

ORGANIZAÇÃO:

OLIVIA ROCHA FREITAS

JANETE RICKEN LOPES DE BARROS

GRANDES TEMAS DA PÓS-GRADUAÇÃO A DISTÂNCIA: ELEITORAL E CONSUMIDOR

AUTORES:

ARMANDO SUSSIA ROSA

CÉSAR OLIVEIRA RIBEIRO

JOSEPH ANTOINE TAWIL

PEDRO PAULO GUERRA DE MEDEIROS

ROBERTO MAYNARD FRANK

TIAGO SILVA DOS SANTOS

Organização
Olivia Rocha Freitas
Janete Ricken Lopes de Barros

GRANDES TEMAS DA PÓS-GRADUAÇÃO A DISTÂNCIA: ELEITORAL E CONSUMIDOR

1ª edição

Autores:

Armando Sussia Rosa

César Oliveira Ribeiro

Joseph Antoine Tawil

Pedro Paulo Guerra de Medeiros

Roberto Maynard Frank

Tiago Silva dos Santos

IDP
Brasília
2017

CONSELHO CIENTÍFICO – SÉRIE IDP/SARAIVA

MEMBROS EFETIVOS:

Presidente: Gilmar Ferreira Mendes
Secretário Geral: Jairo Gilberto Schäfer
Coordenador-Geral: Walter Costa Porto
Coordenador Executivo da Série IDP: Sergio Antonio Ferreira Victor

1. Afonso Códolo Belice (discente)
2. Alberto Oehling de Los Reyes – Universitat de Illes Balears/Espanha
3. Alexandre Zavaglia Pereira Coelho – IDP/SP
4. António Francisco de Sousa – Faculdade de Direito da Universidade do Porto/Portugal
5. Arnoldo Wald
6. Atalá Correia – IDP/DF
7. Carlos Blanco de Morais – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa /Portugal
8. Everardo Maciel – IDP/DF
9. Fabio Lima Quintas – IDP/DF
10. Felix Fischer
11. Fernando Rezende
12. Francisco Balaguer Callejón – Universidad de Granada/Espanha
13. Francisco Fernández Segado – Universidad Complutense Madrid/Espanha
14. Ingo Wolfgang Sarlet – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul/RS
15. Jacob Fortes de Carvalho Filho (discente)
16. Jorge Miranda – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa /Portugal
17. José Levi Mello do Amaral Júnior – Universidade de São Paulo – USP
18. José Roberto Afonso – FGV
19. Janete Ricken Lopes de Barros – IDP/DF
20. Julia Maurmann Ximenes – IDP/DF
21. Katrin Möltgen – Faculdade de Políticas Públicas – Fhöv NRW/Alemanha
22. Lenio Luiz Streck – Universidade do Vale do Rio dos Sinos/RS
23. Ludger Schrapper
24. Marcelo Neves – Universidade de Brasília – UNB
25. Maria Alicia Lima Peralta
26. Michael Bertrams
27. Miguel Carbonell Sánchez – Universidade Nacional Autónoma do México – UNAM
28. Paulo Gustavo Gonet Branco – IDP/DF
29. Pier Domenico Logroscino – Università degli studi di Bari Aldo Moro/Itália
30. Rainer Frey – Universität de Münster/Alemanha
31. Rodrigo de Bittencourt Mudrovitsch – IDP/DF
32. Rodrigo de Oliveira Kaufmann – Universidade de Brasília – UNB
33. Rui Stoco
34. Ruy Rosado de Aguiar – IDP/DF
35. Sergio Bermudes
36. Sérgio Prado

Barros, Janete Ricken Lopes de (Org.).

Grandes Temas da Pós-Graduação a distância: Eleitoral e Consumidor / Organizadores Janete Ricken Lopes de Barros; Olivia Rocha Freitas. – Brasília: IDP, 2017.

218 p.

ISBN: 978-85-9534-017-6

1. Direitos Políticos. 2. Direito do Consumidor. 3. Direito Eleitoral. 4. Solução
de Conflitos I. Título. II. Olívia Rocha Freitas.

CDDir 341.2

APRESENTAÇÃO

A pesquisa em Direito tem sido fomentada e alcançado patamares relevantes como nunca antes. É certo que o aumento dessa amplitude tem dado ao campo jurídico cada vez mais espaço para a produção de boas pesquisas e constituição de novos objetos.

O diálogo aqui apresentado, demonstra a preocupação e interesse do IDP em promover o debate acadêmico por meio da pesquisa jurídica com temas de suma relevância para o direito contemporâneo e na solidificação do conhecimento.

Os artigos selecionados para compor a 1ª edição de 2017 do projeto “Grandes Temas da Pós-Graduação a distância” foram indicados nas bancas realizadas em Salvador, Direito do Consumidor, e em Cuiabá, Direito Eleitoral, com a presença das professoras da EDB/IDP Janete Ricken Lopes de Barros, Dulce Furquim, Cristiane Damasceno Leite Vieira e Olivia Rocha Freitas.

A linha de ebooks “Grandes Temas” é um projeto do Centro de Pesquisa do IDP – CEPES que visa integrar as diversas áreas de ensino da instituição, abarcando a graduação, mestrado e pós-graduação lato sensu presencial e a distância da EDB/IDP.

O objetivo desta obra é compilar textos de diversas áreas do conhecimento jurídico. Nesta edição, os textos contemplarão discussões acerca do Direito Eleitoral e do Consumidor com os seguintes temas: Efeitos da Lei nº 13.146/2015 nos direitos políticos da pessoa com deficiência; Sobrepreço nos pagamentos com cartão de crédito; A arbitragem como forma de solução dos conflitos dos consumidores de serviços públicos essenciais; O momento da realização do interrogatório do acusado na instrução no processo penal eleitoral; Legalidade de bancos de dados e de avaliação do risco de crédito à luz do código de defesa do consumidor e da jurisprudência pátria; Efeitos da sentença na ação de investigação judicial eleitoral em eleição municipal.

Desejamos a todos uma excelente leitura!

Coordenadoras:

Profa. Dra. Olivia Rocha Freitas

Prof. Ma. Janete Ricken Lopes de Barros

Sumário

EFEITOS DA LEI Nº 13.146/2015 NOS DIREITOS POLÍTICOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA 07

ARMANDO SUSSIA ROSA

SOBREPREGO NOS PAGAMENTOS COM CARTÃO DE CRÉDITO 43

CÉSAR OLIVEIRA RIBEIRO

A ARBITRAGEM COMO FORMA DE SOLUÇÃO DOS CONFLITOS DOS CONSUMIDORES DE SERVIÇOS PÚBLICOS ESSENCIAIS 80

JOSEPH ANTOINE TAWIL

O MOMENTO DA REALIZAÇÃO DO INTERROGATÓRIO DO ACUSADO NA INSTRUÇÃO NO PROCESSO PENAL ELEITORAL..... 107

PEDRO PAULO GUERRA DE MEDEIROS

LEGALIDADE DE BANCOS DE DADOS E DE AVALIAÇÃO DO RISCO DE CRÉDITO À LUZ DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E DA JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA 136

ROBERTO MAYNARD FRANK

EFEITOS DA SENTENÇA NA AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL EM ELEIÇÃO MUNICIPAL 176

TIAGO SILVA DOS SANTOS

EFEITOS DA LEI Nº 13.146/2015 NOS DIREITOS POLÍTICOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

EFFECTS OF LAW No. 13,146/2015 ON THE POLITICAL RIGHTS OF THE DISABLED PERSON

Armando Sussia Rosa

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo apresentar e debater as inovações e implicações da Lei nº 13.146/2015, conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência ou Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, no tocante aos direitos políticos. Enfoca principalmente o direito de voto daquelas pessoas que, com ou sem deficiência, estão, temporária ou permanentemente, incapacitadas de exprimir sua vontade. Busca também discutir os impactos da lei no princípio constitucional da universalidade, aplicável ao sufrágio, e nos princípios, também constitucionais, da liberdade, igualdade, personalidade e sigilo, aplicáveis ao voto. Apresenta, por fim, proposta de adequação imediata do cadastro nacional de eleitores ao novo sistema de capacidades civis, inaugurado pelo estatuto, independentemente de provocação por parte do eleitor que tenha lançado contra si restrição nos direitos políticos em decorrência de incapacidade civil absoluta decretada antes da vigência do novel regramento.

PALAVRAS-CHAVE: Deficiência; Direitos políticos; Princípios; Cadastro Nacional de Eleitores.

ABSTRACT

This article aims to present and discuss the innovations and implications of Law 13,146/2015, known as the Individuals with Disabilities Act or the Brazilian Law on the Inclusion of Persons with Disabilities, regarding political rights. It focuses primarily on the right to vote of those persons who, with or without disabilities, are, temporarily or permanently, incapable of expressing their will. It also discuss the impacts of the law on the constitutional principle of universality, applicable to suffrage, and on the principles, also constitutional, of freedom, equality, personality and secrecy, applicable to voting. Lastly, it presents a proposal for the immediate adaptation of the national voter registration system to the new civil capacity system, inaugurated by the statute, irrespective of provocation by the voter who has issued against him a restriction on political rights due to absolute civil incapacity decreed before validity of the new rule.

KEYWORDS: Disability; Political rights; Principles; National Register of Voters

INTRODUÇÃO

Com a elaboração da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência por parte da Organização das Nações Unidas (ONU) em 2006, a qual

pretendeu garantir direitos, liberdades e dignidade da pessoa com deficiência, Convenção essa assinada pelo Brasil e ratificada pelo Congresso Nacional em 2008, inaugurou-se nova fase para os deficientes no país.

Entre as diversas medidas adotadas internamente desde a assinatura da Convenção da ONU, para materializar seus preceitos, uma das mais recentes e impactantes no mundo jurídico foi a entrada em vigor, em janeiro de 2016, da Lei nº 13.146/2015, o Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei Brasileira de Inclusão, a qual trouxe grande enfoque, não na concessão de privilégios, mas na independência e autonomia dos deficientes, na busca pela igualdade material em relação às demais pessoas.

Historicamente tratada como inválida, pária, estigmatizada por sua deficiência, negava-se à pessoa deficiente o pleno exercício de direitos.

A partir de então, se a sociedade enxergava de antemão apenas as limitações dos deficientes, com o Estatuto buscou-se firmar a ideia de vislumbrar, primeiro, suas potencialidades, tudo isso resultado da luta imemorial pelo reconhecimento da pessoa deficiente ser, antes de tudo, humana.

E tais mudanças, ainda que tardias, impactaram um número de pessoas considerável, ao contrário do que possa parecer. Basta saber que, no censo populacional de 2010, levado a efeito pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), nada menos que 45,6 milhões de pessoas, ou 23,9% da população brasileira à época, declarou ter algum tipo de deficiência.

Desses, 2,6 milhões, ou 1,4% da população, eram deficientes mentais ou intelectuais, em graus variados, mesmo não tendo sido consideradas como deficiência mental “as perturbações ou doenças mentais como autismo, neurose, esquizofrenia e psicose.”¹

Tal impacto tende a aumentar *pari passu* com o incremento da expectativa de vida, visto que as pessoas tendem a apresentar, com o avançar da idade, maiores limitações.

A norma em comento, entre outros vários avanços, alterou profundamente o regime da capacidade civil, e, no que diz respeito aos direitos políticos da pessoa

¹ BRASIL. IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Censo Demográfico 2010 – Características gerais da população, religião e pessoas com deficiência**. p. 19. Disponível em: <http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/94/cd_2010_religiao_deficiencia.pdf>. Acesso em: 10/2/2017.

com deficiência, provocou verdadeira revolução, surgindo agora o problema para os atores jurídicos de compatibilizar sua atuação ao novel regramento.

O presente trabalho está embasado em pesquisas bibliográficas, principalmente artigos publicados na rede mundial de computadores, livros de doutrina de direito eleitoral, bem como na análise da legislação aplicável aos casos tratados.

1 A pessoa com deficiência na legislação brasileira

Pessoa com deficiência, na definição trazida pelo artigo 2º da Lei nº 13.146/2015, é aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

As normas anteriores aplicáveis aos deficientes, herdadas da legislação portuguesa, sempre tinham o enfoque principal na exclusão destes do convívio social, da participação nos negócios e demais atos da vida civil. Deficiência e incapacidade andavam jungidas, eram sinônimos.

Convém recordar, como simplórios exemplos, o uso das expressões “loucos de todo o gênero” em várias passagens do Código Civil de 1916 (Lei nº 3.071/1916), e “inválidos”, no Código Eleitoral de 1965 (Lei nº 4.737/1965), os quais colocavam no mesmo patamar pessoas com toda a sorte de deficiências, além de rotulá-las por toda a vida.

Frutos de sua época, evidentemente, expressões como as indicadas estigmatizavam as pessoas, e vislumbra-se impossível serem aceitos hodiernamente, num mundo politicamente correto, tendo em vista os avanços que ocorreram desde então. Os deficientes conquistaram e continuam conquistando direitos antes negados, numa constante batalha por tratamento igualitário, autonomia, independência e reconhecimento de sua individualidade.

A luta ganhou grande reforço com a assinatura pelo Brasil da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, elaborados pela Organização das Nações Unidas (ONU), referendados

pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008, e promulgados pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009.

Tal Convenção, por disposição expressa do artigo 5º, §§2º e 3º da Constituição da República², é equivalente a emenda constitucional, sendo a primeira e, por enquanto, única norma internacional a ganhar tal *status*, por ter objeto previsto no §2º, *in fine*, e ter sido ratificada nos moldes exigidos pelo §3º, ambos suprarreferidos.

Mesmo antes da internalização da Convenção da ONU, a Carta Magna brasileira já havia avançado no tema desde sua promulgação, aperfeiçoando o sistema de inclusão, trazendo em seu corpo, esparsamente, normas de proteção, garantias, preferências e diretivas de integração da pessoa com deficiência.

Como exemplos, temos o inciso XXXI do art. 5º, que proíbe a discriminação quanto ao salário e aos critérios de admissão do trabalhador deficiente, e o inciso VIII do art. 37, que determina reserva de vagas no serviço público aos deficientes. E as conquistas assomam-se com o passar do tempo, a exemplo da promulgação da emenda constitucional nº 94/2016, que, alterando a redação do §2º do art. 100, estendeu a preferência no pagamento de precatórios aos portadores de deficiência.

Percebe-se, portanto, que foi criada uma rede inclusiva e integrativa dos deficientes ao corpo social, em contraposição à visão exclusivista até então existentes.

A legislação infraconstitucional trilhou o mesmo caminho, provocando mudança de enfoque radical: a visão anterior era a de que cabia ao deficiente se adaptar à cidade; agora, deixa-se claro que quem está errada não é a pessoa deficiente, e sim a arquitetura urbana alheia à acessibilidade.

2 A Lei nº 13.146/2015³ e a capacidade civil

O Código Civil (Lei nº 10.406/2002), logo em seu artigo 1º, deixa claro que “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.”.

² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 1º/2/2017.

³ BRASIL. **Lei nº 13.146, de 06 de Julho de 2015**. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em: 10/2/2017.

Trata-se da capacidade de direito, inerente à pessoa, em contraposição à capacidade de fato, esta disciplinada nos artigos 3º e seguintes do mesmo diploma legal.

Sílvio de Salvo Venosa ensina que

Todo ser humano é pessoa na acepção jurídica. A capacidade jurídica, aquela delineada no art. 1º do vigente diploma, todos a possuem. Trata-se da denominada *capacidade de direito*. Todo ser humano é sujeito de direitos, portanto, podendo agir pessoalmente ou por meio de outra pessoa que o represente. Nem todos os homens, porém, são detentores da *capacidade de fato*. Essa assim chamada capacidade de fato ou de *exercício* é a aptidão para *pessoalmente* o indivíduo adquirir direitos e contrair obrigações. Sob esse aspecto entram em conta diversos fatores referentes à *idade* e ao *estado de saúde* da pessoa.⁴

Já Marlon Tomazette e Rogério Andrade Cavalcanti Araújo defendem que a capacidade de fato

enquanto exercício de fato dos atos da vida civil, pressupõe historicamente a existência de consciência e vontade, ligados a determinados fatores objetivos (idade e estado de saúde). A idade reduzida ou a falta do necessário discernimento, a princípio, conduzem à incapacidade civil que poderá ser absoluta ou relativa.⁵

A parte final do *citatum* decorria da redação original dos artigos 3º e 4º, que era a seguinte:

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I - os menores de dezesseis anos;

II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;

III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;

III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;

O artigo 114 da Lei nº 13.146/2015 alterou drasticamente os artigos supra, os quais passaram a prever:

⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. Parte Geral. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 139.

⁵ TOMAZETTE, Marlon; ARAÚJO, Rogério Andrade Cavalcanti. **Crítica à nova sistemática da incapacidade de fato segundo a Lei 13.146/15 - Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/42271/critica-a-nova-sistemática-da-incapacidade-de-fato-segundo-a-lei-13-146-15>>. Acesso em: 3/2/2017.

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;

III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;

IV - os pródigos.

Como visto, restaram como absolutamente incapazes apenas os menores de dezesseis anos. As demais incapacidades antes absolutas ou foram expurgadas do código, ou transformadas em incapacidades relativas.

Talvez tenha sido essa a medida mais polêmica trazida pelo Estatuto, já que não se fez distinção alguma entre os tipos de deficiência para considerar todos, no mínimo, relativamente capazes.

Como era de se esperar num tema tão complexo, a lei vem sendo considerada avanço por alguns juristas, que enxergam nela um sistema normativo inclusivo e condizente com o princípio da dignidade humana, e retrocesso por outros, por deixar desprotegidos justamente quem deveria ser amparado, em afronta ao mesmo princípio da dignidade humana.

Assombrados pela histórica associação entre deficiência e incapacidade, agora alguns deficientes deparam-se com o problema da aquisição da capacidade jurídica, mesmo sem condições de exercer a capacidade de fato.

A celeuma maior diz respeito às pessoas que não conseguem expressar sua vontade, entre elas os deficientes mentais graves, as quais foram alçadas à condição de relativamente capazes.

Pablo Stolze, mesmo considerando grande avanço a chegada ao mundo jurídico da norma, entende que o legislador se excedeu nesse ponto:

Não convence tratar essas pessoas, sujeitas a uma causa temporária ou permanente impeditiva da manifestação da vontade (como aquele que esteja em estado de coma) no rol dos relativamente incapazes. Se não podem exprimir vontade alguma, a incapacidade não poderia ser considerada meramente relativa. A impressão que temos é a de que o legislador não soube onde situar a norma. Melhor seria, caso não optasse por inseri-lo no artigo anterior, consagrar-lhe dispositivo legal autônomo.⁶

⁶ STOLZE, Pablo. Estatuto da Pessoa com Deficiência e sistema de incapacidade civil. **Revista Jus Navigandi**. Ano 20, n. 4411, 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/41381>>. Acesso em: 8/2/2017.

Lembre-se que, conforme aponta Gustavo Filipe Barbosa Garcia, “na incapacidade relativa, permite-se a prática de atos jurídicos, desde que o relativamente incapaz seja assistido por pessoa plenamente capaz (pais, tutor ou curador).”⁷ Porém soa estranho falar-se em assistência, já que esta pressupõe conjugação de vontades, algo impensável para quem não consegue expressar seu desidério.

Evidentemente, as consequências advindas do novo sistema de capacidades civis estão longe de serem vislumbradas em seu conjunto, mesmo porque a radical alteração é recentíssima.

A doutrina ainda patina ao tentar compatibilizar o novo regime e a realidade fática, e a jurisprudência conta com poucos casos abordando o tema. As dúvidas pululam, e somente o tempo vai indicar soluções para diversas questões.

Deve-se, entretanto, levar em conta que os prós e contras de tal situação foram sopesados pelo legislativo ao elaborar, discutir e aprovar a norma. A intenção parece ser clara no sentido de evitar deixar ao alvitre da parentela e do judiciário os rumos da vida do deficiente, relegando sua vontade a um plano secundário. O histórico do uso dos ditos institutos protetivos da pessoa com deficiência mostra abusos de toda sorte sendo cometidos contra quem tais medidas deveriam proteger.

Aline Maria Gomes da Costa Massoni e Eric Scapim Cunha Brandão apontam nesse sentido:

Entretanto, uma coisa nos parece ser certa a respeito do tema da teoria das incapacidades e da curatela: não mais subsiste a interdição total do curatelado ou interditando, como antigamente o era. Determinava-se a interdição total de forma genérica e sem quaisquer especificações, independentemente do grau de comprometimento psíquico do sujeito.⁸

Certo é que alguns temores apontados pelos juristas têm solução razoavelmente simples. Não se imagina, por exemplo, o judiciário fechando os olhos para negócios jurídicos celebrados com claro aproveitamento doloso de uma das

⁷ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Lei brasileira de inclusão e modificações na Capacidade jurídica da pessoa com deficiência.** Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/87542/2015_garcia_gustavo_lei_brasileira.pdf?sequence=1>. Acesso em 5/2/2017.

⁸ MASSONI, Aline Maria Gomes da Costa; BRANDÃO, Eric Scapim Cunha. **As alterações promovidas pela Lei nº 13.146/2015 (Estatuto da pessoa com deficiência) na teoria das incapacidades e seus consectários.** p. 18. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/3543964/artigo-interdicao.pdf>>. Acesso em: 5/3/2017.

partes em prejuízo de outra, em decorrência de limitações intelectuais. Os princípios gerais do direito não foram revogados pelo Estatuto.

3 Direitos políticos do deficiente frente à nova sistemática legal relativa à capacidade civil

Diante de tão profundas alterações promovidas pela Lei Brasileira de Inclusão, a esfera cível-eleitoral não poderia passar imune, tendo sido diretamente impactada, especialmente na área dos direitos políticos.

E mais especificamente no campo dos direitos políticos da pessoa com deficiência, a situação, antes pacificada, ganhou novos contornos com a entrada em vigor da Lei nº 13.146/2015, a qual, como visto, mudou por completo o instituto da capacidade civil.

Denominam-se direitos políticos, ou direitos cívicos, na visão de José Jairo Gomes, “as prerrogativas e os deveres inerentes à cidadania. Englobam o direito de participar direta ou indiretamente do governo, da organização e do funcionamento do Estado.”⁹

Dada a importância de tais direitos, o regime constitucional, na parte que interessa a este trabalho, somente suspende o exercício dos direitos políticos dos absolutamente incapazes (art. 15, II). Os relativamente incapazes podem exercê-los plenamente, desde que, quanto aos direitos políticos passivos, cumpram os demais requisitos constitucionais e legais aplicáveis ao caso.

Em consequência, a plenitude da participação política deve ser a regra, e a negação ou restrição dos direitos políticos, a exceção.

É de se notar que a Constituição não esmiúça a questão da incapacidade civil absoluta (e nem seria de bom alvitre que o fizesse), restando à legislação infraconstitucional fazê-lo.

Na Carta Magna estão insculpidos apenas os contornos fundamentais dos direitos políticos, isso nos artigos 14 e seguintes. Veja-se a previsão dos §§1º e 3º do mencionado artigo 14:

Art. 14. (...)

§1º O alistamento eleitoral e o voto são:

⁹ GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 9. Ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 4.

- I - obrigatórios para os maiores de dezoito anos;
 - II - facultativos para:
 - a) os analfabetos;
 - b) os maiores de setenta anos;
- §3º São condições de elegibilidade, na forma da lei:
- II - o pleno exercício dos direitos políticos;

Correlacionando o artigo acima transcrito com as delineações atinentes à capacidade civil antes apresentadas conclui-se que, afastada a incapacidade absoluta dos deficientes em geral, restou para eles a obrigatoriedade de alistamento e voto, caso alfabetizados e com idade entre dezoito e sessenta e nove anos.

Ainda, eliminou-se a barreira da suspensão dos direitos políticos para eventuais candidaturas, para os que antes tinham-nos tolhidos em decorrência do antigo sistema de (in)capacidades.

Para corroborar tal entendimento, o art. 76 do Estatuto da Pessoa com Deficiência prevê:

Art. 76. O poder público deve garantir à pessoa com deficiência todos os direitos políticos e a oportunidade de exercê-los em igualdade de condições com as demais pessoas.

§1º À pessoa com deficiência será assegurado o direito de votar e de ser votada, inclusive por meio das seguintes ações:

II - incentivo à pessoa com deficiência a candidatar-se e a desempenhar quaisquer funções públicas em todos os níveis de governo, inclusive por meio do uso de novas tecnologias assistivas, quando apropriado;

IV - garantia do livre exercício do direito ao voto e, para tanto, sempre que necessário e a seu pedido, permissão para que a pessoa com deficiência seja auxiliada na votação por pessoa de sua escolha.

Tal artigo prevê ainda a adequação dos espaços e meios de votação para que sejam acessíveis a todas as pessoas, tendo derivado diretamente do art. 29, a), iii., da multicitada Convenção da ONU, abaixo transcrito:

Artigo 29 - Os Estados-Partes garantirão às pessoas com deficiência direitos políticos e oportunidade de exercê-los em condições de igualdade com as demais pessoas, e deverão:

a) assegurar que as pessoas com deficiência possam participar efetiva e plenamente na vida política e pública, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, diretamente ou por meio de representantes livremente escolhidos, incluindo o direito e a oportunidade de votarem e serem votadas, mediante, entre outros:

iii. garantia da livre expressão de vontade das pessoas com deficiência como eleitores e, para tanto, sempre que necessário e a

seu pedido, permissão para que elas sejam auxiliadas na votação por uma pessoa de sua escolha;¹⁰

Importante salientar que o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) já prevê em suas resoluções que disciplinam os atos preparatórios para as eleições, desde o ano de 2004, a possibilidade de o eleitor deficiente contar com o auxílio de pessoa de sua confiança para o exercício do voto, podendo essa pessoa acompanhá-lo na cabine de votação, e inclusive digitar os números dos candidatos da preferência do deficiente na urna eletrônica.

A medida parece ter tido sua gênese numa interpretação ampliada do art. 150 do Código Eleitoral, que disciplina o voto dos eleitores com deficiência visual.

Até 2002, as resoluções que tratavam dos atos preparatórios limitavam-se a disciplinar o voto dos cegos, conforme previa o Código Eleitoral, e dos deficientes que votassem em seções especiais. Quanto a estes, previa a Resolução TSE nº 20.997/2002, em seu art. 49, *caput*:

Art. 49. Os eleitores portadores de deficiência que votarem em seções eleitorais apropriadas poderão utilizar os meios e recursos postos à sua disposição pela Justiça Eleitoral para facilitar o exercício do voto.

Para as eleições de 2004, foi aprovada a inovadora Resolução TSE nº 21.633/2004, a qual dispunha, em seu art. 57:

Art. 57. Os eleitores com necessidades especiais que votarem em seções eleitorais apropriadas poderão utilizar os meios e recursos postos à sua disposição pela Justiça Eleitoral para facilitar o exercício do voto.

Parágrafo único. Os eleitores com necessidades especiais poderão contar com ajuda de pessoa de sua confiança para o exercício do voto.

Provocado para se manifestar sobre o alcance da norma, especialmente acerca do Parágrafo único, tendo em vista a evidente quebra do sigilo do voto, o Tribunal aprovou a Resolução nº 21.819/2004, que, afastando a possibilidade de anulação da votação em decorrência de tal quebra de sigilo, em nome do princípio constitucional da igualdade, estabeleceu os parâmetros para a ajuda ao eleitor:

¹⁰ BRASIL. Decreto nº 6.949, de 25/8/2009 - Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 2/2/2017.

- o eleitor com necessidades especiais poderá, para votar, contar com o auxílio necessário, ainda que não o tenha requerido antecipadamente ao juiz eleitoral e/ou ainda que não esteja inscrito em seção eleitoral especial;
- o presidente de mesa de seção eleitoral, verificando ser imprescindível que eleitor com necessidades especiais conte com o auxílio de pessoa de sua confiança para exercer o direito de voto, estará autorizado a permitir o ingresso dessa segunda pessoa, junto com o eleitor, na cabine eleitoral, sendo que ela poderá, inclusive, digitar os números na urna eletrônica;
- a pessoa que ajudará o eleitor com necessidades especiais não poderá estar a serviço da Justiça Eleitoral, de partido político ou de candidato.¹¹

Tais parâmetros passaram a constar expressamente já na resolução dos atos preparatórios das eleições seguintes, em 2006, e, com pequenas mudanças, chegou-se à redação da Resolução TSE nº 23.456/2015, a qual foi aplicada nas eleições de 2016:

Art. 50. O eleitor com deficiência ou mobilidade reduzida, ao votar, poderá ser auxiliado por pessoa de sua confiança, ainda que não o tenha requerido antecipadamente ao Juiz Eleitoral ([Lei nº 13.146/2015, art. 76, § 1º, inciso IV](#)).

§1º O presidente da Mesa Receptora de Votos, verificando ser imprescindível que o eleitor com deficiência ou mobilidade reduzida seja auxiliado por pessoa de sua confiança para votar, autorizará o ingresso dessa segunda pessoa com o eleitor, na cabina, podendo esta digitar os números na urna.

§2º A pessoa que auxiliará o eleitor com deficiência ou mobilidade reduzida não poderá estar a serviço da Justiça Eleitoral, de partido político ou de coligação.

§3º A assistência de outra pessoa ao eleitor com deficiência ou mobilidade reduzida de que trata este artigo deverá ser consignada em ata.

Vê-se portanto que a redação já encontra-se adequada aos termos definidos na Convenção da ONU e no Estatuto da Pessoa com Deficiência, inclusive excluindo-se a menção a seções especiais exclusivas para deficientes, cuja criação foi vedada pela nova lei.

3.1 Os direitos políticos dos curatelados

¹¹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução nº 21.819/2004**. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/legislacao-tse/res/2004/PO-RES218192004%20RJTSE.pdf>>. Acesso em: 15/2/2017.

Ainda no campo dos direitos políticos, necessário tecer alguns comentários acerca da curatela, outro instituto do direito civil profundamente modificado pela Lei nº 13.146/2015, o que também trouxe reflexos para o direito eleitoral.

Com efeito, o artigo 1.767 do Código Civil, o qual elenca as pessoas sujeitas a curatela, foi alterado, restringindo-se as hipóteses de aplicação do instituto. Em sua nova redação, referido artigo passou a dispor:

Art. 1.767. Estão sujeitos a curatela:
I - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;
II - (Revogado);
III - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;
IV - (Revogado);
V - os pródigos.

Além disso, as causas e os efeitos da curatela também sofreram grande restrição pela Lei nº 13.146/2015. Antes regra para toda sorte de limitações que afligem o ser humano, passou a ser medida extraordinária (art. 84, §§1º e 3º). Antes de efeito amplo, agora restrita aos atos relacionados a direitos negociais e patrimoniais (art. 85, *caput*).

No que atinge diretamente o direito eleitoral, o legislador fez constar expressamente o direito de voto do curatelado no Estatuto:

Art. 85. (...)
§1º A definição da curatela não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto.

Numa interpretação sistêmica ampliativa, pode-se defender que, mesmo sob curatela, a pessoa pode, em verdade, manter todos os seus direitos políticos.

Isso porque, no processo de definição dos termos da curatela, o juiz, apoiado por equipe multidisciplinar (art. 1.771 do Código Civil), a qual avaliará o deficiente biopsicossocialmente (art. 2º, §1º da Lei nº 13.146/2015), definirá os limites daquela, segundo as potencialidades da pessoa (art. 1.772 do Código Civil).

Ora, ainda que de difícil ocorrência na prática, o curatelado não está, *a priori*, impedido de se candidatar, caso preencha os requisitos de elegibilidade, não incida em causa de inelegibilidade e se atente às condições de registrabilidade.

Marcelo Roseno não entende assim, defendendo que o curatelado não mantém o *jus honorum*, tratando-se, *in casu*, de silêncio eloquente da lei quando indica que a curatela não atinge somente o direito de votar:

Já no que pertine ao direito de ser votado, considerando que a previsão do art. 85, §1º, do EPD (BRASIL, 2015a) ressaltou apenas o direito ao voto, é necessário reconhecer que as pessoas postas em regime de curatela, ainda que possam exercer a capacidade eleitoral ativa, terão interdita a capacidade eleitoral passiva. Nesse ponto, a opção do legislador foi no sentido de restringir o acesso aos mandatos eletivos às pessoas curateladas, inadmitindo que possam vir a se candidatar.¹²

Porém, o autor não indica qual seria o fundamento jurídico para o indeferimento de eventual requerimento de registro de candidatura de pessoa submetida ao regime restritivo ora em comento.

É de bom alvitre reforçar que a Convenção da ONU foi incluída no arcabouço legal pátrio com *status* de emenda constitucional. Resta imperioso concluir, portanto, que a garantia da ampla participação política do deficiente, tanto ativa quanto passiva, está constitucionalizada, o que vincula todo o sistema jurídico nacional.

3.2 Os direitos políticos das pessoas incapacitadas de exprimir sua vontade

Com base em todo o exposto anteriormente, cabe agora refletir sobre as consequências, também na seara dos direitos políticos, da alteração da capacidade civil das pessoas incapacitadas de exprimir sua vontade, de maneira mais específica.

Como visto, no sistema das capacidades civis anterior, tais pessoas eram consideradas absolutamente incapazes, sendo nomeado um curador para cuidar de seus interesses. O curador tinha poderes quase absolutos sobre todos os aspectos da vida do curatelado. Tal remédio, usado de maneira abusiva, sofreu profundas mudanças, conforme já mencionado.

Agora alçadas à condição de relativamente capazes, e ainda sujeitas à curatela, surgem questionamentos acerca das consequências jurídicas da decisão do legislador. Reitere-se que a curatela, por expressa disposição do art.85, §1º, *in fine*, acima transcrito, não implica restrição ao direito de voto, e, conforme defendido alhures, nem ao *jus honorum*, desde que, evidentemente, cumpridos os demais requisitos legais aplicáveis.

¹² ROSENO, Marcelo. Estatuto da Pessoa com Deficiência e exercício de direitos políticos: elementos para uma abordagem garantista. **Revista Jurídica da Presidência**. Brasília v. 18 n. 116 Out. 2016./Jan. 2017. p. 572. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/issue/viewIssue/127/138>>. Acesso em: 10/3/2017.

Dessarte, cabe perquirir se neste ponto o legislador não foi longe demais, no afã de incluir os deficientes no corpo social, e no intuito de afastar a histórica estigmatização que acompanha as pessoas com tais limitações. Migrou-se de um extremo a outro em poucas décadas: se antes, como já aduzido, os deficientes eram considerados todos incapazes, qualquer que fosse sua deficiência, agora todos são capazes, ainda que alguns relativamente, também indistintamente.

Pode-se, com tal mudança, ter criado situações que terão o efeito contrário do pretendido pela lei, em alguns casos. Isso porque a incapacidade relativa carrega consigo, junto com a ampliação dos direitos, uma série de obrigações para as quais as pessoas incapacitadas de externar sua vontade talvez não estejam preparadas.

Por exemplo, como aponta Karolyne Alencar Carneiro, a alteração quanto à capacidade civil dos deficientes mentais

é interessante aos portadores de transtornos leves, controlados com o uso de fármacos ou tratamentos psicológicos que minimizam os efeitos da enfermidade, haja vista que permite a sua inserção na vida em sociedade. Contudo, aos enfermos crônicos, que vivem fora da realidade, pode ser compreendido até mesmo como um retrocesso, por obrigar a inseri-los no mundo burocrático das instituições bancárias, repartições públicas, etc.¹³

Essa inserção no mundo burocrático já era realidade antes do Estatuto, porém, mitigada pelos amplos poderes do curador da pessoa. Agora, em princípio, a presença física da pessoa poderá ser mais requerida.

Como exemplo, cite-se a atual diretriz do TSE no sentido da coleta de dados biométricos de todos os eleitores do país.

Antes, com base na Resolução TSE nº 21.920/2004¹⁴, de posse de certos documentos, o curador conseguia obter junto aos cartórios eleitorais a denominada certidão de quitação eleitoral com prazo indeterminado, ou a certidão de inexistência de alistamento eleitoral e desobrigação quanto a este. Tais documentos são exigidos por alguns órgãos governamentais, tais como o Instituto Nacional da Seguridade Social (INSS) e a Receita Federal do Brasil para que a pessoa consiga acesso a

¹³ CARNEIRO, Karolyne Alencar. **Principais alterações do Estatuto da Pessoa com Deficiência no âmbito do Direito Civil**, 2015. Disponível em: <http://www.profareisguida.com.br/2016/07/principais-alteracoes-do-estatuto-da_19.html>. Acesso em: 3/2/2017.

¹⁴ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução nº 21.920/2004**. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/normas-editadas-pelo-tse/resolucao-nb0-21.920-de-19-de-setembro-de-2004-vitoria-2013-es>>. Acesso em: 15/2/2017.

certos direitos, como o benefício de prestação continuada, e realizar cadastramentos para acesso a documentos, como o Cadastro de Pessoas Físicas (CPF).

Agora, paira a dúvida se a pessoa terá de comparecer pessoalmente para conseguir os documentos, exigência essa descabida para alguns casos.

E mais: se a pessoa estiver incapacitada de se locomover, ou até de ser conduzida ao cartório eleitoral para realizar a coleta de dados biométricos, não terá acesso ao alistamento eleitoral, caso ainda não seja eleitora, ou terá sua inscrição cancelada por não comparecimento à revisão do eleitorado, caso já seja.

Até o momento, o TSE não tem uma solução tecnológica para atendimento em domicílio, o que, ademais, elevaria sobremaneira os custos das operações, por envolver um grande contingente de pessoas na situação descrita, e em todo o território nacional.

É bem verdade que a Resolução TSE nº 21.920/2004, acima referida, isenta de sanções relativas ao alistamento e ao exercício do voto as pessoas com deficiência tal que torne impossível ou demasiadamente oneroso para si o cumprimento das obrigações eleitorais. Porém, como apontado, com a obrigação do comparecimento às revisões do eleitorado para cadastramento biométrico, que atingirão todo o eleitorado nacional mais dia menos dia, as inscrições eleitorais das pessoas albergadas pela norma indicada serão canceladas em caso de não comparecimento.

Não se trata aqui de defender que tudo continue como sempre foi, mas encontrar um ponto de equilíbrio, uma conformação interpretativa da norma que atenda, antes de tudo, o fim colimado pela Lei Brasileira de Inclusão.

Vislumbra-se certa dificuldade em coadunar os objetivos do Estatuto e a proteção dos interesses de pessoas que, em virtude de sua condição de saúde mental e/ou física, estão impedidas de expressar seu querer. E como a lei é recente, não se tem ideia dos caminhos que a jurisprudência tomará.

Como diretriz geral que é, a Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência não traz muita luz ao tema. As disposições de seu artigo 29, o qual trata da participação dos deficientes na vida política e pública, já transcrito no item 3 acima, foram incluídas com redação similar no artigo 76 da Lei 13.146/2015, também já reproduzido.

Porém, vê-se que o artigo 76, em seu inciso IV, não utilizou o termo “livre expressão da vontade” contido no artigo 29, iii., da Convenção, trazendo em seu bojo a “garantia do livre exercício do direito ao voto”.

Ainda assim, portanto, utilizou termos que remetem à liberdade de escolha.

Mas a pessoa que não consegue exprimir sua vontade tem liberdade de escolha?

O léxico “vontade” tem várias acepções, e deriva do latim *voluntas*¹⁵. É o desejo interior, formado segundo complexas circunstâncias biopsicossociais.

Vontade é unipessoal, íntima. Em princípio, todo ser humano é dotado de vontade, amplamente considerada e em diversos graus, ainda que instintiva ou fisiológica (vontade de comer, beber, procriar, defender-se).

Deixando de lado esse aspecto volitivo instintivo, que aliás toca a todo ser vivo, utilizar-se-á no presente trabalho uma dessas várias acepções para o termo vontade: capacidade de escolher/decidir entre mais de uma alternativa.

Esclareça-se que tal escolha não é aleatória, já que um dos fins basilares do direito eleitoral é a eleição, palavra que também remete a escolha entre alternativas possíveis.

A pessoa acometida de doença mental e/ou física impeditiva de emitir sinais comunicativos, sejam sonoros, táteis ou gestuais, não perde, *a priori*, sua vontade íntima, somente estando incapacitada, temporária ou permanentemente, de expressá-la.

Há, por evidente, casos em que se pode colocar em dúvida a existência de uma vontade não instintiva ou não fisiológica, como na morte encefálica, na paralisia cerebral grave e situações afins. Porém, dado o incipiente estágio do conhecimento científico quanto ao funcionamento do cérebro humano, não se pode dar como certa tal questão.

Considerando então que, levado a participar da vida política, o cidadão deve ter liberdade de escolha segundo sua *voluntas*, chega-se, no caso da pessoa sem condições de exprimir sua vontade, a um evidente paradoxo: como aferir a liberdade de sua opção, se não consegue exteriorizá-la?

¹⁵ GLOSBE. Dicionário Multilíngue on line. Disponível em <https://pt.glosbe.com/la/pt/voluntas>. Acesso em 25/04/2017.

Assim, resta imperioso concluir que, inexistindo manifestação pessoal no mundo fático, qualquer que seja a forma dessa manifestação, vontade não há, ao menos para produção de efeitos jurídicos, não se podendo falar também em liberdade de opção.

A curatela é ainda a saída legal nos casos examinados. Porém, como já apontado, com a vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência, os poderes do curador foram sensivelmente diminuídos, restringindo-se aos aspectos patrimoniais e negociais, conforme previsão expressa do *caput* do artigo 85 da Lei nº 13.146/2015. Nesses casos, a vontade da pessoa impedida de se manifestar é substituída pela do curador, que em seu nome atuará.

Note-se que a substituição da vontade de uma pessoa por outra nada mais é que uma ficção jurídica, necessária para os negócios e para a segurança dos envolvidos, e deve ser sempre medida extraordinária, e sempre em favor da pessoa cuja *voluntas* se quer suprir.

Isso porque, como dito, a vontade é unipessoal, única para cada ser humano. Na realidade fenomenológica, é impossível substituí-la, já que não se pode conhecer verdadeiramente a vontade íntima de outro ser se este não a manifesta.

Surge, então, o problema relativo ao direito de votar e ser votado dos incapacitados de exprimir sua vontade previsto no artigo 76 da Lei nº 13.146/2015.

Lê-se no parecer do relator do projeto de lei no Senado que na redação original do §1º do artigo 76 constava o direito ao sufrágio. O relator analisa que a troca de tal expressão pela que foi ao final aprovada, “o direito de votar e de ser votada”, foi benéfica, talvez por desconhecer o alcance teórico do vocábulo substituído. Em verdade, acabou-se por restringir o alcance da norma, deixando margem para discussão.

Isso porque, como denota José Jairo Gomes, sufrágio e voto não se confundem. “Enquanto o sufrágio é um direito, o voto representa seu exercício. Em outras palavras, o voto é a concretização do sufrágio.”¹⁶

O que importa para o presente trabalho é que foi resguardado o direito de participação política dos deficientes, de maneira indistinta. Eventuais restrições infundadas à referida participação poderão ser afastadas por meio de interpretação sistêmica e teleológica da norma.

¹⁶ GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 9. Ed. São Paulo: Atlas, 2013 p. 50.

3.2.1 Implicações do direito de votar dos incapacitados de exprimir sua vontade nos princípios atinentes ao sufrágio e ao voto

O Parágrafo único do artigo 1º da Constituição da República dispõe, *verbis*:

Art. 1º (...)

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Então, cada pessoa constituinte do “povo” é detentor de uma parcela de poder, exercendo-o direta ou indiretamente. Para expropriá-lo dessa nesga de influência na esfera pública, há de ser nos termos da Constituição.

Ocorre que o sistema constitucional brasileiro adotou certos princípios relativos ao sufrágio e ao voto, e alguns deles, ao menos aparentemente, colidem com a garantia de participação política das pessoas incapazes de manifestar sua vontade trazida pela Lei Brasileira de Inclusão.

Alguns dos princípios estão insculpidos no artigo 14 da Carta Magna:

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: (...)

Eles são tão importantes e basilares do estado democrático de direito que configuram cláusulas pétreas, conforme previsto no art. 60, §4º, II, da lei máxima:

Art. 60. (...)

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

Além desses, pode-se também extrair outros, seja do próprio texto constitucional, da legislação ou da doutrina, tais como o da liberdade e o da obrigatoriedade.

Ressalte-se que princípios, ainda que elevados à categoria de cláusulas pétreas, não são intocáveis ou absolutos. Ainda mais quando, como comumente ocorre nos casos concretos, há que se afastar ou mitigar a aplicação de um deles em nome de outro mais importante para uma situação específica.

