teoria quando da prática de atos que importem em infração à lei. Alegam que a responsabilidade, neste caso, seriam dos administradores da sociedade comercial, posto que foram eles os autores pelo ilícito.

O comportamento dos sócios que agem com dolo ou culpa, em violação da lei ou do estatuto, não pode ser imputado senão aos próprios administradores, que, em casos tais, são responsáveis pelos prejuízos que venham a causar a terceiros, por força da legislação em vigor, independentemente de se invocar a *disregard doctrine*.⁴²

O art. 137 do Código Tributário Nacional no seu inciso III, a, b e c, é claro quando determina que a responsabilidade é pessoal ao agente, quanto às infrações que decorram direta e exclusivamente de dolo específico, imputando neste caso as pessoas referidas no art. 134, contra aquelas por quem respondem, dos mandatários, prepostos ou empregados, contra seus mandantes, preponentes ou empregadores e dos diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado, contra estas.

Mesmo a inaplicabilidade da desconsideração quando da prática de ato contrário a lei, é preciso destacar das situações outras que podem configurar além do ilícito tributário, um desvio de finalidade.

Diante do exposto, já é possível caracterizar os elementos que constituem o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, conforme os reúne Kriger Filho:

⁴¹ Op. cit., p. 15.

⁴² ALMEIDA, cit., p. 159.

- a ignorância dos efeitos da personificação, vale dizer, afasta-se o regime normal e comum previsto para as sociedades personificadas;
- ignorância de tais efeitos para o caso concreto, isto é, reconhece-se válida a constituição da sociedade e a sua existência, suspendendo-se os efeitos da personificação somente para um relacionamento específico entre ela e terceiras pessoas ou por algum período determinado de sua existência;
- manutenção da validade dos atos jurídicos, ou seja, reputam-se válidos os atos praticados, só que estes são atribuídos a pessoas diversas daquelas a quem seriam imputados;
- intenção de evitar o perecimento de um interesse, onde se leva em conta que a função do instituto da pessoa jurídica, enquanto abstratamente previsto em lei, não pode ser desvirtuada, no sentido de sacrificar um interesse tutelado, quando desempenhado no caso concreto em decorrência da intervenção dos sócios.⁴³

Vale registrar que a origem do instituto da desconsideração da personalidade jurídica está em países componentes do sistema designado como da *common law*, especialmente Estados Unidos da América e Inglaterra.⁴⁴

A Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 — novo Código Civil brasileiro —, ao que parece, mantém, no mesmo sentido da legislação revogada (art. 20, do Código Civil de 1916), a separação patrimonial entre pessoa jurídica e seus sócios, justamente por prever, como exceção, a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica. Dispõe o artigo 50, do Código Civil em vigor:

⁴³ KRIGER FILHO, Domingos Afonso. “Aspectos da Desconsideração da Personalidade Societária na Lei do Consumidor?”. *Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 13, p. 78-86, jan/mar, 1995, pp. 81-82.

⁴⁴ FARIA, cit., p. 15.

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

Verifica-se o posicionamento do doutrinador Venosa, quando comenta o disposto no artigo 50 do Novo Código Civil:

Essa redação melhorada atende à necessidade de o juiz, no caso concreto, avaliar até que o ponto o véu da pessoa jurídica deve ser descerrado para atingir os administradores ou controladores nos casos de desvio de finalidade, em prejuízo de terceiro. O abuso da personalidade jurídica deve ser examinado sob o prisma da boa fé objetiva, que deve nortear todos os negócios jurídicos. Nem sempre deverá ser avaliada com maior profundidade a existência de dolo ou culpa. A despersonalização é aplicação de princípio de equidade trazido pela lei. Note ainda, que não apenas o patrimônio das pessoas naturais, dos controladores, dos administradores ou dos diretores podem ser atingidos quando se desmascara uma pessoa jurídica, mas também e, principalmente, outras pessoas jurídicas ou naturais que direta ou indiretamente detém o capital social e o controle da pessoa desconsiderada. É muito comum que a pessoa jurídica atue no país com parco ou nenhum patrimônio e que esteja totalmente em mãos de uma empresa escritural estrangeira, as famigeradas “*off shores*”. Cabe ao juiz avaliar esse aspecto no concreto, onerando o patrimônio dos verdadeiros responsáveis, sempre que um injusto prejuízo é ocasionado a terceiro sob o manto escuso de uma pessoa jurídica.⁴⁵

⁴⁵ VENOSA, Silvio de Salvo. *Contratos em espécie*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 302-303.