O princípio da periodicidade refoge ao objetivo do presente artigo. Limita-se então a lembrar que ele é fundamento da República, pois possibilita a alternância no poder das várias vertentes políticas existentes no país. Contrapõe-se a regimes

cujos mandatos não têm origem numa eleição (autêntica e não pró-forma, frise-se), como as monarquias, as teocracias e as ditaduras.

Inicia-se, pois, análise mais detida dos dois primeiros princípios atinentes ao voto constantes do artigo supratranscrito, quais sejam, direto e secreto, por encerrarem conceitos de entendimento relativamente fácil, e não terem sido impactados pela Lei Brasileira de Inclusão de maneira inédita.

Basicamente, voto direto significa que o eleitor não tem intermediários entre ele e o candidato. Não existem as figuras do eleitor de primeiro e de segundo graus. O sistema de voto indireto já existiu no Brasil, tendo sido abandonado há muito tempo.

Atualmente, além de direto, o voto em nosso país é uninominal, ou seja, o eleitor vota na pessoa do candidato, sem embargo de poder votar, nas eleições proporcionais, na legenda partidária.

Frederico Franco Alvim defende ainda que

do voto direto extrai-se, também, um imperativo de *personalidade* ou *intransferibilidade*, a determinar que o voto seja aposto pessoalmente, proibindo-se que se o faça por interposta pessoa, ainda que munida de procuração. Somente assim se garante que o voto emitido corresponda à real vontade do eleitor.¹⁷

Já o voto secreto ou sigiloso, por óbvio, é aquele voto que não é conhecido senão por quem o profere, em contraposição ao voto ostensivo, declarado. Está umbilicalmente ligado ao princípio da liberdade, cuja ideia central é que o eleitor, no momento do voto, faça sua escolha livre de qualquer pressão externa, somente dando ouvidos à sua própria consciência.

Tão séria é a questão que a legislação eleitoral penaliza criminalmente quem viola ou tenta violar o sigilo do voto¹⁸, e ainda, sob certas circunstâncias, imputa nulidade à votação realizada sem a observação do princípio em tela, conforme previsto no artigo 220 do Código Eleitoral, *verbis*:

Art. 220. É nula a votação:
IV - quando preterida formalidade essencial do sigilo dos sufrágios.

Tal crime pode ser praticado inclusive pelo próprio eleitor, já que a autorização para que ele fizesse prova do voto depositado na urna acarretaria

¹⁷ ALVIM, Frederico Franco. **Curso de Direito Eleitoral**. Curitiba: Uruá, 2014. p. 126.

¹⁸ Ver artigo 312 do Código Eleitoral.

consequências gravosas para a lisura do pleito, ainda que existam julgados no sentido da atipicidade da conduta¹⁹.

Porém, conforme já apontado no presente trabalho, os princípios ora em debate, além de outros, já foram relativizados há algum tempo pelo TSE, antes mesmo da entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Tais mitigações na rigidez dos ditos princípios encontram fundamento, entre outras normas, no artigo 219 do Código Eleitoral, o qual determina que, na aplicação da lei eleitoral o juiz atenderá sempre aos fins e resultados a que ela se dirige, abstendo-se de pronunciar nulidades sem demonstração de prejuízo.

Sobre tal norma, Rodrigo López Zílio aponta que “se houver a inobservância da forma processual, mas sem a configuração do prejuízo e com o atingimento do fim preconizado na norma, não há lugar para o reconhecimento da nulidade.”²⁰.

Do mesmo artigo, conforme aponta Frederico Franco Alvim, extrai-se ainda o princípio do máximo aproveitamento do voto²¹, atinente ao Direito Eleitoral amplamente considerado, o qual é dirigido aos julgadores, no sentido de evitar decretações de nulidades de maneira excessiva e draconiana.

Além disso, como já discorrido, desde as eleições de 2004 é permitido o auxílio de terceira pessoa na digitação do número do candidato de preferência do eleitor deficiente na urna eletrônica, passando pelo crivo do presidente da seção eleitoral a solicitação, o qual deve considerar ser imprescindível tal procedimento.

Aparentemente, ao usar a vaga expressão “sempre que necessário”, o artigo 76, §1º, IV, do Estatuto manteve o poder de decisão nas mãos do presidente da seção eleitoral previsto nas resoluções do TSE, o que pode, tendo em vista esse caráter discricionário, levar a decisões diferentes para casos idênticos.

O ideal seria que o deficiente pudesse ser auxiliado mediante simples manifestação nesse sentido, pois é ele quem melhor entende suas limitações. Mas tal procedimento alargaria a possibilidade de fraudes e coações, podendo gerar uma leva de pretensos incapacitados de votar sem auxílio, quebrando de maneira desmedida o sigilo do voto. Além disso, eventual inconformismo ante a negativa do

¹⁹ Cf. Acórdão em Recurso Criminal nº 25507 - TRE/MT – Rel. Paulo César Alves Sodré. Publicado no DEJE nº 2187 de 22/7/2016, p. 5. Disponível em <<http://www.tre-mt.jus.br/servicos-judiciais/dje>>. Acesso em 15/2/2017.

²⁰ ZÍLIO, Rodrigo López. **Direito Eleitoral**. 4. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2014. p. 54.

²¹ ALVIM, Frederico Franco. **Curso de Direito Eleitoral**. Curitiba: Uruá, 2014. p. 48 e 49.

presidente da seção eleitoral em permitir o auxílio, cabe sempre apelo ao juiz eleitoral, única autoridade superior ao dito mesário.

De qualquer forma, essa permissão, ainda que excepcional, quebra a rigidez do sigilo do voto de maneira mais óbvia, mas também acaba por relativizar, ainda que num grau mínimo, o mandamento constitucional do voto direto, pessoal, imediato, já que não é o eleitor que digita os números na urna eletrônica, e sim seu auxiliar, mas o voto é digitado na sua presença, e, ao menos em princípio, segundo sua vontade.

Consequentemente, seria desarrazoado e contraditório cogitar-se declarar nula votação em que determinado eleitor deficiente tenha sido auxiliado na digitação por interposta pessoa, afrontando o sigilo e a pessoalidade do voto, mas de acordo com o permissivo acima indicado.

Sacrificam-se então os princípios do voto direto e secreto em nome de outro, o da universalidade do sufrágio, no intuito de propiciar a máxima participação possível nas eleições.

Quanto a este último princípio, retoma-se a ideia do artigo 1º, Parágrafo único da Constituição, acima transcrito. Apesar de o ideal ser a participação de toda a comunidade nacional nas decisões que a afetam, todos os países adotam restrições quanto a essa participação, por meio de critérios etários, econômicos, intelectuais, de gênero, de nacionalidade, entre outros.

Portanto, o vocábulo “povo”, referido na Constituição como ente detentor de todo o poder, não se refere a todos os habitantes do país, “mas só aos nacionais que preencham determinados requisitos expressos na Constituição”²² e não está adstrito a quem aqui resida, em vista da possibilidade dos residentes no exterior votarem nas eleições presidenciais previsto no artigo 225 do Código Eleitoral.

José Jairo Gomes denuncia ainda a imprecisão do referido termo, que tem servido a manipulações ideológicas no decorrer da história:

No chamado “século de Péricles” (século V a.C.), em que Atenas conheceu o esplendor de sua democracia, o povo não chegava a 10% da população (...). Para os revolucionários franceses de 1789, o povo não incluía o rei, nem a nobreza, tampouco o clero, mas apenas os integrantes do Terceiro Estado (...). Na ótica comunista (marxista), o povo restringe-se à classe operária (...).²³

²² GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 9. Ed. São Paulo: Atlas, 2013 p.4.

²³ GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 9. Ed. São Paulo: Atlas, 2013 p. 4.

Nas democracias modernas, espalhou-se a certeza de que as restrições ao pertencimento à parcela ativa na tomada de decisões (o povo) devem ser adotadas com muito critério, e devem ser sempre interpretadas restritivamente, sob pena de se afastar indevidamente do corpo eleitoral pessoas cuja vontade deve ser ouvida. Frederico Franco Alvim, citando Carlos S. Fayt, destaca que

O sufrágio deve ser visto como um direito, e não como um privilégio outorgado a alguns indivíduos de elevadas condições de moralidade, inteligência ou cultura. (...) seu exercício não pode estar subordinado senão a condições mínimas de capacidade, liberdade e dignidade pessoal.²⁴

O critério etário é o mais presente nas legislações, e o mais intuitivo, com variações na idade mínima exigida para a aquisição dos direitos políticos.

No Brasil já se adotou o critério censitário, aliado à negação da participação do gênero feminino, no qual só votavam eleitores homens com certa renda mínima. Atualmente, não existem restrições de caráter econômico ou de gênero.

Também já se adotou o critério da alfabetização, no qual alijava-se do processo eleitoral os analfabetos. Com a Emenda Constitucional nº 25, de 15 de maio de 1985, os analfabetos recuperaram o direito de votar, em caráter facultativo, o que foi reproduzido na Constituição de 1988.

Na busca pela universalização do sufrágio, a Constituição da República de 1988 ampliou em grande medida o número dos chamados alistáveis, ao se facultar o direito de voto aos maiores de dezesseis e menores de dezoito anos, além de se manter, como dito, tal faculdade aos analfabetos. Também merece registro a possibilidade de os brasileiros residentes no exterior votarem nas eleições presidenciais.

Quanto ao tema da restrição dos direitos políticos, Marcelo Roseno aduz:

O grau de abertura da participação política é, sem dúvida, fator que influencia a aferição do coeficiente democrático dos sistemas políticos. Nessa linha, quanto menos restritivas forem as condicionantes para o exercício dos direitos políticos, mais participativo e plural será o modelo adotado, rejeitando restrições fundadas em critérios desarrazoados ou desproporcionais, como riqueza, raça, gênero ou capacidade intelectual, que já pontuaram

²⁴ FAYT, Carlos S. **Derecho Político**, 12. ed. Buenos Aires: La Ley, 2009, t. II, p. 149. Apud ALVIM, Frederico Franco. **Curso de Direito Eleitoral**. Curitiba: Uruá, 2014. p. 49.

em diversos momentos da história política do País, atuando como fatores de exclusão e desigualdade.²⁵

Porém, mesmo com a amplitude adotada pela Constituição, restaram ainda manietados dos direitos políticos, conforme já aduzido em capítulos anteriores, certa parcela da população, como os condenados por crime ou improbidade administrativa, os absolutamente incapazes, os conscritos, os estrangeiros (à exceção dos portugueses equiparados), etc.

Nunca é demais lembrar que, antes da vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência, eram considerados absolutamente incapazes, e portanto inalistáveis, os deficientes mentais e as pessoas incapacitadas de exprimir sua vontade. No regime de capacidades atual, tais pessoas passaram a ser capazes, ainda que algumas relativamente, e portanto alistáveis.

Em suma, como defende José Jairo Gomes²⁶, o princípio do sufrágio universal, como qualquer outro, comporta exceções, as quais devem se limitar ao mínimo possível, sempre em nome de um bem social maior, sob pena de a democracia retroceder a sua forma original, na qual os direitos políticos eram para poucos, em detrimento da maioria, que não podia participar de maneira ativa na definição dos rumos da sociedade da qual faziam parte.

O princípio do voto com valor igual para todos é sintetizado na máxima “one man, one vote”, ou “um homem, um voto”. Significa dizer, basicamente, que cada pessoa vota apenas uma vez, e seu voto vale tanto quanto o de qualquer outra, sem distinção de nenhuma espécie. Mas tem outras vertentes.

Uma dessas vertentes, no caso brasileiro, é que a representatividade das unidades da federação na Câmara dos Deputados deveria ser condizente com o eleitorado de cada uma delas.

Porém, em virtude dos limites mínimo e máximo de deputados por unidade da federação contidos no §1º do artigo 45 da Constituição da República, nenhuma unidade federada poderá ter menos de oito nem mais de setenta deputados federais. Tal dispositivo constitucional acarreta uma super-representação dos entes menos populosos e a consequente sub-representação dos mais populosos.

²⁵ ROSENO, Marcelo. Estatuto da Pessoa com Deficiência e exercício de direitos políticos: elementos para uma abordagem garantista. **Revista Jurídica da Presidência**. Brasília v. 18 n. 116. Out. 2016/Jan. 2017. p. 566. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/issue/view/issue/127/138>>. Acesso em: 10/3/2017.

²⁶ GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 9. Ed. São Paulo: Atlas, 2013

Significa dizer que, para os assuntos nacionais discutidos na câmara federal, os votos dos eleitores dos estados têm pesos diferentes entre si, por conta dessa distorção na representação.

Alega-se de outro norte, em defesa do sistema, a necessidade de impor um freio ao poder dos estados mais populosos, sob pena de a vontade destes sempre prevalecer, perpetuando e aprofundando as desigualdades regionais do nosso país-continente.

As situações acima expostas corroboram a ideia de Robert Alexy, para quem não existem princípios absolutos, devendo-se, em caso de colisão entre eles numa dada situação fático-jurídica, valer-se do sopesamento para definir qual será aplicado e qual terá sua observância mitigada:

Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido -, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência.²⁷

Calha também mencionar a observação quanto à definição dos limites dos princípios trazida por José Jairo Gomes: “Note-se que essa delimitação não pode ser extremamente rígida, dada sua natural fluidez e flexibilidade.”²⁸. É essa flexibilidade que dá força aos princípios.

Feitas essas considerações, retome-se o direito/dever de voto da pessoa incapacitada de exprimir sua vontade, trazido pela Lei nº 13.146/2015, ao transformá-las em relativamente capazes. Tal norma aparentemente rompe com o princípio “one man, one vote”.

Isso porque, como já explicitado, a pessoa nessa condição não consegue expressar sua opção por este ou aquele candidato ou partido. Em última análise,

²⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, Tradução: Virgílio Afonso da Silva, 5a Edição Alemã, 2ª Edição Brasileira, São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 93-94.

²⁸ GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 9. Ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 36 e 37.

não existe vontade jurídica nem liberdade de opção, necessárias para a prática do ato de votar.

Esse fato, aliado à possibilidade de ser auxiliado, no momento da digitação dos números dos candidatos/partidos na urna eletrônica, por interposta pessoa, leva à conclusão lógica que a vontade expressa nesse momento é a da interposta pessoa, e não a do eleitor habilitado a votar pelo mesário.

Considerando a possibilidade bastante provável de a pessoa auxiliar do eleitor acima qualificado também ser eleitora, tem-se a vontade de uma pessoa sendo manifestada mais de uma vez.

Os desdobramentos fáticos são vários, e as implicações também.

Imagine-se uma situação limite em que uma pessoa internada, sem atividade cerebral, seja, a despeito de sua situação, levada a sua seção eleitoral no dia da eleição.

Levando-se em conta a nova sistemática do código civil, aliada à permissão legal de auxílio para a votação, o mesário não poderia recusar-se a habilitar tais pessoas para votar, sob pena até de ser-lhe imputado o crime previsto no artigo 297 do Código Eleitoral²⁹. São eleitores, relativamente capazes, e sua situação física e/ou mental torna imprescindível a intervenção de terceira pessoa.

A situação ganha maior amplitude se se considerar a possibilidade de um funcionário de uma instituição de guarda de deficientes mentais graves ser o auxiliar de todos os pacientes ali hospedados no momento da votação. Quantos pacientes forem, tantas vezes será a vontade do funcionário levada às urnas.

O caso aqui difere do simples acompanhar e ajudar o eleitor com dificuldade no ato de votar. Se o eleitor deficiente manifesta o desejo de ser auxiliado por pessoa de sua confiança, já há nisso uma manifestação de vontade. Caso a confiança seja quebrada no momento da votação, e o acompanhante não respeitar o desejo do eleitor, votando em candidato diferente do pretendido por este, nada poderá ser feito no âmbito eleitoral, cabendo ao eleitor prejudicado buscar a reparação por eventual dano na esfera cível.

No caso da pessoa incapacitada de expressar seu desejo, não se dá nem a manifestação inicial do pedido de ajuda. E não há que se perquirir da honestidade (ou falta dela) da pessoa que acompanha o indigitado eleitor. Não se cuida disso.

²⁹ Art. 297. Impedir ou embaraçar o exercício do sufrágio: Pena - Detenção até seis meses e pagamento de 60 a 100 dias-multa.

Cuida-se, sim, da constatação de uma pessoa estar exercendo mais de uma vez seu direito de voto, ainda que em nome de outra(s) pessoa(s), podendo, com isso, manipular o resultado final de uma eleição.

É fato que eleições podem ser decididas por esses eleitores “duplicados” ou “multiplicados”. A história recente do Brasil fornece exemplos que dão conta de que o jargão “cada voto conta” não é mera retórica.

Em 2016, quatro cidades brasileiras tiveram seus prefeitos eleitos com apenas um voto de diferença em relação ao segundo colocado³⁰.

Nas eleições para prefeito e vereador de 2008 também ocorreram dois casos sintomáticos do que se está a defender.

Na cidade mineira de Dom Cavati, os dois candidatos a prefeito terminaram a disputa empatados, tendo sido diplomado o candidato mais velho, e sendo preterido o ocupante do cargo à época e candidato à reeleição³¹.

Já em Cuiabá, capital de Mato Grosso, o caso envolveu dois candidatos à vereança do mesmo partido, o qual concorreu ao cargo proporcional isoladamente. Empatados no número de votos, o mais idoso foi eleito e diplomado como titular da vaga destinada ao partido, enquanto ao mais jovem restou a primeira suplência³².

Ou seja, um único voto foi o fiel da balança para empatar ou desempatar as disputas mencionadas, sendo necessário o desempate por meio da idade em duas delas.

Frise-se que não se trata de influência numericamente desprezível frente à totalidade do eleitorado nacional. Os dados estatísticos percentuais de deficiência antes consignados estão longe de poderem ser desconsiderados. Como já apontado no presente artigo, existia em 2010, segundo levantado pelo censo populacional do IBGE, um universo de 2,6 milhões de brasileiros deficientes mentais ou intelectuais, em graus variados.

Uma parcela desses deficientes era impedida de se tornar eleitora por haver sido interdita judicialmente, em virtude da incapacidade civil absoluta declarada

³⁰ MUNHOZ, Fábio. **Em quatro cidades, prefeito foi eleito com apenas um voto de diferença**. Disponível em: <<http://ultimosegundo.ig.com.br/eleicoes/2016-10-03/voto-eleicoes.html>>. Acesso em: 10/2/2017.

³¹ NERY, André Luís. **Candidatos empatam, e cidade mineira define eleito pela idade**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/Eleicoes2008/0,,MUL786383-15693,00-CANDIDATOS+EMPATAM+E+CIDADE+MINEIRA+DEFINE+ELEITO+PELA+IDADE.html>>. Acesso em: 10/2/2017.

³² BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Resultados das Eleições de 2008**. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/hotSites/estatistica2008/est_result/resultadoEleicao.htm>. Acesso em: 10/2/2017.

em sentença. Tal impedimento decorria de obediência ao comando constitucional previsto no artigo 15, II, da Carta Magna, combinado com o regime anterior das incapacidades delineado nos antigos artigos 3º e 4º do Código Civil, todos já transcritos alhures. Some-se a essa parcela dos deficientes as pessoas acometidas de doenças graves que as impedem de se comunicar, e chegar-se-á a um número de potenciais eleitores deveras relevante.

Contudo, há que se reconhecer que a relativização do princípio da igualdade do valor do voto neste caso também é feita em nome de um princípio maior, qual seja, o da universalidade do sufrágio. Eternizar o afastamento do alto contingente de pessoas impossibilitadas de exteriorizar seus desejos do direito ao sufrágio vai de encontro aos desígnios pretendidos pela Convenção da ONU e da Lei 13.146/2015.

E, conforme defendido, tais impactos foram levados em conta para a aprovação da norma, e não terão o condão de causarem danos graves à democracia brasileira, apesar das situações esporádicas aqui expostas.

4. Impactos no Cadastro Nacional de Eleitores

Finalizou-se o item anterior mencionando os potenciais eleitores surgidos com a entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência, em referência às pessoas incapacitadas de expressar sua vontade.

Diz-se potenciais porque as referidas pessoas estão, por consequência lógica, incapacitadas para ler e escrever. Se conseguissem fazer uma coisa ou outra, certamente se encontraria uma forma de extrair sua vontade. Mas a premissa aqui é a total incapacidade para tal desiderato.

De acordo com o Glossário Eleitoral do TSE, “É alfabetizado quem sabe ler e escrever razoavelmente. (...) É analfabeto, ao revés, aquele que não sabe ler nem escrever com um mínimo de sentido ou com total impossibilidade de externar pensamentos.”³³

Por encadeamento lógico, as pessoas relativamente incapazes supramencionadas estão enquadradas na situação de analfabetismo, e encontram-se facultadas de se alistar como eleitoras e votar.

³³ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Glossário Eleitoral**. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleitor/glossario/glossario-eleitoral>>. Acesso em: 15/3/2017.

Entretanto, situação mais delicada, já pincelada alhures, é a da pessoa, alfabetizada ou não, já inscrita e acometida posteriormente por mal que a tornou incapacitada de se locomover ou ser conduzida aos cartórios eleitorais. Na primeira revisão do eleitorado por que passar o município de seu domicílio eleitoral, terá, inexoravelmente, sua inscrição cancelada e, após certo período, excluída do cadastro nacional.

Outro ponto a ser considerado é que já não cabe mais o lançamento da restrição cadastral atinente à suspensão dos direitos políticos para os eleitores deficientes, mesmo aqueles sujeitos a curatela, e às Corregedorias Eleitorais já não cabe a inclusão dos curatelados não alistados na chamada Base de Perda e Suspensão dos Direitos Políticos, a qual está atrelada ao Cadastro Nacional de Eleitores.

Nesse sentido foi a resposta do TSE a consulta formulada pela Corregedoria Regional Eleitoral da Bahia nos autos do Processo Administrativo nº 114-71.2016.6.00.0000, consulta essa vazada nos seguintes termos:

1. Em razão do disposto no §1º do ad. 85 da Lei n. 13.146/2015, os cartórios eleitorais deverão abster-se de registrar o código de ASE 337, motivo/forma 1 no histórico da inscrição do eleitor?
2. Em sendo afirmativa a resposta para o item 1, o Tribunal Superior Eleitoral promoverá o restabelecimento dos direitos políticos dos eleitores que já possuem registro de código de ASE 337, motivo/forma 1 - Suspensão de Direitos Políticos/Incapacidade Civil Absoluta?

Esclareça-se que as abreviaturas “ASE” constantes dos questionamentos significam Atualização da Situação do Eleitor, e dizem respeito a códigos específicos lançados no histórico do eleitor no sistema nacional de gerenciamento do cadastro utilizado pela Justiça Eleitoral, o ELO.

A resposta do pleno do TSE foi a que se segue:

PROCESSO ADMINISTRATIVO. QUESTIONAMENTOS. APLICABILIDADE. VIGÊNCIA. LEI Nº 13.146, de 2015. ALTERAÇÃO. ART. 3º. CÓDIGO CIVIL. INCAPACIDADE CIVIL ABSOLUTA. SUSPENSÃO. DIREITOS POLÍTICOS. ART. 15, II, DA CONSTITUIÇÃO. ANOTAÇÃO. CADASTRO ELEITORAL. ANTERIORIDADE.

1. O Estatuto da Pessoa com Deficiência - Lei nº 13.146, de 2015 - modificou o art. 3º do Código Civil, com a alteração do rol daqueles considerados absolutamente incapazes, circunstância que trouxe impactos no âmbito desta Justiça especializada, particularmente no funcionamento do cadastro eleitoral, cujos gerenciamento, fiscalização e regulamentação estão confiados à Corregedoria-Geral.

2. Alcançado o período de vigência do mencionado diploma legal, a incapacidade absoluta se restringiu unicamente aos menores de 16 (dezesesseis) anos, os quais não detêm legitimidade para se alistar eleitores - exceção feita àqueles que completem a idade mínima no ano em que se realizarem eleições até a data do pleito (Res.-TSE nº 21.538, de 2003, art. 14).
3. Esta Justiça especializada, na via administrativa, deve se abster de promover anotações de suspensão de direitos políticos por incapacidade civil absoluta, ainda que decretada anteriormente à entrada em vigor da norma legal em referência, nos históricos dos respectivos eleitores no cadastro, de forma a se adequar aos novos parâmetros fixados.
4. Para regularização das inscrições em que o registro de suspensão de direitos políticos por incapacidade civil absoluta tenha sido feito antes da entrada em vigor da Lei de Inclusão da Pessoa com Deficiência, o eleitor deverá cumprir as formalidades previstas nos arts. 52 e 53, II, a, da Res.-TSE nº 21.538, de 2003.
5. Expedição das orientações necessárias às corregedorias regionais eleitorais, objetivando idêntica comunicação às Corregedorias-Gerais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal e aos juízos eleitorais de todo o País.³⁴

Como denota a resposta da consulta, não cabe mais o lançamento da restrição cadastral da incapacidade civil absoluta no histórico dos eleitores submetidos a curatela, ainda que a sentença tenha sido proferida antes da entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Extraí-se ainda que, no caso dos eleitores que já possuem a restrição cadastral lançada em seu histórico, será necessário formalizar requerimento para readquirir os direitos políticos, nos termos dos artigos 52 e 53, II, a, da Resolução TSE nº 21.538/2003.

Quanto a este tópico, com a máxima vênia, entende-se que não andou bem o TSE. Criou-se mais um motivo para o deficiente ser arrastado para a burocracia estatal desnecessariamente.

Como bem defendido por Ary Jorge Aguiar Nogueira, o direito de voto dos deficientes trazido pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência deve ser estendido a quem tenha contra si sentença de interdição decretada com base na legislação anterior, já que “A mudança legislativa diz respeito a instituto ligado diretamente ao

³⁴ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Acórdão no Processo Administrativo nº 114-71.2016.6.00.0000**. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Publicado no Diário da Justiça Eletrônico nº 80/2016, de 27 de abril de 2016, p. 99. Disponível em <<http://www.tse.jus.br/servicos-judiciais/diario-da-justica-eletronico-1>>. Acesso em 28/2/2017.

estado das pessoas, qual seja, a capacidade civil, portanto, resta inegável sua aplicação imediata.”³⁵.

É sabido que as sentenças exaradas em processos de jurisdição voluntária não fazem coisa julgada material. No caso das interdições anteriores, ou no atual processo de definição dos termos da curatela, se a situação física e/ou mental do curatelado se altere, é sempre possível alterar-se o alcance das medidas protetivas, e por consequência as restrições impostas à atuação pessoal do curatelado. Mas o caso aqui tratado escapa às individualidades. A lei extinguiu as incapacidades civis absolutas para os maiores de dezesseis anos, qualquer que seja sua limitação.

E os direitos políticos, incluindo o de voto, são de índole constitucional. Se antes às pessoas submetidas a curatela eram vedados o alistamento e o voto, era porque incidiam no bloqueio constitucional da incapacidade civil. Alterada sua capacidade por meio da Lei Brasileira de Inclusão, afigura-se - mais que ilegal - inconstitucional pretender embaraçar o direito de voto dos agora relativamente incapazes.

Não há como deixar de concluir que, quanto aos eleitores com inscrição suspensa por incapacidade civil absoluta, o Cadastro Nacional de Eleitores não está hígido, por não refletir a realidade constitucional atual.

Repita-se: a lei 13.146/2015 não deixa margem a dúvidas: não existe mais no Brasil pessoa absolutamente incapaz no âmbito civil que seja maior de dezesseis anos.

Interessante apontar que, no julgamento da consulta acima indicada, o Ministro Dias Toffoli, então presidente do TSE, manifestou-se quanto a aparente contradição entre a lei e os procedimentos internos da Justiça Eleitoral. Disse o Ministro:

Acredito que talvez tenhamos de alterar a Res.-TSE nº 21.538/2003; porque, por exemplo, a aplicação do Manual do Sistema ASI (*sic*) implica a necessidade de comprovar que houve o levantamento por sentença da interdição, que estaria em contradição, talvez, com a nova legislação da pessoa com deficiência.

Penso que, no momento atual, a solução uniformiza, sem prejuízo do aperfeiçoamento necessário. Encaminharei depois uma anotação à Corregedoria-Geral Eleitoral.³⁶

³⁵ NOGUEIRA, Ary Jorge Aguiar. Do direito de voto dos interditados após o Estatuto da Pessoa com Deficiência. **Revista Democrática**. Cuiabá: Escola Judiciária Eleitoral do Tribunal Regional Eleitoral de Mato Grosso, 2016. v. 2. p. 51/52.

³⁶ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Inteiro teor e Notas taquigráficas do Processo Administrativo nº 114-71.2016.6.00.0000. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Sessão realizada em

A consulta processual realizada pelo autor nos andamentos posteriores à sessão de julgamento não apontou modificação ou adendo no seu teor.

Apesar de não adotar o procedimento ideal, qual seja, de reaquisição automática dos direitos políticos para quem os tenha registrados como suspensos no cadastro em decorrência de incapacidade civil absoluta decretada antes do novel ordenamento, o TSE ao menos parece caminhar no sentido da não exigência, para a dita reaquisição, de novo pronunciamento do juízo da interdição para tanto.

Mas é indubitável que o TSE poderia ter agido de forma mais pró-ativa, deixando de aplicar, *in casu*, o princípio da inércia da jurisdição, já que o interessado ainda necessita de pronunciamento administrativo do juiz eleitoral de sua zona para excluir a restrição cadastral em seu nome.

Conclusão

O Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei Brasileira de Inclusão - revolucionou o instituto da capacidade civil no direito brasileiro, trazendo aos deficientes garantias de tratamento isonômico, liberdade e autonomia, bem como medidas inovadoras tendentes à sua inclusão na vida social no maior grau visto até hoje no Brasil.

Porém, toda revolução tem seu preço, e essa não parece ser exceção à regra. Diversos questionamentos e incertezas ainda encontram-se sem resposta, e caberá aos atores do mundo jurídico (magistrados, doutrinadores, advogados, promotores, servidores, etc.) enfrentá-los.

Uma dessas incertezas que atinge mais de perto a justiça eleitoral é quanto aos direitos políticos das pessoas, deficientes ou não, incapacitadas de manifestar sua vontade, alçadas à condição de relativamente capazes. Com isso, afastou-se a possibilidade de suspensão dos seus direitos políticos em decorrência de sua saúde e/ou condição mental, habilitando-as ao alistamento e ao voto.

Entretanto, vislumbrou-se um efeito colateral importante dessa ampliação do universo dos alistáveis: o exercício do voto dessas pessoas acaba por relativizar, de

7/4/2016. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/servicos-judiciais/acompanhamento-processual-push>. Acesso em: 15/3/2017.

uma vez só, quatro princípios atinentes ao voto (liberdade, sigilo, igualdade e pessoalidade) em nome do princípio da universalidade do sufrágio.

De todos os princípios flexibilizados, o que tem maior potencial de influência nos pleitos é o princípio do voto com valor igual para todos, em razão do fato de uma pessoa poder exercer sua vontade nas urnas mais de uma vez, podendo com isso, inclusive, alterar o resultado de uma eleição.

Contudo, o ganho social com a primazia conferida ao princípio da universalidade do sufrágio, em detrimento dos princípios mitigados, é inegável. A luta dos deficientes por espaço social, dignidade e autonomia não deve ceder espaço a questões de menor impacto.

Numa democracia, as restrições aos direitos políticos devem ser excepcionais, e a situação das pessoas que tiveram sua capacidade civil alterada pela Lei Brasileira de Inclusão não parece ser motivo suficiente para continuar tolhendo-as de participar ativamente das decisões que afetam sua vida.

Se alguns entendem que o direito ao sufrágio dos deficientes pode causar problemas à democracia, vale trazer a lume a frase atribuída ao político americano Alfred Emanuel Smith: “Todos os males da democracia se podem curar com mais democracia”. E nesse caso, mais democracia demanda mais participação, e não menos.

Evidentemente, a questão não está pacificada, e caberá à comunidade jurídica definir posição mais ou menos ampliativa dos direitos políticos. O que se espera é que as discussões que levem a tal definição não seja adotada à revelia dos mais interessados, quais sejam, os deficientes.

Quanto ao cadastro nacional dos eleitores, verifica-se premente a adequação de sua situação frente ao Estatuto da Pessoa com Deficiência, restaurando-se, *ex officio*, os direitos políticos de quem nele conste como suspenso por incapacidade civil absoluta, afastando a exigência de formalização de requerimento do interessado junto ao cartório eleitoral de sua zona.

O TSE já tarda em se debruçar sobre o tema de forma mais pró-ativa, pois já ocorreu um pleito de âmbito nacional (eleições de 2016) sob a égide do Estatuto, e essa demora gera insegurança jurídica, que afeta milhões de pessoas na situação aduzida, além dos demais atores do processo eleitoral.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, Tradução: Virgílio Afonso da Silva, 5ª Edição Alemã, 2ª Edição Brasileira, São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

ALVIM, Frederico Franco. **Curso de Direito Eleitoral**. Curitiba: Uruá, 2014.

BASILE, Felipe. **Capacidade civil e o estatuto da pessoa com deficiência**. Senado Federal. Brasília. 2015. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/boletins-legislativos/bol40>>. Acesso em: 7/2/2017.

BEZERRA, Nilson Fernando Gomes. A urna eletrônica e o verdadeiro sufrágio universal. **Revista Democrática**. Cuiabá: Escola Judiciária Eleitoral do Tribunal Regional Eleitoral de Mato Grosso, 2016. v. 2.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 1º/2/2017.

_____. **Decreto nº 6.949, de 25/8/2009** - Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 2/2/2017.

_____. IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Censo Demográfico 2010 – Características gerais da população, religião e pessoas com deficiência**. Disponível em: <http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/94/cd_2010_religiao_deficiencia.pdf>, Acesso em: 10/2/2017.

_____. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em 11/2/2017.

_____. **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: 10/2/2017.

_____. **Lei nº 13.146, de 06 de Julho de 2015**. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em: 10/2/2017.

_____. Tribunal Regional Eleitoral de Mato Grosso. **Acórdão em Recurso Criminal nº 25507** - TRE/MT – Rel. Paulo César Alves Sodré. Publicado no DEJE nº 2187 de 22/7/2016, p. 5. Disponível em <<http://www.tre-mt.jus.br/servicos-judiciais/dje>>. Acesso em 15/2/2017.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. **Código eleitoral anotado e legislação complementar**. 12. ed. Brasília: Tribunal Superior Eleitoral, Secretaria de Gestão da Informação, 2016.

_____. _____. **Glossário Eleitoral**, Disponível em:
<<http://www.tse.jus.br/eleitor/glossario/glossario-eleitoral>>. Acesso em: 15/3/2017.

_____. _____. **Processo Administrativo nº 114-71.2016.6.00.0000**. Relatora:
Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Inteiro teor e Notas taquigráficas. Sessão
realizada em 7/4/2016. Disponível em: [http://www.tse.jus.br/servicos-judiciais/
acompanhamento-processual-push](http://www.tse.jus.br/servicos-judiciais/acompanhamento-processual-push). Acesso em: 15/3/2017.

_____. _____. **Resolução nº 20.977/2002**. Disponível em: <[http://www.tse.jus.br/
legislacao-tse/res/2002/RES209972002.htm](http://www.tse.jus.br/legislacao-tse/res/2002/RES209972002.htm)>. Acesso em: 10/2/2017.

_____. _____. **Resolução nº 21.538/2003**. Disponível em:
<[http://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/normas-editadas-pelo-tse/resolucao
-nb0-21.538-de-14-de-outubro-de-2003-brasilia-2013-df](http://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/normas-editadas-pelo-tse/resolucao-nb0-21.538-de-14-de-outubro-de-2003-brasilia-2013-df)>. Acesso em: 15/2/2017.

_____. _____. **Resolução nº 21.633/2004**. Disponível em: <[http://www.tse.jus.br/
legislacao-tse/res/2004/RES216332004.htm](http://www.tse.jus.br/legislacao-tse/res/2004/RES216332004.htm)>. Acesso em: 15/2/2017.

_____. _____. **Resolução nº 21.819/2004**. Disponível em: <[http://www.tse.jus.br/
legislacao-tse/res/2004/PO-RES218192004%20RJTSE.pdf](http://www.tse.jus.br/legislacao-tse/res/2004/PO-RES218192004%20RJTSE.pdf)>. Acesso em: 15/2/2017.

_____. _____. **Resolução nº 21.920/2004**. Disponível em:
<[http://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/normas-editadas-pelo-tse/resolucao
-nb0-21.920-de-19-de-setembro-de-2004-vitoria-2013-es](http://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/normas-editadas-pelo-tse/resolucao-nb0-21.920-de-19-de-setembro-de-2004-vitoria-2013-es)>. Acesso em: 15/2/2017.

_____. _____. **Resolução nº 23.456/2015**. Disponível em: <[http://www.tse.jus.br/
legislacao-tse/res/2015/RES234562015.html](http://www.tse.jus.br/legislacao-tse/res/2015/RES234562015.html)>. Acesso em: 15/2/2017.

_____. _____. **Resultados das Eleições de 2008**. Disponível em:
<http://www.tse.jus.br/hotSites/estatistica2008/est_result/resultadoEleicao.htm>.
Acesso em: 12/2/2017.

CANEVER, Marco Aurélio. A lei n. 13.146 e seus reflexos no alistamento eleitoral.
Resenha Eleitoral – vol. 19. n. 1-2015. TRE/SC. Disponível em: <[http://www.tre-
sc.jus.br/site/resenha-eleitoral/revista-cientifica/edicoes/resenha-eleitoral-v-19-n-1-
2015/index.html](http://www.tre-sc.jus.br/site/resenha-eleitoral/revista-cientifica/edicoes/resenha-eleitoral-v-19-n-1-2015/index.html)>. Acesso em: 10/3/2017.

CARNEIRO, Karolyne Alencar. **Principais alterações do Estatuto da Pessoa com
Deficiência no âmbito do Direito Civil**. Disponível em: <[http://www.profareisguida.
com.br/2016/07/principais-alteracoes-do-estatuto-da_19.html](http://www.profareisguida.com.br/2016/07/principais-alteracoes-do-estatuto-da_19.html)>. Acesso em:
3/2/2017.

COSTA, Rafael. **Vereador pede recontagem ao TRE**. Disponível em:
<<http://www.diariodecuiaba.com.br/detalhe.php?cod=333264>>. Acesso em:
12/2/2017.

FARIAS, Romário. **Parecer no Projeto de Lei nº 6/2003**. Senado Federal. Brasília. 2015. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/54729>>. Acesso em: 7/2/2017.

FREDERICO, Humberto. **Cuiabá: Impugnação de urna não altera quadro de vereadores do PDT**. Disponível em: <http://www.reporternews.com.br/noticia/169260/Cuiaba%3A_Impugnacao_de_urna_ao_altera_quadro_de_vereadores_do_PDT>. Acesso em: 19/3/2017.

GABRILLI, Mara. **Parecer no Projeto de Lei nº 7699/2006**. Câmara dos Deputados. Brasília. 2015. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1306736&filename=PPP+1+%3D%3E+PL+7699/2006>. Acesso em: 7/2/2017.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Lei brasileira de inclusão e modificações na Capacidade jurídica da pessoa com deficiência**. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/87542/2015_garcia_gustavo_lei_brasileira.pdf?sequence=1>. Acesso em 5/2/2017.

GLOSBE. Dicionário Multilíngue on line. Disponível em <https://pt.glosbe.com>. Acesso em 25/04/2017.

GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 9. Ed. São Paulo: Atlas, 2013.

LÔBO, Márcio Martins Bites. **LEI BRASILEIRA DE INCLUSÃO - Análise da construção da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência – Lei nº 13.146, de 2015**. Monografia. Universidade de Brasília. Brasília, 2016. Disponível em: <http://bdm.unb.br/bitstream/10483/15009/1/2016_MarcioMartinsBitesLobo_tcc.pdf>. Acesso em: 15/2/2017.

KÜMPEL, Vitor Frederico; BORGARELLI, Bruno de Ávila. **As aberrações da lei 13.146/2015**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI224905,61044-As+aberracoes+da+lei+131462015>>. Acesso em: 2/2/2017.

MADRUGA, Sidney. A Lei Brasileira de Inclusão e a capacidade eleitoral das pessoas com deficiência mental grave. <<https://jota.info/artigos/lei-brasileira-de-inclusao-e-capacidade-eleitoral-das-pessoas-com-deficiencia-mental-grave-2072016>>. Acesso em: 23/2/2017.

MASSONI, Aline Maria Gomes da Costa; BRANDÃO, Eric Scapim Cunha. **As alterações promovidas pela Lei nº 13.146/2015 (Estatuto da pessoa com deficiência) na teoria das incapacidades e seus consectários**. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/3543964/artigo-interdicao.pdf>>. Acesso em: 5/3/2017.

MUNHOZ, Fábio. **Em quatro cidades, prefeito foi eleito com apenas um voto de diferença**. Disponível em: <<http://ultimosegundo.ig.com.br/eleicoes/2016-10-03/voto-eleicoes.html>>. Acesso em: 10/2/2017.

NERY, André Luís. **Candidatos empatam, e cidade mineira define eleito pela idade.** Disponível em: <<http://g1.globo.com/Eleicoes2008/0,,MUL786383-15693,00-CANDIDATOS+EMPATAM+E+CIDADE+MINEIRA+DEFINE+ELEITO+PELA+IDADE.html>>. Acesso em: 12/2/2017.

NOGUEIRA, Ary Jorge Aguiar. Do direito de voto dos interditados após o Estatuto da Pessoa com Deficiência. **Revista Democrática**. Cuiabá: Escola Judiciária Eleitoral do Tribunal Regional Eleitoral de Mato Grosso, 2016. v. 2.

OLIVEIRA, Arlindo Fernandes de. **O princípio da igualdade do voto na constituição brasileira e as distorções na representação das unidades federadas na Câmara dos Deputados.** Monografia. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. 2010. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/191790/principiodaigualdade.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 3/2/2017.

REQUIÃO, Maurício. **Estatuto da Pessoa com Deficiência altera regime civil das incapacidades.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-20/estatuto-pessoa-deficiencia-altera-regime-incapacidades>>. Acesso em: 7/2/2017.

ROSENO, Marcelo. Estatuto da Pessoa com Deficiência e exercício de direitos políticos: elementos para uma abordagem garantista. **Revista Jurídica da Presidência**. Brasília v. 18 n. 116 Out. 2016./Jan. 2017. p. 559-582. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/issue/viewIssue/127/138>>. Acesso em: 10/3/2017

STOLZE, Pablo. **Estatuto da Pessoa com Deficiência e sistema de incapacidade civil.** Revista Jus Navigandi. Teresina. Ano 20, n. 4411, 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/41381>>. Acesso em: 8/2/2017.

TOMAZETTE, Marlon; ARAÚJO, Rogério Andrade Cavalcanti. **Crítica à nova sistemática da incapacidade de fato segundo a Lei 13.146/15 - Estatuto da Pessoa com Deficiência.** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/42271/critica-a-nova-sistematica-da-incapacidade-de-fato-segundo-a-lei-13-146-15>>. Acesso em: 3/2/2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. Parte Geral. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

ZÍLIO, Rodrigo López. **Direito Eleitoral**. 4. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2014.

SOBREPREGO NOS PAGAMENTOS COM CARTÃO DE CRÉDITO

César Oliveira Ribeiro

RESUMO

O presente trabalho visa perquirir se é abusiva a diferenciação de preços nos pagamentos com cartão de crédito. Para tanto analisaremos os conceitos legais e doutrinários de práticas e cláusulas abusivas no Código de Defesa do Consumidor, bem como as características da formação do preço. Veremos também as características do cartão de crédito como meio de pagamento e suas implicações, pontuando ainda como as decisões judiciais no Superior Tribunal de Justiça têm abordado o assunto. Por fim, definiremos o cartão de crédito como pagamento a prazo e veremos que a vedação ao sobrepreço cria um subsídio cruzado e onera todos os consumidores, de forma que é necessário possibilitar a diferenciação dos preços.

PALAVRAS-CHAVE: Direito do consumidor. Cartão de crédito. Diferença de preços. Prática abusiva.

INTRODUÇÃO

É inegável que vivemos um novo mundo de relações virtuais ou digitais, no qual as pessoas se comunicam pelas redes sociais, fazem ligações com vídeo, pedem comida e chamam o táxi pela internet.

Nesse mesmo mundo novo, as relações entre consumidores e fornecedores sofreram uma verdadeira reviravolta com a utilização da internet, seja para os *sites* de venda ou para a atração dos consumidores por anúncios direcionados.

Acompanhando essa evolução, surgiu um meio de pagamento que se amolda perfeitamente a esta realidade, pois pode ser usado tanto presencialmente quanto virtualmente: é o cartão de crédito.

O cartão de crédito é hoje um dos meios de pagamento mais utilizados, tendo conquistado espaço no comércio em razão da sua praticidade e segurança, o que o levou a ser o substituto do cheque.

Entretanto, a utilização deste meio de pagamento tem um custo, que é o da intermediação feita pelas administradoras de cartões, sendo que estas cobram tanto dos comerciantes (taxas de administração), quanto dos clientes (anuidades).

Desta forma, este custo, de algum modo, deve ser considerado na utilização dos cartões de crédito, seja pelos consumidores, seja pelos fornecedores. No que tange aos fornecedores, a existência de mais um custo entra na composição do preço final das mercadorias ou serviços, de forma que, no final das contas, quem paga é o consumidor.

Ao analisar este espectro, muitos órgãos de defesa do consumidor, especialmente Procons e até mesmo decisões judiciais, têm entendido pela impossibilidade do fornecedor conceder abatimento no preço para o consumidor que efetuar o pagamento em espécie.

Mesmo assim, muitos fornecedores têm mantido este tipo de conduta de conceder descontos para os pagamentos em dinheiro, especialmente lojas virtuais e pequenos varejistas.

Desta forma, o nosso trabalho pretende analisar em que medida a diferenciação do preço nos pagamentos com cartão de crédito pode ser uma conduta abusiva do fornecedor.

Neste esboço, nosso objetivo será demonstrar que o sobrepreço nas compras com cartão de crédito não é abusivo, pois trata-se de diferenciação legítima entre consumidores que utilizam meios de pagamentos distintos, o que sempre foi aceito no nosso ordenamento jurídico e, especialmente, nas práticas comerciais.

Além disso, a vedação ao sobrepreço gera uma elevação dos serviços e mercadorias, que são arcados por todos os consumidores, indistintamente, e, principalmente, pelos de mais baixa renda, que não utilizam cartão de crédito.

Desta forma, a proibição da diferença de preço é que se afigura como abusiva, pois impõe ao consumidor que não utiliza cartão, que arque com os custos do mesmo.

Para tanto, detalharemos o conceito de práticas e cláusulas abusivas, de acordo com o Código de Defesa do Consumidor, em confronto com a liberdade do fornecedor para a formação do seu preço final e analisando o que é o pagamento com o cartão de crédito (pagamento à vista ou a prazo).

Para trilharmos esse caminho, deveremos analisar detidamente o que a legislação prescreve e a doutrina entende por abusividade nas condutas dos fornecedores em face do Código de Defesa do Consumidor, tentando discernir em qual espécie específica poderíamos enquadrar a diferenciação dos preços em razão de diferentes formas de pagamento. Ainda, teremos de verificar como o Código regula as variações de preços.

Após, vamos nos deter na formação de preços pelo fornecedor. Por lógico, não iremos abordar todo o tema, posto que matéria controversa e extensa nas ciências da Economia e da Administração, cabendo-nos apenas entender, em breves linhas, como os custos do comerciante influenciam na composição do seu preço final e se seria possível retirar dessa composição os custos de taxa de administração das companhias de cartão de crédito.

Ainda, vamos estudar um pouco dos conceitos e definições do cartão de crédito, bem como da sua posição no mercado atual, tentando por fim entender se a sua utilização encerra um pagamento à vista ou a prazo. Neste ponto, veremos que a análise das relações jurídicas do sistema contratual do cartão de crédito permite que o consumidor exija do fornecedor o cumprimento de uma cláusula que este firmou apenas com a administradora.

Na sequência, analisaremos as decisões judiciais do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, as quais ilustram bem a controvérsia, pontuando os argumentos contra e a favor da abusividade.

Por último, vamos analisar diretamente o tema da vedação ao sobrepreço nas compras com cartão de crédito, demonstrando que o subsídio cruzado criado por esta é prejudicial aos consumidores, notadamente aos mais carentes e que não utilizam cartões de crédito, sendo benéfica, exclusivamente, para a indústria do cartão de crédito.

Assim, iremos ponderar se deverá prevalecer a necessidade de engessar os custos do fornecedor ou a liberdade de iniciativa, que possibilita a consumidores e fornecedores buscarem as melhores condições para a condução dos seus negócios. Ainda, iremos ponderar como a função social do contrato pode ser utilizada como

fundamento para afastar qualquer cláusula contratual em sentido diverso, pois que em confronto com o espírito do Código de Defesa do Consumidor, bem como da melhor prática para a sociedade.

Para chegar a tanto, utilizaremos a pesquisa bibliográfica como fonte principal, através de livros, revistas especializadas, legislação, textos da rede mundial de computadores e jurisprudência nacional.

Tentaremos, sempre que possível, utilizar uma abordagem relacionada à legislação vigente, de forma a demonstrar que as ideias esposadas têm cabimento dentro do direito positivo.

Para orientar o leitor, utilizaremos a sigla CDC como sinônima de Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90); também utilizaremos a expressão condutas abusivas como sinônima de práticas abusivas e esta como gênero do qual as cláusulas abusivas são espécie. Ainda, utilizaremos a abusividade como adjetivo referente a práticas abusivas.

As traduções existentes no texto foram livremente feitas por nós, assim como os grifos das citações correspondem aos originais.

1 CLÁUSULAS E CONDUTAS ABUSIVAS NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990) inaugurou uma nova forma de codificação, com a característica da primazia principiológica e prevalência das cláusulas gerais, com conceitos indeterminados.

Desta forma, o CDC dá maior ênfase aos princípios, alguns explicitamente expressos no artigo 6º, bem como ao uso de cláusulas com conceitos a serem complementados, seja pela própria legislação, seja pela interpretação jurídica, seja pela prática das relações de consumo.

Assim, sintetiza Cláudia Lima Marques, que o Código de Defesa do Consumidor “adaptou conceitos indeterminados, incluiu normas narrativas e cláusulas gerais, e assim permitiu um desenvolvimento jurídico original do direito privado brasileiro (BENJAMIN, BESSA, MARQUES, 2009, p. 51).

Com o mesmo entendimento, Ricardo Maurício Freire Soares, ainda pontua que essa forma de codificação adotada no CDC permite ser possível regular situações que não podiam ser previstas quando da elaboração do texto legal, dada a generalidade e amplitude do conteúdo normativo. Ainda, pontua o mesmo autor que este tipo de Código impõe ao jurista o competente manejo dos princípios para alcançar a plenitude dos objetivos almejados pelo Direito do Consumidor (SOARES, 2009, p. 67-68).

Os artigos 39 e 51 do referido Código são exemplares neste sentido, pois apesar de listarem em seus incisos as práticas e cláusulas abusivas, esse rol é exemplificativo e permeado de cláusulas gerais com conceitos indeterminados.

Importante ressaltar que é forte o entendimento de que prática abusiva é o gênero do qual são espécies todas as condutas do fornecedor em “desconformidade com os padrões mercadológicos de boa conduta em relação ao consumidor” (BENJAMIN, BESSA, MARQUES, 2009, p. 216). Desta forma, incluem-se como práticas abusivas não só aquelas listadas no artigo 39 do CDC, mas também a publicidade abusiva ou enganosa, os acidentes de consumo, as cláusulas abusivas, a cobrança irregular de dívidas, as irregularidades em bancos de dados, entre outras (BENJAMIN, BESSA, MARQUES, 2009, p. 217).

Assim, os artigos 39 e 51 do Código de Defesa do Consumidor prescrevem que, além dos tipos previstos em seus incisos, também são consideradas abusivas outras práticas ou condutas, sem determinar quais seriam. Tal estilo de redação abre duas possibilidades, a primeira de outras leis ou normas inferiores tipificarem situações abusivas e a segunda de que o próprio aplicador do direito considere a conduta ou cláusula abusiva por infringir o sistema de valores e princípios do próprio CDC.

Além disso, nos próprios incisos dos mencionados artigos vemos textos permeados de expressões indefinidas ou com muitos sentidos, como o inciso V do artigo 39 que prescreve ser abusiva a prática de “exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva” (BRASIL, 1990) ou o inciso IV do artigo 51, pelo qual são abusivas as cláusulas que “estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade” (BRASIL, 1990).

Desta forma, vemos que a abusividade das condutas do fornecedor é um conceito inaugurado pelo Código de Defesa do Consumidor, o qual não é, em sua totalidade, exaurido na legislação.

Por isso, a doutrina tem se debruçado sobre o tema para tentar estabelecer as balizas hermenêuticas para a compreensão do que é, ao final, abusivo.

Alguns consensos se formou, no início, no sentido de que a abusividade seria um conceito derivado do abuso de direito da doutrina civilista, ou seja, decorrente do uso inapropriado ou excessivo de uma prerrogativa que a transforma em ilícito (BENJAMIN, MARQUES, MIRAGEM, 2006, p. 695).

Ocorre que a evolução do Direito do Consumidor não conseguia compatibilizar a figura do abuso do direito, a qual é fundada na apreciação subjetiva, dependente do dolo ou culpa (BENJAMIN, MARQUES, MIRAGEM, 2006, p. 697) com a sistemática do Código que visa a facilitar a defesa do consumidor. Por isso, passou-se a adotar o critério da boa-fé objetiva para conectar a abusividade com uma perspectiva objetiva, observando-se mais a manifestação, os efeitos da conduta, mais do que a sua intenção.

Neste sentido Rizzato Nunes pontua que “a exigência de boa-fé objetiva como princípio (art. 4º, III [do Código de Defesa do Consumidor]) e como norma (inciso IV) é verdadeira cláusula a ser observada nos contratos, de sorte que outras cláusulas abusivas podem ser identificadas” (2007, p. 582).

Eneas de Oliveira Matos explica que a jurisprudência tem entendido que a abusividade configura-se claramente nas condutas que impingem uma desproporção

entre as obrigações ou dificultam o exercício de direitos pelo consumidor (2009, p. 145).

Ainda, o mesmo autor, ao adentrar no tema de verificação da abusividade, elenca, com base também nos estudos de Jorge Alberto Quadros de Carvalho Silva, os seguintes critérios: desequilíbrio econômico, abuso de direito, desequilíbrio significativo entre direitos e deveres e boa-fé objetiva. Ressalte-se que a abusividade caracterizar-se-á pela infração a qualquer um dos critérios listados (MATOS, 2009, p. 147-151).

Exemplo significativo da abusividade é a cláusula de eleição de foro, a qual é prática antiga e permitida pela lei, entretanto revela-se desproporcional na prática consumerista quando impõe ao consumidor que este tenha de propor a ação em comarca distante da qual reside, dificultando ou impossibilitando o seu acesso à justiça³⁷.

Não obstante o exemplo trazido, há casos em que o abuso da conduta ou da cláusula não são explícitos, necessitando de profunda análise do caso concreto para identificá-los; talvez por isso que o Código de Defesa do Consumidor tenha deixado aberto o rol, bem como possibilitado ampla interpretação dos seus dispositivos.

Assim são os casos que envolvem bens de primeira necessidade ou relacionados à saúde, para os quais não se admite limitação da responsabilidade do fornecedor ou mesmo imposição de prazos ao consumidor, posto que tais seriam extremamente danosos, logo desproporcionais, ao consumidor.

Desta forma, parece-nos que, para entendermos uma cláusula ou conduta como abusiva, será necessário caracterizar que a mesma evidencia uma desproporção entre obrigações ou que dificulte ou impossibilite o exercício de direitos pelo consumidor, violando a boa-fé objetiva.

³⁷ Com relação a este tema, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já é consolidada no sentido de afastar a cláusula de eleição de foro nos contratos de consumo, inclusive admitindo que seja declinada a competência de ofício. Neste sentido: REsp 1.049.639-MG, REsp 436.815-DF e AgRg no AREsp 426.563-PR.

1.2 VANTAGEM MANIFESTAMENTE EXCESSIVA OU DESVANTAGEM EXAGERADA.

Segundo nos informa Antônio Herman Benjamin, estas duas previsões, a prática de exigir vantagem manifestamente excessiva e a cláusula que coloca o consumidor em desvantagem exagerada, não são apenas expressões que se aproximam, mas sim sinônimas, devendo ambas serem interpretadas à luz do que dispõe o § 1º do artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor (BENJAMIN, BESSA, MARQUES, 2009, p. 223).

O referido parágrafo elenca balizas hermenêuticas a serem utilizadas para a análise da abusividade de cláusula contratual, listando a ofensa aos princípios fundamentais do sistema jurídico, a restrição de direitos ou obrigações inerentes ao contrato que ameace o objeto ou o equilíbrio contratual e a onerosidade excessiva.

Analisando estas disposições, Leonardo Bessa pondera que a boa-fé objetiva deverá nortear a aplicação das mesmas, trazendo-se ao exame as três funções da boa-fé objetiva (critério hermenêutico, criação de deveres anexos, limitação do exercício de direitos), para poder se concluir da existência ou não de prática ou cláusula abusiva (BENJAMIN, BESSA, MARQUES, 2009, p. 300).

Mais especificamente no tema que é objeto deste estudo, o mesmo autor pondera que o desequilíbrio contratual relativo à desvantagem exagerada veda abusos na determinação de preços, mesmo partindo do pressuposto que o contrato é objeto de obtenção de lucro pelo fornecedor; contrapondo, ainda, que este desequilíbrio há de ser analisado no caso e se manifestar desproporcional (BENJAMIN, BESSA, MARQUES, 2009, p. 301).

Sendo assim, privilegiar a boa-fé objetiva é fazer com que as partes se comportem de forma a cooperarem entre si e cumprirem aquilo que delas se espera, seguindo assim o *standard* de lealdade, ou seja, o conteúdo da conduta ou do contrato deve estabelecer obrigações proporcionais às expectativas criadas³⁸.

³⁸ Neste ponto, não adentramos na função de criação de deveres anexos, por entendermos um pouco mais distante do nosso tema, o qual é bem analisado por Luís Renato Ferreira da Silva, na obra já mencionada (DA SILVA, 2009, p. 18-22).

Analisando a boa-fé objetiva, Menezes Cordeiro (2011, p. 778), pontua que a sua diferença para a boa-fé subjetiva, é que nesta busca-se a intenção da parte quando do negócio jurídico, enquanto que naquela tutela-se a confiança que a parte deposita na outra em razão do contrato e do seu funcionamento, da forma como irá se cumprir o avençado.

Já Orlando Gomes, antecipando o que hoje se entende por boa-fé objetiva, conceitua a boa-fé:

Ao se prescrever que as partes de uma relação obrigacional oriundas de contrato precisam proceder de *boa-fé*, quer dizer que lhes cumpre observar comportamento decente, que corresponda à legítima expectativa do outro contratante. O devedor há de ajustar sua conduta ao tipo abstrato presumido pela lei à base dos princípios da correção interindividual que se refletem amplamente na consciência comum.

(...)

Entende-se, finalmente, que o devedor obriga-se não somente, pelo que está expresso no contrato, mas, também, por todas as consequências que, segundo os usos, a lei e a equidade, derivam dele (GOMES, 2006, p. 108).

Com esse entendimento, Luís Renato Ferreira da Silva pondera que:

A presença de cláusula abusiva certamente reflete no equilíbrio contratual na medida em que, quando ela mesma vier a ser invocada, gerará para o beneficiário uma vantagem excessiva, ainda que a princípio não ilícita, rompendo com a expectativa normal do modo de distribuir os ônus e encargos da relação contratual(DA SILVA, 2009, p. 26-27).

Neste sentido, parece-nos que só poderemos caracterizar a vantagem excessiva ou exagerada se a conduta do fornecedor ou a cláusula contratual demonstra, objetivamente, um ganho excepcional deste ou um ônus anormal para o consumidor. Ressaltamos que esta demonstração há de ser objetiva, ou seja, evidenciada na manifestação concreta do contrato ou conduta, a qual, na maioria das vezes, se dá pelo preço (e pela sua elevação).

Deverá também restar caracterizada a quebra da expectativa do consumidor em relação à proporcionalidade das prestações, como medida de aferição da desproporção da obrigação.

1.2 ABUSIVIDADE NA FORMAÇÃO OU ELEVAÇÃO DE PREÇOS.

O inciso X do artigo 39 do CDC prescreve que é uma conduta abusiva a elevação de preços pelos fornecedores, sem justa causa (BRASIL, 1990).

Este inciso tem sido utilizado como base na repressão à concessão de descontos para pagamento em espécie, sob a justificativa que o desconto para o pagamento em espécie, significa, a contrário senso, a elevação do preço para quem paga utilizando o cartão de crédito.

Por isso, é essencial entender a lógica deste inciso, a qual nos parece apontar em sentido diverso, senão vejamos.

Inicialmente, temos que atentar que o referido inciso foi incluído no Código de Defesa do Consumidor pela Lei 8.884, de 11 de junho de 1994, a qual “dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica” (BRASIL, 1994), também chamada de lei antitruste, a qual também regulava o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).³⁹

Sendo assim, parece-nos que o referido inciso X, do artigo 39 do CDC visa, primordialmente, reprimir elevações de preço praticadas por fornecedores em situação de dominação ou controle de mercados, tais como monopólio, oligopólio e cartéis.

Também, esse dispositivo é aplicado em casos de escassez de produtos, decorrentes de calamidade ou desastres naturais, como, por exemplo, no caso de um fornecedor que triplica o preço de material de construção após um desastre que destrua grande parte dos imóveis da cidade.

Veja-se que neste exemplo não há, a princípio, um abuso de posição dominante de mercado pelo fornecedor, mas há, por outro lado, a elevação excessiva e desproporcional do preço, caracterizando-se assim a abusividade pela desproporção, como já vimos.

³⁹ A Lei nº 8.884/94 foi quase que totalmente revogada pela Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, que passou a regular o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, entretanto, o dispositivo aqui analisado continua vigente.

Necessário ponderar que, para os economistas, a noção de “justa causa” para elevação de preços é fortemente rechaçada, dado que o preço pode flutuar de acordo com a simples alteração da oferta e da demanda (PFEIFFER, 2009, p. 213).

Com a interpretação mais ampla, Antônio Herman Benjamin, analisa o dispositivo pelo fundamento da elevação do preço, de forma que o fornecedor precisa justificar os aumentos, para que estes não sejam abusivos, arbitrários ou leoninos, exemplificando que numa situação de estabilidade, a elevação do preço superior ao índice inflacionário cria uma presunção relativa de abusividade (BENJAMIN, BESSA, MARQUES, 2009, p. 228).

Desta forma, parece-nos que este inciso do CDC está ligado a uma elevação substantiva do preço, a qual se apoia em uma situação de prevalência do fornecedor (posição dominante) ou de necessidade do consumidor (seja pela existência de um contrato cativo ou pela necessidade do bem).

Concordando com este entendimento, Roberto Pfeiffer pondera que:

Reveste-se de enorme importância o estabelecimento de parâmetros para a caracterização da figura da elevação sem justa causa do preço, uma vez que a lógica de fixação de preços é muito complexa, nem sempre tendo relação com abusos. Por exemplo, pode decorrer simplesmente de um aumento da procura ou de uma queda na produção (restrição da oferta). Consequentemente, parece ser mais seguro relacionar a elevação sem justa causa com a prática de abuso de poder econômico, sendo, assim, importante analisar os requisitos estabelecidos no artigo 21, parágrafo único da Lei nº 8.884/94 (PFEIFFER, 2009, p. 214).⁴⁰

Já Bruno Miragem (2016), não obstante reconheça a proximidade entre as disposições legais (defesa da concorrência e defesa do consumidor), pontua que a disposição do CDC não depende de um abuso de posição dominante de mercado, posto que pode ocorrer no abuso da liberdade negocial do fornecedor, “segundo a dogmática própria das práticas abusivas na legislação de defesa do consumidor”, ponderando ainda que, por outro lado, existirão aumentos excessivos que não serão abusivos, acaso exista justa causa.

⁴⁰ Essa disposição de Lei nº 8.884/94 citada pelo referido autor foi revogada, também, pela Lei nº 12.529/2011, a qual substituiu a infração de aumento de preços sem justa causa pela polêmica vedação ao aumento arbitrário de lucros, artigo 36, III, da referida Lei.

Ainda, acrescenta o autor que o abuso na elevação do preço sem justa causa, normalmente é acompanhado pela deslealdade do fornecedor com o consumidor, seja pela dissimulação, utilizando-se uma justificativa válida, mas excedendo-a na quantificação, seja pelo aproveitamento da posição de vulnerabilidade ou catividade do consumidor (MIRAGEM, 2016).

Diante destes argumentos, parece-nos que o inciso X do artigo 39, do Código de Defesa do Consumidor deve ser aplicado nos casos em que o fornecedor se vale de uma posição dominante frente ao consumidor (seja pelo domínio do mercado ou pela vulnerabilidade) para impingir a este preço que destoa da média do mercado ou aumento com falsa justificativa.

1.3 ABUSIVIDADE NA DISCRIMINAÇÃO ENTRE CONSUMIDORES

Outro fundamento que tem sido levantado para a proibição da diferenciação de preços nos pagamentos com cartão de crédito são os incisos X e XI do artigo 36 da Lei 12.529/11, os quais prescrevem, respectivamente que:

X – Discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços.

XI - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais (BRASIL, 2011).

Com redação similar, também são invocados os incisos II e IX do artigo 39 do Código de Defesa do Consumidor:

II - recusar atendimento às demandas dos consumidores, na exata medida de suas disponibilidades de estoque, e, ainda, de conformidade com os usos e costumes;

IX - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, diretamente a quem se disponha a adquiri-los mediante pronto pagamento, ressalvados os casos de intermediação regulados em leis especiais; (Redação dada pela Lei nº 8.884, de 11.6.1994) (BRASIL, 1980).

Novamente, vemos dispositivos da defesa da concorrência trazidos para a defesa do consumidor. É lógico que esses dois ramos do direito se conectam e

devem ser interpretados conjuntamente, até certo ponto, inclusive pela similitude das redações transcritas.

Entretanto, da redação dos dispositivos transcritos, o que nos transparece é o impedimento aos fornecedores de discriminar os consumidores, ou seja, o fornecedor deverá atender igualmente os seus clientes, não podendo diferenciá-los, salvo sob aspectos objetivos.

Neste sentido, se dois consumidores se propõem a adquirir a mesma mercadoria com a mesma forma de pagamento, não pode o fornecedor impor preços diferenciados, por inexistir aspecto objetivo de diferenciação.

Com o mesmo entendimento, Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer sintetiza:

O que se visa a evitar é a discriminação, ou seja, que o fornecedor se recuse a vender a um determinado consumidor (em razão de uma antipatia ou desavença) ou a uma categoria de consumidores (por exemplo, para prestigiar clientes habituais em detrimento de um consumidor eventual) (PFEIFFER, 2009, p. 195).

Para esclarecer, o citado autor ainda complementa que, por exemplo, se o fornecedor se propõe a aceitar o pagamento a prazo, para recusar tal concessão a algum consumidor, deverá explicitar as razões para tal de forma objetiva (PFEIFFER, 2009, p. 196).

Por outro lado, se um consumidor propõe o pagamento em espécie e o outro o pagamento em cartão de crédito, parece-nos clara a diferença entre estes dado que as formas de pagamento são distintas, por mais que se queira dizer que se assemelham.

Neste ponto, será crucial entender se o pagamento através de cartão de crédito é ou não diferente do pagamento em espécie e em que medida esta distinção pode ser utilizada pelo fornecedor, o que faremos no próximo capítulo.

Por outro lado, parece-nos que, se consideradas formas de pagamento iguais, correta é a utilização dos incisos X e XI da supracitada lei de defesa da concorrência e os II e IX do CDC para impedir a prática de diferenciar o preço ou conceder

desconto, posto que estar-se-ia dando condições distintas para consumidores em situação igual.

2 A FORMAÇÃO DO PREÇO PELO FORNECEDOR

Conforme já advertimos, não será objeto deste tópico analisar as teorias existentes sobre a formação do preço e suas oscilações, posto que matéria por demais extensa e complexa, merecedora de um estudo exclusivo para tanto, queremos, entretanto, entender, em linhas gerais, como se forma o preço final para o consumidor e como os custos do fornecedor influenciam nesta formação.

De início, é necessário pontuar, como informam BALDÃO e ROCHA (2012), que a formação de preços tem vasta literatura voltada para a indústria, carecendo de uma maior bibliografia para o segmento varejista⁴¹.

Ainda assim, dentre a maior parte dos que se debruçam sobre o tema, existe uma concordância de que, na formação do preço do varejo, dois métodos são os principais: o financeiro ou de custos (que se baseia no cálculo do preço pelos custos do fornecedor) e o mercadológico (que se baseia no reflexo que o preço causa nos clientes, seja pelo valor percebido pelos clientes ou pela concorrência) (ABREU *et all*, 2006).

Com relação ao método financeiro, este se caracteriza pela aplicação, sobre o preço de custo de uma dada mercadoria, de um marcador (*mark-up*), que determina o preço de venda. Esta taxa de marcação já considera, de uma forma proporcional⁴² os custos sobre a venda (impostos), bem como custos fixos (aluguel, funcionários) e a margem de lucro (SPERLING, 2008).

Já o método mercadológico tem por base a fixação do preço a partir da análise de qual o valor que o cliente atribui àquela mercadoria, bem como comparando o quanto praticado pela concorrência (ABREU *et all*, 2006).

⁴¹ Esses mesmos autores definem o comércio varejista como aquele que se destina ao consumidor final, ou seja, especificamente os consumidores agasalhados pelo Código de Defesa do Consumidor, objeto deste estudo.

⁴² O *mark-up* de cada produto é diferente, variando de acordo com a atratividade do mesmo para o consumidor e seu valor agregado, o que resulta na margem de contribuição de cada mercadoria (BALDÃO e ROCHA, 2012).

Ocorre que, utilizados com exclusividade, cada método tem uma fragilidade por excluir o outro, por isso, WERNKE (2005, p.47) pondera a necessidade de mesclar os dois métodos, podendo assim o comerciante saber, pelo *mark-up*, qual o preço mínimo que pode vender sem prejuízo e pelo mercadológico qual o preço que torna o seu produto competitivo.

Vemos assim, que a base da precificação pelo fornecedor são os seus custos. Exemplificando quais custos entram na composição do *mark-up*, WERNKE (2005, p. 53), inclui a “taxa cobrada pela administradora do cartão de crédito nas vendas com essa ferramenta”.

Sendo assim, ainda que nem todas as vendas sejam realizadas com o cartão de crédito, o fornecedor, ao elaborar a sua marcação, deverá diluir no preço de todos os clientes, os custos referentes às taxas que pagar nas vendas em que efetivamente forem utilizados cartões de crédito.

Frise-se que o *mark-up* é uma metodologia de precificação típica do varejo, ou seja, que considera todos os consumidores como iguais, estipulando um preço único para todos eles.

Por isso, por mais que a ideia de o fornecedor repassar os custos da sua atividade para o consumidor seja rechaçada por alguns, na prática, isso sempre acontece, pois, a precificação impescinde de agregar as despesas (como um todo) dos custos do fornecedor ao preço.

Entretanto, adverte Bruno Miragem que:

Isso não significa que o fornecedor deva ser mero repassador de custos. A rigor, seu propósito racional deverá ser sempre o de oferecer produtos e serviços de qualidade com preços competitivos, vale dizer, que tenha aptidão para atrair o consumidor (MIRAGEM, 2016).

Ainda pondera o referido autor que, nosso sistema econômico é, constitucionalmente, fundado na livre iniciativa e defesa da concorrência, de modo que os fornecedores têm liberdade para gerenciarem seus negócios, ressalvadas as exceções previstas em lei.

Por outro lado, como veremos adiante, toda vez que a legislação impõe mais um custo ao fornecedor, este imediatamente os repassa aos consumidores, sendo que, no caso da vedação ao sobrepreço nas vendas com cartão, esse repasse será feito a todos os consumidores, em benefício daqueles que usam cartão.

Pelo exposto, resta claro que ao formular os seus preços, o fornecedor já inclui neles todos os custos da atividade, inclusive os provenientes de taxas de administradoras de cartão de crédito, não havendo, para o consumidor, como afastar esse repasse, senão através de concessão de descontos quando do pagamento sem cartão de crédito.

2.1 O CARTÃO DE CRÉDITO COMO MEIO DE PAGAMENTO

O cartão de crédito é hoje um dos meios de pagamento mais utilizados no mercado de consumo. Segundo relatório do Banco Central, foram 3,3 bilhões de transações em 2010, para 175,4 milhões de cartões ativos (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2011, p. 7). Sua segurança e praticidade fizeram-no desbancar o cheque, que hoje é de rara aceitação no mercado varejista.

É difícil formular um conceito exato do que seja o cartão de crédito, mas a noção de defini-lo como um conjunto de contratos ou sistema operacional parece-nos mais adequada. Desta forma, tem-se entendido o cartão de crédito como um sistema operacional que pretende captar uma clientela, pela oferta de facilitação, segurança e desregulamentação do crédito nessa clientela (AVELAR, 2014).

Com entendimento similar, Gerson Branco (1998, p. 78) sustenta que tentar entender o conjunto das relações de forma separada torna o entendimento impreciso, em razão da interdependência que existe entre os contratos, de forma que a melhor noção é a de sistema.

Dessa forma, fica mais fácil perceber que, em verdade, o contrato de cartão de crédito encerra de três a quatro relações jurídicas, quais sejam: a relação do fornecedor que se afilia; a relação do consumidor que porta o cartão; a relação da administradora de cartão com a instituição financeira e, a relação que fecha o ciclo, o contrato entre fornecedor e consumidor.

Na relação com o fornecedor, a administradora se compromete a honrar com as compras efetuadas pelos consumidores portadores dos cartões, desde que verificada a regularidade das operações. É de se ressaltar que a compra será paga no prazo de 30 dias ao fornecedor (salvo se for parcelada, o que implica em recebimento parcelado), independentemente do pagamento do consumidor.

Desta forma, o risco do fornecedor afiliado passa a ser apenas o de fraude no uso do cartão, sendo que mesmo esse risco tem sido mitigado pelas administradoras com o uso de novas soluções de segurança (senhas, cartões com chip).

Por esta afiliação, os fornecedores pagam um valor fixo pelo aluguel do equipamento destinado à realização das transações e mais um percentual sobre cada compra, este de 2,84% em média (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2011, p. 7).

Na relação com o consumidor, a administradora concede àquele um limite crédito rotativo pré-aprovado, com o qual se pode efetuar compras nos fornecedores afiliados, sendo determinado um dia específico para o pagamento das compras (data de vencimento da fatura). Com isso, o consumidor tem, além da praticidade e segurança de não portar dinheiro, a possibilidade de organizar seus gastos, pagando-os sempre na data que lhe for mais interessante.

É importante ressaltar que o consumidor ainda tem a possibilidade de não efetuar o pagamento total da fatura na data aprazada, desde que efetue, ao menos, o pagamento de um determinado percentual (valor mínimo), sendo que o restante do valor devido é financiado por meio de um crédito também rotativo, para pagamento na próxima fatura.

É nesta última transação que pode se inserir a instituição financeira⁴³, concedendo este crédito rotativo, o qual, usualmente, tem as maiores taxas de juros do sistema financeiro.

⁴³ Em verdade, no Brasil, os Bancos tornaram o sistema ainda mais complexo, pois dividiram as atividades da administradora, gerando uma entidade responsável só pela emissão dos cartões (emissoras); outra pelo gerenciamento do uso e pagamento dos fornecedores (credenciadora); e outra responsável pela regulação do negócio, sendo também detentora da marca (bandeira) (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2011, p. 8). Segundo

Pelo direito ao uso do cartão, o consumidor paga um valor de anuidade, a qual normalmente é cobrada mensalmente, e os juros se utilizar da prerrogativa de pagamento inferior ao devido⁴⁴.

A consolidação desse emaranhado de relações em um sistema relativamente simples e que permite a utilização do crédito pelos portadores de cartão sem dificuldade e com segurança para os fornecedores, parece-nos ser o motivo do sucesso desta ferramenta, dado que no nosso sistema econômico, a facilitação da circulação da riqueza é sempre bem vista, posto que aumenta a eficiência do sistema como um todo.

A relação contratual que se estabelece entre a administradora e os estabelecimentos fornecedores é tipicamente empresarial/comercial, prevalecendo, assim, a autonomia da vontade contratual.

Neste particular é importante ressaltar que as administradoras incluem em seu contrato de afiliação que os estabelecimentos fornecedores deverão oferecer seus produtos e serviços pelo mesmo preço aos clientes que pagarem com cartão de crédito e em espécie. Neste sentido é, por exemplo, a Cláusula 8ª do Contrato de Credenciamento da Cielo, que prescreve que “o cliente se obriga a praticar as mesmas condições em todas as transações que realizar, independentemente do meio de pagamento” (CIELO, 2013).

Não obstante essa cláusula ser, a princípio, válida na relação contratual entre administradoras e estabelecimentos, poder-se-á questionar a eficácia da mesma com relação aos consumidores, dada a existência de um sistema contratual (ou cadeia de fornecimento).

Neste sentido, seria possível obrigar o fornecedor a não diferenciar o preço, pois seu contrato de afiliação assim estabelece e pode o consumidor pedir a

Gerson Branco, essa subdivisão criada visa evadir o mercado da regulação do Banco Central, pois se uma mesma companhia fizesse todas as atividades, acabaria enquadrada como instituição financeira e, assim, sujeita a todos os regulamentos e fiscalização do Banco Central (BRANCO, 1998, p. 79).

⁴⁴ Vale ressaltar que muitas operadoras de cartão oferecem outras vantagens aos consumidores, tais como programas de recompensa ou isenções na anuidade, o que não nos cabe detalhar, no momento, para manter a atenção ao escopo do estudo.

execução específica, ainda que não tenha sido parte direta neste contrato, mas é por ele diretamente afetado quando da relação consumo com o fornecedor e com a administradora de cartão de crédito.

Com essa linha de raciocínio, pondera Daniel de Avelar (2014) que o entendimento em contrário fere o quanto prescrito no Código de Defesa do Consumidor: “Esse tipo de disposição rompe com as ligações internas do sistema contratual do cartão de crédito, isolando as relações particulares como se as mesmas fossem autônomas e não interligadas”.

Entretanto, como veremos adiante, não obstante seja possível aplicar essa cláusula de vedação ao sobrepreço, ela não deverá ser imposta, pois violaria direitos básicos do consumidor, especialmente da igualdade, além da função social do contrato.

Ainda no tocante às relações entre administradora e fornecedor afiliado, é importante destacar que existe previsão contratual, na maioria dos contratos, de que em caso de fraude no uso do cartão, as compras registradas pelo fornecedor não serão pagas pela administradora. Esse ponto mitiga um pouco a segurança desse meio de pagamento, mas tem sido remediada com todas as medidas de segurança adotadas (uso de senha, inclusão de *chip* no cartão, dentre outras) (CIELO, 2013).

Já nas relações entre consumidor e administradora, bem como com o fornecedor afiliado, é pacífica a incidência do Código de Defesa do Consumidor.

No que tange à realidade do mercado de cartões de crédito, vemos que este se caracteriza por uma concentração entre as três maiores instituições financeiras do país, o que tem determinado também uma falta de competitividade no setor, bem como a não redução dos custos. Veja-se que Bradesco, Banco do Brasil e Itaú detêm, juntos, o controle da Cielo e da Redecard, que respondem por mais de 80% do mercado, segundo relatório do Banco Central sobre o tema (2011, p. 8).

Além disso, da forma como o sistema funciona, parece-nos que não há como entender a venda com cartão de crédito como à vista, dado que a conclusão do negócio fica condicionada à verificação de regularidade pela administradora, a qual

ocorre à *posteriori*, bem como visto que o efetivo recebimento do valor pelo fornecedor só ocorre 30 (trinta) dias após a compra.

Neste sentido é o entendimento de Fran Martins (1976, p. 168), segundo o qual a venda à vista se caracteriza pelo recebimento da contraprestação no momento da tradição do produto, o que não ocorre no caso do cartão de crédito, no qual o efetivo recebimento pelo fornecedor só ocorre trinta dias depois da tradição.

Ainda acrescenta o referido autor que a própria gênese dos cartões de crédito se deu para possibilitar que ocorressem transações comerciais presentes com pagamentos futuros, as quais seriam garantidas pela administradora (MARTINS, 1976, p. 209).

Como já pontuamos no subitem anterior, este prazo para recebimento dos valores, para o fornecedor, representa um custo, qual seja o custo de não dispor do capital, já tendo realizado a venda, o qual se soma com os valores cobrados pelas administradoras (aluguel e percentual sobre as transações).

Pode parecer que estes custos são pequenos e não representam grande quantia quando divididos por todos os consumidores, porém o relatório do Banco Central sobre a Indústria de Cartões de Crédito estima uma transferência de renda anual de R\$ 3,7 bilhões de reais para os usuários de cartões coletivamente (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2011, p. 74).

Analisando individualmente, a transferência de renda é ainda mais alarmante, pois demonstra que os usuários de cartão recebem um subsídio de R\$ 194,00 (cento e noventa e quatro reais) anuais dos consumidores que utilizam outros meios de pagamento (estes arcam, individualmente, com R\$ 97,00). Ainda, considerando-se apenas as famílias de alta renda portadoras de cartão de crédito, o benefício recebido é de R\$ 301,00 (trezentos e um reais) anuais (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2011, p. 74).

Segundo o citado relatório, esse subsídio cruzado, que é a transferência dos custos das transações com cartão de crédito para todo o mercado, faz com que pessoas que não utilizam esse meio de pagamento arquem com os custos dele,

posto que estes estão diluídos em todos os preços pela impossibilidade de diferenciação (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2011, p. 64).

Segundo os economistas, o cartão de crédito é um meio de pagamento que tem uma eficiência diferente do pagamento em dinheiro ou em cheque. Desta forma, se a legislação iguala os preços entre todos os meios de pagamento, o custo dessa diferença de eficiência haverá de ser diluído para todos os consumidores.

Analisando a questão por outro ângulo, mas também com enfoque no preço final ao consumidor, Marcos Jorge e Wilfredo Maldonado (2013), utilizando modelos econômicos, demonstram que comparando dois cenários ideais hipotéticos em que um não permite o sobrepreço e outro permite, no cenário em que se permite, o preço médio das mercadorias é menor.

Diante disso, resta demonstrado que, ao permitir a diferenciação de preços permite-se que o fornecedor repasse ao consumidor o efetivo preço da transação, contrariando as suposições de que os fornecedores apenas criariam um preço maior (do que os atuais) para os cartões de crédito com a liberação do sobrepreço.

Assim, parece-nos que, em verdade, quem se beneficia da impossibilidade da diferenciação dos preços nos pagamentos com cartão de crédito são as administradoras, as quais podem vender os seus serviços, equiparando-os ao uso do dinheiro (o que é uma grande vantagem competitiva).

3 ANÁLISE DE DECISÕES JUDICIAIS SOBRE O TEMA

Para ficar ainda mais clara a controvérsia no tema, entendemos interessante analisar três decisões do Superior Tribunal de Justiça que explicitam bem os argumentos sobre o tema. As decisões foram escolhidas como exemplificativas do posicionamento do tribunal, que já foi em um sentido e, mais recentemente, reverteu-se, desta forma existem outras decisões com posicionamentos similares.

A primeira é o Agravo Regimental no Recurso Especial (AgRg no REsp) nº 1.181.256-AL, relatado pelo Ministro Humberto Martins (BRASIL, 2010). Nessa decisão, o Superior Tribunal de Justiça adotou a tese da livre iniciativa e autonomia

privada e decidiu pela inexistência de ilegalidade na diferenciação de preços para venda com cartão de crédito.

O caso concreto tratava-se de discussão entre o Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo do Estado de Alagoas contra o Estado de Alagoas, na qual aquele procurava assegurar-se da possibilidade de diferenciar preços entre compras com cartão de crédito, impedindo este de aplicar sanções em razão de tal diferenciação.

Nas instâncias ordinárias foi reconhecida a abusividade da prática, indeferindo-se o pleito do Sindicato.

Entretanto, como já pontuado, o Ministro Relator conheceu e deu provimento ao recurso, deferindo a tutela ao Sindicato, argumentando que:

Não seria possível, pois, sem a existência de norma que proíba a majoração do preço de mercadoria nas vendas com cartão, aplicar multa ao comerciante que fizer tal diferenciação do valor à vista, pois "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" (art. 5º, II, da Constituição).

(...)

Assim, descabe aplicar sanção ao comerciante que majorou o preço da mercadoria para a transação realizada com cartão de crédito em relação ao preço à vista, ante a inexistência de lei que proíba essa diferenciação (BRASIL, 2010).

Vale ressaltar que, além da liberdade negocial, o Ministro também ponderou que o pagamento com cartão de crédito é pagamento a prazo.

Trazemos essa decisão como exemplo, pois a mesma representava o entendimento dominante do Superior Tribunal de Justiça à época, logo admitindo-se a diferenciação do preço. Neste sentido são estas decisões do Superior Tribunal de Justiça: REsp 827.1200J, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 18.5.2006, DJ 29.5.2006, p. 223; REsp 229.586ISE, Rel. Min. Garcia Vieira, DJ 21.2.2000.

Entretanto, julgando o Recurso Especial nº 1.133.410/RS, o relator, Ministro Massami Uyeda, firmou um entendimento relevante.

Na questão fática, o recurso tratava de uma ação coletiva promovida pelo Ministério Público contra uma rede de postos de combustíveis, na qual se pedia que não fosse permitida a diferenciação de preços entre pagamentos em espécie e com cartão de crédito.

Julgando o recurso, o Ministro (BRASIL, 2010), que foi acompanhado por unanimidade, entendeu que o pagamento com o cartão de crédito gera a quitação imediata da obrigação, caracterizando-se assim como cessão de crédito *pro soluto*⁴⁵. Sendo assim, é pagamento à vista e por isso não poderá ser diferenciado do pagamento em espécie.

Ainda ponderou o Ministro que, quando o fornecedor recebe uma transação, a administradora de cartão de crédito assume todos os riscos (de fraude e inadimplemento), de forma que inexistente incerteza ao fornecedor sobre o recebimento.

Noutro giro, o Ministro pontuou que o fornecedor não é obrigado a aceitar o cartão de crédito como meio de pagamento, de forma que, quando o faz, auferir as vantagens e clientela que este traz, devendo assim também arcar com os ônus e não os repassar ao consumidor (BRASIL, 2010).

Vemos assim que o Ministro fundou sua decisão em dois sólidos pilares, quais sejam: a escolha dos meios de pagamento é direito do fornecedor e o cartão de crédito é pagamento à vista.

Ocorre que essa decisão passou a nortear os julgados do Superior Tribunal de Justiça que a sucederam, inclusive o REsp nº 1.479.039/MG, o qual foi relatado pelo Ministro Humberto Martins, tendo o mesmo revisto o seu posicionamento anterior e julgado abusiva a diferenciação de preços para pagamentos com cartão de crédito (BRASIL, 2014).

⁴⁵ Segundo a lição de Orlando Gomes, existem duas modalidades de cessão de crédito, no aspecto da garantia de solvência, a *cessio pro soluto* e a *cessio pro solvendo*. Na primeira, o cedente garante apenas a existência do crédito, sem responsabilizar-se pela solvência do devedor; enquanto que na segunda obriga-se a pagar caso o devedor seja insolvente (GOMES, 2006, p. 246).

Há de se ressaltar que já houve tentativa anterior de suscitar a divergência, que ocorreu nos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.181.256/AL, o qual acabou não conhecido, pois os Ministros entenderam que as circunstâncias de fato não autorizavam a divergência.

Em suma, o caso do processo tratava de multa aplicada pelo Procon de Alagoas por diferenciação de preços para pagamento com cartão de crédito, enquanto que o paradigma foi o já mencionado Recurso Especial 1.133.410/RS, no qual se discutia a legalidade desta conduta frente aos consumidores (BRASIL, 2012).

Não obstante a igualdade do direito discutido, os Ministros entenderam que, pelas diferenças apontadas nos casos concretos, descaberia a divergência, do que discordaram os Ministros Massami Uyeda e Arnaldo Esteves Lima (BRASIL, 2012).

Também concordamos que o Superior Tribunal, no caso, perdeu a oportunidade de melhor pacificar o tema, em um julgamento de Sessão, de forma a estabilizar a matéria.