Contudo, todo instituto jurídico é passível de ter sua função desviada, isto é, empregada opostamente às suas finalidades. Conforme Suzy Elizabeth Cavalcante Koury, tal desvio de função, versa na falta de correspondência entre o desígnio perseguido pelas partes e o conteúdo que, segundo o ordenamento jurídico, é peculiar à forma utilizada. Uma vez caracterizado o desvio, não é dado ao ordenamento jurídico adotar a injustiça.⁴⁶

A maioria dos autores considera o desvio de função como o critério básico para operar a desconsideração da personalidade jurídica, sendo a hipótese basilar de seu conceito.

Segundo Alexandre Couto Silva, o principal pressuposto de incidência da desconsideração é a intenção de usar o expediente da separação entre sócio e sociedade, desviando-se a pessoa jurídica do fim para o qual foi constituída, empregando-se a fraude ou abuso de direito.⁴⁷

A fraude pode ser tida, nos dizeres do doutrinador Caio Mário da Silva Pereira como “a manobra engendrada com o fito de prejudicar terceiro; e tanto se insere no ato unilateral (caso em que macula o negócio ainda que dela não participe outra pessoa) com se imiscui no ato bilateral (caso em que a maquinação é concentrada entre as partes)”.⁴⁸

Ainda conforme Pereira, a fraude distingue-se dos demais defeitos dos negócios jurídicos. Segundo o autor:

Distingue do erro, em que o agente procede com pleno conhecimento dos fatos: do dolo, em que, neste, o agente é induzido a engano de que resulta a declaração de vontade; da coação se distancia pela inexistência de processo de intimidação, que é o elemento desta; com a simulação não se confunde porque há, em sua etiologia, o disfarce para o negócio jurídico, que se apresenta caracterizado nos seus extremos normais. Na fraude, o que estará

⁴⁶ KOURY, Suzi Elizabeth Cavalcante. *A Desconsideração da Personalidade Jurídica (disregard doctrine) e os Grupos de Empresas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 67.

⁴⁷ SILVA, cit., p. 36.

⁴⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva et al. *Instituições de direito civil*. 8. ed. V. 3. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 342.

presente é o propósito de levar aos credores um prejuízo, em benefício próprio ou alheio, furtando-lhes a garantia geral que devem encontrar no patrimônio do devedor. Seus requisitos são a má-fé, ou malícia do devedor, e a intenção de impor um prejuízo a terceiro. Mais modernamente, e digamos, com mais acuidade científica, não se exige que o devedor traga a intenção deliberada de causar prejuízo (*animus nocendi*); basta que tenha a consciência de produzir o dano. Há, sem dúvida, certa semelhança entre a fraude e a simulação, porque em ambas o agente procede maliciosamente e do ato pode resultar (simulação), ou, resultará sempre (fraude) um dano a terceiro. Mas não se confunde com os dois defeitos, porque pela simulação a declaração de vontade se disfarça na consecução de um resultado que tenha a aparência de um ato comercial determinado, enquanto que na fraude o ato é real, a declaração de vontade está na conformidade do querer íntimo do agente, tendo como efeito um resultado prejudicial a terceiro.⁴⁹

Silva assevera que não se deve confundir o ato fraudulento com a teoria do ato ilícito ou, mesmo, com o abuso de direito. “O ato fraudulento identifica-se no negócio jurídico tramado para prejudicar credores, em benefício do declarante ou de terceiros. No abuso, o que ocorre é um inadequado uso do direito, mesmo que seja estranho ao agente o propósito de prejudicar o direito de um terceiro”.⁵⁰

Luciano Amaro⁵¹ elucida que, com a desconsideração da personalidade jurídica, a personificação é separada e, com ela, a separação patrimonial, fazendo com que os atos ou os patrimônios da pessoa jurídica e sócio se confundam. O ato da pessoa jurídica é imputado ao sócio, que responde, desse modo, pela conduta da pessoa jurídica como se esta não existisse.

⁴⁹ PEREIRA, cit., pp. 342-343.

⁵⁰ SILVA, cit., p. 39.

⁵¹ AMARO, cit., p. 75.

Faria comenta: “Diz-se que a Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica é o meio de defesa do ordenamento jurídico, pois não é dado ao mesmo criar um instituto que venha a minar seus princípios norteadores, em especial o ideal de justiça”.⁵²

Portanto, conclui-se que a desconsideração da personalidade jurídica propende não somente coibir a fraude e o abuso de direito, mas sim, realizar a justiça, quando a personalidade da pessoa jurídica for mal utilizada, preservando-se a própria pessoa jurídica.

2.3. Da previsão legal

Muitos são os autores, a exemplo de Domingos Afonso Kriger Filho⁵³ e João Casillo⁵⁴, que enumeram como hipóteses da aplicação da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica previsões contidas em lei, dentre as quais:

Artigo 2º, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho, artigos 115, 116 e 177 da Lei Federal 6.404/76, que regula as sociedades anônimas, artigo 34 da Lei 4.595/64, que regula o sistema financeiro, artigo 135 do Código Tributário Nacional, bem como os dispositivos das Leis 4.137/62 (repressão ao abuso do poder econômico), 4.729/65 (Lei de Sonegação Fiscal), artigo 10 do anterior decreto 3.708/19 (regulava as sociedades por quotas de responsabilidade limitada) e Decreto 22.626/33 (Lei da Usura).

Desse modo, ao tempo em que a lei trata de responsabilidade solidária, ou subsidiária, ou de pessoa dos sócios, por obrigação da pessoa jurídica, ou quando ela coíbe que determinadas operações,

⁵² FARIA, cit., p. 16.

⁵³ KRIGER FILHO, Domingos Afonso. “Aspectos da Desconsideração da Personalidade Societária na Lei do Consumidor”. *Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 13, p. 78-86, jan/mar, 1995, p. 82.

⁵⁴ CASSILO, João. *Desconsideração da Pessoa Jurídica*. Revista dos Tribunais, v. 528, p. 24-40, outubro, 1979, p. 35.

vedadas aos sócios, sejam praticadas pela pessoa jurídica, não é preciso desconsiderar a empresa, no sentido de imputar as obrigações aos sócios, porquanto, não obstante considerada a pessoa jurídica, a implicação ou responsabilidade do sócio já dimana da lei.

Nas palavras de Faria, quanto à efetivação da desconsideração da personalidade jurídica: “A desconsideração da personalidade jurídica só é levada a efeito quando a responsabilidade não pode ser, em princípio, diretamente imputada ao sócio, controlador ou representante legal da pessoa jurídica”⁵⁵. Isto significa que responderá pela indenização correspondente, o sócio, controlador ou representante legal da pessoa jurídica, que tenha causado danos a terceiros em virtude de comportamento ilícito.

O art. 135, inciso III, prevê o redirecionamento da ação em face do sócio-gerente, quando o mesmo tenha praticado ato de infração da lei ou excesso de poderes.

Conforme Amaro⁵⁶:

O problema está em definir os atos a que se refere o art. 135. É intuitivo que há de se tratar de atos praticados em nome de outrem (o representado, preponente, administrado, mandante, que seria o contribuinte) pelo terceiro (administrador, mandatário etc.). Com excesso de poderes, por exemplo, mas em nome do administrado, do mandante, etc. Com violação da lei, mas também em nome de outrem. Com infringência do contrato ou estatuto, mas sempre em nome da sociedade. Muitas hipóteses se enquadram em mais de uma dessas situações: um ato praticado com excesso de poderes pode estar violando, a um só tempo, o estatuto e a lei; um ato ilegal certamente não estará sendo praticado no exercício de poderes regulares. Para que a responsabilidade se desloque do contribuinte para o terceiro, é preciso que o ato por este praticado escape

⁵⁵ FARIA, cit., p. 16.

⁵⁶ AMARO, *Direito tributário brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 311.

totalmente das atribuições de gestão ou administração, o que freqüentemente se dá em situações nas quais o representado ou administrado é (no plano privado), assim como o Fisco (no plano público), vítima de ilicitude praticada pelo representante ou administrador (*apud* FREIRE).⁵⁷

Pode-se exemplificar como infração de lei, no entendimento até aqui desenvolvido, a responsabilização do sócio-gerente com o descumprimento da lei do ICMS, ocasionando a lavratura de auto de infração, e a posteriori, a inscrição do débito na Dívida Ativa Estadual. Não se pode aqui questionar sobre a existência de dolo na prática de ato com infração de lei. Se houve falta de pagamento do ICMS, houve a nítida intenção do sócio-gerente de obter lucros, conseqüentemente cometendo o crime de sonegação fiscal, deve o mesmo ser responsabilizado, isso quando a empresa executada não possuir bens.

O grande problema no procedimento de execução fiscal é o fato do executado não possuir bens ou não for possível sua localização. Dessa forma a desconsideração vem agilizar, já que o sócio-gerente responde como pessoa integrante da pessoa jurídica, é o mesmo que conduz os negócios, no interesse da própria sociedade.