Pelo exposto, parece-nos que a tendência do Superior Tribunal de Justiça é firmar a posição pela existência de abusividade na diferenciação de preços para pagamentos com cartão de crédito, fundando-se, primordialmente, na caracterização do pagamento com cartão de crédito como pagamento à vista.

4 INEXISTÊNCIA DE PRÁTICA ABUSIVA NA DIFERENCIAÇÃO DE PREÇOS PARA PAGAMENTOS COM CARTÃO DE CRÉDITO

Diante de tudo o que analisamos, resta claro que a vedação à diferenciação dos preços para pagamentos com cartão de crédito funda-se em três principais premissas: impossibilidade de imposição dos custos e riscos ao consumidor, aferição de vantagem excessiva pelo fornecedor e equiparação do cartão de crédito ao pagamento à vista.

Com relação à impossibilidade de imposição dos custos e riscos ao consumidor, tal premissa se mostra equivocada, posto que este é o mote do nosso sistema econômico.

Como vimos, os fornecedores, para formarem seus preços, têm como pedra fundamental a análise de custos e ponderação dos mesmos na elaboração do *mark up*. Sendo assim, se a aceitação dos cartões de crédito gera custo, este estará inserido na marcação.

Poder-se-á ponderar que o fornecedor não é obrigado a aceitar todos os meios de pagamento, exceto dinheiro, porém, nesta hipótese, somente os fornecedores que não aceitem cartão de crédito poderão reduzir seus preços, mantendo-se a já demonstrada transferência de renda e beneficiando-se, injustamente, aqueles consumidores que utilizam o cartão de crédito e, principalmente, os de mais alta renda.

Vale lembrar que, em dezembro de 2010, existiam 87,9 milhões de cartões de crédito ativos, com 3,3 bilhões de transações (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2011, p. 7), o que representa uma fatia significativa de consumidores que atraem o interesse de todos os fornecedores.

Por isso, se a legislação impede que o fornecedor repasse o custo apenas aos consumidores que utilizarão o cartão, aquele será repassado a todos os consumidores, logicamente de forma mais diluída, mas implicando no subsídio cruzado.

Quanto à vantagem exagerada, também a mesma não tem se mostrado tão desproporcional.

Isto porque, o que se tem visto, na diferenciação de preços, é uma diferença de 3% a 5% (MARQUES, 2013), o que não pode ser considerado excessivo nem desproporcional. Devemos ponderar ainda que a diferenciação de preço não pode ser considerada desproporcional se fundada em justo motivo, como detalhamos supra.

Por isso, se a diferenciação atende à diferença média de custo entre o recebimento em espécie e o recebimento por cartão, sendo que este não só implica na taxa cobrada pela administradora, mas também a espera pelo efetivo recebimento dos recursos, não haveria desproporção ou excessividade.

Noutro giro, caso algum fornecedor comece a diferenciar excessivamente os preços, poderá a Justiça ser instada a analisar o caso e, demonstrada a desproporção, aplicar as sanções cabíveis.

É o caso, por exemplo, do fornecedor que oferece desconto para pagamento em espécie desde que o cliente não exija a nota fiscal, concedendo assim descontos superiores a 10%. Neste caso, além de estar cometendo uma infração penal e incluindo o consumidor nesta prática, o fornecedor estará auferindo vantagem excessiva, posto que calcada em ilícito contra o mercado de consumo e a arrecadação do Estado.

Quanto ao último argumento, da equiparação do cartão de crédito ao pagamento à vista, também nos parece descabido, não obstante as opiniões ao revés.

Neste sentido, defendendo a classificação do cartão de crédito como pagamento à vista, Daniel de Avelar, fundando-se nos argumentos de Nelson Abraão e Reynaldo Daiuto, afirma que a diferenciação de preços é abusiva, pois, pelo cartão de crédito, o fornecedor tem a segurança do recebimento e confere imediata quitação ao consumidor (AVELAR, 2014).

Não obstante o quanto citado, não podemos concordar, pois, como já vimos, o fornecedor não confere quitação imediata ao consumidor, a qual fica condicionada à confirmação de autenticidade da compra pela administradora, condição esta que também pode mitigar a segurança do recebimento.

Além disso, somente após 30 (trinta) dias da venda é que o fornecedor será pago pela compra efetuada, o que não se pode entender como pagamento à vista. Ressalte-se que o próprio consumidor também não precisa fazer a quitação imediata da compra realizada, a qual fica diferida para a data contratual (data da fatura).

Cabe lembrar que o argumento de que a utilização do cartão de crédito encerraria uma cessão de crédito *pro soluto*, não o descaracteriza como pagamento a prazo, pois na referida cessão não ocorre o efetivo recebimento pelo fornecedor.

Como já pontuamos, o pagamento à vista depende do recebimento da quantia pelo vendedor quando da tradição do bem objeto da obrigação.

Pelo exposto, não temos como entender o pagamento com cartão de crédito como à vista, o que afasta a ideia de discriminação entre consumidores em iguais condições.

Sendo assim, parece-nos que, com base no Código de Defesa do Consumidor, não temos como caracterizar como abusiva a diferenciação de preços para pagamentos com cartão de crédito, desde que essa diferenciação esteja dentro dos patamares correspondentes ao custo agregado do uso deste meio de pagamento.

Por outro lado, ainda está em vigor a Portaria nº 118/94 do Ministério da Fazenda, a qual dispõe no seu artigo 1º, parágrafo primeiro, inciso I, a qual dispõe que não poderá haver diferença de preço para pagamentos com cartão de crédito (BRASIL, 1994).

Ocorre que essa portaria tem duas peculiaridades que precisam ser bem analisadas.

A primeira é que a mesma foi editada na época de estabilização da economia, após longo período de hiperinflação. Desta forma, era importante manter a estabilidade de preços no tempo para evitar nova ciranda inflacionária.

Por isso, mesmo nos 30 dias de prazo para recebimento do valor pelo fornecedor poderia haver grande ágio e, com isso, pressão inflacionária.

Neste sentido a própria ementa da portaria esclarece que a mesma se refere aos tempos de busca do equilíbrio econômico, ao ter em seu título que “Dispõe sobre a emissão de carnês, duplicatas e faturas, inclusive as emitidas por administradora de cartão de crédito, em URV” (BRASIL, 1994).

Vemos assim que a portaria tinha a finalidade precípua de regular aqueles tempos de utilização da URV e preocupação inflacionária.

Em segundo plano, temos que ponderar que a referida portaria limita diretamente o regime de preços do mercado, o que só se pode admitir em situações excepcionais dentro da ordem econômica constitucional vigente, conforme artigos 170, 172, 173 e 174 da Constituição (BRASIL, 1988).

Neste sentido, a lei é clara ao dispor que o Estado só intervirá nos preços da economia para resguardar a livre concorrência ou para remediar situações extremas como graves racionamentos. Temos também alguns mercados regulados estratégicos nos quais o preço é ditado pelo Estado.

Não obstante as exceções trazidas, a regulação do preço nas transações com cartão de crédito não se insere nas mesmas.

Diante do exposto, cremos que a mencionada Portaria nº 118 de 1994 do Ministério da Fazenda não pode ser aplicada nos dias de hoje por ferir tanto a Constituição quanto a legislação.

Neste espeque também é a disposição da nº 34 de 1989, do extinto Conselho Nacional de Defesa do Consumidor, que considerou irregular o sobrepreço nos pagamentos com cartão de crédito.

Ocorre que no próprio texto da resolução, também editada em época de elevada inflação, evidencia-se que, à época, o acréscimo praticado era de 20%, logo, realmente, elevado (BRASIL, 1989), o que não é a realidade dos dias atuais.

Neste sentido, já existe projeto de lei no Senado Federal, Projeto de Lei do Senado nº 492, de 2009, de autoria do senador Adelmir Santana, o qual tenciona incluir um parágrafo 2º ao artigo 39 do Código de Defesa do Consumidor, de forma a explicitar que não é abusiva a diferenciação de preços entre os pagamentos com cartão de crédito em relação ao preço à vista (SENADO FEDERAL, 2009).

Veja-se que pela proposição, restaria claro não só que a diferenciação é possível, mas também que o pagamento com cartão de crédito é diferente do à vista, posto que o próprio texto proposto evidencia esta diferença.

Em suas justificações, o autor do projeto de lei pontua bem o fato de que as vedações à diferenciação decorriam da instabilidade da economia brasileira na época em que tal entendimento se firmou, bem como que a manutenção desta vedação importa em prejuízos aos próprios consumidores (SENADO FEDERAL, 2009). Neste último aspecto, o relatório que analisamos supra do Banco Central parece comprovar estes prejuízos.

4.1. SOBREPREGO NAS COMPRAS COM CARTÃO DE CRÉDITO, FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO E LIBERDADE NEGOCIAL

Ao final, parece-nos que esta discussão sobre a possibilidade de diferenciar ou não o preço para pagamento com cartão de crédito esbarra no conflito entre liberdade negocial e dirigismo contratual.

O Código de Defesa do Consumidor é a mola mestra desse conflito, pois suas cláusulas permitem ampla atividade hermenêutica, possibilitando ao intérprete regular novas situações com a lei antiga.

Ainda, o Código de Defesa do Consumidor também estabelece direitos e limitações ao dirigismo, de forma que é uma lei da ponderação, que não visa oprimir os fornecedores.

Por outro lado, é normal que alguns entendimentos exagerados sejam extraídos do Código em face da sua versatilidade e mesmo dos direitos que ele tutela.

Ainda assim, não devemos esquecer da lição de Fábio Ulhøa (COELHO, 2005, p. 37-40), que nos lembra que o direito é um custo no mercado, devendo-se ponderar a legislação para não se reprimir a atividade produtiva.

Pondera o mencionado autor que não devemos dar primazia apenas a essa análise econômica do direito, fazendo apenas o que o mercado quer; porém não é

possível esquecer do mercado, sob pena de planificarmos a economia (COELHO, 2005, p. 42).

Por outro lado, seria possível concluir pela violação contratual nessa diferenciação de preço, se o contrato entre a administradora e o fornecedor proibir esta conduta.

Esta interpretação decorre da aplicação da noção de cadeia de consumo, na qual os contratos entre fornecedores vinculam não somente estes, mas também os consumidores, salvo no que tolherem direitos e garantias previstos na legislação.

Sendo assim, apesar de não ser uma prática abusiva, a diferenciação de preço para pagamento com cartão de crédito seria um ilícito contratual, ao qual o consumidor poderá se insurgir por meio de um processo judicial.

Ocorre que, como vimos, a proibição do sobrepreço nos pagamentos com cartão de crédito encerra na imposição do custo do serviço do cartão de crédito a consumidores que não utilizam essa ferramenta, especialmente os mais carentes.

Desta forma, essa disposição viola a função social do contrato, pois impõe à coletividade os custos de transações de uma parcela dos consumidores.

Neste sentido, Orlando Gomes já antecipava a função social do contrato, dado que este deixou de ser instrumento de mero exercício da autonomia privada, para ser efetivo gerador de riquezas e de regulação das relações sociais (GOMES, 1983, p. 108-109).

Ainda, acrescenta que o contrato não pode ser analisado apenas da perspectiva da relação entre os contratantes, pois se tornou “um instrumento que deve realizar também interesses da coletividade” (GOMES, 1983, p. 109).

Desta forma, dado que a vedação ao sobrepreço importa na imposição dos custos de um contrato a toda a coletividade, vemos que tal cláusula fere, frontalmente, a função social do contrato, impondo-se a nulidade da mesma. Ressaltamos que a função social do contrato tem fundamento legal expresso no artigo 421 do Código Civil (BRASIL, 2002).

Diante disso, parece-nos que a diferenciação de preços para pagamentos com cartão de crédito é uma necessidade no nosso mercado, seja para reduzir os preços dos bens, seja para melhorar a indústria financeira dos cartões de crédito.

No primeiro aspecto, o próprio mercado tem demonstrado, não obstante as reiteradas decisões em contrário, a necessidade e utilidade da diferenciação, como vemos com frequência em promoções de lojas, principalmente virtuais, que aplicam descontos para pagamentos em espécie, no caso da virtuais, pagamentos em boleto (a concessão do desconto nada mais é do que a diferenciação de preço pela via oblíqua).

Isto demonstra que mesmo com o risco da sanção administrativa, a diferenciação de preços é viável para os fornecedores.

No segundo aspecto, como já vimos a concorrência da indústria dos cartões de crédito ainda é tímida e, por isso, a possibilidade de diferenciação de preços pode reduzir o uso dessa ferramenta e gerar a necessidade de redução dos preços pelas administradoras.

Com este entendimento, abordando a questão de forma bastante simples e prática é o parecer da economista Ana Quitéria Nunes Martins (2014), que pondera ainda que, diante de projeções por ela analisadas, o preço médio praticado no equilíbrio com diferenciação de preços é menor que o preço único em um cenário de vedação ao sobrepreço.

Nesse sentido, devemos trazer o exemplo do Nubank (NUBANK, 2016), o qual parece que vai revirar esse mercado, pois está oferecendo seus serviços sem cobrar anuidade dos clientes e utilizando taxas de juros bem razoáveis (de 2,75% a 12% ao mês).

Sendo assim, com a melhora do mercado e redução dos custos das transações com os cartões de crédito, é possível que a diferenciação de preços se torne ínfima para os fornecedores e será mais fácil manter um só preço, posto que ter dois preços também gera custos ao fornecedor.

Neste cenário que vislumbramos para o futuro, em face de iniciativas como a do Nubank, é possível que a discussão aqui tratada se torne coisa do velho mundo, mas, por enquanto, parece-nos importante tratá-la e defender a tese da possibilidade de diferenciação, pois a vedação, ao nosso ver, está lesando os consumidores, notadamente os de baixa renda.

CONCLUSÕES

Como vimos neste estudo, a diferenciação de preços para pagamentos com cartão de crédito ainda é tema polêmico, não obstante exista uma forte tendência a reprimi-la, por parte dos órgãos de defesa do consumidor e da própria justiça.

Entretanto, como vimos, a imposição do preço único gera uma distorção no mercado, fazendo com que as pessoas que não utilizam o cartão de crédito, especialmente as mais pobres, tenham também que arcar com os custos das estruturas necessárias para o funcionamento deste meio de pagamento.

Neste sentido, a única vantagem dessa proibição seria para a indústria de cartão de crédito, que teria seu produto com o mesmo benefício do dinheiro.

Tal ponderação não somente demonstra a injustiça da proibição de diferenciar os preços, como o desacordo desta com o sistema de defesa do consumidor vigente e mesmo com os princípios da isonomia e função social do contrato.

Sendo assim, a diferenciação de preços não encerra vantagem exagerada ao fornecedor, pois a diferença está fundada em um custo que existe e é passível de aferição; nem é uma discriminação entre consumidores, dado que existe um fator de *descripen* a justificar a diferença de tratamento.

Por outro lado, não podemos igualar o cartão de crédito ao pagamento à vista, seja pelo prazo que fornecedor e consumidor têm para receber e efetuar o pagamento, seja pela intermediação existente no caso e sua possibilidade de frustração do recebimento, ainda que pequena.

Ainda, a noção de que o fornecedor não pode repassar os custos da sua atividade ao consumidor esbarra na prática do mercado e, se levada às últimas consequências, gera o emperramento da economia, pelo tolhimento da liberdade de iniciativa dos fornecedores.

Desta forma, não conseguimos caracterizar como prática abusiva a diferenciação dos preços para pagamento com cartão de crédito.

Com relação à cláusula contratual que veda a diferenciação dos preços, vimos que a mesma, ao gerar o subsídio cruzado, atenta contra a função social do contrato e, por isso, também merece ser reprimida do ordenamento jurídico.

Sendo assim, por tudo que vimos, parece-nos que ainda é mais salutar para o mercado e para os consumidores a permissão de se praticar preços distintos para pagamentos com cartão de crédito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Danielle Afonso de Abreu. **Formação de Preços no Varejo: Estudo de Caso em Belo Horizonte/MG.** Disponível em <http://www.aedb.br/seget/arquivos/artigos06/483_Formacao_precos_varejo.pdf>, acesso em 23/04/2016.

AVELAR, Daniel Duarte Costa de. **As Peculiaridades do Contrato de Cartão de Crédito.** Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/34862/as-peculiaridades-do-contrato-de-cartao-de-credito>>, acesso em 09/03/2016.

BALDÃO, Gabriela de Menezes; ROCHA, Francisco Hélio de Castro. **A Gestão de Custo e Formação de Preço no Comércio Varejista.** Disponível em <<http://www.administradores.com.br/producao-academica/a-gestao-de-custo-e-formacao-de-preco-no-comercio-varejista/4898/download/>>, acesso em 24/04/2016.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Relatório sobre a Indústria de Cartões de Pagamentos, Adendo Estatístico – 2010.** Disponível em <http://www.bcb.gov.br/htms/spb/Relatorio_Cartoes_Adendo_2010.pdf>, acesso em 11/04/2016.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Cláudia Lima. **Manual de Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **O Sistema Contratual do Cartão de Crédito**. São Paulo: Saraiva, 1998.

BRASIL. **Código Civil**, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>, acesso em 31/03/2016.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**, Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>, acesso em 31/03/2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>, acesso em 10/05/2016.

BRASIL. **Lei nº 8.884**, de 11 de Junho de 1994. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8884.htm#art39>, acesso em 03/04/2016.

BRASIL. **Lei nº 12.529**, de 30 de novembro de 2011. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>, acesso em 18/04/2016.

BRASIL. **Portaria nº 118**, de 11 de março de 1994, do Ministro de Estado da Fazenda. Disponível em <<http://www.mppi.mp.br/internet/attachments/Portaria%20n%C2%BA%20118-94%20do%20Ministerio%20da%20Fazenda.doc>>, acesso em 11/05/2016.

BRASIL. **Resolução nº 34**, de 05 de junho 1989, do Conselho Nacional de Defesa do Consumidor. Disponível em < <http://www.justica.gov.br/seus->

direitos/consumidor/a-defesa-do-consumidor-no-brasil/anexos/resolucao-no-34-de-05-de-maio-de-1989-dou-08-08-89-pagina-13.pdf>, acesso em 11/05/2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.181.256-AL**, Segunda Turma, Relator Ministro Humberto Martins, DJe 24/09/2010, disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201000297198&dt_publicacao=24/09/2010>, acesso em 29/04/2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.133.410-RS**, Terceira Turma, Relator Ministro Massami Uyeda, DJe 07/04/2010, disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200900652208&dt_publicacao=07/04/2010>, acesso em 29/04/2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.181.256-AL**, Corte Especial, Relator Ministro João Otávio de Noronha, DJe 31/08/2012, disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201001790618&dt_publicacao=31/08/2012>, acesso em 29/04/2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.479.039-MG**, Segunda Turma, Relator Ministro Humberto Martins, DJe 16/10/2015, disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201402231634&dt_publicacao=16/10/2015>, acesso em 29/04/2016.

CIELO S.A. **Contrato de Credenciamento ao Sistema Cielo**. Disponível em <https://www.cielo.com.br/wps/wcm/connect/88449592-56dc-4310-b2ce-da437e78b09a/Contrato_de_Credenciamento_Cielo.pdf?MOD=AJPERES&CONVERT_TO=url&CACHEID=88449592-56dc-4310-b2ce-da437e78b09a>, acesso em 05/05/2016.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de Direito Comercial**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. 1 vol.

CORDEIRO, Antônio Menezes. **Tratado de Direito Civil Português**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2011.

DA SILVA, Luís Renato Ferreira. **Princípios do Direito Contratual no Código de Defesa do Consumidor: Autonomia Privada e Boa-fé** in Contratos de Consumo e Atividade Econômica. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de; LOPEZ, Teresa Ancona (Coordenadores). São Paulo: Saraiva, 2009.

GOMES, Orlando. **Novos Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

JORGE, Marcos Valli; MALDONADO, Wilfredo Leiva. **Diferenciação de Preços e Custos de Menu nos Pagamentos com Cartão de Crédito**. Disponível em <<http://www.esaf.fazenda.gov.br/assuntos/premios/premios-1/premios/viii-premio-seae-de-monografias-edicao-2013/monografias-2013/1o-lugar-tema-2>>, acesso em 12/05/2016.

MARQUES, Marina. **Liberdade para Vender** in Revista Fercomércio DF. Disponível em <<http://www.fecomerciodf.com.br/?wpdmact=process&did=MjQ0MC5ob3RsaW5r>>, acesso em 10/05/2016.

MARTINS, Ana Quitéria Nunes. **Nota Técnica nº 22/2014 para o Ministério Público Federal**. Disponível em <http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_pdfs/Nota%20Tecnica%20no%2022%20-%202014%20-diferenciacaoprecos.pdf>, acesso em 12/05/2016.

MARTINS, Fran. **Cartões de Crédito**. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

MATOS, Eneas de Oliveira Matos. **Controle das Cláusulas Abusivas no Código de Defesa do Consumidor: um Exemplo de Dirigismo Contratual no Direito Positivo Brasileiro** in Contratos de Consumo e Atividade Econômica. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de; LOPEZ, Teresa Ancona (Coordenadores). São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRAGEM, Bruno. **Direito Protege Consumidor e Livre Concorrência de Aumentos Abusivos**. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2016-jan->

06/garantias-consumo-direito-protege-consumidor-livre-concorrencia-aumentos-abusivos>, acesso em 18/03/2016.

NUBANK, **Home Page**, disponível em <<https://www.nubank.com.br/>>, acesso em 12/05/2016.

NUNES, Rizzato. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2007.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Práticas Abusivas, Cobranças de Dívidas e Cadastros de Consumo**. *in* Contratos de Consumo e Atividade Econômica. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de; LOPEZ, Teresa Ancona (Coordenadores). São Paulo: Saraiva, 2009.

SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei nº 492, de 2009**, senador Adelmir Santana. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=68570&tp=1>>, acesso em 11/05/2016.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **A Nova Interpretação do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SPERLING, Eliane. **A influência da formação do preço de venda na micro e pequena empresa do comércio varejista nos relatórios gerenciais**. Disponível em <<http://rica.unibes.com.br/index.php/rica/article/viewFile/85/80>>, acesso em 26/04/2016.

WERNKE, Rodney. **Gestão de Custos: uma Abordagem Prática**. São Paulo: Atlas, 2001.

A ARBITRAGEM COMO FORMA DE SOLUÇÃO DOS CONFLITOS DOS CONSUMIDORES DE SERVIÇOS PÚBLICOS ESSENCIAIS

Joseph Antoine Tawil

RESUMO

O presente trabalho busca demonstrar a plausibilidade da utilização do instituto jurídico da arbitragem aos conflitos consumeristas, em especial às demandas que versam sobre a má prestação dos serviços públicos essenciais. Para tanto, serão abordados os aparentes conflitos normativos envolvendo a matéria, o papel das agências reguladoras, os projetos de lei atualmente em trâmite no congresso nacional e a forma com que países estrangeiros e a legislação alienígena tratam do tema. Ao final, serão expostos os argumentos e uma proposta para adequação do sistema atual de solução de conflitos, de modo a permitir a adoção da arbitragem também na seara consumerista, favorecendo, assim, não só o atendimento às demandas individuais dos cidadãos, mas também a desoneração dos usuários de serviços públicos e a redução do inchaço do poder judiciário.

PALAVRAS-CHAVE: Relação de Consumo – Serviços Públicos – Arbitragem – Conflito Normativo – Direito do Consumidor – Direito Comparado.

INTRODUÇÃO

Passado o ano de 2015, não obstante os alvissareiros indicativos de mudanças no curso da história política e econômica nacional, no âmbito jurídico, apresentou-se uma estatística nada inovadora, quiçá surpreendente, para os operadores do direito e a sociedade em geral, qual seja o fato de que, por mais um ano, as empresas concessionárias de serviços públicos figuraram nos primeiros lugares das listas de demandadas dos tribunais, ou, especificamente, dos sistemas dos juizados especiais cíveis.

Com efeito, apesar do alcance nacional do quanto acima afirmado, o presente trabalho, para fins de especificação e delimitação de estudo, se aterá às estatísticas advindas do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, local de atuação do autor.

Dito isto, tem-se que, no supracitado foro, em 2015, além das duas primeiras posições da lista de empresas mais demandadas serem ocupadas, respectivamente, pela empresa concessionária dos serviços de água e saneamento (EMBASA - Empresa Baiana de Água e Saneamento) e a companhia de energia elétrica

(COELBA – Companhia de Eletricidade do Estado da Bahia), é notório, também, que, se considerarmos apenas as dez primeiras posições, outras quatro delas estão ocupadas, igualmente, por prestadoras indiretas de serviços públicos essenciais, mormente o de telefonia, acarretando, assim, para o segmento, o ingrato título de “campeão” de reclamações e de consumidores insatisfeitos⁴⁶.

Ao derredor destes resultados, um estudo realizado pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, denominado “Justiça em números”, cita o Tribunal de Justiça da Bahia como destaque negativo, ressaltando que o mesmo possui, *in verbis*, a “maior taxa de congestionamento e umas das mais altas despesas” dentre todos os tribunais estaduais pátrios⁴⁷.

Tais alarmantes estatísticas não servem apenas para se constatar a precariedade com que são oferecidos os serviços públicos no país, mas, principalmente, para que se faça uma reflexão acerca do quanto a existência deste enorme número de demandas afeta o sistema judiciário e, em caráter mediato, onera todos os cidadãos consumidores destes serviços, haja que vista que os prejuízos experimentados pelas empresas concessionárias de serviços públicos não ficam adstritos apenas ao seu capital empresarial, pelo contrário, são partilhados pela sociedade como um todo, na forma de custos tarifários.

Com efeito, o que se vê, na prática forense, é que a enorme quantidade de demandas ajuizadas em face das concessionárias de serviço público tem sido processada e julgada indistintamente sob a égide da lei 9.099/95 e o Código de Defesa do Consumidor, através dos quais se obtém, respectivamente, a mitigação dos meios de prova e a inversão do ônus de sua produção, o que, ainda que corretamente deferido, tem o seu atendimento prejudicado e, muitas vezes, impossibilitado, não só em razão do próprio volume de ações a serem

⁴⁶ Nominalmente, são estas as dez primeiras posições do *ranking*: Embasa; Companhia de Eletricidade do Estado da Bahia; Oi; Companhia do Metrô da Bahia; Banco do Brasil; Sulamérica Companhia de Seguro de Saúde; Banco Bradescard S/A; Tim Celular S/A; Vivo; e Serasa. Lista completa disponível em: http://www5.tjba.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=95347:coordenadoria-dos-juizados-especiais-divulga-relacao-de-empresas-mais-demandadas-em-2015&catid=55&Itemid=202. Acesso em 22 de março de 2016.

⁴⁷ Relatório disponível para download em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>. Acesso em 07 de maio de 2016.

contraprovadas pelas empresas, mas também pela falta de conhecimento técnico daqueles que presidem e conduzem tais feitos.

Assim sendo, por trás de uma “causa-ganha” interposta em face de uma empresa de abastecimento de água, por exemplo, em razão de discrepâncias no histórico de consumo, pode haver um problema estrutural ou de encanamento no imóvel, ou mesmo até o simples mal-uso por parte do usuário consumidor, fatos estes que, ainda que frequentemente levantados em sede de contestação, carecem de maior apuração por parte do julgador, seja pela sua falta de conhecimento técnico sobre a matéria (noções de volume de consumo, vazão, pressão, forma de medição, etc.), seja pela impossibilidade material de realização de um estudo mais minucioso e completo para cada caso em particular.

Nesse diapasão, o quanto acima descrito possui relação direta de causa e efeito com o valor pago pelos utentes como contraprestação do serviço, uma vez que, pela própria natureza do contrato de concessão de serviço público, a política tarifária deve ser apta a assegurar o seu equilíbrio econômico-financeiro, de modo que esta obedece a uma lógica de mercado baseada na mutualidade, ou seja, o ganho financeiro da empresa concessionária restará invariavelmente garantido pelo ente governamental e pela coletividade, a qual suportará as tarifas em valores cujo critério de estabelecimento obedecerá a diversos fatores, tais quais: os custos de fornecimento, os custos de manutenção, o consumo médio populacional, a inadimplência, e, por fim, o que importa para o presente estudo: os custos e riscos jurídicos, considerando-se o quanto dispendido e recebido por esta na condição de acionada ou acionante.

Sobre este ponto, vale transcrever a lição de Aloísio Zimmer Júnior (2016, p. 36):

O regime de Direito Público é preponderante na relação; no entanto, o concessionário ou o permissionário possuem o direito ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato, o que é construído a partir de uma harmonia entre os investimentos necessários, o tempo de duração do contrato e o valor máximo de tarifa que o usuário pode suportar. Eventuais imprevistos exigirão interferência do poder concedente/permitente nos termos do contrato (princípio da mutabilidade ou adaptabilidade), para, entre outras coisas, preservar o

sinalagma, a reciprocidade, o equilíbrio construído entre compromissos e contrapartidas, com a conclusão do processo licitatório.

Em suma, malgrado a certeza de que o fornecimento de serviços públicos no país está muito aquém do que poderia ser considerado minimamente aceitável a título de qualidade, e mesmo com a plena consciência de que, no país, inúmeros usuários sofrem as agruras de uma prestação precária e falha, é igualmente inegável que quando uma demanda judicial que envolve uma empresa concessionária não recebe o tratamento adequado por parte do poder judiciário, não só as partes envolvidas, mas toda a coletividade arca com os custos e as consequências de tal fato.

Destarte, faz-se imperioso o estudo de alternativas legais e procedimentais que possuam o condão de reduzir o inchaço da máquina judicial, ao tempo em que permitam, também, que contendas sejam devidamente solucionadas por aqueles que possuam expertise na matéria em lide, para que, assim, sejam favorecidos, em igual proporção, os princípios processuais da celeridade e da hipossuficiência do consumidor, em paralelo com o equilíbrio econômico e a cooperação social que devem permear o estado democrático de direito.

É nesse contexto que se insere o instituto jurídico da arbitragem, o qual, não obstante atualmente não contar com o apoio da majoritária doutrina consumerista nacional, se mostra como a solução prática mais adequada e eficaz para a problemática apresentada, se aplicado com intermédio do ente estatal - mais especificamente das agências reguladoras - e em observância das normas legais em cotejo com os princípios protetivos do Código de Defesa do Consumidor e as garantias conquistadas por tal seara do direito ao longo dos seus mais de vinte e cinco anos de fomento no Brasil, conforme se buscará demonstrar no presente trabalho.

1 ASPECTOS LEGAIS - O APARENTE CONFLITO NORMATIVO ENTRE AS NORMAS ARBITRAIS E CONSUMERISTAS

O procedimento arbitral, como se sabe, fora consolidado no ordenamento jurídico nacional com a edição da Lei 9.307/96 (lei da arbitragem), ou seja, cerca de seis anos depois de promulgado o Código de Defesa do Consumidor.

Desde então, caloroso embate doutrinário tem sido realizado em torno do tema da aplicabilidade dos procedimentos arbitrais na seara consumerista, tendo esta chama sido reaccesa após a edição do Projeto de Lei 7.108/2014 o qual, ainda mais recentemente, culminou com a sanção da lei 13.129, de 26 de maio de 2015, que alterou diversos dispositivos da antiga lei de arbitragem e trouxe, em seu bojo, artigos relacionados à aplicação desta no direito do consumidor, tendo alguns dispositivos sido vetados pelos motivos que melhor se explanará abaixo.

Antes de se analisar mais a fundo as disposições da nova lei sobre a arbitragem, é mister se analisar os dispositivos anteriores à esta, que certamente influenciaram os legisladores e as moções de apoio e repúdio da comunidade jurídica nacional, senão vejamos.

Cronologicamente falando, onde primeiro se mencionou a possibilidade de adoção de meios alternativos de solução de disputas nas demandas consumeristas foi ao inciso V, do artigo 4º, do Código de Defesa do Consumidor, que assim dispôs:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

[...]

V - incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo;

Com efeito, a simples leitura do artigo acima transcrito poderia levar à precipitada conclusão de que, em se tratando de direito do consumidor, a aplicação da arbitragem ou de qualquer outro meio extrajudicial para solução de conflitos desta natureza estaria indubitavelmente permitida, porém, posteriormente, o mesmo *codex*, em seu artigo 51, VII, reza que:

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

[...]

VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem;

Nesse esboço, a coexistência dos supracitados dispositivos, por si só, já serviria para que se iniciasse interessante embate teórico-doutrinário, mas, não bastasse a problemática já delineada, o legislador da lei de arbitragem, seis anos depois, incluiu, dentre os dispositivos desta, a seguinte norma:

Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.

[...]

“§ 2º Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se for redigida em negrito ou em documento apartado.

Desde então, a doutrina tem se debatido no sentido de determinar se a lei de arbitragem teria ou não revogado tacitamente⁴⁸ os dispositivos do código consumerista, havendo, portanto, importantes nomes do cenário nacional que advogam no sentido de que a segunda teria revogado a primeira pelo seu caráter especial em relação à matéria (e vice-versa); aqueles que acreditam que o supratranscrito artigo da lei de arbitragem, por ir de encontro a dispositivo do CDC, não teria sido recepcionado pela constituição, haja vista o caráter de norma constitucional daquele; ou, ainda, aqueles que propagam a tese de que ambos os artigos não seriam conflitantes, mas sim complementares, podendo coexistir pacificamente em nosso ordenamento.

A título de exemplo, dentre os defensores da revogação tácita do artigo 51, VII, do CDC, pela lei de arbitragem, Selma Ferreira Lemes, assera que:

⁴⁸ Registre-se que, no projeto de lei que deu origem à lei de arbitragem (PL 78/1992), estava prevista, em seu artigo 44, a revogação expressa do inciso VII do artigo 51 do CDC, tendo esta parte do texto sido posteriormente retirada, através de emenda.

É indubitável que a lei de arbitragem derogou o CDC para dar tratamento diferente ao instituto nos contratos de adesão. O legislador não impede a previsão da solução de controvérsias por arbitragem em contratos de adesão, mediante cláusula compromissória, acolhendo as novas tendências da processualística moderna, que vem sendo praticadas mundialmente; todavia, condiciona-lhe eficácia sujeita à manifestação efetiva de vontade do aderente, resguardando-o e protegendo-o na qualidade de hipossuficiente. Permite que este, expressa e conscientemente, opte pela instância arbitral. Assim, seja qual for a modalidade de cláusula arbitral em contratos de adesão, preenchidas as formalidades legais, será válida e eficaz. (2002, p.5)

Neste mesmo sentido, leciona Humberto Theodoro Junior:

Quanto às relações de consumo, o art. 51, inciso VII do CDC considerava nula, de pleno direito, qualquer cláusula que determinasse a utilização compulsória da arbitragem. A Lei 9.307 revogou essa cominação que protegia o consumidor, ao não incluí-la no novo e completo regime jurídico do juízo arbitral. Embora não mais se vede a inserção de cláusula compromissória nos contratos alcançados pelo CDC, instituiu-se um regime formal específico para melhor acautelar os interesses da parte fraca nas relações de consumo. (2005, p.74)

Em sentido oposto, José Geraldo Brito Filomeno, acredita que, dado o caráter público e constitucional das normas contidas no CDC, não poderia o mesmo ter sido revogado pela lei de arbitragem. Neste sentido:

A nova lei do juízo arbitral ao par de não ter revogado o inciso VII do art. 51 do CDC, é com ele em princípio incompatível, porquanto induz à aceitação de sua instituição em contratos de adesão, infringindo os princípios da vulnerabilidade, boa-fé e equidade que devem presidir as relações de consumo, já que compulsória essa instituição se pactuada em cláusula compromissória sendo exigível, inclusive, judicialmente. (1997, p.38)

Nessa mesma linha, Carlos Alberto Etcheverry afirma:

Em princípio, seria o caso de restringir o exame aos contratos de adesão que não tenham por objeto relação de consumo. Afinal, comina o Código de Defesa do Consumidor a pena de nulidade absoluta a cláusula que determine "a utilização compulsória de arbitragem" (art. 51, VI). Cumulativamente, o projeto que deu origem à Lei nº 9.307/96 previa, expressamente, a revogação desse dispositivo legal, com a explícita intenção de generalizar a utilização da cláusula compromissória. Seria lícito imaginar - até mais do que isto -, recorrendo à *mens legis*, que remanesceria a vedação contida no Código de Defesa do Consumidor.

O fato, contudo, é que o estatuto legal mais recente, da forma como foi redigido o § 2º do art. 4º, não consagrou essa exceção, também aí se manifestando a *mens legis*. E, como a antinomia tem lugar entre duas leis especiais, não faltarão os que concluíam que a mais recente derogou implicitamente a mais antiga. A estes se poderá objetar que a lei mais moderna, por abrir exceção ao monopólio estatal da justiça, deve ser interpretada restritivamente, só se podendo admitir que derogou norma de ordem pública, contida em lei igualmente de ordem pública, se o tivesse feito expressamente, posição que é a mais correta. (1997, p. 57)

Em um discurso ainda mais duro pela incompatibilidade da lei arbitragem com a norma consumerista, Claudia Lima Marques, em seus comentários ao inciso VII do artigo 51 do CDC, aduz que:

As cláusulas contratuais que imponham a arbitragem no processo criado pela lei de 1996 devem ser consideradas abusivas, forte no art. 4º, I e V e art. 51, IV e VII, do CDC, uma vez que a arbitragem não-estatal implica em privilégio intolerável que permite a indicação do julgador, consolidando um desequilíbrio, uma unilateralidade abusiva ante um indivíduo tutelado justamente por sua vulnerabilidade presumida em lei. (2006, p.704-705)

Noutro giro, não obstante o profundo respeito às opiniões acima declinadas, parece mais acertada a posição da eminente ministra Fátima Nancy Andrichi, segundo a qual o conflito das multicitadas normas seria apenas aparente, podendo ambas coexistirem sem embargos no ordenamento jurídico nacional:

Dessa forma, conviveriam, harmonicamente, três regramentos: (i) regra geral que impõe a obrigatoriedade da observância da arbitragem quando pactuada pelas partes; (ii) regra específica para contratos de adesão genéricos, que estabelece restrição à eficácia da cláusula compromissória e (iii) regra ainda mais específica para contratos, de adesão ou não, celebrados entre consumidor e fornecedor, em que será considerada nula a cláusula que determine a utilização compulsória de arbitragem, ainda que tenham sido preenchidas as formalidades estabelecidas no art. 4, §2º, da Lei de Arbitragem. (2006, p.18)

Nelson Nery Júnior, um dos autores do anteprojeto do CDC, corroborando deste posicionamento, assevera, ainda, que:

O juízo arbitral é importante fator de composição dos litígios de consumo, razão por que o Código não quis proibir sua constituição pelas partes do contrato de consumo. A interpretação *a contrario sensu* da norma sob comentário indica que, não sendo determinada compulsoriamente, é possível instituir-se a arbitragem.

[...]

Esse dispositivo da Larb não é incompatível com o CDC, art. 51, VII, razão pela qual ambos os dispositivos legais permanecem vigorando plenamente. Com isso queremos dizer que é possível, nos contratos de consumo, a instituição de cláusula de arbitragem, desde que obedecida, efetivamente, a bilateralidade na contratação e a forma da manifestação da vontade, ou seja, de comum acordo (*gré à gré*). (2007, p. 591-593)

1.1 O VETO AO § 3º DO ARTIGO 4º DA LEI 13.129/2015

Ainda seguindo a cronologia dos acontecimentos, após quase vinte anos de acalorados debates acerca do tema, no mês de maio de 2015, foi promulgada a lei número 13.129, que, em seu projeto original, previa o acréscimo de um parágrafo terceiro ao já citado artigo 4º da lei de arbitragem, cujo texto seria o seguinte:

§ 3º. Na relação de consumo estabelecida por meio de contrato de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar expressamente com a sua instituição.

Com efeito, a inclusão de tal previsão na já vergastada lei inflamou ainda mais os defensores da supremacia das normas protetivas do Código de Defesa do Consumidor, originando diversas manifestações contrárias ao aludido dispositivo que, por fim, restou vetado pelo poder executivo, que assim justificou:

Da forma prevista, os dispositivos alterariam as regras para arbitragem em contrato de adesão. Com isso, autorizariam, de forma ampla, a arbitragem nas relações de consumo, sem deixar claro que a manifestação de vontade do consumidor deva se dar também no momento posterior ao surgimento de eventual controvérsia e não apenas no momento inicial da assinatura do contrato. Em decorrência das garantias próprias do direito do consumidor, tal ampliação do espaço da arbitragem, sem os devidos recortes, poderia significar um retrocesso e ofensa ao princípio norteador de proteção do consumidor. (BRASIL, 2016)

Diante disso, feito este breve esboço histórico, mesmo após o supracitado veto legislativo, ainda há muito que se discutir acerca da aplicabilidade da arbitragem às demandas consumeristas, haja vista que, a nova legislação, da mesma forma que fizera a lei de arbitragem anterior à época de sua promulgação, também não teria excluído completamente esta possibilidade, o que é reforçado, inclusive, pela própria leitura da justificativa do veto presidencial acima transcrita,

onde, claramente, se denota a intenção deste em barrar apenas a autorização “de forma ampla” da arbitragem nas relações de consumo estabelecidas por meio de contratos de adesão.

Na opinião do autor, resta indubitável, pelo conjunto normativo mais recentemente promulgado no país, a intenção dos poderes públicos em mitigar a utilização excessiva do poder judiciário e a judicialização exacerbada⁴⁹ atualmente vivenciada pela sociedade que, por sua vez, também já não pode mais ser visualizada da mesma forma como o fora há vinte e cinco anos, na ocasião da elaboração do CDC.

Atualmente, vive-se a era da informação ampla e generalizada, onde grande parte da população possui satisfatória noção dos direitos que lhe assiste, além de ter facilitada a defesa destes através de inúmeros órgãos públicos e privados de fácil e gratuito acesso, o que fulmina a visão de hipossuficiência técnica ampla e irrestrita dos beneficiários das leis consumeristas.

Portanto, é forçosa a conclusão de que, mesmo após a promulgação da lei 13.129/2015 com o veto ao parágrafo terceiro do artigo 4º, ainda convivem pacificamente, no ordenamento jurídico nacional, o instituto jurídico da arbitragem e os princípios estatuídos pelo código de defesa do consumidor, a uma pelo avançado estágio legislativo atingido por este, capaz de garantir a eficácia e a segurança jurídica que dele se espera; a duas pela evolução cultural, informativa e conceitual do cidadão consumidor brasileiro, ao qual não podem mais serem atribuídos o absoluto desconhecimento, a susceptibilidade e a subserviência de outrora; a três pela premente necessidade de se estimular os métodos alternativos de resolução de conflitos como forma de desafogar o poder judiciário e atender aos princípios consumeristas constitucionalmente preconizados, bem como aos objetivos da política nacional de relações de consumo instituída pelo CDC.

2 A APLICAÇÃO DA ARBITRAGEM PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

⁴⁹ Neste sentido, vale mencionar que, o recentíssimo novo código de processo civil, prevê, respectivamente, nos parágrafos segundo e terceiro do seu artigo 3º, que: “o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos” e que “a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”.

Passada a questão acerca da compatibilidade entre o instituto da arbitragem e a defesa do consumidor, far-se-á o corte metodológico a partir dos parágrafos 1º e 2º, do artigo 1º, da Lei 13.129/2015, que assim dispõem:

§ 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

§ 2º A autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações.”

Com efeito, ao derredor do aparente conflito normativo levantado no que tange à aplicabilidade da arbitragem aos contratos de adesão ou – pode-se dizer - às relações consumeristas “ordinárias”, torna-se irrefutável que o novel dispositivo sacramentou, de forma expressa, a possibilidade de sua utilização no âmbito das relações estabelecidas por meio de contratos administrativos, sejam estes firmados com a administração pública direta ou indireta.

Neste sentido, leciona Viviane da Costa Barreto Claro:

Frisa-se que a lei amplia o escopo da possibilidade de utilização de cláusula arbitral que agora também poderá atingir os contratos administrativos típicos, regidos pelo regime jurídico de direito público.

Esta ampliação albergada pela lei, para alguns, traduz-se em uma evolução no Direito Administrativo conferindo a possibilidade da solução de conflitos atinentes a direitos patrimoniais em relações jurídicas travadas entre particulares e a Administração Pública que não por vias judiciais traduzindo-se em maior celeridade e eficácia na sua composição, considerando que será realizada por meio de juízos técnicos, compostos por árbitros escolhidos pelas partes e em menor tempo do que uma demanda judicial.