Vale ressaltar as considerações de Maximilianus Cláudio Américo Führer⁵⁸:

Em cada tipo de sociedade há regras que regulam a responsabilidade do sócio pelas dívidas da sociedade. Há regras gerais e regras especiais. Entre as regras gerais está, por exemplo, a responsabilidade do sócio da sociedade limitada pela integralização do capital, ou o pagamento das ações subscritas, na sociedade anônima. Como regra especial pode ser apontada, por exemplo, a responsabilização do sócio-gerente na limitada, ou do acionista controlador, na sociedade

⁵⁷ FREIRE, cit., p. 16.

⁵⁸ FÜHRER, Maximilianus Cláudio Américo. *Resumo de direito comercial*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 77-78.

anônima, por atos praticados com fraude ou abuso. Essa responsabilização, porém, constantes das diversas leis que regulam cada tipo de sociedade, não pertencem a teoria da desconsideração. A responsabilidade do sócio, aí, deriva dos próprios estatutos sociais, ou seja, da consideração da sociedade, e não de sua desconsideração (*apud* FREIRE).⁵⁹

Há, assim, desconsideração da pessoa jurídica na definição da responsabilidade de quem age, por exemplo, com excesso de poder, infração da lei, violação dos estatutos ou do contrato social ou por qualquer outra modalidade de ilícito.⁶⁰

Existe, na teoria da despersonalização da pessoa jurídica, o uso de uma via indireta, que é dissolver a pessoa jurídica para conseguir o mesmo objeto do art.135 do Código Tributário Nacional, pois o que se deseja é atingir os bens pessoais daquele que tem o poder de mando e se utilizou da pessoa jurídica de forma contrária às leis, para alcançar vantagens pessoais e fraudar o Erário.

3. CONCLUSÃO

Diante do exposto no estudo, não se chega à conclusão em torno de um aspecto apenas, tendo em vista a abordagem variada que exige o tema. Também não nos interessa considerar completas as discussões, pois entendemos que se trata de um estudo ainda superficial, de nossa parte.

A responsabilidade solidária não ocorre conforme o disposto no artigo 134 do Código Tributário Nacional, sucede sim a responsabilidade subsidiária, pois só poderá haver a responsabilidade pessoal quando impossível demandar o contribuinte, verificando assim a ordem estabelecida pelo Código Tributário Nacional no seu art. 134.

⁵⁹ FREIRE, cit., p. 10.

⁶⁰ Op. cit., p. 17.

A responsabilidade tributária por transferência de terceiros tem que estar provado uma relação de causa e efeito entre o débito fiscal e a participação do terceiro.

Os sócios-gerentes podem e devem vir a ser chamados nos procedimentos de execução fiscal, a fim de constituir a lide, quando não forem encontrados bens em nome do devedor principal ou quando este houver mudado endereço, sem comunicar a Fazenda Pública.

O art. 134 do CTN trata de responsabilidade subsidiária e decorrente da prática de conduta culposa das pessoas arroladas, na medida em que o art. 135 do mesmo Código refere-se à responsabilidade por atos praticados com excesso de poderes, infração da lei, contrato ou estatuto, livre da inquirição de dolo ou culpa.

Em caso de falta de recolhimento do tributo, nos prazos legais, assim como o descumprimento de obrigação acessória, caracterizam a prática de ato com infração da lei, nos termos do art. 135, inciso III, do CTN.

Quanto à responsabilidade por infrações, previstas nos arts. 136 e 137 do CTN, esta se refere ao pagamento a intenção do agente, a lei determina que só ocorrerá a intenção quando por ela determinada, neste caso no art. 137, inciso III, c.

Destarte, prescindida a pessoa da sociedade, pode-se atribuir ao sócio ou administrador a mesma obrigação e, conseqüentemente, caracteriza-se o ilícito. Ou seja, a desconsideração é aplicada como instrumento para responsabilizar sócio por dívida formalmente imputada à sociedade.

A teoria da despersonalização da pessoa jurídica tem como objetivo dissolver a pessoa jurídica para conseguir o mesmo objeto do art.135 do Código Tributário Nacional, pois o que se deseja atingir são os bens pessoais daquele que tem o poder de mando e se utilizou da pessoa jurídica de forma contrária às leis, para alcançar vantagens pessoais e fraudar o Erário.

Há, assim, desconsideração da pessoa jurídica na definição da responsabilidade de quem age, por exemplo, com excesso de poder, infração da lei, violação dos estatutos ou do contrato social ou por qualquer outra modalidade de ilícito.

Ressalte-se que a referida teoria, de concepção exclusivamente jurisprudencial, tem por fito coibir a fraude e o abuso de direito no mau uso da pessoa jurídica. Sendo esse a base da *disregard doctrine* — o mau uso da pessoa jurídica, que é desviada da função para a qual fora criada, utilizando-se a fraude ou o abuso de direito em detrimento de terceiros. Indica-se sua aplicação, notadamente, na hipótese em que a obrigação imputada à sociedade oculta uma ilicitude, evidentemente conforme desenvolvido neste trabalho, não necessariamente só para aplicação na utilização de fraude ou abuso de direito.

O redirecionamento da execução fiscal contra sócio-gerente não implica necessariamente a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

4. REFERÊNCIAS

- AMARO, César Augusto de Castro. *Desconsideração da Pessoa Jurídica no Código de Defesa do Consumidor*. *Ajuris*, v. 20, n. 58, p. 69-84, julho, 1993, p. 70.
- AMARO, Luciano. *Desconsideração da Pessoa Jurídica no Código de Defesa do Consumidor*. *Ajuris*, v. 20, n. 58, p. 69-84, julho, 1993.
- _____. *Direito tributário brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- _____. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- ALMEIDA, Amador Paes de. *Execução de bens do sócio: obrigações mercantis, tributárias, trabalhistas: da desconsideração da personalidade jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 11 ed. Atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- BECKER, Alfredo Augusto. *Carnaval tributário*. 2. ed. São Paulo: Lejus, 1999.
- BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 603p.
- BRASIL. **Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e Institui Normas Gerais de Direito Tributário Aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: <<http://www.sef.rj.gov.br/legislacao/tributaria/basica/>>. Acesso em: 15 out. 2004.

- _____. *Lei nº. 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 15 out. 2004.
- CARDOSO, Lais Vieira. *As doutrinas de prevalência da substância sobre a forma diante do parágrafo único do art. 116 do Código Tributário Nacional*. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 7, n. 62, fev. 2003. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3684>>. Acesso em: 19 out. 2004.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.
- CASSILO, João. *Desconsideração da Pessoa Jurídica*. Revista dos Tribunais, v. 528, p. 24-40, outubro, 1979.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. De acordo com o novo Código Civil e alterações da LSA. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. V. 2. 513 p.
- COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 581.
- FARIA, Juliano Junqueira de. *A teoria da desconsideração da personalidade jurídica e a sua previsão no ordenamento jurídico brasileiro*. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 8, n. 199, 21 jan. 2004. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4768>>. Acesso em: 09 set. 2004.
- FIUZA, César Augusto de Castro. *Direito Civil: Curso Completo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. 701 p.
- FREIRE, Eugênia Maria Nascimento. “Responsabilidade do Sócio Gerente no Processo de Execução Fiscal: Descumprimento da lei do ICMS como Prática de Ato com Infração da Lei nos Termos Previstos no art. 135, III do CTN”. V. 2. *Caderno de Teses XXVIII Congresso Nacional dos Procuradores do Estado – Ética e Estado de Justiça – Novas Dimensões*. Gramado-RS, 1º a 5 set. 2002.
- FÜHRER, Maximilianus Cláudio Américo. *Resumo de direito comercial*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- GOMES, Luiz Roldão da. *Desconsideração da Personalidade Jurídica*. Disponível em: <<http://www.femperj.org.br/artigos/civpro/acp13.htm>>. Acesso em: 20 set 2004.

- JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração da Personalidade Societária no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. 165 p.
- KOURY, Suzi Elizabeth Cavalcante. *A Desconsideração da Personalidade Jurídica (disregard doctrine) e os Grupos de Empresas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. 215 p.
- KRIGER FILHO, Domingos Afonso. “Aspectos da Desconsideração da Personalidade Societária na Lei do Consumidor”. *Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 13, p. 78-86, jan/mar, 1995.
- MELO, José Eduardo Soares. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2001.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 1998.
- OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979.
- PAUSEN, Leandro. *Direito tributário – Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e Jurisprudência*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva et al. *Instituições de direito civil*. 8. ed. V. 3. Rio de Janeiro: Forense, 1990.
- REQUIÃO, Rubens. *Abuso de Direito e Fraude Através da Personalidade Jurídica*. *Revista dos Tribunais*, v. 410, p. 12-24, dezembro, 1969.
- _____. *Curso de Direito Falimentar*. 17. ed. v. I. São Paulo: Saraiva, 1998.
- SILVA, Alexandre Couto. *Aplicação da Desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito Brasileiro*. São Paulo: LTR, 1999. 183 p.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Contratos em espécie*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.