Portanto, pode-se concluir que a positivação da arbitragem como meio para solução de conflitos na Administração Pública apenas efetivou uma via que já era utilizada na prática na solução de conflitos envolvendo contratos privados firmados pela Administração e ampliou seu escopo de aplicabilidade para os contratos tipicamente administrativos, quando os conflitos deles decorrentes envolverem direitos patrimoniais disponíveis, sendo que a própria lei delimita sua utilização pela Administração para a solução conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis dirimindo controvérsias quanto ao seu embate com o princípio da indisponibilidade do interesse público. (2016, p.1)

Portanto, malgrado não representar uma inovação ou uma mudança total de paradigmas, dado que leis específicas anteriores já previam a sua utilização por parte do poder público, o que a supracitada lei fizera – e isto possui suma importância - foi alargar a hipótese de incidência da arbitragem para todas as relações entre entes públicos e privados, em sentido amplo.

2.1 O USUÁRIO DE SERVIÇOS PÚBLICOS À LUZ DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O artigo 3º da Lei 8.078/90, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, ao estabelecer o conceito de fornecedor e trazer a definição de serviço, o fez incluindo as pessoas jurídicas de direito público, sem fazer qualquer ressalva quanto a estas. Dispõe a citada norma:

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

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Desse modo, pela generalidade das disposições trazidas, como bem ensina Cláudia Lima Marques (2005, p.564), percebe-se a clara intenção do legislador de abarcar, dentro do conceito de fornecedor, um maior número possível de entidades, a fim de garantir da forma mais ampla possível a defesa dos interesses dos consumidores.

Na sequência, o artigo 4º, que trata da Política Nacional de Relações de Consumo, estabelece, em seu inciso VII, a racionalização e a melhoria dos serviços públicos como princípios a serem atendidos no intuito de se efetivar o pleno atendimento às “necessidades dos consumidores, o respeito a sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua

qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo”.

O art. 6º, por sua vez, quando trata dos direitos básicos do consumidor, ressalta no inciso X a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.

Por fim, o artigo 22 do CDC traz a previsão da tutela dos interesses do cidadão face aos abusos do poder público e prevê a proteção especial aos serviços públicos essenciais⁵⁰ no momento em que consagra a incidência do princípio da continuidade em relação a estes. O referido artigo é claro quando faz a equiparação das pessoas jurídicas de direito público e as empresas com a qual estas contratam, determinando indistintamente que ambas forneçam serviços adequados, eficientes, seguros e contínuos.

Provada a figuração das empresas concessionárias como fornecedoras na relação contratual de prestação de serviço público, resta saber se o usuário se encaixa no conceito de consumidor trazido pelo CDC.

Define o referido *codex* em seu artigo 2º: “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. ”.

A definição trazida pelo referido dispositivo é para autossuficiente, afinal, não há como se negar que o utente é pessoa física que se utiliza dos serviços públicos como destinatário final.

No entanto, para ilustrar tal pensamento, vale a transcrição da doutrina de Antonio Herman e Benjamin que, ao afirmar que o conceito de consumidor possui dois vieses, um econômico e um jurídico, apresenta o seguinte posicionamento quanto ao viés jurídico:

⁵⁰ A definição do que vem a ser um serviço público essencial é matéria de intenso debate doutrinário e pretoriano, sendo que, em sua maioria, tanto doutrinadores quanto magistrados têm adotado o rol trazido pelo art. 10 da Lei 7.783/89 (Lei de Greve) como parâmetro para esta adjetivação. São estes: tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis; assistência médica e hospitalar; distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos; funerários; transporte coletivo; captação e tratamento de esgoto e lixo; telecomunicações; guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares; processamento de dados ligados a serviços essenciais; controle de tráfego aéreo e compensação bancária.

Para nós, modestamente, consumidor é todo aquele que, para seu uso pessoal, de sua família, ou dos que se subordinam por vinculação doméstica ou protetiva a ele, adquire ou utiliza produtos, serviços ou quaisquer outros bens ou informação colocados a sua disposição por comerciantes ou por qualquer outra pessoa natural ou jurídica, no curso de sua atividade ou conhecimento profissionais. (2016, p.25)

Note-se que o autor abarca, em sua definição, todas as equiparações trazidas pelo código, mencionando, inclusive, a inserção das pessoas jurídicas de direito público dentre os possíveis fornecedores na medida em que utiliza a expressão “qualquer pessoa natural ou jurídica”.

Assim sendo, por ser o usuário de serviço público o destinatário final do serviço fornecido (perfazendo assim o conceito trazido no art. 2º), e por equiparar aos fornecedores privados - sem fazer qualquer ressalva - as empresas concessionárias e os entes da Administração Pública, o CDC exclui da abrangência de sua aplicação apenas as relações pactuadas entre civis, ou, melhor dizendo, entre pessoas que não exercem atividade profissional de comércio.

Desse modo, resta claro que o ordenamento jurídico nacional prevê a aplicação dos dispositivos do CDC aos contratos de prestação de serviços públicos, contudo, não se pode olvidar que a constância da expressão “mediante remuneração” acaba por excluir uma parcela destes, qual seja a dos serviços públicos não remunerados, ou *uti universi*, já que estes são prestados pelo poder público através de um vínculo cívico constituído entre o Estado e seus administrados por meio do pagamento de impostos⁵¹. Neste sentido, Regina Helena Costa:

Portanto, é a exigência de remuneração específica pela prestação de determinado serviço público que vai determinar sua sujeição à disciplina legal das relações de consumo [...] A prestação dos serviços públicos que não se revestem dos atributos da especificidade e da divisibilidade é realizada independentemente da exigência de remuneração específica; é custeada pelos impostos, espécies tributárias não vinculadas a nenhuma atuação estatal. (1997, p.104)

⁵¹ Cláudia Lima Marques faz interessante elucidação a cerca do tema exemplificando através do serviço público de ensino. Segundo a autora, no que tange às escolas e universidades públicas, por não constituírem serviço remunerado, não estão sujeitas à aplicação do CDC, já quanto às escolas e universidades privadas, a onerosidade trazida ao estudante – ou seu representante legal – as obriga a seguir os ditames do aludido código e a atuar sob a égide da boa-fé contratual consumerista.

Diante de tudo o quanto acima exposto, a título de exemplo, pode-se afirmar que estariam sujeitos à aplicação das normas do CDC os usuários de serviços públicos de fornecimento de energia elétrica, telefonia e água, ficando à margem desta aplicação os usuários dos sistemas de saúde, educação e segurança pública.

3 DIREITO COMPARADO: O EXEMPLO IBÉRICO

Para melhor compreensão e solução da problemática objeto deste trabalho, cumpre trazer à baila as soluções encontradas pelos países estrangeiros acerca do tema tratado.

Com efeito, dada a semelhança do modelo adotado com a proposta a ser apresentada ao final do presente estudo, tratar-se-á, especificamente, dos procedimentos adotados por Portugal e Espanha para solução de conflitos consumeristas.

3.1 A ARBITRAGEM CONSUMERISTA ESPANHOLA

A Espanha fora um dos primeiros países no mundo a instituir um sistema de solução de conflitos consumeristas pela via arbitral. Tal sistema, organizado e vinculado à administração pública, é gratuito e restrito a reclamações lastreadas em direitos disponíveis privados e às causas de menor complexidade e formalidade (conceito semelhante aos juizados especiais brasileiros, espécie de foro que, inclusive, não possui correspondência naquele país).

A opção por tal modalidade é voluntária, tanto para o consumidor quanto para a empresa, sendo que, no caso desta última, a adesão ao sistema arbitral, além de todas as vantagens atreladas a tal procedimento, ainda lhe fornece uma espécie de selo de qualidade (denominado *contraseña*) que expõe a todos os potenciais consumidores a sua opção pela via mais célere e eficaz.

Acerca do sistema espanhol de arbitragem, leciona Marcos Paulo Veríssimo:

[...] o grande mérito do direito espanhol foi, justamente, criar um sistema arbitral totalmente baseado na voluntariedade e que, ao mesmo tempo, resulta extremamente efetivo e vantajoso para os consumidores, encontrando crescente adesão por parte desses e de fornecedores e afastando por completo dos litígios, na esmagadora

maioria dos casos, a atuação da jurisdição estatal, através do cumprimento espontâneo dos laudos. (2016, p.1)

Tal procedimento arbitral se dá, necessariamente, de forma colegiada e pública e por meio de uma junta arbitral vinculada à “Oficina Municipal de Informação ao Consumidor” composta por um representante da administração pública, um representante da classe empresarial e, por fim, um membro de uma associação de defesa de consumidores, garantindo-se, portanto, tratamento igualitário e democrático às partes.

Outros pontos que merecem destaque são a não obrigatoriedade da presença de um advogado, a divisão equânime das custas das provas a serem produzidas (caso sejam estas de interesse de ambas as partes) e o prazo legal máximo de quatro meses para a prolação da sentença.

Sintetizando este processo de forma brilhante, descreve Flávio de Freitas Gouvêa Neto:

Em resumo, o procedimento arbitral nas juntas é o seguinte. O consumidor faz a reclamação por meio de um formulário nas oficinas do consumidor da administração ou por meio eletrônico, a junta arbitral faz uma análise se a reclamação cumpre os requisitos formais, se é um caso dentro de sua competência, se cumpre os requisitos positivos e negativos, assim como a validade do convenio arbitral se for o caso. Se o caso cumpre os pressupostos e requisitos a junta arbitral notifica as partes e designa o órgão arbitral que vai ser responsável por analisar e decidir o caso. Depois começa a fase de mediação prévia e se as partes não chegam em um acordo são citadas para a audiência. Nela as partes podem se manifestar por escrito ou oralmente e são apresentadas as alegações e as provas relacionadas com o caso. O procedimento finaliza com o laudo arbitral ditado pelo órgão arbitral. Tudo isso pode ser feito em 30 dias e as partes já tem um resultado definitivo para o seu conflito. (2016, p. 3)

Em arremate, Marcos Paulo Veríssimo opina no sentido de que:

O sistema arbitral de consumo espanhol constitui, sem dúvida, exemplo de via alternativa de composição de conflitos com altíssimo grau de efetividade e celeridade e que goza, ademais, de grande prestígio junto ao mercado de consumo na Espanha. Os tão temidos riscos que seriam inerentes à arbitragem de conflitos de consumo restaram resolvidos pela natureza pública das juntas arbitrais, cujo presidente é sempre funcionário da administração.

Ademais dessa garantia, a presença de membros de associações de consumo e de empresários, junto ao colégio arbitral, assegura o tratamento igualitário das partes. Sendo certo que uma das funções elementares do Estado consiste em manter a paz social e se boa parte dessa tarefa reside na eliminação daquilo que se convencionou chamar de "litigiosidade contida", na felicíssima expressão de Kazuo Watanabe, a experiência espanhola vem demonstrar que a atuação jurisdicional pode não ser necessariamente a via mais adequada a tais escopos, especialmente quando se está tratando de conflitos que refletem conteúdo econômico muito pequeno. Concentrando seus esforços na criação de um sistema extra-judicial de resolução de conflitos, o poder público espanhol pôde dar vazão a essa litigiosidade de pequenos conflitos, que antes não eram resolvidos. (2016, p.7)

Vê-se, portanto, que, durante anos de maturação de seu sistema, a Espanha conseguiu ter sucesso no que concerne à criação de um método de solução de conflitos ágil, barato e seguro aos seus cidadãos, ao mesmo tempo em que foi hábil em tornar tal mecanismo não só justo, mas também atrativo às empresas que, de seu turno, veem o seu credenciamento neste como um diferencial positivo que lhes coloca em vantagem competitiva perante às demais concorrentes.

3.2 A ARBITRAGEM CONSUMERISTA PORTUGUESA

Em Portugal, a Lei 24/96, que, de acordo com seu preâmbulo: “estabelece o regime legal aplicável à defesa dos consumidores”, determina, em seu art. 14º, que: “incumbe aos órgãos da Administração Pública promover a criação e apoiar centros de arbitragem com o objetivo de dirimir os conflitos de consumo” (Portugal, 2016).

Destarte, por força de tal determinação legal, estimulou-se a utilização da arbitragem naquele país através dos Centros de Resolução de Disputas Consumeristas, os quais, nas palavras de Celso Marcelo Oliveira (2016, p.350): “são líderes da arbitragem, registrando em média dez mil casos por ano”, sendo o prazo médio entre a apresentação da reclamação e a prolação da sentença arbitral entre trinta e sessenta dias apenas.

Todavia, ao contrário do que ocorre no sistema espanhol, no modelo português o árbitro deve ser, necessariamente, um juiz de direito ou um desembargador, em atividade ou aposentado, indicado pelo Conselho Superior da Magistratura.

Além disso, as câmaras (ou centros) de arbitragem portuguesas são todas vinculadas ao Instituto do Consumo, órgão oficial ligado ao Ministério da Justiça e podem ser divididas em áreas de expertise e julgarem, especificamente, somente as causas de determinado segmento da economia.

Entretanto, assim como na Espanha, tal procedimento também não possui custos para quaisquer das partes, à exceção dos requerimentos de perícia, que deverão ser arcados por aquele quem optou pela produção da prova.

Assim sendo, de acordo com informações obtidas junto ao *site* português “Portal do Cidadão”⁵²:

Subsistindo o litígio, o consumidor pode contactar um Centro de Informação Autárquica ao Consumidor (CIAC), se esse serviço existir no seu Município, ou uma associação de consumidores, como a DECO, se for sócio da mesma.

Pode também apresentar o caso a um Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo, se estiver abrangido pela competência material ou territorial de algum deles, ou até mesmo levar o assunto a um Julgado de Paz, se o conflito tiver ocorrido na sua área de competência e estiver dentro da sua alçada.

Algumas entidades privadas que prestam serviços de mediação encontram-se registadas na Direcção-Geral do Consumidor. Este registo significa que cumprem determinados princípios de imparcialidade, transparência, eficácia e equidade.

Pode ainda expor a sua questão à Direcção-Geral do Consumidor, através do Centro Europeu do Consumidor, que presta apoio informativo e promove, residualmente, a mediação entre as partes.

Portanto, conclui-se que, não obstante o sistema português estar aquém do espanhol no que diz respeito à sua maturação e independência, especialmente se se considerar a vinculação excessiva deste ao poder judiciário, o mesmo também serve de exemplo a ser seguido, sobretudo pela sua ampla aceitação por parte dos cidadãos e a vasta e bem-sucedida aplicação perante a sociedade consumidora.

4 ARBITRAGEM E AGÊNCIAS REGULADORAS

⁵² Disponíveis em: <<https://www.portaldocidadao.pt/pt/web/direcao-geral-do-consumidor/conflitos-de-consumo>>. Acesso em 10 de mai. de 2016.

Devidamente estabelecidas as bases de sustentação do presente estudo, crê-se ter chegado ao cerne da problemática, qual seja: uma vez detectadas a reportada falha do sistema jurídico e a possibilidade legal da adoção de método heterocompositivo de solução de conflitos, como cotejar ambos num único procedimento que seja capaz de garantir, ao mesmo tempo, um tratamento diferenciado e protetivo ao consumidor e o respeito aos princípios da ampla defesa e do equilíbrio contratual às concessionárias de serviços públicos?

Na opinião do autor, tal solução perpassaria pela introdução de um terceiro partícipe na relação processual usuário-concessionária: a agência reguladora. Com efeito, no presente tópico serão elencadas as razões pelas quais se entende que o envolvimento de tal ente estatal, aliado a um processo equânime, célere e especializado, teria o condão de garantir o que há de fundamental na relação jurídica ora estudada

Neste ponto, é interessante a ressalva de que a não inclusão da figura estatal na arbitragem consumerista consubstancia-se num ponto nevrálgico da tese daqueles que advogam em sentido contrário à sua utilização, dentre eles a professora Cláudia Lima Marques, que, nesta senda, opina:

O problema central é ser a arbitragem executada por órgãos privados, geralmente oriundos (e pagos) pelos fornecedores, suas federações ou seus grupos. Se em outros países de maior tradição de defesa do consumidor e da boa-fé nas relações no mercado tal experiência tende a funcionar, no Brasil está sendo usada como mais uma manobra para retirar do exame da justiça estes conflitos. (2006, p. 150)

4.1 O PAPEL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Como é do conhecimento geral, o Estado brasileiro, após o declínio do *welfare state* e a mitigação da intervenção estatal na economia, premido pela necessidade de descentralizar a execução e o fornecimento de serviços aos cidadãos, criou diversas formas de relações jurídicas, tais quais as sociedades de economia mista, as empresas públicas, as permissionárias e as concessionárias de serviço público, as quais compõem a chamada administração pública indireta, ou descentralizada, segundo a majoritária doutrina administrativista nacional.

Acerca do tema, Aloísio Zimmer Júnior, sintetiza brilhantemente:

Em outros termos, existe a Administração Pública em sentido material ou objetivo, e, nessa perspectiva, o conceito resulta da soma da Administração Direta com a Indireta, além do acréscimo que o diferencia da categoria anterior, ou seja, as entidades paraestatais. As últimas, representadas, por exemplo, pelas concessionárias, permissionárias, organizações sociais, organizações sociais da sociedade civil de interesse público e as entidades controladas pelo Poder Público, entidades que estão colocadas ao lado do Estado e, por vínculos construídos com o universo público, estão legitimadas a desempenhar atividades típicas do Estado. Nesse sentido, não assumem a titularidade do serviço, no caso das concessionárias e permissionárias, senão apenas a incumbência da execução. Por sua natureza, as paraestatais não estão integradas ao conceito de Administração Pública em sentido formal (ou subjetivo), mas, pela importância das atividades desempenhadas para a realização efetiva dos interesses públicos primários fundamentais, compõem o quase-Estado, ou, em termos mais precisos, o conceito de Administração Pública em sentido material ou objetivo. (2016, p. 4)

Nessa esteira, foi necessário, também, criar-se uma forma de, a despeito de manter a terceirização do serviço público, fiscalizar e estabelecer as normas e as diretrizes de seu fornecimento, o que deu origem à figura jurídica das agências reguladoras, as quais tiveram o seu fomento a partir da década de 90 e, desde então, já contabilizam muito avanços, conforme se denota pela imensa quantidade de normas, decretos e marcos regulatórios editados por cada uma destas.

É nesse sentido que, reconhecendo-se o papel fundamental que as agências reguladoras exercem na sociedade contemporânea, entende-se ser viável, ainda, um aumento na atuação destas e o fortalecimento de suas estruturas. Senão vejamos.

As agências reguladoras, como se sabe, caracterizam-se por sua especialidade e direcionamento exclusivo à determinada área. Aliado a isso, tem-se que o corpo funcional que compõe as agências reguladoras é constituído, na sua maioria, por profissionais técnicos e comprovadamente (pois admitidos por meio de concurso público) conhecedores da matéria, fato que coincide e, ao mesmo tempo, preenche outro dos requisitos da arbitragem, qual seja a expertise do árbitro em relação à matéria posta a deslinde.

Acerca da importância da especialidade do árbitro em relação ao objeto da demanda, José Emílio Nunes Pinto, citado por Pedro A. Batista Martins, explica que:

A questão da especialização do árbitro assume contornos bastante relevantes quando da escolha da arbitragem como meio de solução de controvérsias. Deve-se ter em mente que os contratos complexos, por sua própria natureza, são tidos como contratos incompletos. A completude de um contrato, quando de sua elaboração, acarreta um aumento significativo dos custos de transação, razão pela qual as partes preferem deixar lacunas e omissões em seu texto para que sejam supridas quando da interpretação das cláusulas contratuais relativas à controvérsia que venha a surgir no curso de sua vigência. Nesse sentido, deve-se valorizar a especialização do árbitro na matéria objeto da controvérsia que, por deter o mesmo grau de informação das partes, poderá suprir adequadamente as lacunas e omissões contidas nos contratos incompletos. Pode-se mesmo afirmar que existe entre as partes e o árbitro especializado uma simetria de informações que assegura que a solução da controvérsia venha a se efetivar da forma esperada. (2016, p.4)

Além disso, aos seus dirigentes é garantida estabilidade e livre atuação⁵³, como bem ensina Roberta Fragoso de Medeiros Menezes, citada por Ana Cristina Willemann:

A direção das Agências Reguladoras federais é feita por um colegiado, com mandatos não coincidentes, sujeitos ao período da quarentena após o término. A estabilidade dos mandatos dos dirigentes é uma consequência do princípio da independência na atuação das Agências Reguladoras. Significa que, à exceção dos casos legalmente previstos, como crimes de improbidade administrativa, violação grave dos direitos funcionais, descumprimento do contrato de gestão, não poderão os dirigentes ser demitidos ao arbítrio do Ministro ou Presidente da República. (2016, p.55)

Em suma, saltam aos olhos os benefícios atrelados às agências reguladoras, não somente pelo seu caráter técnico e especializado, mas principalmente pelo fato destas atuarem com independência em relação aos demais poderes estatais, como

⁵³ Atualmente, tramita no Congresso Nacional o PLS 52/2013, também chamado de Lei Geral das Agências Reguladoras, já aprovado na Comissão de Constituição e Justiça do Senado, que, dentre outras modificações, estabelece regras e formas de controle mais rígidas no que tange à nomeação dos seus gestores e membros do corpo diretivo. Nesse diapasão, destaca-se, para o objeto do presente estudo, o disposto no inciso IV do § 2º do art. 3º, que prevê a inclusão, no colegiado de cada agência reguladora, de um representante das entidades privadas de defesa e proteção ao consumidor, designado pelo IDEC.

bem consignado mais uma vez por Ana Cristina Willemann (2016, p.53), que, citando Wald e Moraes, descreve a existência de quatro dimensões acerca desta independência de atuação: a independência decisória, a independência de objetivos, a independência de instrumentos e a independência financeira:

A independência decisória consiste na capacidade da Agência de resistir às pressões de grupos de interesse no curto prazo. Procedimentos para a nomeação e demissão de dirigentes, associados com a fixação de mandatos longos, escalonados e não coincidentes com o ciclo eleitoral são arranjos que procuram isolar a direção da Agência de interferências indesejáveis tanto por parte do governo quanto da indústria regulada. A independência de objetivos compreende a escolha de objetivos que não conflitem com a busca prioritária do bem-estar do consumidor. Uma Agência com o número pequeno de objetivos bem definidos e não conflitantes tende a ser mais eficiente que uma outra com objetivos numerosos, imprecisos e conflitantes. A independência de instrumentos é a capacidade da Agência escolher os instrumentos de regulação - tarifas, por exemplo - de modo a alcançar os seus objetivos da forma mais eficiente possível. Finalmente, a independência financeira refere-se à disponibilidade dos recursos materiais e humanos suficientes para a execução das atividades de regulação.

Destarte, inegavelmente, além das já mencionadas compatibilidades normativas e conceituais entre a arbitragem e o direito do consumidor, pela própria natureza e o modo de funcionamento das agências reguladoras já existentes no país, conclui-se que há terreno fértil e disponível para que, no âmbito destas se desenvolvam todos os requisitos necessários a um procedimento arbitral justo e adequado, mormente: a expertise, a celeridade e a imparcialidade.

CONCLUSÕES E PROPOSTA

Ao final do presente estudo, acredita-se poder ter se chegado a um estágio de maior conhecimento acerca das benesses que o procedimento arbitral poderia trazer caso devidamente regulamentado e aplicado pela sociedade brasileira.

Para tanto, inicialmente, é necessário, conforme se pode depreender das análises de direito comparado feitas acima, vencer as barreiras do preconceito e da resistência, tanto dos legisladores, para que estes ousem tocar em assunto tão controverso e consigam transmitir à sociedade a sua intenção de melhorar o

saturado poder judiciário atual, quanto dos cidadãos consumidores, de modo que estes possam, ainda que aos poucos, adquirir confiança neste novo método proposto e enxergar que o mesmo, se bem aplicado, poderá lhes assegurar aquilo que certamente mais almejam: a resolução de um problema de forma justa, célere e desburocratizada.

Neste sentido, propõe o autor a construção de um modelo procedimental que permita a utilização da arbitragem para solução de conflitos consumeristas, cuja implementação seja de curto-prazo e baixo custo para o poder público, ao tempo em que permita às empresas serem julgadas em foro especializado no seu ramo de atuação, além do pleno gozo das garantias da ampla defesa e do contraditório. Por fim, o aludido modelo deverá ser hábil, também, em conquistar a confiança do consumidor, o que somente se dará caso este assegure e demonstre estar de acordo com um tripé de anseios sociais básicos: a garantia da imparcialidade; o resguardo aos princípios instituídos pelo CDC; e a celeridade de julgamento.

Com efeito, mesclando-se elementos pinçados das experiências de sucesso trazidas por Portugal e Espanha e cotejando-os às garantias instituídas pelo Código de Defesa do Consumidor, crê-se ser possível se instituir, no Brasil, um modelo de procedimento apto a atingir satisfatoriamente todos os requisitos acima elencados.

De início, não há que se falar em julgamento arbitral por equidade ou em opção das partes por utilização de legislação diversa que não o Código de Defesa do Consumidor, haja vista o caráter público e indisponível de suas normas, bem como o seu status de garantia constitucional, mormente no que tange às regras de distribuição dos ônus da prova.

Com efeito, ladeando as disposições protetivas consumeristas durante o procedimento arbitral, devem estar somente os decretos, resoluções e normas técnicas específicas da respectiva área de atuação da empresa componente do polo passivo e sua respectiva agência reguladora.

Em segundo lugar, a fim de dar maior credibilidade de imparcialidade a tal procedimento, poder-se-ia aproveitar a ideia de trazer uma arbitragem eficaz, voluntária, pública, gratuita e setORIZADA, tal como ocorre nos países estrangeiros

acima estudados, para o âmbito e a estrutura das agências reguladoras já existentes e em pleno funcionamento (porém, subutilizadas) no Brasil.

Destarte, é nesse contexto que se propõe, portanto, a instauração de câmaras arbitrais dentro de cada agência reguladora já existente, as quais teriam a competência para julgar os litígios entre as empresas concessionárias de serviços públicos e os seus usuários consumidores de acordo com sua área de expertise (a Anatel para os casos de telefonia e internet, a Aneel para os de energia elétrica, a Ana para o abastecimento de água, e assim por diante).

Com isto, restaria mitigado – senão anulado – o receio de parte da doutrina de que haja uma espécie de “privatização” da tutela jurídica consumerista. Conseqüentemente, se eliminaria a hipótese de uma influência negativa e exacerbada por parte dos fornecedores perante a câmara ou órgão julgante.

A opção pela instauração de tal procedimento arbitral, por conta do caráter público tanto do contrato de concessão quanto do órgão que presidirá o feito, deverá ser mandatória às partes e não poderá ter qualquer custo inicial para estas que, inclusive, poderão optar por constituir o seu próprio advogado ou comparecerem desacompanhadas, tal como ocorre nas demandas que atualmente tramitam perante os juizados especiais.

O tribunal arbitral, por sua vez, a fim de garantir a sua imparcialidade, deverá ser composto, necessariamente, por três membros, sendo um vinculado à agência onde tramita o feito, que deverá presidir a sessão, um representante da concessionária acionada e um representante de um órgão de defesa dos consumidores, como, por exemplo, o Procon.

Não se entende, contudo, pela necessidade de criação de um selo ou de prévia aceitação da arbitragem por parte da empresa demandada, como ocorre na Espanha, tampouco pela obrigatoriedade do tribunal ser presidido por juiz ou desembargador, como em Portugal, pois, no que tange ao primeiro aspecto, a subsunção ao procedimento arbitral seria condição previamente estipulada no contrato de concessão pública, já em relação ao segundo, entende-se bastante que

o representante da agência reguladora seja funcionário de carreira, concursado, e com comprovado conhecimento da área.

As demais características da sentença arbitral seriam todas mantidas, em especial a sua exequibilidade e irrecorribilidade, sendo resguardada às partes a possibilidade de recorrer ao poder judiciário caso o laudo arbitral padeça de um dos vícios de nulidade previstos pela lei que rege a matéria (artigo 32 da Lei de Arbitragem, alterado pela Lei 13.129/2015).

Enfim, por meio de tal procedimento, entende-se que ser poderá perfazer importante instrumento de combate ao inchaço da máquina do judiciário e à onerosidade excessiva dos serviços públicos essenciais, sem se perder de vista garantias fundamentais e constitucionais como o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório, bem como os direitos conquistados pela classe consumerista durante os mais de vinte e cinco anos de luta e vigência do Código de Defesa do Consumidor no país.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRIGHI, Fátima Nancy. Arbitragem nas relações de consumo: uma proposta concreta. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: RT, ano 3, n. 9, p.13-21, 2006

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. **O conceito jurídico de consumidor**. BDJur, Brasília, DF. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/8866/O_Conceito_Jur%C3%ADdico_do_Consumidor.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2016.

BRASIL. Presidência da República. **Mensagem nº 162, de 26 de maio de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Msg/VEP-162.htm>. Acesso em: 10 abr. 2016.

CLARO, Viviane da Costa Barreto. **A posituação da arbitragem na Administração Pública**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI225329,81042->

A+positivacao+da+arbitragem+na+Administracao+Publica>. Acesso em: 07 mai. 2016.

COSTA, Regina Helena. **A tributação e o consumidor**. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 21. São Paulo: RT, p. 97-104, 1997.

DENARI, Zelmo *in* Grinover, Ada Pellegrini [et al]. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. São Paulo: Forense Universitária, 2007.

ETCHEVERRY, Carlos Alberto. A nova lei de arbitragem e os contratos de adesão arbitral. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: RT, ano. 5, n. 21, p. 51-60, 1997.

FILOMENO, José Geraldo Brito. Conflitos de consumo e juízo arbitral. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: RT, ano. 5, n. 21, p. 38-50, 1997.

LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem e direito do consumo**. Palestra proferida no II Congresso do Comitê Brasileiro de Arbitragem – CBAR, Florianópolis, 22 a 24 de setembro de 2002.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 5. ed. São Paulo: RT, 2005.

_____. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor / Claudia Lima Marques, Antônio Herman V. Benjamin, Bruno Miragem**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2006.

MARTINS, Pedro A. Batista. **Arbitragem e o Setor de Telecomunicações no Brasil**. Disponível em: <<http://www.tradutoresjuramentados.com/pbm/arbitragem/arbsettelbra.htm>>. Acesso em: 21 mar. 2016.

NERY JR., Nelson *et alii*. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

OLIVEIRA, Celso Marcelo de. **Arbitragem na relação de consumo: solução para desafogar o nosso poder judiciário.** Disponível em: <<http://emeron.tjro.jus.br/images/biblioteca/revistas/revista-emeron-13-2005.pdf#PAGE=349>>. Acesso em: 09 mai. 2016.

PORTUGAL. **Lei de Defesa do Consumidor**, Lei n. 24/96. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=726&tabela=leis>. Acesso em: 10 mai. 2016.

THEODORO JR., Humberto. **Curso de direito processual civil.** 42. ed., V.1. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. **A arbitragem de Consumo na Espanha.** Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/29773-29789-1-PB.pdf>>. Acesso em: 09 mai. 2016.

WILLEMANN, Ana Cristina. **[A interferência das agências reguladoras nas empresas concessionárias de serviços públicos.](#)** Revista Jus Navigandi, Teresina, [ano 10](#), [n. 780](#), [22 ago. 2005](#). Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7183>>. Acesso em: 17 abr. 2016.

ZIMMER JÚNIOR, Aloísio. **A Administração Pública e o Serviço Público.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalTvJustica/portalTvJusticaNoticia/anexo/A LOISIO_ZIMMER_JR.doc>. Acesso em: 17 abr. 2016.

O MOMENTO DA REALIZAÇÃO DO INTERROGATÓRIO DO ACUSADO NA INSTRUÇÃO NO PROCESSO PENAL ELEITORAL

Pedro Paulo Guerra de Medeiros

Resumo: Tem o presente estudo a pretensão de analisar em qual momento processual se realizará o interrogatório do acusado na instrução no processo penal eleitoral, tomando por parâmetro interpretação dialógica dos artigos 400 do Código de Processo Penal, 359 e 364 do Código Eleitoral, sob a lente do devido processo legal constitucional previsto no artigo 5º, LIV e LV da Constituição Federal Brasileira de 1988.

Palavras-chaves: Interrogatório. Eleitoral. Momento. Conflito. Normas.

Abstract: Has the present study intended to analyze at what time will the procedural questioning of the accused in criminal proceedings, statement taking by dialogical interpretation of articles 400 parameter of the CPP, 359 and 364 of Electoral Code, under the lens of constitutional due process provided for in article 5, LIV and LV of the Brazilian Federal Constitution of 1988.

Keywords: Questioning. Constituency. Moment. Conflict. Standards.

Introdução

Ostenta o presente estudo a pretensão de analisar, a despeito da previsão encerrada no artigo 359 do Código Eleitoral Brasileiro (Lei nº 4.737/65) de que o interrogatório do acusado no processo penal eleitoral deve ocorrer como primeiro ato processual, se deverá se aplicar essa previsão normativa e assim realizar o interrogatório ao início da instrução, ou se deverá o interrogatório ocorrer em conformidade ao que previsto no artigo 400 do Código de Processo Penal Brasileiro, com redação aplicada pela lei 11.719/2008, que passou a prever que esse ato deverá ser oportunizado ao acusado como último ato instrutório, em homenagem à ampla defesa e ao contraditório, basilares do devido processo legal, previstos nos artigos 5º, LIV e LV da Constituição Federal Brasileira de 1988.

Para se realizar referida análise, serão consideradas decisões proferidas no Poder Judiciário brasileiro, sem efeito vinculante, bem como far-se-á análise quanto

a eventual conflito de normas e seu resultado prático, dialógico, resultando na concreta aplicação da norma, proclamando em qual momento processual deverá ocorrer o referido interrogatório.

01 - O Interrogatório e sua função

O interrogatório é momento em que o cidadão submetido à persecução penal é ouvido pelas autoridades. Pode ocorrer em sede policial, se se trata de inquérito ordinário, sem que exista competência originária de tribunais, ou em sede judicial, se ocorrer em Inquérito que tramita perante tribunais com competência originária, ou no curso de ação penal já instaurada.

É considerado meio de defesa por tratar-se da materialização no processo da chamada autodefesa.

Pode ocorrer ainda o interrogatório presidido pelo Ministério Público em Procedimento Investigatório Criminal (PIC), ou em Comissões Parlamentares de Inquéritos (CPI), e suas congêneres Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI) e Comissão Especial de Inquérito (CEI), ocorrentes em Casas Legislativas, respectivamente, federal, estaduais e municipais.

O interrogatório é formado por três características principais, são elas: pessoalidade, judicialidade e oralidade. A pessoalidade informa que se trata de ato personalíssimo, e somente pode ser realizado pelo próprio acusado, investigado ou indiciado, quando o sujeito passivo for pessoa jurídica, estará representada por seu representante legal⁵⁴.

Quando em sede judicial ou no curso de ação judicial, a judicialidade exige a realização de atos na fase processual privativamente por juiz, e a oralidade é exigência de que os atos devem ocorrer oralmente e em seguida reduzidos a termo, salvo quando se tratar de mudo ou surdo-mudo, quando as respostas são apresentadas já por escrito diretamente.

Consiste o interrogatório em momento perante a autoridade, entre aquelas apontadas anteriormente, em que essa indaga ao acusado ou investigado sobre os fatos articulados na acusação, denúncia ou queixa e sobre os fatos apurados no decorrer da investigação e da instrução criminal.

⁵⁴ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal E Sua Conformidade Constitucional*. 3ª ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2008, p. 125.

Em regra e por previsão legal, o interrogatório ocorre ao início de qualquer investigação de cunho criminal (investigações no Ministério Público, Comissões Parlamentares de Investigações; Federais, Estaduais ou Municipais etc.) ou mesmo de âmbito cível (Inquérito Civil Público).

Ocorre também ao início das Ações Penais que versem sobre os crimes previstos na Lei de Drogas 11.343/06, sobre Crimes Eleitorais, Crimes Militares, desde que não sejam esses todos de alçada dos Juizados Especiais Criminais.

Igualmente está previsto que se realize ao início da instrução nas Ações Penais Originárias (Lei 8.038/90) que tramitam perante Tribunais e finalmente que o Interrogatório ocorra ao final da instrução nas Ações Penais que seguem outro rito.

Pode, ainda, ser realizado a qualquer tempo do processo (art. 196, CPP), ainda que já tenha sido realizado em oportunidade anterior.

Ocorre também o interrogatório na formação do auto de prisão em flagrante, e pode ocorrer no curso do Recurso de Apelação, sendo que sua falta constitui nulidade (art. 564, III, “e” do CPP).

O não comparecimento do acusado ao interrogatório depois de já instaurada ação penal e quando devidamente citado, ocasiona unicamente o que o Código de Processo Penal brasileiro, equivocadamente, denomina revelia (o que tecnicamente quer dizer ausência de contestação, que no processo penal não ocorre, já que não existe fato incontroverso e nem se permite a submissão de alguém a processo penal sem defesa técnica, ainda que designada pelo Estado. Portanto, a situação correta deve levar o nome de *contumácia*, e não revelia), não sendo mais o acusado intimado para os atos processuais, à exceção daqueles dos quais a lei exige comunicação pessoal de seu teor.

A Lei 10.792/03, que reformulou as normas do interrogatório, deu nova redação ao art. 185, “caput” do CPP, passando a exigir a presença do defensor para o ato. Além disso, o artigo 188 passou a viabilizar a formulação de reperguntas pela acusação e pela defesa.

O artigo 7º, XXI do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, com redação aplicada pela lei 13.245/16, igualmente prevê a presença do advogado no interrogatório do investigado em fase de inquérito.

Dispõe o art. 186 do CPP, que o acusado deve ser cientificado do direito de permanecer em silêncio e o parágrafo único do mesmo artigo deixa claro que o

silêncio do acusado não pode ser interpretado em seu desfavor. Referidas previsões estão de igual forma previstas no artigo 5º, LXIII da Constituição brasileira.

O direito ao silêncio é englobado em um direito mais amplo, seja o direito a não autoincriminação, seja direito de não produzir prova contra si mesmo (v.g. confissão, informações etc.). Além do interrogatório, esse direito mais amplo abrange outros atos, como acareações, reconstituições, exames invasivos, fornecimento de material gráfico e outros.

Como o interrogatório é também meio de defesa – o que restou reconhecido pelo legislador ordinário brasileiro, quando determinou que esse ocorra ao final da instrução criminal, para que possa o acusado se pronunciar sobre o que fora produzido no curso do processo -, o acusado tem o direito de mentir, negar a verdade ou calá-la. A afirmação mentirosa do interrogatório não constitui crime de falso testemunho. Não pode o acusado, contudo, realizar falsa imputação de crime a outrem sob pena de responder pelo crime que cometer com essa afirmação.

O direito a não colaborar na produção de prova abrange não só o direito ao silêncio, como também o direito a não comparecer à audiência, ou o direito a não fornecer documentos, ou material biológico para análise (ainda que tal obrigação venha prevista em lei ordinária, como a do artigo 260 do CPP, ou do art. 195 do CTN).

Muitas vezes o direito impõe ao agente que esteja presente no local do crime, ou na realização da reconstituição dos fatos, ou na audiência de instrução.

Assim, o Código de Trânsito Brasileiro considera crime⁵⁵ a conduta de afastar-se o condutor do veículo do local do acidente⁵⁶

“[...] ou agrava a conduta do causador do acidente que foge do local do crime, sem prestar socorro à vítima [...], contudo, há de e ter em conta que “[...] muitas vezes representará sua autoincriminação, de forma que tais dispositivos atentam contra o art. 8º.2.g, da CADH, recepcionada pelo ordenamento jurídico brasileiro [...] caso decida dele não participar, não poderá ser compelido a tal, pois não é obrigado a fornecer prova contra si mesmo [...]”⁵⁷.

⁵⁵ Referida previsão, contida no artigo 305 do CTB é objeto de questionamento acerca de sua constitucionalidade nos processos RE 971.959 (com repercussão geral reconhecida) e ADC 35, ainda não julgadas até 16.ago.2016.

⁵⁶ COUCEIRO, João Cláudio. *A Garantia Constitucional do Direito ao Silêncio*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, p. 337.

⁵⁷ *Habeas Corpus* - júri - reconstituição do crime - cerceamento de defesa - não-intimação do defensor para a reconstituição do delito - paciente que se recusa a participar da reprodução simulada dos fatos - violação ao princípio do contraditório - incoerência - prisão cautelar - instituto compatível com o princípio constitucional da não-culpabilidade (CF, Art. 5., LVII) - concessão de liberdade provisória - mera faculdade judicial - ordem

Nos Estados Unidos da América, caso o interrogando falseie a verdade, pode ser punido por “perjúrio”⁵⁸. No Brasil, os crimes pelos quais pode vir a ser punido nessa hipótese são os de autoacusação falsa (art. 341, CPB) e de denúncia caluniosa (art. 339, CPB).

Embora os Estados Unidos da América, diante da aprovação do “*Patriotic Act*”, lei que permite investigações, prisões e processos em uma esfera em que os direitos fundamentais do investigado sucumbem ao interesse coletivo estatal maior, da segurança nacional (casos de terrorismo são os mais emblemáticos), o direito ao silêncio, à não autoincriminação, a assistência de defensor, júízo natural, entre outros tantos, não são aplicáveis.

A obrigatoriedade de comparecimento do acusado ou investigado a uma audiência de interrogatório urge ser objeto de questionamento, já que, seja por

denegada. - a reconstituição do crime configura ato de caráter essencialmente probatório, pois se destina - pela reprodução simulada dos fatos - a demonstrar o *modus faciendi* de prática delituosa (CPP, ART. 7.). O suposto autor do ilícito penal não pode ser compelido, sob pena de caracterização de injusto constrangimento, a participar da reprodução simulada do fato delituoso. o magistério doutrinário, atento ao princípio que concede a qualquer indiciado ou réu o privilégio contra a autoincriminação, ressalta a circunstância de que e essencialmente voluntária a participação do imputado no ato - provido de indiscutível eficácia probatória - concretizador da reprodução simulada do fato delituoso. - A reconstituição do crime, especialmente quando realizada na fase judicial da persecução penal, deve fidelidade ao princípio constitucional do contraditório, ensejando ao réu, desse modo, a possibilidade de a ela estar presente e de, assim, impedir eventuais abusos, descaracterizadores da verdade real, praticados pela autoridade pública ou por seus agentes. - Não gera nulidade processual a realização da reconstituição da pena delituosa quando, embora ausente o defensor técnico por falta de intimação, dela não participou o próprio acusado que, agindo conscientemente e com plena liberdade, recusou-se, não obstante comparecendo ao ato, a colaborar com as autoridades públicas na produção dessa prova. - A legitimidade jurídico-constitucional das normas legais que disciplinam a prisão provisória em nosso sistema normativo deriva de regra inscrita na própria Carta Federal, que admite - não obstante a excepcionalidade de que se reveste - o instituto da tutela cautelar penal (art. 5., LXI). O princípio constitucional de não-culpabilidade, que decorre de norma consubstanciada no art. 5., LVII, da Constituição da República, não impede a utilização, pelo poder judiciário, das diversas modalidades que a prisão cautelar assume em nosso sistema de direito positivo. - O réu pronunciado - ainda que primário e de bons antecedentes - nenhum direito tem a obtenção da liberdade provisória. a preservação do status libertatis do acusado traduz, nesse contexto, mera faculdade reconhecida ao juiz.

(BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC 69026, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, julgado em 10/12/1991, DJ 04-09-1992 PP-14091 EMENT VOL-01674-04 PP-00734 RTJ VOL-00142-03 PP-00855)

RESP - PROCESSUAL PENAL - JURI - REU - PRESENÇA - A Constituição da República de 1988 consagra ser direito do réu silenciar. Em decorrência, não o desejando, embora devidamente intimado, não precisa comparecer a sessão do tribunal do júri. Este, por isso, pode funcionar normalmente. Conclusão que se amolda aos princípios da verdade real e não compactua com a malícia do acusado de evitar o julgamento. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, RHC 2967/GO, Rel. Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, SEXTA TURMA, julgado em 02/08/1994, DJ 10/10/1994, p. 27188).

⁵⁸ FILHO, Antônio Magalhães Gomes. *Direito à prova no processo penal*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997, p. 149.

vontade própria, seja por orientação da defesa técnica, comparecerá ele perante o Juiz, Delegado, Promotor ou Membro de Casa Legislativa e, conhecendo seu direito ao silêncio, manter-se-á silente sobre os fatos pelos quais está sendo acusado ou investigado.

Os direitos de presença e de audiência, reconhecidos a todos, não exigem o comparecimento a qualquer ato do processo, podendo, no curso da instrução, eventualmente, ser - como já mencionado – o acusado penalizado com a “revelia”⁵⁹ caso opte por manter-se ausente.

O exercício do direito a não comparecer, derivado dos direitos ao silêncio e de não produzir prova contra si, sequer pode ser interpretado como hipótese permissiva da prisão preventiva, porque não elencada entre as hipóteses dos artigos 312 e 313 do CPP ou mesmo Prisão Temporária, pois não elencada na lei nº 7.960/89.

Não socorre aos defensores da condução coercitiva de acusado solto sequer a justificativa de que somente poderiam optar pelo silêncio após conhecer as perguntas e a acusação, uma vez que caberá, exclusivamente, ao cidadão realizar tal juízo, seja pessoalmente, seja pela defesa técnica, eventualmente já recrutada.

Diante dessas características do interrogatório é que a previsão de condução coercitiva visa, unicamente, oportunizar ao investigado ou acusado ser interrogado. Tal fato se mostra inconstitucional, senão ao menos desproporcional ao que seja pretendido com a condução. Somente à testemunha que falta deveria ser endereçada essa medida compulsória, enquanto ao acusado deve ser concedido o direito de não obedecer à ordem emanada da autoridade processante, ainda que sua presença seja importante para acusação e defesa.

A despeito disso, o Código de Processo Penal consagra a possibilidade da condução coercitiva do acusado perante o Juiz, não sendo dado o direito de escolha entre estar presente ou ausente do interrogatório ou da audiência de instrução⁶⁰.

Deve se considerar que essa permissão possibilita que o acusado ou investigado faça prova contra si mesmo, pois com sua presença oportuniza, por exemplo, a tentativa de reconhecimento pela vítima.

⁵⁹ Embora conforme mencionado anteriormente preferimos o termo *contumácia*.

⁶⁰ Para Lorette Garcia Sandeville (1991), a condução coercitiva do acusado, com fundamento no art. 260 do CPP constitui verdadeiro arbítrio. Também Aduino Suannes (SUANNES, Aduino. *Justiça & Caos*. 248 páginas. Curitiba: Instituto Memória Editora Ltda, 2008, pág. 134) entende que o indiciado ou acusado sempre é livre para comparecer, se quiser, a qualquer ato do inquérito ou processo.

Ao mesmo tempo em que é interesse da sociedade e da Justiça que o acusado seja processado, tome conhecimento disso, assim como compareça aos atos da persecução para, se quiser, fazer valer seu direito de autodefesa, bem como para ser identificado pelas vítimas e testemunhas, por outro lado, é garantido o direito de não colaborar com a própria incriminação: “[...] a obrigação do réu de dizer a verdade (Wahrheitspflicht) é própria do sistema nazista. Nem o fascismo – e neste ponto honra lhe seja feita – o acolheu [...]”⁶¹.

Haveria, de forma aparente, colisão de direitos: de um lado, o direito do acusado de não comparecer à audiência; de outro, o direito da sociedade de obter a verdade sobre os fatos.

Assim é que nessa dimensão os artigos 260 e 360 do CPP são inconstitucionais, na medida em que suprem, de forma cogente, a vontade do acusado retirando dele a livre e consciente vontade externada. Até mesmo o Código de Processo Penal Militar brasileiro, que tem como pano de fundo realidade mais exigente (pois hierarquia e disciplina são as bases de sua existência e manutenção⁶²), adota posição mais liberal: o art. 296, § 2º, do CPPM determina que “[...] ninguém está obrigado a produzir prova que o incrimine, ou ao seu cônjuge, descendente, ascendente ou irmão [...]”. É esse também o sentido do art. 55 do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, que estabelece à pessoa investigada a ausência de obrigação de se incriminar ou a confessar sua culpa.

Sendo certo que o direito brasileiro não admite declarações obtidas por intermédio de tortura (seja ela física ou moral) ou pela utilização de qualquer outro meio (como a hipnose ou o emprego de substâncias químicas) que possa influir sobre a vontade da pessoa, exigir-se a submissão ao interrogatório é de igual repulsivo.

Sustenta-se até mesmo que qualquer forma de benefício concedido à pessoa, para que emita declaração, como a redução da pena ou a concessão de liberdade provisória, consiste em pressão ilegal sobre seu direito de calar⁶³.

⁶¹ TORNAGHI, Hélio Bastos. *Instituições de processo penal*. 2. Ed. Rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 814.

⁶² DUARTE, Antônio Pereira. *Direito Administrativo Militar: Doutrina, Legislação e Jurisprudência*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 51.

⁶³ “[...] A prática de conceder benefícios aos agentes delatores já era conhecida em Roma, sobretudo no âmbito do *crimen maiestatis* e do *crimen perduellionis*. Veja-se, por exemplo, a repressão às Bacanais (LIVIO, Tito.

É oportuno informar que o Brasil ratificou a Convenção contra a Tortura e outros Atos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes, aprovada pela Assembleia-Geral da Organização das Nações Unidas, em 1984 (a Convenção foi aprovado pelo Congresso Nacional, pela aprovação do Decreto Legislativo 4, de 23.05.1989, sendo promulgado pelo Dec. do Presidente da República, de 15.02.1991).

A Convenção define tortura como “[...] qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa com o fim de obter, dela ou de uma terceira pessoa, informações ou confissões [...]”⁶⁴ ou a fim de

“[...] castigá-la por ato que ela ou uma terceira tenha cometido, ou seja, suspeita de ter cometido; de intimidar esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo base em discriminação de qualquer natureza, quando tais dores ou mentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com consentimento ou aquiescência [...]”⁶⁵

Para a Convenção, “[...] não se considerarão como tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequência unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorram [...]”⁶⁶.

História de Roma. Trad. Paulo Matos Peixoto. São Paulo: Paumapé, 1990. vol. 5, p. 298, XXXIX, 19), ou, ainda, C 9.8.5.7 (tratando do *crimen maiestatis*). No século XVIII, Beccaria também se preocupou com a moralidade e eficiência dos benefícios dados aos delatores, escrevendo que, em tais casos, “[...] o tribunal delata a própria incerteza, a fraqueza da lei, que implora a ajuda de quem a ofende” (BECCARIA, op. cit. p. 175, XIV.). Insurgindo-se contra o “sistema penal premial”, Luigi Ferrajoli propõe a absoluta proibição legal se reconhecer qualquer relevância penal ao comportamento processual do acusado, inclusive para os fins de determinação da pena. O legislador italiano, entretanto, influenciado pela experiência americana, acabou adotando o caminho oposto [...]. Também Antônio Magalhães Gomes Filho sustentava que não somente os arts. e 198 do CPP (na redação anterior à Lei 10.792/2003) eram inconstitucionais, mas também o art. 65, III, d, do CP, que considera a confissão como atenuante da pena, pois “são incompatíveis com os referidos textos (Pacto de Direitos Civis e Políticos e Convenção Americana) quaisquer disposições legais que possam, direta ou indiretamente, forçar o suspeito, indiciado, acusado ou mesmo qualquer pesa (inclusive a testemunha) a uma autoincriminação” (GOMES FILHO, 1997, p. 113). No Brasil, o direito premial tem sido objeto de política, aparecendo não apenas no art. 65, III, d, do CP, como também art. 8.º, par. ún., da Lei 8.072/1990, que prevê redução de pena partícipe que denunciar a quadrilha organizada para a prática de crimes hediondos; no art. 1.0, § 5.º, da Lei 9.613/1998, que prevê redução de pena e regime aberto ao colaborador na apuração de crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; e no art. 13 da Lei 9.807/1999, que cuida da proteção aos réus colaboradores [...]”.

⁶⁴ COMPARATO, Fábio Konder. *Afirmção Histórica dos Direitos Humanos*. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 266.

⁶⁵ COMPARATO, Fábio Konder. *Idem*, p. 267.

⁶⁶ COMPARATO, Fábio Konder. *Ibidem*, p. 267.

A fim de buscar a repressão da prática da tortura, foi editada, ainda, no Brasil, a Lei 9.455/1.997.

Caso seja permitida a condução como forma de pressão psicológica ou física – que não pode ser considerada uma sanção legítima, sob qualquer hipótese, pelo que vem sendo exposto neste trabalho -, o *periculum libertatis* não se encontra evidenciado pelo simples exercício do direito ao silêncio, haja vista que não pode servir de fundamento para determinação de custódia cautelar (prisão temporária, preventiva, e mesmo a condução coercitiva, como forma de restrição de liberdade), sob pena de se obrigar a pessoa a declarar, sob pena de ser (ou permanecer) presa, o que é proibido pela norma dos tratados ratificados pelo Brasil⁶⁷.

Nem mesmo a chamada “colaboração coercitiva”, de acordo com a previsão em lei espanhola⁶⁸, aqui trazida a título de comparação, deve ser aceita, ainda que leve em conta a proporcionalidade entre a lesão ao direito individual que se perpetrará e a lesão social causada pelo ato ilícito que se apura⁶⁹.

⁶⁷ Nesse sentido: MAIER, Julio B. J. Derecho procesal penal argentino. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1989. t. Ib, p. 443, nota 485. Na Itália, a prisão preventiva e a concessão de liberdade provisória vinham sendo utilizadas, sobretudo em relação aos crimes ligados à “*corruzione politico-amministrativa*”, como instrumentos de pressão para convencer a pessoa indiciada a confessar; assim, era frequente a prisão cautelar daquele que se recusava a responder as perguntas do Ministério Público, ou que as respondia de maneira não convincente (HUERTAS MARTÍN, M. Isabel, *El Sujeto Pasivo Del Proceso Penal Como Objeto de la Prueba*. Madrid: Jose Maria Bosch Editor, 1999, p. 364; GREVI, Vittorio. *Diritto ai silenzio ed esigenze* [...], cit., p. 20; QUINTANAR DIEZ, Manuel, op. cit., p. 88). Nenhuma medida cautelar pode ser concedida com a finalidade de obter, coercitivamente, a presença do imputado para a realização de atos que pressuponham sua participação ativa, como, por exemplo, para prestar depoimento (GREVI, Vittorio. *diritto ai silenzio dell'imputato sul fatto proprio e sul fatto altrui*. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milão, vol. 41, 1998, p. 1.132; neste sentido, ainda, do mesmo autor, *Dritto ai silenzio ed esigenze* [...], cit., p. 13 e ss e 30 e ss). Pelas mesmas razões, nenhuma medida cautelar deve ser revogada somente pelo fato de que a pessoa a ela submetida confessou ou decidiu colaborar com os órgãos investigativos, se continuam a subsistir os motivos que levaram à sua decretação (GREVI, Vittorio. *11 diritto al silenzio* [...], cit., p. 1.135). Tal prática acabou mo tivando o disposto no art. 274, a, do *Codice di Procedura Penale: Le situazioni di concreto ed attuale pericolo non possono essere individuate nel rifiuto della persona sottoposta alle indagini o dell'imputato di rendere dichiarazioni né neila mancata ammissione degli addebiti* [...].

⁶⁸ Para M. Isabel Huertas Martín (1999, p. 387), a possibilidade de adoção de medidas de intervenção corporal deveria estar legalmente autorizada (arts. 5.1 e 8.2 da CEPDHLF, e 53.1 da Constituição espanhola), sendo que a lei que tratasse de tal questão, em razão da qualidade dos direitos que aí estão implicados (pois são, sempre, direitos fundamentais), deveria ser “orgánica”, nos termos do art. 81.1 da Constituição espanhola.

⁶⁹ Toda regulamentação de uma medida que limite ou restrinja o exercício de direitos fundamentais exige, por imperativo do princípio da proporcionalidade, que seja adequada e necessária, encerrando em Si mesma uma ponderação dos interesses em jogo, de tal modo que o Sacrifício a ser imposto aos interesses individuais seja proporcional OU razoável em relação ao interesse público que se pretende satisfazer (HUERTAS MARTIN, 1999); veja-se: CAROCCA PEREZ, Alex, op. cit., p.486 e ss; e GONZALESCUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex, 1990, p. 305).

É evidente que esses elementos não são satisfatórios para o fim pretendido⁷⁰, pois em nenhuma circunstância se poderá obrigar a pessoa a participar na produção de prova que poderá incriminá-la.

Assim é que, diante dessas incidências, se reconhece o direito do acusado, mesmo já preso, não comparecer à audiência ou ao chamamento para se submeter à colheita de provas em investigação na qual poderá ser ao final prejudicado.

Quanto ao acusado solto, se não comparecer a ato do processo, sem motivo justificado, deverá ser considerada essa ausência como desinteresse em realizar sua defesa pessoal.

O direito ao silêncio integra um direito maior de todo homem não colaborar na produção de qualquer prova que procure predicá-lo.

O direito ao silêncio e o direito de não ser interrogado são espécies do direito de não colaborar, não se fundindo entre si, o que retira do juiz o poder de determinar a realização do ato contra a vontade do acusado.

Caso se realize o interrogatório judicial do acusado, deverá ele, sempre, por expressa determinação legal, ser advertido de seu direito ao silêncio. O direito ao silêncio insere-se, no plano do direito material, na esfera de proteção à intimidade, que, por sua vez, enquadra-se entre os direitos que constituem atributo da personalidade, enquanto o referido direito, no plano do direito processual, faz paridade com as regras que garantem o devido processo legal; a ampla defesa, o contraditório real e a presunção de inocência⁷¹.

02 – Regras de Solução de Conflito Aparente de Normas: Especialidade, Contemporaneidade, Subsidiariedade, Supletividade e Analogia

⁷⁰ Ensina Wolfslast que “[...] não se é apenas instrumento da própria condenação quando se colabora mediante uma conduta activa, querida e livre, mas também quando [...] contra a vontade, uma pessoa tolerar que o próprio corpo seja utilizado como meio de prova”. Afinal, por que é que a dignidade humana do acusado só é atingida quando forçado a uma ação e não quando compelido a tolerar ação de terceiro? (ANDRADE, 1992, p. 128). “Contesta-se a pertinência e validade absoluta do critério exclusivamente distinção conceitual-positivista entre acção e omissão” (ANDRADE, 1992, p. 131). O privilégio contra a auto-incriminação, na sua forma moderna, é um direito do homem proteger os indivíduos contra os métodos opressivos de obtenção de provas (BULLIER, Antoine J., *Le droit [...]*, cit., p. 752).

⁷¹ COUCEIRO, João Cláudio. *A Garantia Constitucional do Direito ao Silêncio*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004.

Pela aplicação dos “princípios que solucionam o conflito aparente de normas”, é possível obter a solução ao caso concreto, uma vez que, tais princípios afastam as normas incidentes e indica as normas aplicáveis à situação, afastando as demais⁷².

O Princípio da Especialidade, majoritariamente, para os doutrinadores é o mais importante dos princípios utilizados para sanar o conflito aparente de normas penais.

Nesse sentido, os demais princípios “somente devem ser lembrados quando o primeiro não resolver satisfatoriamente os conflitos”⁷³.

Visando esse objetivo, a norma especial carrega os elementos da norma geral e outros mais, classificados como ‘especializantes’, configurando mais ou menos severidade. Entre essas normas, o fato é enquadrado na norma que tem um elemento a mais. Com isso, o tipo penal visto como especial derroga (revoga parcialmente) a lei geral.

“[...]o princípio da especialidade possui uma característica que o distingue dos demais: a prevalência da norma especial sobre a geral se estabelece *in abstracto*, pela comparação das definições abstratas contidas nas normas, enquanto os outros exigem um confronto em concreto das leis que descrevem o mesmo fato[...].”⁷⁴

Portanto, a norma especial prevalece sobre a geral. A norma especial afasta a aplicação da norma geral.

A norma subsidiária descreve um grau menor de violação de um mesmo bem jurídico, ou seja, um fato menos amplo e menos grave, que definido como delito autônomo é também compreendido como parte da fase normal de execução de crimes mais grave.

Quando não há expressa previsão em sentido contrário em uma certa norma aplicável, pode-se usar uma segunda norma de forma subsidiária, para aumentar o alcance da primeira.

⁷² SILVA, Hellen Crisley de Barros Franco da. *Conflito aparente de normas penais*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 104, set 2012. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12203>. Acesso em maio 2016

⁷³ LAURIA, Thiago. *Direito Penal: Conflito Aparente de Normas Penais*. Disponível em: http://www.jurisway.org.br/v2/cursoonline.asp?id_titulo=5076&id_curso=402&pagina=2. Acesso em: 14 jul 2016.

⁷⁴ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*, volume I, parte geral. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 90.

Já na supletividade, há mera explicitação – tomando por empréstimo outras normas – da previsão original da lei incidente desde o início. Quando a norma primeira não dá detalhes sobre o que ela própria prevê, busca-se complementar sua explicação com outra norma sem, contudo, criar algo novo.

03 – A hermenêutica dialógica

O diálogo das fontes⁷⁵ é o método de uma nova teoria do direito criado e desenvolvido pelo jurista alemão Erik Jayme. É um novo método de interpretação e aplicação das leis, pelo qual, em vez da identificação do conflito entre normas jurídicas, busca-se a sua coordenação⁷⁶.

O método do diálogo das fontes⁷⁷ vem completar a teoria da eficácia dos direitos fundamentais, em especial as eficácias vertical e horizontal dos direitos fundamentais, objeto de nossa presente reflexão. A máxima efetividade dos direitos fundamentais nas relações entre indivíduo e Estado, como a submissão a processos penais, é decorrência da prescrição contida no texto constitucional brasileiro em seu artigo 5º, parágrafo 1º.

Assim é que a interpretação final, a aplicação concreta da norma, demandará análise, sopesamento de variáveis e de textos legais, para se atingir o fim buscado pelo legislador, que representa a vontade da sociedade.

Com a crescente conscientização da importância da lei⁷⁸, aliado ao fato de que o ser humano passava a ser o objeto centro do estudo jurídico, criou-se o ambiente necessário para sua tematização sendo assim, quando então o problema teórico da antinomia jurídica no século XIX foi marcado pela positivação.

⁷⁵ ALMEIDA, Renato Rua de. *Diálogo das fontes e eficácia dos direitos fundamentais: síntese para uma nova hermenêutica das relações de trabalho*. Disponível em <<http://www.institutocesariojunior.org.br/texto15-RRua-DialogoFontes.pdf>>. Acesso em 27.mai.2016.

⁷⁶ Cláudia Lima Marques, O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo à Erik Jayme, *in* Diálogo das Fontes. Do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro, obra coletiva sob a coordenação de Cláudia Lima Marques, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2012, páginas. 17-66.

⁷⁷ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2009.

⁷⁸ DINIZ, Maria Helena. *Conflito de Normas*. 9ª Ed. São Paulo, Saraiva, 2009, p.5.

Desde então, a positivação e a ideia do direito como sistema único passaram a exigir soluções para os problemas de coerência lógica do sistema jurídico e da existência de antinomias jurídicas.

Os clássicos critérios de solução de conflitos entre as leis, quais sejam⁷⁹:

- 1) o cronológico (a lei mais nova retira a lei anterior do sistema);
- 2) a especialidade (a lei geral nova não prevalece sobre a lei especial);
- 3) a hierarquia (a lei hierarquicamente superior prevalece sobre a lei inferior), já não são mais capazes de solucionar os conflitos normativos, embora se encontrem presente na lei de introdução às normas do Direito Brasileiro.

Essa solução única não tem mais comportabilidade nos tempos pós-modernos, segundo Cláudia Lima Marques⁸⁰, mas apenas os valores constitucionais.

Atualmente, vem sendo estudados, sugeridos e executados mecanismos que, caracterizam sincretismo processual, seguindo tendência da denominada “terceira onda de renovação” preconizada por Cappelletti e Garth, qual seja, da efetivação dos direitos.

Cláudia Lima Marques⁸¹, seguindo o magistério de Erik Jayme, sugere a solução emoldurada no método interpretativo do diálogo das fontes (“dialogue de sources”), de modo que se permita a compreensão da pós-modernidade, a partir de uma aplicação coordenada e simultânea de diferentes fontes legislativas convergentes, pois a necessidade de coordenação de leis no mesmo ordenamento jurídico é exigência de um sistema eficiente e justo⁸².

⁷⁹ LOUREIRO, Valtair Lemos. *O diálogo das fontes como método integrativo do microsistema processual civil coletivo de tutela do patrimônio público*. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=45ea3375b621c477>>. Acesso em 16.ago.2016.

⁸⁰ MARQUES, Cláudia Lima. *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*. Revista de Direito do Consumidor, v. 51, jul.-set.2004, p. 34 e ss.

⁸¹ MARQUES, Cláudia Lima. *O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo à Erik Jayme*, in *Diálogo das Fontes*. Do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro, obra coletiva sob a coordenação de Cláudia Lima Marques, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2012, p.18 e ss.

⁸² LOUREIRO, Valtair Lemos. *O diálogo das fontes* [...]. *Idem*.

Bruno Miragem, ao versar sobre o diálogo das fontes afirma tratar-se de uma teoria visionária, pois a superação da noção de conflito entre leis passa a ser substituída pela de coordenação e concatenação, possibilitando aplicação de diferentes leis sobre um mesmo fato ou caso, de forma orientada, precipuamente, pela proteção dos direitos fundamentais e da pessoa humana⁸³.

Ao invés de afastar a aplicação de certa lei, o método interpretativo do diálogo das fontes busca aplicá-las de forma simultânea e coordenada, a partir de uma interpretação que mais dê efetividade aos mandamentos constitucionais.

Assim, evidencia-se ser o diálogo das fontes pautado em valores constitucionais, especialmente nos direitos fundamentais.

Essa visão constitucional do sistema, a reconhecer permissão para a consolidação do método do diálogo das fontes no Direito Brasileiro, é esclarecida por Antonio Herman Benjamin:

“[...] O diálogo das fontes é um método de interpretação, de integração e de aplicação das normas, que contempla os principais desafios de assegurar a coerência e a efetividade do direito a partir do projeto constitucional e o sistema de valores que impõe. Além disso, consiste no método de coordenação e coerência sistemática das várias fontes do direito, assegurando a conformidade entre elas e a supremacia da Constituição e, mais ainda, dos seus valores e direitos fundamentais [...]”⁸⁴

Também defende o diálogo das fontes Valério de Oliveira Mazzuoli como meio de interpretação do direito pós-moderno, por entendê-lo como um direito dialógico, que se intercomunica com a diversidade cultural no mundo contemporâneo, que se mostra um direito inclusivo e nunca exclusivo, se mostrando um sistema de proteção plural⁸⁵.

Sendo assim, segundo esse autor, apontados três tipos de diálogos das fontes, o primeiro é o nominado diálogo sistemático de coerência, onde as normas referidas podem se complementar, podendo servir de base para outra.

⁸³ MIRAGEM, Bruno. *Apresentação*. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012a. p. 10.

⁸⁴ BENJAMIN, Antonio Herman. *Prefácio*. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 6-7.

⁸⁵ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.13

O segundo diálogo, é classificado como sistemático de complementaridade e subsidiariedade de antinomias aparentes ou reais, permitindo uma relação complementar entre as leis aparentemente conflitantes, buscando-se uma relação de concatenação entre as leis e até mesmo uma complementariedade principiológica, afastando o sistema clássico da revogação ou ab-rogação.

O terceiro diálogo, é o das influências recíprocas sistemáticas, tem-se a redefinição do campo de aplicação, através da influência do sistema especial no geral e do geral no especial⁸⁶.

Como se nota, a despeito do reconhecimento da existência de um microsistema processual coletivo por boa parte da doutrina e pelo Superior Tribunal de Justiça, o grande desafio tem sido a sistematização dos instrumentos legais coletivos a partir das normas neles constantes como instrumento capaz de dar efetividade à tutela dos primados de hierarquia maior, a tutelar os basilares da existência do ser humanos, elemento mínimo e essencial da sociedade e do Estado dela advindo.

04 – A prevalência do dos direitos humanos na interpretação dialógica

Para que o diálogo das fontes⁸⁷ culmine com interpretação tendente a dar maior concretude aos direitos humanos, devem-se ampliar as formas de compreensão desses direitos humanos e considerá-los como processos – normativos, sociais, políticos, econômicos – que abram ou consolidem espaços de luta pela dignidade humana, em outros termos, conjuntos de práticas que potenciem a criação de dispositivos e de mecanismos que permitam a todas e a todos poder⁸⁸.

Além de sua positivação no direito interno dos Estados, principalmente em suas Constituições, os direitos humanos também têm encontrado respaldo no direito internacional supra estatal, via tratados internacionais de direitos humanos.

⁸⁶ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman; MIRANGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3.ed. São Paulo: Ed. RT, 2010.p.34-37.

⁸⁷ AGUIAR, Newton de Menezes Albuquerque Marcus Pinto. *Plataforma Publica Direito. Diálogo Entre As Fontes Do Direito Como Meio De Expansão Dos Direitos Humanos No Contexto Da Integração Interestatal*. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7e7e69ea33848743>>. Acesso em 16.08.2016.

⁸⁸ FLORES, Joaquín Herrera. *Teoria crítica dos direitos humanos: os direitos humanos como produtos culturais*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 1.

Flávia Piovesan consigna que “os tratados internacionais, enquanto acordos internacionais juridicamente obrigatórios e vinculantes (*pacta sunt servanda*), constituem hoje a principal fonte de obrigação do Direito Internacional”⁸⁹.

Assim, aqueles que se vinculam juridicamente pela assinatura de um tratado, com base no princípio da boa-fé⁹⁰, tem a obrigação de cumpri-lo, da mesma forma que, reciprocamente, tem a outra parte o direito de exigir o seu cumprimento.

Em matéria de direitos humanos as normas não se excluem, mas se complementam⁹¹. Assim, apresentado eventual conflito de normas, ao invés de serem aplicadas as regras jurídicas de solução de antinomias (critério cronológico hierárquico ou da especialidade) ambas as normas devem ser aplicadas de forma complementar, buscando-se a melhor forma de se proteger a dignidade da pessoa.

Pelo critério clássico, evidenciadas duas normas conflitantes, válidas e emanadas de autoridade competente, sem que se possa dizer qual delas será aplicada no caso concreto, o aplicador do direito deverá se valer dos critérios retro mencionados.

Já de acordo com o critério cronológico, a lei posterior revoga a lei anterior, o que quer dizer, prevalece a norma mais recente. Para o critério hierárquico a lei de superior hierárquica prevalece em comparação à lei inferior. Por fim, segundo o critério da especialidade, a lei específica tem prevalência sobre a lei que estabelece apenas normas gerais, com já mencionado no tópico 03 deste artigo.

Em matéria de Direitos Humanos, todavia, os critérios acima podem ser desconsiderados na hipótese de conflito entre normas a fim de que se aplique a norma mais favorável. Esse é o cerne de aplicação do princípio “*pro homine*”.

Segundo doutrina de Luís Garcia⁹², ao nos depararmos com o concurso simultâneo de normas, sejam elas internacionais ou internas, devemos optar para

⁸⁹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 11 ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010-a, p. 43.

⁹⁰ Este princípio está implicitamente expresso no artigo 27 da Convenção de Viena de 1969, a saber: “Uma parte não pode invocar disposições de seu direito interno como justificativa para o não cumprimento do tratado”. (IBID. p, 45).

⁹¹ TORQUES, Ricardo. Material do Curso Estratégia Concursos. *Interpretação “pro homine” dos Direitos Humanos*. Disponível <<https://www.estrategiacursos.com.br/blog/interpretacao-pro-homine-dos-direitos-humanos/>>. Acesso em 16.08.2016.

⁹² GARCÍA, Luis M., “*El derecho internacional de los derechos humanos*”, em *Los derechos humanos em el proceso penal*, Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2002, p. 78.

aplicar a norma que: a) garantir mais amplamente o gozo do direito; b) que admitir menos restrições ao exercício do direito humano; ou c) a que impor maiores condições a eventuais restrições aos direitos humanos.

Assim, materialmente, a norma que otimizar de melhor forma o exercício de determinado direito, deverá prevalecer.

Merece registro ainda, que na definição da norma mais favorável prevalece a Teoria do Conglobamento por Institutos, pelo qual se deve optar pela norma mais favorável dentro do conjunto de normas relativos a determinada matéria ou instituto jurídico, de modo não desvirtuar o sistema jurídico.

Sem que se descurem de considerar as diferenças, o princípio “pro homine” impõe, seja no confronto entre normas, seja na fixação da extensão interpretativa da norma, a observância da norma mais favorável à dignidade da pessoa, objeto dos direitos humanos.

Impõe a aplicação da norma que amplie o exercício do direito ou que produza maiores garantias ao direito humano que tutela.

Torna-se importante no contexto atual dos Direitos Humanos esse referido princípio, em especial, em razão da moldura trazida pela Emenda Constitucional nº 45/2004, que conferiu especial importância aos Direitos Humanos.

05 – Interpretação contemporânea pelo Tribunal Superior Eleitoral e pelo Supremo Tribunal Federal sobre o momento do interrogatório do acusado

05.1 – Quanto aos ritos e procedimentos em espécie

Neste tópico são apresentadas ementas de acórdãos referentes a julgamentos ocorridos no Tribunal Superior Eleitoral e no Supremo Tribunal Federal, com temas de fundo diversos, sobre o momento do interrogatório do acusado em processos penais, ocasiões em que se analisou a aplicabilidade da previsão legal do interrogatório como sendo ao início, ou interpretação outra a reconhece tal ato como a ocorrer como último ato de instrução.

05.1.1 – Nas ações penais originárias nos tribunais

Eis uma amostra do entendimento do Tribunal Superior Eleitoral:

“[...] HABEAS CORPUS. AÇÃO PENAL. CONDENAÇÃO. DESACATO. DESOBEDIÊNCIA. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. PROCEDIMENTOS. DOSIMETRIA. PENA. CORREÇÃO. CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM.

1. Diante das inúmeras oportunidades concedidas às partes, para a realização da oitiva das testemunhas, não há falar em cerceamento de defesa, não se decretando nulidade processual por mera presunção.

2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que a sustentação oral não é ato essencial à defesa.

3. O menosprezo pelo oficial de justiça no exercício de suas funções caracteriza o crime de desacato e a recusa em cumprir ordem judicial configura o crime de desobediência, previstos, respectivamente, nos art. 331 do Código Penal e 347 do Código Eleitoral, não prosperando a alegação de atipicidade da conduta.

4. Devidamente fundamenta a exasperação da pena-base acima do mínimo legal, em observância as circunstâncias do crime que extrapolaram as normas à espécie, não há falar em ofensa ao art. 59 do Código Penal.

5. Sendo mais benéfico para o réu o rito do art. 400 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 11.719/2008, que fixou o interrogatório do réu como ato derradeiro da instrução penal, o procedimento deve prevalecer nas ações penais eleitorais originárias, em detrimento do previsto no art. 7º da Lei nº 8.038/90.

6. Ordem parcialmente concedida. [...]”

(TSE, Habeas Corpus nº 2990, Acórdão de 26/02/2015, Relator(a) Min. LUCIANA CHRISTINA GUIMARÃES LÓSSIO, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 55, Data 20/03/2015, Página 49/50)

Ao ser provocado, o Tribunal Superior Eleitoral analisou a previsão da lei 8.038/90, que trata das ações penais originárias, com a previsão de interrogatório ao final prevista no Código de Processo Penal brasileiro, e concluiu que deverá prevalecer o que previsto no artigo 400 do CPP, com o interrogatório ocorrendo ao final.

A seguir, se apresenta um julgado no qual se fez o sopesamento entre a previsão do artigo 299 do Código Eleitoral brasileiro, que traz a previsão de interrogatório como primeiro ato instrutório no processo, e o artigo 400 do CPP.

05.1.2 – No processo penal eleitoral

Em outra provocação levada ao Tribunal Superior Eleitoral, aquele Tribunal ponderou a previsão do artigo 299 do Código Eleitoral brasileiro, que traz a previsão de interrogatório como primeiro ato instrutório no processo, com a previsão de interrogatório ao final prevista no Código de Processo Penal brasileiro, e concluiu

que deverá prevalecer o que previsto no artigo 400 do CPP, com o interrogatório ocorrendo ao final.

Nota-se contudo, que exigiu-se que o acusado tivesse expressamente se insurgido contra a negativa de oportunização de seu interrogatório ao final, registro que deveria ter sido feito em qualquer momento antes e até as alegações finais, portanto antes da prolação da sentença.

Utilizou-se como critério de escolha para os julgados transcritos no presente trabalho aqueles que foram disponibilizados pelos sistemas de busca de jurisprudências dos respectivos sítios dos tribunais onde realizados os referidos julgamentos quando provocados com os temas “interrogatório”, “final” e “400” e “CPP”.

Eis um julgado que retrata essa situação:

“[...] RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. AÇÃO PENAL. ELEIÇÕES 2004. CRIME DE CORRUPÇÃO ELEITORAL. ART. 299 DO CÓDIGO ELEITORAL. OMISSÃO. INOCORRÊNCIA. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 400 DO CPP. INEXISTÊNCIA. PRESCRIÇÃO. AUSÊNCIA. DESPROVIMENTO.

1. Afasta-se a violação ao art. 275 do CE se o Regional analisou, de forma motivada, todas as proposições deduzidas pela parte.

2. O disposto no art. 400 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei 11.719/2008, que determina que o interrogatório do acusado deve ser o último ato da instrução, aplica-se aos processos por crimes eleitorais por ser norma mais benéfica ao acusado.

3. Na hipótese dos autos, todavia, afasta-se a nulidade pela realização do interrogatório no início da instrução porque não restou devidamente demonstrado o prejuízo da defesa, e em nenhum momento das várias audiências realizadas ou mesmo nas alegações finais, tal controvérsia foi apresentada.

4. A discussão em torno da existência de provas da prática do crime de corrupção eleitoral é exercício que demanda a análise do material cognitivo, situação defesa pela recomendação sumular 7/STJ e 279/STF.

5. Afastada a nulidade da sentença, afasta-se a prescrição porque não transcorridos 4 anos à luz da pena imposta.

Recurso especial desprovido. [...]”

(TSE. Recurso Especial Eleitoral nº 130, Acórdão de 08/09/2015, Relator(a) Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Relator(a) designado(a) Min. MARIA THEREZA ROCHA DE ASSIS MOURA, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 228, Data 02/12/2015, Página 62) – *destaques inexistentes no original*

Esse mesmo entendimento restou sedimentado em outro julgado, agora emanado do Supremo Tribunal Federal.

“[...] Crime Eleitoral - Procedimento Penal - Conflito entre o CPP e o Código Eleitoral - Não Aplicação do Critério da Especialidade - Aplicação de

Procedimento Penal mais Favorável (Transcrições) HC 107795 [...] EMENTA: CRIME ELEITORAL. PROCEDIMENTO PENAL DEFINIDO PELO PRÓPRIO CÓDIGO ELEITORAL (“LEX SPECIALIS”). PRETENDIDA OBSERVÂNCIA DO NOVO “ITER” PROCEDIMENTAL ESTABELECIDO PELA REFORMA PROCESSUAL PENAL DE 2008, QUE INTRODUZIU ALTERAÇÕES NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL (“LEX GENERALIS”). ANTINOMIA MERAMENTE APARENTE, PORQUE SUPERÁVEL MEDIANTE APLICAÇÃO DO CRITÉRIO DA ESPECIALIDADE (“LEX SPECIALIS DEROGAT LEGI GENERALI”). CONCEPÇÃO ORTODOXA QUE PREVALECE, ORDINARIAMENTE, NA SOLUÇÃO DOS CONFLITOS ANTINÔMICOS QUE OPÕEM LEIS DE CARÁTER GERAL ÀQUELAS DE CONTEÚDO ESPECIAL. PRETENDIDA UTILIZAÇÃO DE FATOR DIVERSO DE SUPERAÇÃO DESSA ESPECÍFICA ANTINOMIA DE PRIMEIRO GRAU, MEDIANTE OPÇÃO HERMENÊUTICA QUE SE MOSTRA MAIS COMPATÍVEL COM OS POSTULADOS QUE INFORMAM O ESTATUTO CONSTITUCIONAL DO DIREITO DE DEFESA. VALIOSO PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (AP 528-AgR/DF, REL. MIN. RICARDO LEWANDOWSKI). NOVA ORDEM RITUAL QUE, POR REVELAR-SE MAIS FAVORÁVEL AO ACUSADO (CPP, ARTS. 396 E 396-A, NA REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 11.719/2008), DEVERIA REGER O PROCEDIMENTO PENAL, NÃO OBSTANTE DISCIPLINADO EM LEGISLAÇÃO ESPECIAL, NOS CASOS DE CRIME ELEITORAL. PLAUSIBILIDADE JURÍDICA DESSA POSTULAÇÃO. OCORRÊNCIA DE “PERICULUM IN MORA”. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA [...]”

(STF, RHC 108439, Relator o Ministro Celso de Mello, DJe de 7.11.2011) – *destaques inexistentes no original*

Em conclusão, o Tribunal Superior Eleitoral analisou deu preponderância ao artigo 400 do CPP em detrimento ao artigo 299 do Código Eleitoral brasileiro.

No próximo tópico, se analisa a posição do Supremo Tribunal Federal tocante ao sopesamento entre artigo 251 do Código Processual Penal Militar, que prevê o interrogatório ao início da instrução, e o a previsão de interrogatório ao final prevista no artigo 400 do Código de Processo Penal brasileiro.

05.1.3 – No processo penal militar

O Supremo Tribunal Federal analisou a colidência entre o artigo 251 do Código Processual Penal Militar, que prevê o interrogatório ao início da instrução, e o a previsão de interrogatório ao final prevista no Código de Processo Penal brasileiro, e concluiu que deverá prevalecer o que previsto no CPP, com o interrogatório ocorrendo ao final, conforme julgado cuja ementa segue abaixo transcrita.

“[...]Ementa: PROCESSUAL PENAL MILITAR. HABEAS CORPUS. ESTELIONATO – ART. 251 DO CÓDIGO PENAL MILITAR. INTERROGATÓRIO NO ÂMBITO DA JUSTIÇA MILITAR. ATO A SER REALIZADO AO FINAL DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. NÃO INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. APLICAÇÃO DA LEI Nº 11.719/2008, QUE DEU NOVA REDAÇÃO AO ART. 400 DO CPP. MÁXIMA EFETIVIDADE DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA (CF, ART. 5º, LV). PRECEDENTE DO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (AÇÃO PENAL Nº 528, PLENÁRIO), QUE DETERMINOU A APLICAÇÃO DO NOVO RITO AOS PROCESSOS REGIDOS PELA LEI ESPECIAL Nº 8.038/90. UBI EADEM RATIO IBI IDEM JUS. ORDEM CONCEDIDA. 1. O art. 400 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 11.719/2008, projetou o interrogatório do réu para o final da instrução criminal, prestigiando a máxima efetividade das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa (CRFB, art. 5º, LV), dimensões elementares do devido processo legal (CRFB, art. 5º LIV) e cânones essenciais do Estado Democrático de Direito (CRFB, art. 1º, caput). Por isso que a nova regra do Código de Processo Penal comum também deve ser observada no processo penal militar, em detrimento da norma específica prevista no art. 302 do Decreto-Lei nº 1.002/69, conforme precedente firmado pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal nos autos da Ação Penal nº 528 AgR, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 24/03/2011, DJe-109 divulg. 07-06-2011, impondo a observância do novo preceito modificador em relação aos processos regidos pela Lei Especial nº 8.038/90, providência que se impõe seja estendida à Justiça Penal Militar, posto que ubi eadem ratio ibi idem jus. 2. Em situação idêntica à sub examine, a Primeira Turma desta Corte deferiu os HCs 115.530 e 115.698, rel. Min. Luiz Fux, DJe de 14/08/2012, para determinar ao Superior Tribunal Militar a realização do interrogatório após o término da instrução criminal. 3. In casu, o paciente foi processado pela prática do crime de apropriação indébita, tipificado no art. 248, II, do Código Penal Militar, e teve indeferido o pleito para ser interrogado ao final da instrução processual. 4. Ordem de habeas corpus concedida para determinar a realização de novo interrogatório do paciente, após o término da instrução criminal, à luz da Lei nº 11.719/2008, que deu nova redação ao art. 400 do Código de Processo Penal [...]”
(STF, HC 121877, Relator o Ministro LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 03/06/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-123 DIVULG 24-06-2014 PUBLIC 25-06-2014) – *destaques inexistentes no original*

Concluiu o Supremo Tribunal Federal, como se observou, que há preponderância ao artigo 400 do CPP.

No próximo tópico, se analisa a posição do Supremo Tribunal Federal tocante a previsão da Lei de Drogas, que prevê o interrogatório ao início.

05.1.4 – No procedimento previsto na Lei de Drogas (11.343/06)

Já quanto a aplicabilidade da previsão da Lei de Drogas, a qual prevê o interrogatório como primeiro ato instrutório, o Supremo Tribunal Federal,

contraditoriamente, exige a demonstração de prejuízo àquele que não foi interrogado ao final.

Ementa: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PACIENTE PROCESSADA PELO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS SOB A ÉGIDE DA LEI 11.343/2006. PEDIDO DE NOVO INTERROGATÓRIO AO FINAL DA INSTRUÇÃO PROCESSUAL. ART. 400 DO CPP. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO. RECURSO ORDINÁRIO IMPROVIDO. I – Se a paciente foi processada pela prática do delito de tráfico ilícito de drogas, sob a égide da Lei 11.343/2006, o procedimento a ser adotado é o especial, estabelecido nos arts. 54 a 59 do referido diploma legal. II – O art. 57 da Lei de Drogas dispõe que o interrogatório ocorrerá em momento anterior à oitiva das testemunhas, diferentemente do que prevê o art. 400 do Código de Processo Penal. III – Este Tribunal assentou o entendimento de que a demonstração de prejuízo, “a teor do art. 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta, eis que (...) o âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades pas de nullité sans grief compreende as nulidades absolutas” (HC 85.155/SP, Rel. Min. Ellen Gracie). IV – Recurso ordinário improvido. (STF, RHC 116713, Relator o Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 11/06/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-120 DIVULG 21-06-2013 PUBLIC 24-06-2013) – *destaques inexistentes no original*

Demonstrar o prejuízo é uma das chamadas provas impossíveis, ou prova diabólica. Se o acusado não teve a oportunidade de exercer a plenitude de sua defesa, contraditando pessoalmente o que fora produzido durante toda a instrução, o prejuízo é latente, presumido e irrefutável.

Se vier a ser condenado ou mesmo absolvido por insuficiência de provas (menos benéfico que a absolvição pelo reconhecimento de fato inexistente, ou negativa de autoria etc.) sem a oportunização de seu interrogatório ao final, o prejuízo estará evidente.

Por esses motivos aguarda-se a posição do Supremo Tribunal Federal acerca desse tema, sendo razoável que estenda seu entendimento esposado nos demais procedimentos ao procedimento da Lei de Drogas, e então interpretar que o interrogatório nesse rito deverá ser oportunizado ao acusado sempre ao final, impreterivelmente, sendo facultativo seu interrogatório também ao início.

A crença de que o Supremo Tribunal Federal deverá estender essa interpretação aos processos sob o rito da Lei de Tóxicos se robustece com o precedente, no qual o Pleno da Corte afirma que a referida orientação aplica-se inclusive aos processos regidos por legislação especial, como é o caso da Lei 11.343/2006:

EMENTA Habeas corpus. Penal e processual penal militar. Posse de substância entorpecente em local sujeito à administração militar (CPM, art. 290). Crime praticado por militares em situação de atividade em lugar sujeito à administração militar. [...] **Fixada orientação quanto a incidência da norma inscrita no art. 400 do Código de Processo Penal comum a partir da publicação da ata do presente julgamento, aos processos penais militares, aos processos penais eleitorais e a todos os procedimentos penais regidos por legislação especial, incidindo somente naquelas ações penais cuja instrução não se tenha encerrado.** [...] De modo a não comprometer o princípio da segurança jurídica (CF, art. 5º, XXXVI) nos feitos já sentenciados, essa orientação deve ser aplicada somente aos processos penais militares cuja instrução não se tenha encerrado, o que não é o caso dos autos, já que há sentença condenatória proferida em desfavor dos pacientes desde 29/7/14. 7. Ordem denegada, com a fixação da seguinte orientação: a norma inscrita no art. 400 do Código de Processo Penal comum aplica-se, a partir da publicação da ata do presente julgamento, aos processos penais militares, aos processos penais eleitorais e a todos os procedimentos penais regidos por legislação especial incidindo somente naquelas ações penais cuja instrução não se tenha encerrado. (BRASIL, STF, HC 127900, Relator o Ministro DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 03/03/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-161 DIVULG 02-08-2016 PUBLIC 03-08-2016) – *destaques inexistentes no original*

05.2 – Efeitos das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal sobre o tema

Como os precedentes existentes até o presente momento foram tomados em processos individuais, em que pese alguns terem sido julgados pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, esses precedentes não ostentam efeito vinculante, não foram tomados em regime de representação de controvérsia, de repercussão geral, de controle abstrato ou direto de constitucionalidade.

Salvo se empregar-se a teoria da abstração ou objetivação do controle difuso de constitucionalidade, referidas decisões não possuem formal efeito vinculante.

“[...]”O uso, como paradigmas, de acórdãos prolatados em ações intersubjetivas, despossuídas de caráter erga omnes e de eficácia vinculante, não é válido na reclamação, quando delas não fez parte o reclamante.” (Rcl 9.545 AgR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 08.04.2010)
3. No caso concreto, quanto à possibilidade da execução provisória de condenação criminal, o precedente invocado como violado trata-se de habeas corpus solucionado sob o prisma intersubjetivo, sendo que o reclamante não fez parte da relação processual.
Portanto, não há autoridade do Tribunal a tutelar e, repito, a reclamação não figura como instrumento de uniformização de jurisprudência [...]”
(STF, Rcl 23535/MA, Relator o eminente Ministro EDSON FACHIN, Decisão publicada no DJE nº 100, divulgado em 16/05/2016)

Vale o registro de que nesses julgamentos, restou consignado que o acusado deverá solicitar ao juiz, logo ao final da instrução, que se lhe oportunize ser interrogado, e caso não lhe seja franqueada essa oportunidade, deverá reiterar seu pedido em alegações finais e no eventual recurso (ou contrarrazões) ao tribunal.

Conclusão

Sendo o Interrogatório o momento processual onde o acusado poderá se manifestar sobre todas as acusações e provas já produzidas no processo no qual se pretende a ele impor uma condenação penal, ocasião em que poderá se manter silente total ou parcialmente, não sendo obrigado a contribuir com a produção de provas que podem ser utilizadas em seu desfavor (como preveem a Carta Magna brasileira e o Pacto de Santo José da Costa Rica), é indiscutível que deverá esse ser oportunizado ao acusado logo ao final da instrução processual, sem prejuízo de que ocorra ou tenha ocorrido – eventualmente – também ao início dessa instrução (quando então o novo interrogatório será chamado de re-interrogatório, tal como previsto no artigo 196 do CPP).

Ainda que tenha sido o Acusado interrogado antes da instrução – como preveem a Lei de Drogas n. 11.343/06, a lei n. 8.038/90 (processo penal das ações penais originárias nos tribunais), o Código de Processo Penal Militar brasileiro e o Código Eleitoral brasileiro –, o pedido de re-interrogatório nada mais é do que a mera concretização de um preceito da Constituição Federal com eficácia ampla e imediata desde 1988 (da ampla defesa e do contraditório, a permitir que o acusado pudesse contradizer as provas contra si apuradas, portanto ao final da instrução ser interrogado), nada mais lógico que se respeitasse o devido processo legal constitucional, aplicando-se concomitantemente o Código de Processo Penal brasileiro, o qual prevê o interrogatório ao final.

Ainda que se tratasse a pretensão de derrogar (revogar parcialmente) quaisquer dessas três leis acima mencionadas na parte em que mencionam ser o interrogatório o primeiro ato do processo, e não é, pelo que já se expôs, é indiscutível que o pedido de se realizar o interrogatório ao final, ou mesmo um eventual re-interrogatório ao final, é mera concretização de regra constitucional de eficácia imediata, que é o do devido processo legal, portanto deverá incidir para

abarcam situações em que haja persecução penal, se mais favoráveis ao Acusado, como sói ocorrer, já que poderá ele se pronunciar pessoalmente (direito de presença) sobre a acusação contra si incidente.

Essa interpretação ora mencionada se aplica inclusive a fatos ocorridos antes do início da vigência (21.08.2008) da lei n. 11.719/08 que modificou o artigo 400 do CPP, eis a retroação é prevista nos artigos 2º, parágrafo único do CP, 2º do CPP, 5º, XL da CRFB/88, sendo perfeitamente aplicável *in casu*, por ser mais benéfica ao acusado.

Assim é que resta demonstrado prejuízo ao acusado pelo fato de não se permitir a ele ser interrogado ao final, ou re-interrogado, a teor dos artigos 1º, II, III, 4º, II, 5º, II, LIV, LV, 93, IX da CRFB/88, eis poderá inclusive confessar o crime, realizar ou solicitar colaboração premiada, receber alguma atenuante (em eventual condenação, por exemplo, desclassificatória) ou mesmo demonstrar um motivo para sua absolvição sumária, dos artigos 5º, XLVI, LIV, LV, 93, IX da CRFB/88, ou desmistificar algum juízo que fora formado em seu prejuízo no curso da instrução.

A teor da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é essencial à alegação de nulidade a demonstração do *pas de nullité sans grief* (HC 85.155/SP, Rel. Min. Ellen Gracie), o que restará evidenciado de forma patente.

O prejuízo é patente já que terá sido sentenciado, sem que possa ser ouvido sobre as provas produzidas em juízo. Essa sentença, ainda que absolutória, poderá ser objeto de recurso ao Tribunal *ad quem* por parte da acusação, e o efeito devolutivo da matéria não levará aos julgadores o teor do interrogatório realizado ao final, porque esse não ocorreu, podendo assim ensejar reforma da decisão absolutória para condenar o acusado/recorrido.

No tópico referente aos precedentes do Supremo Tribunal Federal, percebe-se que há o reconhecimento da aplicação do artigo 400 do CPP ao rito das ações penais originárias nos tribunais (lei 8.038/90), do processo penal eleitoral e do processo penal militar, mas não o faz com relação ao rito do processo penal por crimes previstos na lei de drogas (11.343/2006), o que se mostra um paradoxo, mas que se espera seja logo aniquilado, para então se estender o direito de os acusados por esses crimes serem interrogados (ou mesmo re-interrogados) ao final.

Mesmo uma sentença absolutória traz prejuízo potencial ao acusado que fora processado sem oportunidade de ser interrogado ao final da instrução.

Uma forma de evitar que esse prejuízo potencial se mantenha é solicitar ao próprio Tribunal de Justiça que franqueie o interrogatório do acusado e o incorpore aos autos. Em que pese ser formalmente possível esse ato perante o Tribunal, em sede recursal, deve ser considerado o fato de que haveria uma supressão de instância na análise dessa prova, pois o Juiz sentenciante (prolator da sentença recorrida) não considerou o interrogatório do acusado, e em razão dessa ausência, concluiu por absolvê-lo, por exemplo, por insuficiência de provas, ao passo que se pudesse ter interrogado o acusado ao final, se convenceria a o absolveria sob o argumento da inexistência do fato, ou algum dos fundamentos mais benéficos da lei processual.

Assim é que se conclui pela cogência de ser realizado o interrogatório no processo penal eleitoral ao final da instrução, ainda que se o tenha realizado, também, ao início (sendo esse inicial, até dispensável), sob pena de nulidade absoluta, a teor do artigo 564, III, “e”, e IV do CPP, 364 do Código Eleitoral e artigo 5º, LIV e LV da Constituição Federal Brasileira de 1988.

Referências Bibliográficas

AGUIAR, Newton de Menezes Albuquerque Marcus Pinto. *Plataforma Publica Direito. Diálogo Entre As Fontes Do Direito Como Meio De Expansão Dos Direitos Humanos No Contexto Da Integração Interestatal*. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7e7e69ea33848743>>. Acesso em 16.08.2016.

ALMEIDA, Renato Rua de. *Diálogo das fontes e eficácia dos direitos fundamentais: síntese para uma nova hermenêutica das relações de trabalho*. Disponível em <<http://www.institutocesarinojunior.org.br/texto15-RRua-DialogoFontes.pdf>>. Acesso em 27.mai.2016.

BENJAMIN, Antonio Herman. Prefácio. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC 69026, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, julgado em 10/12/1991, DJ 04-09-1992 PP-14091 EMENT VOL-01674-04 PP-00734 RTJ VOL-00142-03 PP-00855)

BRASIL, TSE, Habeas Corpus nº 2990, Acórdão de 26/02/2015, Relator(a) Min. LUCIANA CHRISTINA GUIMARÃES LÓSSIO, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 55, Data 20/03/2015, Página 49/50

BRASIL, TSE. Recurso Especial Eleitoral nº 130, Acórdão de 08/09/2015, Relator(a) Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Relator(a) designado(a) Min. MARIA THEREZA ROCHA DE ASSIS MOURA, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 228, Data 02/12/2015, Página 62

BRASIL, STF, HC 121877, Relator o Ministro LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 03/06/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-123 DIVULG 24-06-2014 PUBLIC 25-06-2014

BRASIL, STF, RHC 108439, Relator o Ministro Celso de Mello, DJe de 7.11.2011

BRASIL, STF, RHC 116713, Relator o Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 11/06/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-120 DIVULG 21-06-2013 PUBLIC 24-06-2013

BRASIL, STF, HC 127900, Relator o Ministro DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 03/03/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-161 DIVULG 02-08-2016 PUBLIC 03-08-2016

BRASIL, STF, Rcl 23535/MA, Relator o eminente Ministro EDSON FACHIN, Decisão publicada no DJE nº 100, divulgado em 16/05/2016

COMPARATO, Fábio Konder. *Afirmção Histórica dos Direitos Humanos*. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2005.

COUCEIRO, João Cláudio. *A Garantia Constitucional do Direito ao Silêncio*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004.

DINIZ, Maria Helena. *Conflito de Normas*. 9ª Ed. São Paulo, Saraiva, 2009.

DUARTE, Antônio Pereira. *Direito Administrativo Militar: Doutrina, Legislação e Jurisprudência*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

FILHO, Antônio Magalhães Gomes. *Direito à prova no processo penal*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997.

FLORES, Joaquín Herrera. *Teoria crítica dos direitos humanos: os direitos humanos como produtos culturais*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

GARCÍA, Luis M., “*El derecho internacional de los derechos humanos*”, em *Los derechos humanos em el proceso penal*, Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2002.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal E Sua Conformidade Constitucional*. 3ª ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2008.

LOUREIRO, Valtair Lemos. *O diálogo das fontes como método integrativo do microsistema processual civil coletivo de tutela do patrimônio público*. Disponível em < <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=45ea3375b621c477>>. Acesso em 16.ago.2016.

MARQUES, Cláudia Lima. *O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo à Erik Jayme, in Diálogo das Fontes. Do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*, obra coletiva sob a coordenação de Cláudia Lima Marques, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2012.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman; MIRANGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3.ed. São Paulo: Ed. RT, 2010.

MARQUES, Cláudia Lima. *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*. Revista de Direito do Consumidor, vol 51, jul.-set.2004.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2009.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MIRAGEM, Bruno. Apresentação. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 11 ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, Hellen Crisley de Barros Franco da. *Conflito aparente de normas penais*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 104, set 2012. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12203>. Acesso em maio 2016.

TORNAGHI, Hélio Bastos. *Instituições de processo penal*. 2. Ed. Rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 1978.

TORQUES, Ricardo. Material do Curso Estratégia Concursos. *Interpretação “pro homine” dos Direitos Humanos*. Disponível

<<https://www.estrategiaconcursos.com.br/blog/interpretacao-pro-homine-dos-direitos-humanos/>>. Acesso em 16.08.2016.

LEGALIDADE DE BANCOS DE DADOS E DE AVALIAÇÃO DO RISCO DE CRÉDITO À LUZ DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E DA JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA

*Roberto Maynard Frank*⁹³

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo apreciar, à luz do ordenamento jurídico brasileiro, o tema escolhido que envolve a legalidade de bancos de dados e de avaliação do risco de crédito à luz do Código de Defesa do Consumidor e da jurisprudência pátria. Inicialmente, o trabalho se esforçará por delimitar os conceitos básicos e as suas nuances técnicas relacionadas a bancos de dados, após será feita uma abordagem em relação à seara Constitucional e legislativa. Os institutos serão apreciados em cotejo com o Código de Defesa do Consumidor e com a Lei Federal n. 12.414 de 09 de junho de 2011. Em seguida, será consolidada uma disciplina jurídica do tema no direito brasileiro, com base na legislação pátria e nos entendimentos jurisprudenciais sobre o tema. A proposta de conclusão é definir a validade dos bancos de dados e do sistema de avaliação de crédito no ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: consumidor; bancos de dados; escore de crédito; legalidade.

ABSTRACT: This essay aims to analyze the subject of work, entitled legality of credit score databases based on brazilian consumer protection laws. At first, the essay will settle the bases needed for the development of the study, such as basic definitions of terms and legal concepts, from which there will be delivered an analytic analysis of them in relation to brazilian constitutional and legal acts and other legislative bodies. The reviewed subjects will be tested for their conformity with the law, especially the brazilian consumer defense and protection code, the constitution of brazil of 1988 and the brazilian federal law number 12.414 from June, 09 of 2011. After that, the essay will draw the outlines of all the analysis done, based on the legal acts of Brazil and brazilian courts precedents. At last, the summary will conclude about the legal adequacy of the databases used for credit score systems and brazilian laws in general.

Keywords: consumer; database; credit score; legality.

Introdução; 1. Bancos de dados e cadastros de consumidores; 2. Disciplina normativa dos bancos de dados; 3. Limites legais e jurisprudenciais do sistema de avaliação de crédito; Conclusão; Referências.

Introdução

Este trabalho objetiva apreciar à luz do ordenamento jurídico brasileiro o tema que envolve a legalidade de bancos de dados e de avaliação do risco de crédito à luz do Código de Defesa do Consumidor e da jurisprudência pátria.

A delimitação do tema cinge-se, justamente, aos bancos de dados no brasil, a sua validade, legalidade, possibilidade de uso e a sua disciplina jurídica, legal e jurisprudencial.

⁹³ Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia.

O problema que levou ao formulamento do presente trabalho decorre da lacuna jurídica existente em derredor da disciplina dos bancos de dados como meios de cadastro de informações de consumidores.

Apesar de existirem legislações próprias, utilização dos sistemas de *credit scoring* e de avaliação positiva e negativa de consumidores gerou questionamentos judiciais, implicando em multiplicidade de demandas.

A solução para este problema, imagina-se, ter vindo com o julgamento de Recursos paradigma, que serão apreciados ao longo do trabalho, a partir dos quais foram fixadas teses e bases relacionadas à juridicidade dos bancos de dados no Brasil.

A base de estudos e de coleta de dados para o presente trabalho é tanto a doutrina, quanto a jurisprudência, adotando-se como referenciais os autores citados ao longo da monografia, em especial os conceitos e ideias utilizadas por Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamin e as nuances constitucionais acerca de um direito à proteção de dados veiculadas por Ingo Wolfgang Sarlet, que serão abordadas ao longo do trabalho.

Aliado a estes doutrinadores adotados como base, o trabalho se debruçará a partir da ideia formulada pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial n. 1.419.697/RS, no qual foi adotada a sistemática dos Recursos Repetitivos e por meio do qual foram firmadas teses jurídicas sobre o tema, que serão base para o desenvolvimento e conclusão da matéria objeto do presente trabalho.

Inicialmente, o trabalho se esforçará por delimitar os conceitos básicos e as suas nuances técnicas relacionadas a bancos de dados, de modo a permitir a boa compreensão inicial do problema e dos tópicos posteriormente desenvolvidos.

Serão especificados conceitos iniciais de institutos relacionados ao tema, tais como bancos de dados, gestor, anotação, dentre outros, após serão abordados os bancos de dados a partir de sua disciplina normativa no ordenamento brasileiro.

Será apreciada a relação entre os direitos constitucionais à inviolabilidade da vida privada e da intimidade, analisando-se, em sequência, a vertente dos bancos de dados frente ao direito constitucional do sigilo bancário e fiscal.

Após a abordagem constitucional, será feita uma apreciação legislativa da disciplina de regência dos bancos de dados, a partir do Código de Defesa do Consumidor e da Lei n. 12.414 de 09 de junho de 2011.

Com isto, aliado à consolidação de tudo quanto exposto nos capítulos anteriores, também a partir do entendimento jurisprudencial a ser analisado, serão fixadas as diretrizes de um regime jurídico próprio de validade para a utilização de informações em bancos de dados para sistemas de avaliação de crédito.

Apresenta-se, pois, como hipótese de trabalho, a possibilidade e legalidade de utilização de bancos de dados no Brasil e a existência de uma disciplina normativa e jurisprudencial que dá validade e conformidade a este instituto.

1. Bancos de dados e cadastros de consumidores

Neste capítulo inicial o esforço do trabalho será concentrado na ambientação com o tema específico que será tratado, os seus conceitos básicos e as suas nuances técnicas, todas devidamente e minuciosamente comentadas e criticadas quando se fizer necessário, de modo a apresentar o leitor ao tema e permitir o desenvolvimento do problema em apreciação e a validação hipotética da hipótese de trabalho.

Será adotado o conceito de banco de dados presente na Lei n. 12.414/2011, segundo a qual *banco de dado* é o “conjunto de dados relativo a pessoa natural ou jurídica armazenados com a finalidade de subsidiar a concessão de crédito, a realização de venda a prazo ou de outras transações comerciais e empresariais que impliquem risco financeiro;”⁹⁴.

Em adendo, Bertram Antônio Stümer traz a seguinte conceituação de bancos de dados:

[...] toda e qualquer reunião de dados pessoais ou de consumo, gerais ou específicos sobre débitos, feita por pessoa física ou jurídica, privada ou pública, sob a forma de fichas, registros ou cadastros, por processo manual, mecânico ou eletrônico, para uso próprio ou fornecimento a terceiros, independente da finalidade do dado ou da informação.⁹⁵

⁹⁴ BRASIL. Lei n. 12.414, de 9 de junho de 2011. *Disciplina a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplemento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para formação de histórico de crédito*. Art. 2º, inc. I, da Lei n. 12.414, de 09 de junho de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12414.htm>. Acesso em: 28/03/2015, às 18:20.

⁹⁵ STÜMER, Bertram Antônio. *Banco de Dados e “Habeas Data” no Código de Consumidor*. In: Revista de Direito do Consumidor. N. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 62.

Segundo Antonio Carlos Efiging, os bancos de dados surgiram no Brasil a partir da criação do primeiro Sistema de Proteção ao Crédito, que se deu na cidade de Porto Alegre, formalizado como associação civil conjunta de empresas comerciais relacionadas com venda a crédito, com o intuito de manter informações sobre maus clientes.⁹⁶

Juridicamente, o termo também pode se referir às próprias entidades de natureza pública que coletam, organizam, gerem e se responsabilizam pelos dados relativos a pessoas que transacionam no mercado financeiro e a consumidores em geral para realização de operações de crédito.

Com base nisto, pode-se dizer "que seu funcionamento e administração apresentam particular interesse para a sociedade como um todo (= interesse público), conferindo-se a esta certos direitos especiais"⁹⁷.

Para a formação e compreensão do banco de dados, outros conceitos iniciais são de curial aprendizado.

Esclarecimento básico inicial sobre a palavra crédito traz a noção de que esta decorre de origem latina no termo *credere* e tem por base a ideia de confiar, confiança⁹⁸.

Para Leonardo Bessa: "a concessão de crédito apoia-se no conhecimento e grau de confiança em relação à pessoa com a qual se pretende estabelecer vínculo contratual"⁹⁹.

Nesta linha, partindo para conceitos mais específicos, define-se o *gestor* como a "pessoa jurídica responsável pela administração de banco de dados, bem como pela coleta, armazenamento, análise e acesso de terceiros aos dados armazenados", enquanto o *cadastrado* é a "pessoa natural ou jurídica que tenha autorizado inclusão de suas informações no banco de dados"¹⁰⁰.

⁹⁶ EFING, Antonio Carlos. *Bancos de Dados e Cadastros de Consumidores*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

⁹⁷ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. *Das Prática Comerciais*. In GRINOVER, Ada Pellegrini (et al.). *Código de Defesa do Consumidor – Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense universitária, 2001, p. 366.

⁹⁸ GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do Consumidor: Código Comentado e Jurisprudência*. 7.ed. Niterói: Impetus, 2011.

⁹⁹ BESSA, Leonardo Roscoe. *Cadastro positivo: comentários à Lei 12.414, de 9 de junho de 2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 23

¹⁰⁰ Ibidem, art. 2º, incs. II e III.

Nesta primeira conceituação, já é possível perceber que os bancos de dados são entidades dotadas de personalidade jurídica ou fictícia, com natureza pública atribuída por lei¹⁰¹ e que a sua gestão é feita também por entidade de personalidade jurídica, ou seja, não podem ser geridos por pessoa física.

Já o cadastrado, ou seja, aquele cujos dados estão sendo coletados e armazenados pelo banco de dados, pode ter natureza de pessoa física ou de pessoa jurídica, ficando claro que é exigida a sua autorização para a inclusão de informações próprias no cadastro.

A fonte das informações a serem cadastradas é relevante para esta análise, especialmente porque se sabe que há proteção constitucional de dados, informações telemáticas, financeiras e reservadas à privacidade e intimidade das pessoas, tema que será abordado mais adiante em capítulo próprio.

Para efeitos de conceituação básica, é preciso delimitar que a *fonte* pode ser “pessoa natural ou jurídica que conceda crédito ou realize venda a prazo ou outras transações comerciais e empresariais que lhe impliquem risco financeiro”¹⁰².

Este conceito já demonstra que as informações a serem utilizadas não podem ser obtidas de forma indiscriminada.

Não é possível, por exemplo, a instauração de escritório ou estabelecimento próprio para coleta e avaliação de dados com o intuito de comercialização ou venda para os gestores e bancos de dados já conceituados neste trabalho.

Limitam-se as informações a serem coletadas a transações relacionadas à concessão de crédito ou realização de venda a prazo, além de outras comerciais e empresariais, relacionadas com possível risco financeiro àquele que fornece as informações.

Não é qualquer informação, portanto, que pode ser coletada e armazenada nos bancos de dados, mas somente aquelas relacionadas a operações que envolvam risco financeiro a pessoa natural ou jurídica que opere no mercado.

Em sequência, é preciso descrever o meio como as informações serão armazenadas, limitando-se a legislação a referir a isto como *anotação*, conceituada como

¹⁰¹ BRASIL. Art. 43, §4º, da *Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Institui o Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 28/03/2016, às 17:10.

¹⁰² BRASIL. Art. 2º, inc. IV, da *Lei n. 12.414, de 09 de junho de 2011*.

“ação ou efeito de anotar, assinalar, averbar, incluir, inscrever ou registrar informação relativa ao histórico de crédito em banco de dados”, cujo conjunto relativo a certa pessoa natural ou jurídica irá compor o *histórico de crédito*, conceituado como o “conjunto de dados financeiros e de pagamentos relativos às operações de crédito e obrigações de pagamento adimplidas ou em andamento por pessoa natural ou jurídica.”¹⁰³.

Fechando o ciclo de conceitos básicos atinentes aos bancos de dados, é preciso conceituar o *consultante*: “pessoa natural ou jurídica que acesse informações em bancos de dados [...]”¹⁰⁴.

A coleta e armazenamento de dados deve se voltar a uma finalidade específica autorizada por lei, sendo esta a análise de histórico de adimplemento financeiro de pessoas naturais e jurídicas, com o intuito de avaliar a viabilidade de concessão de crédito e realização de vendas e operações financeiras que envolvam risco.

Há, portanto, uma “correlação necessária que deve existir entre o uso dos dados pessoais e a finalidade comunicada aos interessados quando da coleta de dados”.¹⁰⁵

Estes conceitos e critérios básicos aqui apresentados permitirão o aprofundamento das matérias específicas de cada tópico deste trabalho, envolvendo a criação, manutenção, funcionamento, deveres e direitos dos bancos de dados e dos cadastrados, respectivamente, na forma dos próximos tópicos e capítulos.

Bem explicitados os conceitos básicos necessários à compreensão do que se trata um banco de dados, se mostra necessário esclarecer, de forma breve, os dois principais tipos de bancos de dados existentes.

Numa primeira apreciação, logo se imagina que os bancos de dados tenham surgido a partir da necessidade de proteção daqueles envolvidos com atividades relacionadas à concessão de crédito, de modo a evitar ou minimizar os riscos de inadimplência correlacionados à atividade em si.

Esta é uma primeira vertente de possibilidade para utilização de um cadastro de dados e informações de consumidores frente a instituições que exerçam atividades creditícias envolvendo risco.

¹⁰³ BRASIL. Art. 2º, incs. VI e VII, da Lei n. 12.414, de 09 de junho de 2011.

¹⁰⁴ BRASIL. Art. 2º, inc. V, da Lei n. 12.414, de 09 de junho de 2011.

¹⁰⁵ MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: Linhas gerais de um novo direito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 70.

E também a mais óbvia e principal vertente dos bancos de dados, tanto que a própria legislação frisa que os dados a serem coletados e armazenados devem ser “necessárias para avaliar a situação econômica do cadastrado”¹⁰⁶, assim como relaciona o conjunto de dados que o compõem com a “finalidade de subsidiar a concessão de crédito, a realização de venda a prazo ou de outras transações comerciais e empresariais que impliquem risco financeiro”¹⁰⁷.

A partir disto, deduz-se a primeira e principal vertente dos bancos de dados, que é o armazenamento de informações negativas do consumidor, no que toca a atividades de crédito, venda a prazo ou transações comerciais e empresariais com risco financeiro envolvido.

Neste viés, os consumidores são avaliados sob uma ótica que prioriza a sua inadimplência e os fatos por ele praticados no sentido de não honrar compromissos financeiros, qualidades estas de caráter negativo em relação ao seu bom nome frente ao mercado financeiro, empresarial e comercial.

Tal caráter evidencia a generalidade dos cadastros e bancos de dados no país, nos quais “a inclusão do nome de alguém se dá pelo fato de essa pessoa estar inadimplente, em relação ao pagamento de uma dívida”.¹⁰⁸

Os bancos de dados de viés negativo, portanto, armazenam tais informações com intuito de munir aqueles envolvidos em tais operações de informação acerca do histórico do consumidor em específico, de modo a permitir uma análise de risco nas operações de crédito realizadas em relação àquela pessoa específica.

É este, portanto, o banco de dados de caráter negativo.

Esta compreensão, quando pensada de forma oposta, revela, de forma bem próxima, o que se pode compreender como banco de dados de caráter positivo.

Aliado à necessidade de as entidades financeiras colherem informações que permitam um melhor cálculo dos riscos que envolvem operações relativas à concessão de crédito, surgiu uma segunda vertente relacionada a estas mesmas operações, no sentido de

¹⁰⁶ BRASIL. Art. 3º, §1º, da Lei n. 12.414, de 09 de junho de 2011.

¹⁰⁷ BRASIL. Art. 2º, inc. I, da Lei n. 12.414, de 09 de junho de 2011.

¹⁰⁸ NUNES, Luiz A. Rizatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: Direito Material (arts. 1.—ao 54)*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 515.

que aqueles com bom histórico de cumprimento de suas obrigações financeiras tenham maior facilidade e até mesmo vantagens em operações de crédito.

Isto se dá por meio do fornecimento, mediante autorização do consumidor, de informações relacionadas ao adimplemento de suas contas e obrigações financeiras, não existindo, no entanto, até o momento, obrigação legal para que as empresas envolvidas em operações financeiras concedam uma vantagem específica.

Neste sentido, o Banco Central do Brasil editou Resolução n. 4.172, de 20 de dezembro de 2012, que “dispõe sobre o fornecimento, pelas instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, das informações de adimplemento de pessoas naturais e de pessoas jurídicas aos bancos de dados [...] para formação de histórico de crédito.”¹⁰⁹

Carlos Celso Orcesi da Costa entende que podem ser abrangidos pelo cadastro positivo informações do histórico de consumo do indivíduo, de modo que o concedente de crédito possa avaliar o risco a ser assumido na operação financeira, além da possibilidade de garantir benefícios aos bons pagadores.¹¹⁰

Já existem entidades preparados e especialmente para a coleta de dados positivos relativos a operações financeiras dos consumidores, com o intuito de permitirem melhores condições de acesso ao crédito.

Ocorre, no entanto, que a legislação e regulamentação somente permitiram e facultaram aos consumidores o envio das informações relativas às suas operações financeiras, de modo a lhes municiar com dados que, em tese, seriam hábeis a uma melhor negociação de condições para obtenção de crédito.

Não há nenhuma obrigação legal ou regulamentar para que as empresas operadoras de crédito financeiro utilizem os respectivos dados positivos para conceder vantagem ou benefício a qualquer consumidor recaindo os critérios de concessão do crédito à avaliação interna de cada uma que atue na área.

O banco positivo de dados, portanto, é uma modalidade interessante que poderá, no futuro, ter utilidade para os consumidores.

¹⁰⁹ BRASIL. *Resolução n. 4.172, de 20 de dezembro de 2012.*

¹¹⁰ COSTA, Carlos Celso Orcesi da. *Cadastro Positivo - Lei n. 12.414/2011: comentada artigo por artigo.* São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

Em suma, esta é a diferenciação entre os principais tipos de bancos de dados, que se dividem em positivos e negativos, na forma dos conceitos e legislação abordados e da explanação realizada neste tópico.

A partir deste conceitos, é possível adentrar na questão relativa aos direitos que a legislação pátria garante ao consumidor frente aos bancos de dados, que se repercutem, por vezes, em obrigações impostas às entidades que armazenam os dados.

Cabe ressaltar, que, diante do caráter público dos bancos de dados, "cada indivíduo, solitária ou coletivamente, ganha o direito de questioná-los da maneira o mais ampla possível, tanto nos procedimentos que utilizam, como no conteúdo do que mantêm"¹¹¹.

O consumidor tem o direito de acessar as informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, assim como também lhe é garantido o direito de acessar informações sobre as fontes destes dados¹¹².

É dever das entidades, mesmo que sem requerimento do consumidor, realizar o cancelamento de registros de caráter negativo existente nos bancos de dados quando completarem 5 (cinco) anos ou, antes deste período, caso já tenha ocorrido a prescrição da ação de cobrança correspondente ao débito objeto do registro.¹¹³

Também é direito do consumidor ser comunicado por escrito sobre a abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais, quando não solicitada por ele, o que ocorre:

não só de modo a possibilitar-lhe a exigência da imediata correção das inexatidões, mas também de molde a proporcionar-lhe a oportunidade de evitar o abalo de seu crédito, no mercado de consumo, purgando a mora o mais cedo possível.¹¹⁴

¹¹¹ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. *Das Prática Comerciais*. In GRINOVER, Ada Pelegrini (et al.). *Código de Defesa do Consumidor – Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense universitária, 2001, p. 367.

¹¹² BRASIL. Art. 43, da *Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990*.

¹¹³ SILVA, Jorge Alberto de Carvalho. *Código de Defesa do Consumidor Anotado*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 152.

¹¹⁴ SILVA, Jorge Alberto de Carvalho. *Código de Defesa do Consumidor Anotado*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 153.

Ao consumidor é garantido o direito de exigir a imediata correção de dados e cadastros inexatos sobre a sua pessoa, cuja retificação deverá ser comunicada no prazo de 5 (cinco) dias aos eventuais destinatários das informações incorretas.

É direito do consumidor que não sejam fornecidas informações que possam impedir ou dificultar o acesso ao crédito após consumada a prescrição relativa à cobrança de débitos seus.

As informações existentes deverão ser disponibilizadas em formatos acessíveis ao consumidor, inclusive àquele com deficiência, mediante solicitação sua.

Na mesma linha, a Lei n. 12.414, de 9 de junho de 2011, prevê alguns direitos que o consumidor dispõe frente aos bancos de dados.

As informações armazenadas devem ser claras, verdadeiras e de fácil compreensão, não envolvendo juízo de valor, possibilitando o imediato entendimento do cadastrado e verdadeiras e "vedada, portanto, a utilização de símbolos, códigos ou idioma estrangeiro"¹¹⁵.

O consumidor tem o direito de não ter contra si anotadas informações excessivas, consideradas as que não estiverem relacionadas à análise de risco de crédito, assim como de não ter anotadas informações sensíveis, consideradas as relativas a origem étnica, saúde, informação genética, orientação sexual e convicções políticas, religiosas e filosóficas.

É direito do consumidor que a abertura de cadastro somente se realize mediante autorização prévia sua, mediante consentimento informado por meio de assinatura em instrumento específico ou em cláusula apartada.

De forma mais específica, o art. 5º, da Lei n. 12.414, de 9 de junho de 2011, destaca expressamente diversos direitos do cadastrado¹¹⁶.

Em suma, o consumidor tem o direito de solicitar o cancelamento do cadastro, assim como pode impugnar qualquer informação indevidamente anotada e ter, em até 7 (sete) dias, a efetiva correção ou cancelamento, com a respectiva comunicação aos demais bancos de dados para os quais disponibilizada a informação; e também de solicitar a revisão de decisão realizada exclusivamente por meios automatizados.

¹¹⁵ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. *Das Prática Comerciais*. In GRINOVER, Ada Pelegrini (et al.). *Código de Defesa do Consumidor – Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense universitária, 2001, p. 391.

¹¹⁶ Cf. BRASIL. Art. 5º, da Lei n. 12.414, de 09 de junho de 2011.

Também pode acessar, de forma gratuita, por telefone ou meio eletrônico, as informações sobre ele existentes no banco de dados, que devem ser mantidas em sistema seguro de consulta para informar sobre o adimplemento.

O consumidor pode exigir informações sobre o armazenamento, identidade do gestor do banco de dados, objetivo do tratamento dos dados e destinatário dos dados, em caso de compartilhamento, assim como sobre os elementos e critérios considerados para a análise de risco.

Por fim, está previsto expressamente como direito do consumidor, que se reverte em obrigação dos bancos de dados, a garantia de que seus dados sejam utilizados somente de acordo com a finalidade para a qual eles foram coletados.

Em breve análise, são estes os principais direitos dos quais se vale o consumidor frente aos bancos de dados quando se trata da abertura de cadastro, coleta, armazenado e compartilhamento de dados, retificação e correção destes e exclusão dos mesmos.

A partir desta conceituação inicial, é possível abordar o tema do *credit scoring*.

O sistema de *credit scoring* é um método de análise relacionado a condições para concessão ou não de crédito ao consumidor que submete um pedido de empréstimo ou financiamento perante instituições próprias.

Ele se vale de diversas variáveis, que envolvem desde idade, sexo, profissão, renda média, estado civil, local de residência, número de dependentes, assim como o histórico de crédito do consumidor.

Este sistema é a ferramenta utilizada por aqueles que atuam com a concessão de crédito para avaliar o risco de realização de operações com determinado consumidor, a partir de uma análise de risco de crédito.

Nas palavras do Min. Paulo de Tarso Sanseverino, no julgamento do REsp n. 1457199/RS: “O sistema 'credit scoring' é um método desenvolvido para avaliação do risco de concessão de crédito, a partir de modelos estatísticos, considerando diversas variáveis, com atribuição de uma pontuação ao consumidor avaliado (nota do risco de crédito)”¹¹⁷

Em complemento, o Ministro explica que o sistema de *credit scoring*:

¹¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1457199/RS*, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 12/11/2014, DJe 17/12/2014.

Trata-se de uma fórmula matemática que obtém uma determinada nota de risco de crédito a partir de dados do consumidor, em geral retirados de bancos de dados disponíveis no mercado. Ou seja, a partir de fórmulas, a empresa que faz a avaliação chega a uma pontuação de risco, resumida na nota final do consumidor. A análise passa por dados pessoais do consumidor e inclui eventuais inadimplências, ainda que sem registro de débitos ou protestos.¹¹⁸

É fácil perceber que os bancos de dados relativos a informações de inadimplência dos consumidores são fonte importantíssima para a formulação e concretização da ferramenta relativa o sistema de *credit scoring*.

A partir desta explicação, é possível ressaltar que os bancos de dados dos consumidores não se confundem com o sistema de *credit scoring* em si, sendo este uma ferramenta que se utiliza daqueles como fonte de informações.

2. Disciplina normativa dos bancos de dados

Neste capítulo os bancos de dados serão abordados a partir de sua disciplina normativa no ordenamento brasileiro, passando, inicialmente pelas disposições constitucionais que os afetam, que serão analisadas em suas particularidades e, posteriormente, recaindo sobre as disposições legislativas ordinárias que autorizam e regem a criação e funcionamento dos bancos de dados e cadastros de consumidores.

Abordando, inicialmente a constitucionalidade dos bancos de dados, a partir das questões que afetam e validam o seu funcionamento, especialmente no que toca à sua compatibilidade com direitos e garantias fundamentais.

Esta análise é necessária, pois os bancos de dados tratam essencialmente de uma coletânea de informações sobre as pessoas, informações estas que podem estar no campo de proteção e de sigilo atribuídos constitucionalmente a um determinado campo ou direito atinente a uma pessoa específica.

A adequação constitucional dos bancos de dados exige que se respeitem as garantias e os direitos fundamentais, assim como as vedações previstas na Carta Magna no que toca à obtenção e utilização de certas informações atinentes a cada pessoa.

¹¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1457199/RS*, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 12/11/2014, DJe 17/12/2014.

Também no que toca aos métodos de obtenção de tais informações, é preciso que não exista violação de atos e métodos protegidos constitucionalmente, a exemplo da comunicação telegráfica e de dados.

Desta feita, é preciso que sejam respeitadas informações relativas à intimidade e vida privada de cada um, assim como o sigilo constitucional atribuído às telecomunicações e informações bancárias e fiscais.

Um primeiro viés constitucional se relaciona aos direitos fundamentais da intimidade e da vida privada.

A Constituição Federal de 1988 disciplina expressamente que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”¹¹⁹.

Primeira questão a ser esclarecida é a distinção entre intimidade e vida privada, que não possui unanimidade doutrinária, mas goza de corrente majoritária no sentido de que a vida privada é mais ampla, dentro da qual se insere a intimidade como esfera mais restrita e reservada do indivíduo.

Fala-se em três esferas de proteção, que abrangem:

[...] uma esfera íntima (que constitui o núcleo essencial e intangível do direito à intimidade e privacidade), uma esfera privada (que diz com aspectos não sigilosos ou restritos da vida familiar, profissional e comercial do indivíduo, sendo passível de uma ponderação em relação a outros bens jurídicos e uma esfera social (onde se situam os direitos à imagem e à palavra, mas não mais a intimidade e a privacidade) [...]¹²⁰

Importa destacar que o direito de proteção à intimidade e à vida privada engloba a proteção de dados relacionados a estas esferas de cada pessoas, motivo pelo qual se reveste da mesma inviolabilidade a coleta, armazenamento e uso de tais dados.

O Ministro Paulo de Tarso Sanseverino assevera que:

¹¹⁹ BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 16 de abril de 2016, às 14:00.

¹²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 406.

No aspecto relativo à privacidade, devem ser respeitados os direitos fundamentais previstos no art. 5º, X, da Constituição Federal (“X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito de indenização pelo dano material e moral decorrente de sua violação”), com especial destaque para os direitos de personalidade regulamentados pelo Código Civil de 2002 (artigos 11 a 21) [...]¹²¹

A proteção não é absoluta, uma vez que “assim como os demais direitos pessoais, também o direito à privacidade não se revela ilimitado e imune a intervenções restritivas”,¹²², cabendo ser compatibilizado com outras necessidades e nuances da vida social e moderna.

Sobre o tema, Fábio Ulhoa Coelho esclarece que:

Inviolabilidade da vida privada, assim, é o direito da personalidade, que assegura a pessoa, a faculdade de selecionar quais dados (não públicos) que sobre ela podem ou não serem divulgados, e por que meios. Por serem direitos absolutos, todos indistintamente, têm o dever de se abster de qualquer ato, público ou privado que importe na divulgação não desejada da informação.¹²³

Complementa Leonardo Roscoe Bessa que: “as atividades desenvolvidas pelos bancos de dados de proteção ao crédito são potencialmente ofensivas à privacidade no que concerne à ideia atual de necessidade de controle e tutela de dados pessoais”¹²⁴.

Desta feita, em relação aos bancos de dados, impõem-se limitações nas operações de coleta, armazenamento e utilização dos mesmos, de modo a não invadir indevidamente esfera de privacidade ou intimidade da pessoa.

Tanto é que, conforme visto em capítulos anteriores, há uma vedação legal quanto ao armazenamento de informações *excessivas* e *sensíveis*.

¹²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1457199/RS*, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 12/11/2014, DJe 17/12/2014, p. 22.

¹²² SARLET, Op. cit., p. 408.

¹²³ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*. Vol. 1. São Paulo: Saraiva. 2003, p.193.

¹²⁴ BESSA, Leonardo Roscoe. *Cadastro positivo: comentários à Lei 12.414, de 9 de junho de 2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 54

Já se explicitou que as informações excessivas não são vinculadas à análise de risco de crédito do consumidor, ou seja, que poderiam estar relacionadas a outros aspectos da vida privada e intimidade das pessoas, sem qualquer utilidade para as operações financeiras em relação as quais os bancos de dados se voltam a minimizar o risco.

Da mesma forma, as informações sensíveis, além de nada dizerem em relação à análise de risco de crédito do consumidor, são atinentes à origem social, étnica, à saúde, informação genética, orientação sexual e convicções políticas religiosas e filosóficas.

Ficam também estas protegidas pelos direitos à inviolabilidade da vida privada e intimidade, de modo que não podem ser coletadas ou armazenadas pelos bancos de dados.

Percebe-se que a coleta de dados, de modo a se revestir de constitucionalidade, deve se manter dentro dos limites de informações diretamente relacionadas ao risco da atividade de crédito, não se expandido em relação a outros dados que possam implicar em invasão da esfera privada e íntima das pessoas.

Em decorrência dos direitos de inviolabilidade à privacidade e intimidade surgem a proteção dos sigilos bancário e fiscal.

Estes não estão previstos expressamente na Carta Magna, mas decorrem diretamente da previsão de inviolabilidade da privacidade e da vida privada.

Com efeito, “no caso da Constituição Federal, a proteção do sigilo fiscal e bancário foi, de acordo com a voz majoritária no direito brasileiro, deduzida dos direitos à privacidade e à intimidade, constituindo uma particular manifestação destes [...]”¹²⁵.

Esclarece Demócrito Reinaldo Filho que:

Como se sabe, a Constituição Federal em seu art. 5º, X, assegura a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e imagem das pessoas. O direito fundamental à intimidade e privacidade inclui, em seu núcleo essencial, a esfera econômica individual. A privacidade nos assuntos econômicos impede que outras pessoas, sejam elas privadas ou públicas, tenham acesso às informações do indivíduo. O direito ao sigilo bancário, portanto, deriva dessa proteção constitucional, sendo indiscutível que o cidadão deve ser garantido contra invasões à sua privacidade no que tange às suas operações bancárias e financeiras, direito esse fundamental e que somente sofre limitações quando presentes situações de interesse público (para fins de investigação de ilícitos administrativos e penais, de

¹²⁵

Ibidem, p. 409.

supervisão do sistema financeiro, de atuação fiscal, dentre outras).
126

Da mesma forma que os direitos anteriormente apresentados, o sigilo bancário e fiscal não possuem caráter absoluto.

O viés bancário e fiscal, no entanto, guarda maior especialidade e maior aproximação com os tipos de dados coletados e armazenados pelos bancos de dados que os fornecem para empresas avaliadoras de risco de crédito.

Nessa linha, há que se visualizar que as informações coletadas não podem ter extensão completa sobre a vida fiscal e financeira da pessoa.

Os dados devem se limitar àqueles relacionados a atividades de concessão de crédito, realização de venda a prazo ou de outras transações comerciais e empresariais que impliquem risco financeiro.

Aqui é importante distinguir que não cabe ao banco de dados manter registro da composição do patrimônio de cada pessoa, o que pode ser avaliado e exigido pelas entidades concessivas do crédito.

Limitam-se as informações a serem armazenadas ao histórico da pessoa em operações de crédito que envolvam risco, demonstrando-se o seu comportamento em relação à adimplência no que tange a referidos contratos, independentemente da constituição patrimonial da pessoa.

Outro aspecto de aplicação destes direitos no sentido de limitar a atuação dos bancos de dados se dá quanto à forma de obtenção das informações a serem armazenadas.

Isto porque, não é lícito ao banco de dados perscrutar toda a vida financeira e econômica da pessoa, analisando o seu patrimônio, sua receita, despesas, ganhos e a sua alocação de verbas, assim como estratégia financeira.

Tal extensão de informações está protegida pelos direitos de inviolabilidade do sigilo bancário e fiscal, permitindo-se tão somente que os bancos de dados tratem de informações

¹²⁶ FILHO, Demócrito Reinaldo. *A central de risco de crédito do banco central – considerações sobre sua natureza e os riscos à proteção dos dados pessoais dos clientes bancários*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5009>. Acesso em: 01/04/2016, às 18:58.

relativas a contratos de operações de concessão de crédito e de venda a prazo ou outras que envolvam risco financeiro.

Neste viés, cabe repisar as considerações já elencadas no sentido de que as informações relativas ao sigilo bancário e fiscal não podem ser coletadas de forma integral pelos bancos de dados, mas somente naquilo em que relacionadas com o cumprimento de contratos creditícios.

Aliado à disciplina constitucional de direitos relacionados aos bancos de dados, é possível se deduzir um direito específico à proteção dos dados pessoais.

Neste sentido, a Constituição Federal de 1988 dispõe em seu artigo 5º, inciso XII que:

é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

A partir desta previsão, já se concebe na doutrina um direito à proteção dos dados pessoais, direito este que se fortaleceu com o advento dos meios eletrônicos e com a grande facilidade na difusão de informações que com eles adveio.

Ingo Wolfgang Sarlet esclarece que “a proteção dos dados pessoais alcançou uma dimensão sem precedentes no âmbito da sociedade tecnológica notadamente a partir da introdução do uso da tecnologia da informática.”¹²⁷

Complementa que: “não se cuida de direito submetido (como no caso do sigilo das comunicações) a expressa reserva legal, mas a sua vinculação com os direitos à privacidade e intimidade sugere que se lhe dê proteção em princípio equivalente.”¹²⁸

A redação original da Carta Magna previu o direito de inviolabilidade dos dados, o qual, balizado pelas transformações sociais e evolução tecnológica, ganha hoje curial relevância, ainda mais na acelerada e virtualizada sociedade atual.

A compreensão de um direito à proteção dos dados pessoais repercute em diversas esferas e modalidades, a partir das quais se depreende direitos a ter acesso a dados

¹²⁷ Ibidem, p. 430.

¹²⁸ Ibidem, p. 433-434.

armazenados, à retificação de dados incorretos, à exclusão de dados desnecessariamente guardados ou ofensivos a outros direitos fundamentais, a exemplo da privacidade, intimidade e dos sigilos bancário e fiscal.

Nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet:

[...] o direito à proteção dos dados pessoais pode ser associado ao direito à privacidade (no sentido de uma 'intimidade informática') e ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade, que inclui o direito à livre disposição sobre os dados pessoais, de tal sorte que não se trata apenas de uma proteção dos dados contra o conhecimento e uso por parte de terceiros [...]¹²⁹

Em verdade, não há como se dissociar o direito de proteção dos dados da proteção à vida privada e intimidade, somente cabendo esclarecer que aquele é mais específico, abrangendo aspectos mais pontuais e que atendem unicamente à proteção dos dados em si.

Neste aspecto, o direito à proteção dos dados abrange especificamente direitos de ser informado sobre o armazenamento dos dados, de acesso aos respectivos dados, de ser possível requisitar a retificação dos dados, de conhecer a identidade dos que armazenam os dados, assim como as técnicas de armazenamento e de obtenção das informações, assim como da finalidade para a qual os dados estão sendo armazenados.

Consolidando tal perspectiva, Ingo Sarlet explica que:

De modo a assegurar uma proteção sem lacunas de todas as dimensões que envolvem a coleta, armazenamento, tratamento, utilização e transmissão de dados pessoais, é possível afirmar que o âmbito de proteção do direito à proteção dos dados pessoais abarca as seguintes posições jurídicas: (a) o direito ao acesso e ao conhecimento dos dados pessoais existentes em registros (bancos de dados) públicos ou privados; (b) o direito ao não conhecimento, tratamento e utilização e difusão de determinados dados pessoais pelo Estado ou por terceiros, aqui incluído um direito de sigilo quanto aos dados pessoais; (c) o direito ao conhecimento da identidade dos responsáveis pela coleta, armazenamento, tratamento e utilização dos dados; (d) o direito ao conhecimento da finalidade da coleta e da eventual utilização dos dados; (e) o direito à retificação e, a depender

¹²⁹

Ibidem, p. 431.

do caso, à exclusão de dados pessoais armazenados em bancos de dados.¹³⁰

Dessume-se, portanto, que é possível extrair da organização Constitucional brasileira um direito específico à proteção dos dados e informações da pessoa, o qual decorre logicamente e essencialmente dos direitos à vida privada e à intimidade, mas possui nuances e aspectos próprios, decorrentes da especialidade do tema.

Perpassada a seara constitucional, breve análise das legislações infraconstitucionais se mostra necessária para a completa apreciação legislativa do tema.

O Código de Defesa do Consumidor reserva pequeno espaço para disciplinar os bancos de dados.

O Ministro Paulo de Tarso Sanseverino esclarece, no julgamento do Resp n. 1457199/RS que: “o microssistema brasileiro de proteção do consumidor inseriu-se na preocupação mundial com a proteção da privacidade do consumidor ensejada pelo desenvolvimento da informática, embora, no início da década de noventa, a internet ainda fosse incipiente no Brasil.”¹³¹

Nessa linha, o art. 43, *caput*, é expreso ao garantir ao consumidor “acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como as respectivas fontes.”¹³²

Também está expreso que a abertura de cadastro, ficha e registro de dados pessoais e de consumo deve ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não decorrer de solicitação sua, sendo garantido ao consumidor exigir a correção de dados inexatos.

Quanto à natureza das entidades de cadastro de dados, o Código é expreso ao definir que “os serviços de proteção ao crédito e congêneres são considerados entidades de caráter público”¹³³.

¹³⁰ Ibidem, p. 432-433.

¹³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1457199/RS, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 12/11/2014, DJe 17/12/2014, p. 12.

¹³² BRASIL. Art. 43. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor.

¹³³ BRASIL. Art. 43, §5º. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor.

O art. 44, por sua vez, prevê a obrigatoriedade de órgãos públicos de defesa do consumidor em manter cadastros atualizados de reclamações fundamentadas contra fornecedores de produtos e serviços, mantendo divulgação pública e anual acerca do atendimento o não da reclamação.

Com análise mais aprofundada foi publicada a Lei n. 12.414, em 09 de junho de 2011.

Na forma dela, os bancos de dados não podem armazenar qualquer tipo de informação, devendo se ater àquelas objetivas e necessárias para avaliar exclusivamente a situação econômica do cadastrado.

De modo a manter essa linha de objetividade e de não invasão desmedida da privacidade e intimidade dos consumidores, a legislação prevê expressamente tipos de informações cuja anotação é proibida.

Neste sentido o art. 4º, §3º da referida Lei destaca que são proibidas as anotações de certos tipos de informações relativas ao cadastrado, designadas como informações excessivas e informações sensíveis.

As referidas informações excessivas são aquelas não vinculadas à análise de risco de crédito ao consumidor.

As chamadas informações sensíveis, por sua vez, são aquelas pertinentes à origem social e étnica, à saúde, à informação genética, à orientação sexual e às convicções políticas, religiosas e filosóficas¹³⁴.

Na lição de Danilo Doneda:

Nota-se, diante dessa breve definição, que todos os dados sensíveis são dados pessoais, mas o contrário não pode ser dito. Afirma-se, também, que a violação de dados sensíveis é muito mais prejudicial para a pessoa em causa, podendo gerar danos mais intensos à sua personalidade. Outra abordagem envolve a consideração de que o mau uso de dados sensíveis pode trazer maiores possibilidades de discriminação do indivíduo.¹³⁵

¹³⁴ Cf. BRASIL. Lei n. 12.414, de 9 de junho de 2011.

¹³⁵ DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 163.

Importante previsão consta no art. 7º da multicitada Lei, pois delimita o objeto de sua aplicação, ao estabelecer que as informações armazenadas nos bancos de dados, somente podem ser utilizadas para análise de risco de crédito ou para subsidiar a concessão ou extensão de crédito e a realização de venda a prazo ou outras transações comerciais e empresariais que impliquem risco financeiro ao consulente¹³⁶.

De grande importância é a previsão de que “o banco de dados, a fonte e o consulente são responsáveis objetiva e solidariamente pelos danos materiais e morais que causarem ao cadastrado.”¹³⁷.

Além do quanto previsto no Código de Defesa do Consumidor, já abordado, esta é a disciplina legal normativa referente a bancos de dados com informações de adimplemento de pessoas naturais ou jurídicas para formação de histórico de crédito.

3. Limites legais e jurisprudenciais do sistema de avaliação de crédito

Neste capítulo serão abordados as nuances e limites para a aplicação e para a utilização dos bancos de dados e do sistema de *credit scoring* que os tornam compatíveis com o ordenamento jurídico brasileiro.

Para tanto, será apreciado o entendimento formulado pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Resp n. 1.419.697/RS e do Resp n. 1.457.199/RS, ambos de Relatoria do Min. Paulo de Tarso Sanseverino, que foi realizado de forma conjunta sob a sistemática dos Recursos Repetitivos.

A escolha do julgado se deu pela integral apreciação do tema no mesmo, pela relevância, diante da sistemática de Recurso Repetitivo utilizada no julgamento, firmando tese a ser adotada pelo judiciário nacional.

Também foi relevante a forma sistemática como apreciado o tema pelo Superior Tribunal de Justiça, tendo em vista que esta Corte fixou 5 (cinco) teses relacionadas ao tema objeto deste trabalho, representando minuciosa análise jurisprudencial vinculante sobre o tema.

¹³⁶ Cf. Lei n. 12.414, de 9 de junho de 2011.

¹³⁷ Cf. Art. 16, da Lei n. 12.414, de 9 de junho de 2011.

A disciplina legislativa relacionada aos bancos de dados já foi analisada de uma maneira esparsa ao longo deste trabalho, tornando-se necessária apenas uma consolidação das principais disposições legislativas e consequências jurídicas delas decorrentes.

É preciso esclarecer que a legislação pátria não impede a utilização de ferramentas relacionadas ao sistema de *credit scoring*, aceitando-a, inclusive por disposições expressas, mas não a regulamentando diretamente.

Tendo em vista que os bancos de dados coletam, armazenam e compartilham informações que serão utilizadas, essencialmente, em ferramenta de avaliação de risco de concessão de crédito aos consumidores, as previsões legislativas e limites próprios que possam ser aplicáveis extensivamente devem ser observadas em relação ao sistema de avaliação de crédito, quando previstas para os bancos de dados.

Desta forma, as informações em relação à quais os bancos de dados não podem ingressar e utilizar, também não podem ser utilizadas pelo sistema de avaliação de crédito, ainda que obtidas a partir de fonte diversa.

São exemplos desta situação as ditas informações excessivas e informações sensíveis, em relação às quais há vedação legal para que os bancos de dados colem e utilizem, por conta de se considerar invadida a esfera de privacidade dos consumidores, já que tais informações não guardam nenhuma relação com o fim próprio que autoriza o funcionamento dos bancos de dados que é a avaliação do risco em operações de crédito.

No entanto, nem todas as limitações legislativas são compatíveis para aplicação recíproca, por exemplo, em relação aos bancos de dados é exigido que o gestor seja pessoa jurídica com patrimônio mínimo, certificações técnicas, exigências de segurança, contrato social próprio e específico, dentro outros previstos no Decreto n. 7.829, de 17 de outubro de 2012 e já explicitados em capítulo próprio deste trabalho.

O sistema de avaliação de crédito é um método, uma ferramenta, inexistindo obrigação legal de que seja formada pessoa jurídica específica para se fazer a pontuação dos consumidores e avaliação do risco que oferecem na concessão de crédito.

Aqueles que se utilizam do sistema de *credit score* estão na outra ponta da cadeia em relação aos bancos de dados, que coletam parte das informações que podem ser utilizadas na pontuação do consumidor.

Não ficam sujeitos, portanto, aos requisitos para criação e implementação dos meios necessários à coleta e armazenamento dos dados.

Outras limitações, no entanto, são aplicáveis extensivamente a partir da disciplina dos bancos de dados para o sistema de avaliação de crédito, a exemplo da já citada necessidade de respeito às informações que possam implicar em ofensa à privacidade e vida íntima dos consumidores.

Na mesma linha, as informações recebidas e utilizadas por quem se vale do sistema de avaliação de crédito devem receber tratamento de sigilo e segurança, não podendo se utilizar estas para outros fins.

Apesar do grande arcabouço, a disciplina legal se mostrou insuficiente para regular os bancos de dados e solucionar todos os problemas que surgem a partir de sua utilização em sistemas de avaliação de risco na concessão de crédito.

Na verdade, a legislação foi capaz de criar boas bases e requisitos para a criação, consolidação e funcionamento dos bancos de dados enquanto instituições, mas não foi capaz de regular as ceulemas sociais surgidas a partir do seu funcionamento prático.

Exigiu-se uma intervenção doutrinária e judicial para delimitar as especificidades do sistema de *credit scoring*, que se vale essencialmente das informações coletadas, armazenadas e fornecidas pelos bancos de dados.

Apesar de relacionada a aspectos constitucionais, trata-se, em sua essência, de tema infraconstitucional, sedimentando-se, portanto, o Superior Tribunal de Justiça como instância delimitadora da interpretação cabível ao caso.

No particular, em relação ao tema posto a apreciação pelos Tribunais Pátrios, o Supremo Tribunal Federal negou a existência de Repercussão Geral, afastando, portanto, a existência de questão constitucional frente ao tema de n. 802, que tratou da: *“802 - Indenização por danos morais decorrentes da inscrição de consumidor em sistema de avaliação de crédito denominado ;Concentre Scoring; ou ;Credit Scoring; ou ;Credscore; instituído e mantido pelo SERASA.”*

A escolha deste julgado se justifica, pois foi adotado como tema de Repercussão Geral pelo Supremo Tribunal Federal, o que implica em julgamento que terá eficácia vinculante ao Poder Judiciário e com poder de firmar tese jurídica sobre o tema objeto do trabalho.

A Repercussão Geral foi negada por maioria, vencido o Min. Gilmar Mendes e sem a manifestação da Min. Cármen Lúcia, conforme Acórdão relatado pelo Min. Teori Zavascki, proferido no Recurso Extraordinário com Agravo de n. 867.326.

Considerou o Supremo Tribunal Federal que a discussão, inclusive quanto à legitimidade dos sistemas de análise de crédito, possui natureza infraconstitucional e que seria apenas reflexa e indireta eventual ofensa a normas constitucionais.

Com isto, recaiu sobre o Superior Tribunal de Justiça a atribuição de definir os limites e parâmetros legais relativos à matéria.

A disciplina jurisprudencial deste sistema foi possível a partir da fixação do Tema n. 710, relacionado ao julgamento de demandas repetitivas junto ao Superior Tribunal de Justiça, por meio do qual foi submetida a julgamento a: “discussão acerca da natureza dos sistemas de scoring e a possibilidade de violação a princípios e regras do Código de Defesa do Consumidor capaz de gerar indenização por dano moral.”

Este tema representou a afetação do julgamento do Resp n. 1.419.697/RS e do Resp n. 1.457.199/RS, ambos de Relatoria do Min. Paulo de Tarso Sanseverino, para formação de tese jurídica relativa à questão abstrata posta em julgamento.

Conforme já explicitado, a escolha do julgado se deu pela integral apreciação do tema, pela relevância, diante da sistemática de Recurso Repetitivo utilizada no julgamento, firmando tese a ser adotada pelo judiciário nacional.

Também foi relevante sistemática utilizada pelo Superior Tribunal de Justiça, tendo em vista que esta Corte fixou 5 (cinco) teses relacionadas ao tema objeto deste trabalho.

O julgamento conjunto dos referidos recursos paradigma se deu em 12 de novembro de 2014, por meio da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça.

Passemos à consolidação das teses ali firmadas e enunciação da disciplina jurídica aplicável à situação em espeque.

No próprio sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça é referenciado no campo Tese Firmada, em relação ao tema 710, já citado, o seguinte resultado:

I - O sistema "credit scoring" é um método desenvolvido para avaliação do risco de concessão de crédito, a partir de modelos estatísticos, considerando diversas variáveis, com atribuição de uma pontuação ao consumidor avaliado (nota do risco de crédito).

II - Essa prática comercial é lícita, estando autorizada pelo art. 5º, IV, e pelo art. 7º, I, da Lei n. 12.414/2011 (lei do cadastro positivo).

III - Na avaliação do risco de crédito, devem ser respeitados os limites estabelecidos pelo sistema de proteção do consumidor no sentido da tutela da privacidade e da máxima transparência nas relações negociais, conforme previsão do CDC e da Lei n. 12.414/2011.

IV - Apesar de desnecessário o consentimento do consumidor consultado, devem ser a ele fornecidos esclarecimentos, caso solicitados, acerca das fontes dos dados considerados (histórico de crédito), bem como as informações pessoais valoradas.

V - O desrespeito aos limites legais na utilização do sistema "credit scoring", configurando abuso no exercício desse direito (art. 187 do CC), pode ensejar a responsabilidade objetiva e solidária do fornecedor do serviço, do responsável pelo banco de dados, da fonte e do consulente (art. 16 da Lei n. 12.414/2011) pela ocorrência de danos morais nas hipóteses de utilização de informações excessivas ou sensíveis (art. 3º, § 3º, I e II, da Lei n. 12.414/2011), bem como nos casos de comprovada recusa indevida de crédito pelo uso de dados incorretos ou desatualizados.

A apreciação individual de cada tese abstrata permitirá definir os limites jurisprudenciais de consolidação e aplicação dos bancos de dados e dos sistemas de *credit scoring* que deles se utilizam para avaliação de risco de crédito.

O primeiro ponto fixado no julgamento dos Recursos Repetitivos em questão definiu a natureza jurídica do sistema de *credit score* como um método, uma ferramenta, desenvolvido para avaliação do risco de concessão de crédito, mediante utilização de dados estatísticos com as mais diversas fontes e variáveis, a partir das quais se atribui ao consumidor uma nota que visa a representar se é ele bom pagador ou não.

Sobre o tema, o Ministro Relator esclarece que:

Aproveitando-se da facilidade contemporânea de acesso aos bancos de dados disponíveis no mercado via "internet", algumas empresas desenvolveram fórmulas matemáticas para avaliação do risco de crédito, a partir de modelos estatísticos, considerando diversas variáveis de decisão, atribuindo uma nota ao consumidor.

As "variáveis de decisão" são fatores que a experiência empresarial denotou como relevantes para avaliação do risco de retorno do crédito concedido. Cada uma dessas variáveis recebe uma determinada pontuação, atribuída a partir de cálculos estatísticos, formando a nota final.

Consideram-se informações acerca do adimplemento das obrigações (histórico de crédito), assim como dados pessoais do consumidor

avaliado (idade, sexo, estado civil, profissão, renda, número de dependentes, endereço).¹³⁸

Ficou reconhecido pelo Tribunal que esta prática é lícita, compatível com o ordenamento jurídico brasileiro, que a ampara a partir de expressões encontradas no art. 5º, inc. IV¹³⁹ e no art. 7º, inc. I¹⁴⁰, da Lei n. 12.414, de 09 de junho de 2009.

Com efeito, a legislação própria, já devidamente analisada, prevê que a formação de bancos de dados se dá com o intuito de permitir a realização de análise de risco relacionado a operações de crédito que envolvam risco financeiro.

Ainda no Acórdão, o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino esclarece que:

Aliás, os bancos de dados e os cadastros negativos receberam pleno reconhecimento pela jurisprudência do STJ, desde o seu início, merecendo lembrança a referência feita pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior no julgamento do Recurso Especial n. 22.337/RS, “É evidente o benefício que dele decorre em favor da agilidade e da segurança das operações comerciais, assim como não se pode negar ao vendedor o direito de informar-se sobre o crédito do seu cliente na praça, e de repartir com os demais os dados de que dele dispõe”. (p. 25)¹⁴¹

A estes fundamentos é possível acrescentar também o quanto consta no art. 2º, inc. I, que define o conceito de banco de dados, em relação ao qual se afirma que o mesmo é atribuído com “a finalidade de subsidiar a concessão de crédito, a realização de venda a prazo ou de outras transações comerciais e empresariais que impliquem risco financeiro;”.

A própria descrição da lei e o seu art. 1º expressam que é disciplinada a formação de bancos de dados com informações relacionadas à formação de histórico de crédito.

¹³⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1457199/RS, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 12/11/2014, DJe 17/12/2014, p. 8.

¹³⁹ *In verbis*: Art. 5º São direitos do cadastrado: [...] IV - conhecer os principais elementos e critérios considerados para a análise de risco, resguardado o segredo empresarial;

¹⁴⁰ *In verbis*: Art. 7º As informações disponibilizadas nos bancos de dados somente poderão ser utilizadas para: I - realização de análise de risco de crédito do cadastrado; ou [...]

¹⁴¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1457199/RS, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 12/11/2014, DJe 17/12/2014, p. 14.

O art. 3º, seguindo a mesma linha aqui explicitada, estabelece, em seu §3º, inc. I, como informações excessivas, portanto, não passíveis de cadastro nos bancos de dados “aquelas que não estiverem vinculadas à análise de risco de crédito ao consumidor”, o que, *contrario sensu*, permite inferir que os bancos de dados deve se voltar à coleta de informações para permitir a análise de risco de crédito ao consumidor.

Todas estas disposições legislativas fundamentam e amparam a conclusão tomada pelo Superior Tribunal de Justiça nos itens I e II da tese firmada no julgamento do tema de n. 710, definindo-se, portanto, o sistema de *credit score* como um método para avaliação do risco de crédito em operações financeiras com o consumidor e definindo-se a validade e legalidade deste sistema na forma do nosso ordenamento jurídico.

Perpassado estes pontos iniciais, foram fixadas ainda três outras teses.

Na tese seguinte, o Tribunal da Cidadania estabeleceu que na avaliação do risco de crédito, devem ser respeitados os limites do sistema de proteção do consumidor, quanto à tutela da privacidade e da máxima transparência nas relações negociais.

Aqui se reforça o que já foi dito nos Capítulos referentes à disciplina Constitucional e Legal dos bancos de dados.

O Superior Tribunal de Justiça, neste julgado, adotou uma linha de aplicação da boa-fé objetiva.

Neste sentido, o Ministro Relator, Paulo de Tarso Sanseverino, fez questão de esclarecer que a boa-fé objetiva deve ser observada nestas situações, a partir da concessão de clareza e transparência por parte daqueles que se utilizam de bancos de dados e do método de avaliação de crédito para operações de risco financeiro:

O princípio da transparência busca estabelecer, na lição de Cláudia Lima Marques, “uma relação contratual mais sincera e menos danosa entre consumidor e fornecedor”. E complementa: “Transparência significa informação clara e correta sobre o produto a ser vendido, sobre o contrato a ser firmado, significa lealdade a respeito das relações entre fornecedor e consumidor, mesmo na fase pré-contratual, isto é, na fase comercial dos contratos de consumo” (MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p.286).¹⁴²

¹⁴² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1457199/RS, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 12/11/2014, DJe 17/12/2014, p. 26.

A criação de bancos de dados, abertura de cadastro, armazenamento e compartilhamento de informações deve ser feita dentro dos limites do ordenamento constitucional brasileiro e nas hipóteses autorizativas e restritivas previstas na legislação pátria própria regulamentadora da matéria, no caso a já estudada Lei n. 12.414, de 09 de junho de 2009.

Com efeito, esta tese nada mais estabelece do que a necessidade de fiel cumprimento das disposições constitucionais e legislativas não somente em relação à abertura e funcionamento dos bancos de dados, mas também no que toca à utilização do método de avaliação de crédito em relação aos consumidores.

Neste ponto, o Acórdão proferido no Resp n. 1.419.697, ora em análise, é expresso ao declarar que:

Desse modo, no sistema jurídico brasileiro, encontram-se devidamente regulados tanto o dever de respeito à privacidade do consumidor (v.g. informações excessivas e sensíveis), como o dever de transparência nessas relações com o mercado de consumo (v.g. deveres de clareza, objetividade e veracidade).¹⁴³

p. 33-34

Neste passo, a tese expressamente afirma a necessidade de respeito dos limites relacionados à tutela da privacidade, ponto no qual se percebe a preocupação em que o sistema de avaliação de crédito seja utilizado tão somente direcionado para as operações de crédito que envolvam risco financeiro.

Não se mostra viável, portanto, a avaliação e disseminação de pontuação ao consumidor atribuída em função de causas diversas àquelas relacionadas a operações financeiras que envolvam risco de crédito.

Na quarta tese firmada, ficou consolidado que não é necessário o consentimento do consumidor consultado para permitir a utilização da ferramenta de avaliação do risco quanto à realização de operações com o mesmo.

Não obstante, o Tribunal estabeleceu que subsiste o direito do consumidor de serem fornecidos esclarecimentos, caso solicitados, no que toca às fontes dos dados considerados

¹⁴³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1457199/RS, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 12/11/2014, DJe 17/12/2014, p. 33-34.

para a avaliação a partir da formação do histórico de crédito, assim como em relação a informações pessoais valoradas pelo sistema.

Na matéria, é preciso distinguir a necessidade de consentimento do consumidor para ser objeto do sistema de *credit score* da necessidade de seu consentimento para abertura de cadastro em banco de dados.

Estes dois consentimentos não se confundem e possuem disciplinas diferentes, sendo essencial distinguir primeiro os seus objetos.

Esta diferenciação pode ser melhor entendida a partir de trecho do Acórdão do Resp n. 1.419.697, no qual o Ministro Relator diferencia o sistema de *credit scoring* dos bancos de dados, nos seguintes termos:

A avaliação da licitude do sistema “credit scoring” deve partir da premissa de que não se trata de um cadastro ou banco de dados de consumidores, mas de uma metodologia de cálculo do risco de crédito, utilizando-se de modelos estatísticos e dos dados existentes no mercado acessíveis via “internet”.¹⁴⁴

O primeiro consentimento do qual se fala está relacionado à permissão do consumidor para que o gestor do banco de dados possa realizar a abertura de cadastro para coleta, armazenamento e repasse de informações sobre ele, no que toca a operações que envolvam risco financeiro na concessão de crédito.

Neste ponto, a Lei n. 12.414, de 9 de junho de 2011 é expressa em seu art. 4º ao estabelecer que “a abertura de cadastro requer autorização prévia do potencial cadastrado mediante consentimento informado por meio de assinatura em instrumento específico ou em cláusula apartada”, após a qual a anotação de informações e o fornecimento das mesmas ficam implicitamente autorizados.

Esclareça-se, portanto, que a abertura de cadastro exige o consentimento do consumidor objeto da coleta de dados.

De que se trata então o consentimento que o Acórdão informa não ser necessário exigir-se do consumidor?

¹⁴⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1457199/RS, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 12/11/2014, DJe 17/12/2014, p. 20.

Este é a figura do segundo consentimento comentado, que se relaciona à permissão do consumidor para que empresas especializadas o avaliem, mediante pontuação de crédito, no que toca ao risco que ele oferece à operadoras de mercado e finanças que trabalham com operações de concessão de crédito com envolvimento de risco.

Ou seja, a avaliação do potencial risco que o consumidor oferece em atividades de concessão de crédito é mecanismo que pode ser utilizado pelas empresas independente de consentimento prévio.

Apenas a título de arremate do ponto, deve se esclarecer que este sistema de avaliação de crédito se vale de uma gama de informações, dentre as quais estão inseridas aquelas fornecidas pelos bancos de dados que formam histórico de crédito em relação ao consumidor.

Em suma, pode o consumidor ser avaliado quanto a seu risco de crédito, ainda que sem o seu consentimento, mas o armazenamento de informações em bancos de dados e o seu fornecimento para este fim depende de prévia autorização para abertura do cadastro pelo consumidor objeto da avaliação de risco.

Na quinta e última tese firmada, o Superior Tribunal de Justiça estabeleceu critérios relativos à utilização abusiva do sistema de *credit scoring* e quanto a uma possível responsabilidade indenizatória que pode surgir a partir de tais atos.

A tese é expressa ao afirmar que o gatilho ensejador da caracterização do ato ilícito, com conseqüente dever de indenizar, é o desrespeito aos limites legais na utilização do sistema de avaliação de crédito.

O Tribunal seguiu uma linha moderna baseada no Direito Civil pós-constitucional, configurando os atos ilícitos aqui descritos no conceito de abuso de direito, previsto no art. 187, do Código Civil.

É preciso salientar que a inscrição no cadastro de inadimplentes é direito das instituições financeiras, decorrente de relação contratual prévia¹⁴⁵, mas isto não pode se configurar em abuso.

Esclarece Carlos Adroaldo Ramos Covizzi que:

¹⁴⁵ BESSA, Leonardo Roscoe. *Limites Jurídicos dos Bancos de Dados de Proteção ao Crédito: tópicos específicos*. Revista de Direito do Consumidor v. 44. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 185

É assegurado ao credor, pelo exercício regular do seu direito, cobrar a dívida do devedor através do direito de Ação, com as garantias do devido processo legal, mais em nenhuma hipótese lhe é permitido exacerbar esse direito, para por seus próprios meios e por sua atuação exclusiva, exigir a satisfação do compromisso, mormente se essa atuação vier afetar os direitos fundamentais do opositor que se encontram num plano preferencialmente protegido.¹⁴⁶

O abuso de direito é conduta por meio da qual o titular de um direito o exerce de forma excessiva, além dos limites impostos para o seu fim legal, econômico ou social, consideradas a boa-fé e os bons costumes.

O instituto do abuso de direito permite que uma conduta, inicialmente lícita e amparada legalmente passe a ser ilícita, por conta do exercício indevido ou desmedido do direito que a ampara.

Conceitualmente, abuso de direito é cláusula aberta que deve ser preenchida e caracterizada caso a caso, a partir das suas circunstâncias particulares, tanto que o Código determina a consideração dos limites econômicos, sociais, assim como a observação da boa-fé e dos bons costumes.

No texto do art. 187, da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil: *“também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”*

Na doutrina a conceituação é similar, conforme ensina Caio Mário da Silva Pereira:

Não se pode, na atualidade, admitir que o indivíduo conduza a utilização de seu direito até o ponto de transformá-lo em causa de prejuízo alheio. Não é que o exercício do direito, feito com toda regularidade, não seja razão de um mal a outrem. Às vezes é, e mesmo com freqüência. Não será inócua a ação de cobrança de uma dívida, o protesto de um título cambial, o interdito possessório que desaloja da gleba um ocupante. Em todos esses casos, o exercício do direito, regular, normal, é gerador de um dano, mas nem por isso deixa de ser lícito o comportamento do titular, além de moralmente defensável. Não pode, portanto caracterizar o abuso de direito no fato de seu exercício causar eventualmente um dano ou motivá-lo normalmente, porque o dano pode ser o resultado inevitável do

¹⁴⁶

COVIZZI, Carlos Adroaldo Ramos. *Práticas abusivas da Serasa e do SPC*. São Paulo: Edipro, 2000, p. 31

exercício, a tal ponto que este se esvaziaria de conteúdo se a sua utilização tivesse de fazer-se dentro do critério da inocuidade.¹⁴⁷

Observado o abuso de direito, o ato praticado é considerado ilícito para todos os fins legais, permitindo, conseqüentemente, a exigência de indenização pelos prejuízos decorrentes de sua prática.

Alinhados estes pontos, é possível continuar na tese firmada no quinto ponto do tema julgado.

Configurado, pois o ato ilícito, seja por desrespeito aos limites legais ou por abuso de direito, o que, por vezes, pode se confundir, fixou o Superior Tribunal de Justiça a responsabilidade objetiva e solidária do fornecedor do serviço, do responsável pelo banco de dados, da fonte e do consulente.

Os institutos da responsabilidade objetiva e da responsabilidade solidária não se confundem no ordenamento pátrio.

A responsabilidade, de forma genérica, é o dever atribuído a certa pessoa em razão de se certo comportamento seu ou por conta de uma situação jurídica sua, podendo gerar uma correspondência obrigacional de caráter jurídico, comportamental ou patrimonial.

Neste espeque, a responsabilidade que se chama objetiva é aquela que prescinde da averiguação do elemento subjetivo, ou seja, da culpa, que deixa de ser apreciada para configurar o dever de indenização.

Nestas hipóteses, não há presunção de culpa, mas ausência de averiguação deste elemento, que se torna prescindível.

Por sua vez, a disciplina da responsabilidade solidária se relaciona com a específica atribuição patrimonial relativa ao dever obrigacional decorrente de uma já existente condenação ou obrigação pecuniária reconhecida.

No caso de a responsabilidade patrimonial por certa conduta ser atribuída a um certo número de pessoas específicas, pode-se delimitar que todas elas responda em parcelas iguais, dividindo-se a responsabilidade integral.

¹⁴⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. vol.1. Introdução ao direito civil; teoria geral do direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

Pode ser delimitado que uma pessoa específica responda com seu patrimônio, cabendo às demais apenas uma responsabilidade subsidiária, no caso de não se alcançar o cumprimento da dívida ou obrigação no responsável principal.

E pode ser atribuída uma responsabilidade solidária, segundo a qual qualquer pessoa no conjunto de obrigados pode responder pela dívida ou obrigação, independentemente de ordem específica e também sem limites, ou seja, pelo total da obrigação, assegurado o direito de regresso frente aos demais.

Estas duas garantias facilitam a satisfação do crédito e permitem ao consumidor ser indenizado em caso de dano moral por ele sofrido, independentemente de ordem específica e de limite, podendo ser exigida a obrigação patrimonial indenizatória do fornecedor do serviço, do responsável pelo banco de dados, da fonte e do consulente.

Esta disciplina está prevista expressamente no art. 16, da Lei n. 12.414 de 09 de junho de 2011, nos seguintes termos: *“O banco de dados, a fonte e o consulente são responsáveis objetiva e solidariamente pelos danos materiais e morais que causarem ao cadastrado.”*

A citada responsabilidade se dá para indenização no caso de ocorrência de danos morais, quando utilizadas informações excessivas ou sensíveis.

Este trabalho já esclareceu em capítulo anterior os conceitos de informações excessivas e sensíveis, que agora é retomado para esclarecer de pronto o tema.

O conceito estabelecido no art. 3º, §3º, da Lei n. 12.414 de 09 de junho de 2011, delimita que as informações excessivas são aquelas não vinculadas à análise de risco de crédito ao consumidor, enquanto as informações sensíveis são aquelas pertinentes à origem social e étnica, à saúde, à informação genética, à orientação sexual e às convicções políticas, religiosas e filosóficas do consumidor.

Facilmente se percebe que ambas tratam de informações que extrapolam o fim próprio do sistema de *credit score*, que é a avaliação de risco do crédito, não sendo úteis para esta finalidade, motivo pelo qual excedem o permissivo legal, recaindo em hipótese de violação da privacidade do consumidor.

Quanto às informações sensíveis, caracteriza-se outra vedação que é aquela que impede a discriminação de pessoas sob qualquer forma em razão de sua origem, raça, conceito ou convicção política, religiosa ou filosófica, garantindo-se o direito de opinião.

Este trabalho defende que a utilização de informações excessivas ou sensíveis não são hipóteses cláusulas para a caracterização do dever de indenizar, mas meros exemplos de situações nas quais se extrapolou o limite da lei ou se agiu com abuso do direito na utilização do sistema de avaliação de crédito.

Assim, além das hipóteses expressamente descritas na tese firmada neste quinto ponto, o dever de indenizar estará configurado sempre que não observados os limites e regras da legislação própria.

Da mesma forma, ele será observado em situações nas quais se utilize de direito de forma a caracterizar o seu abuso, ambos casos genéricos de ato ilícito que permitem a persecução indenizatória.

Esta quinta tese também explicitou outro caso específico no qual se observa a ocorrência de dano moral ensejador do dever de indenizar.

Trata-se da situação na qual houver recusa de crédito ao consumidor em decorrência do uso de dados incorretos ou desatualizados.

Esta hipótese não decorre de uso excessivo da avaliação de crédito ou dos dados, mas sim de verdadeira má prestação do serviço pela gestora dos bancos de dados.

O Acórdão apreciado esclarece, no entanto, que:

Não há dúvida que o desrespeito à regulamentação legal do sistema “credit scoring”, por constituir abuso no exercício desse direito (art. 187 do CC), pode ensejar a ocorrência de danos morais.

A simples circunstância, porém, de se atribuir uma nota insatisfatória a uma pessoa não acarreta, por si só, um dano moral, devendo-se apenas oportunizar ao consumidor informações claras acerca dos dados utilizados nesse cálculo estatístico.

Entretanto, se a nota atribuída ao risco de crédito decorrer da consideração de informações excessivas ou sensíveis, violando sua honra e privacidade, haverá dano moral “in re ipsa”.¹⁴⁸

¹⁴⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1457199/RS, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 12/11/2014, DJe 17/12/2014, p. 36.

Lembre-se, conforme já exposto, que o dever de indenizar pelo dano moral decorrente de qualquer destas violações é suportado de forma objetiva e solidária por parte do fornecedor do serviço, do responsável pelo banco de dados, da fonte e do consultente.

Consolida-se, dessa forma, a disciplina jurisprudencial já firmada pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça por ocasião do julgamento do tema de n. 710, relativa ao tema da legalidade do sistema de avaliação de crédito e a existência do dever de indenizar por danos morais decorrentes de casos em que utilizado de forma indevida.

Apenas a título de complemento em relação ao tema, é preciso citar que as pesquisas realizadas para a elaboração deste trabalho revelaram que as matérias firmadas no julgamento do Recurso Repetitivo paradigma referente ao tema n. 710 foram consolidadas na Súmula de n. 550, da Superior Tribunal de Justiça, com a seguinte redação:

A utilização de escore de crédito, método estatístico de avaliação de risco que não constitui banco de dados, dispensa o consentimento do consumidor, que terá o direito de solicitar esclarecimentos sobre as informações pessoais valoradas e as fontes dos dados considerados no respectivo cálculo.

(Súmula 550, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 14/10/2015, DJe 19/10/2015)¹⁴⁹

Esta Súmula foi publicada em 19 de outubro de 2015 e reiterou a permissão para se utilizar o sistema de avaliação de crédito, sem consentimento do consumidor, ao qual fica resguardado o direito de obter esclarecimentos sobre as informações pessoais valoradas e as fontes dos dados utilizados no cálculo da avaliação.

Os pontos explicitados e abordados neste tópico, aliados à disciplina legislativa já abordada exhaustivamente em diversas passagens deste trabalho permitem compreender o funcionamento e legalidade tanto do sistema de avaliação de crédito quanto o sistema dos bancos de dados que contém informações para viabilizar este sistema.

Neste capítulo foi possível compreender, de forma definitiva, que tanto os bancos de dados, quanto o sistema de avaliação de crédito são válidos no Brasil, assim como os limites de utilização e de compatibilidade de ambos com o ordenamento jurídico.

¹⁴⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 550 do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em:<<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?livre=550&&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=true#DOC1>>. Acesso em: 05/05/2016, às 17:35.

São estas, em suma, as disposições que compõem a disciplina jurídica do sistema de *credit scoring* e do funcionamento dos bancos de dados para coleta, armazenamento e compartilhamento de informações relativas a operações financeiras e de crédito que envolvam, de algum modo, risco financeiro para a concedente do crédito.

Conclusão

A partir de todo o conjunto de elementos coletados e apreciados, foi possível concluir sobre a adequação jurídico-normativa dos bancos de dados em relação ao direito brasileiro, assim como delimitar a disciplina jurídica expressamente prevista em lei e aquela decorrente de entendimento jurisprudencial próprio.

Adotando um modelo sistematizado de conclusões, elenca-se em seguida os principais pontos que puderam ser delimitados a partir da apreciação de cada tópico e subtópico desenvolvidos nos capítulos próprios.

No primeiro Capítulo foram apreciados os principais conceitos relativos à disciplina dos bancos de dados, a partir do que se delimitaram as definições de institutos que seriam melhor aprofundados ao longo do trabalho.

Naquela oportunidade, foram conceituados termos iniciais necessários à apreciação do tema, diferenciando-se, após, os bancos de dados em duas vertentes maiores, de caráter negativo e positivo.

Ficou esclarecido que o Código de Defesa do Consumidor possui disciplina acerca dos bancos de dados, com diversos direitos em favor do consumidor.

A pesquisa também trouxe à baila que a Lei n. 12.414, de 9 de junho de 2011 possui disciplina jurídica dos bancos de dados com direitos próprios aos que deles se utilizam.

Foi possível delimitar a utilidade dos bancos de dados como fontes de elementos próprios para o sistema de *credit scoring*, ou de avaliação de crédito, partindo-se, primeiramente de um conceito deste como ferramenta, método de análise relacionado a condições para concessão ou não de crédito ao consumidor que submete um pedido de empréstimo ou financiamento perante instituições próprias.

Concluiu-se que a utilização do sistema de *credit scoring* é válida no Brasil, desde que repetidos limites legais próprios e os jurisprudenciais que foram delimitados em momento posterior do trabalho.

Na apreciação da disciplina normativa, este estudo foi capaz de concluir pela necessidade de que sejam respeitadas informações relativas à intimidade e vida privada de cada um, assim como o sigilo constitucional atribuído às telecomunicações e informações bancárias e fiscais.

Numa ótica Constitucional, o trabalho asseverou que os bancos de dados possuem limitações nas operações de coleta, armazenamento e utilização dos mesmos, de modo a não invadir indevidamente esfera de privacidade ou intimidade da pessoa e que os dados devem se manter dentro dos limites de informações diretamente relacionadas ao risco da atividade de crédito, não se expandido em relação a outros dados que possam implicar em invasão da esfera privada e íntima das pessoas.

A pesquisa permitiu incluir a abordagem de um direito geral à proteção de dados, a partir da doutrina de Ingo Wolfgang Sarlet, segundo o qual: “[...] não se cuida de direito submetido (como no caso do sigilo das comunicações) a expressa reserva legal, mas a sua vinculação com os direitos à privacidade e intimidade sugere que se lhe dê proteção em princípio equivalente.”¹⁵⁰

Foi possível extrair da organização Constitucional brasileira um direito específico à proteção dos dados e informações da pessoa, o qual decorre logicamente e essencialmente dos direitos à vida privada e à intimidade, mas possui nuances e aspectos próprios, decorrentes da especialidade do tema.

No Capítulo principal do trabalho, foram conjugados os conceitos e delimitações para definir os limites da legalidade do sistema de avaliação do crédito.

Na disciplina legislativa concluiu-se que as limitações legislativas definidas em relação aos bancos de dados são aplicáveis, em sua maioria, ao método de avaliação de crédito, desde que compatíveis.

Na disciplina obtida a partir da jurisprudência foi possível esclarecer que a matéria não possui viés constitucional direto, mas apenas reflexo, conforme definido pelo julgamento do ARE n. 867.326, de Relatoria do Min. Teori Zavascki, por meio do qual foi negada repercussão geral à matéria de legitimidade dos sistemas de análise, pontuação e avaliação de risco e o dever de indenizar em casos específicos.

A pesquisa jurisprudencial permitiu, no entanto, a extração de limites próprios e específicos, a partir de entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça que, no

¹⁵⁰ SARLET, Op. cit., p. 433-434.

juízo do Resp 1.419.697/RS, julgado em 12 de novembro de 2014, por meio do qual foi julgado o tema de: “*discussão acerca da natureza dos sistemas de scoring e a possibilidade de violação a princípios e regras do Código de Defesa do Consumidor capaz de gerar indenização por dano moral.*”

A conclusão do referido capítulo se deu a partir da análise das teses firmadas pela Corte Cidadã, que bem resumem o conteúdo que ali foi analisado.

Concluiu-se, afinal, acerca da validade de utilização do sistema de avaliação de crédito, devendo se respeitar os limites legais e constitucionais, sendo desnecessário o consentimento do consumidor para ser avaliado, mas assegurado a ele os direitos próprios de publicidade, fiscalização e correção dos dados, cabendo, no caso de abusos e violações a indenização do consumidor por danos morais, mediante responsabilidade objetiva e solidária do fornecedor do serviço, do responsável pelo banco de dados, da fonte e do consulente.

Em suma, a pesquisa realizada neste trabalho permitiu atestar a compatibilidade dos bancos de dados e do sistema de *credit score* com o ordenamento brasileiro, assegurado ao consumidor os direitos próprios constitucionais e legais, assim como de ser indenizado em caso de abusos ou indevida utilização destes institutos.

Referências

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. **Das Prática Comerciais**. In GRINOVER, Ada Pellegrini (et al.). **Código de Defesa do Consumidor – Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense universitária, 2001.

BESSA, Leonardo Roscoe. **Cadastro positivo: comentários à Lei 12.414, de 9 de junho de 2011**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BESSA, Leonardo Roscoe. **Limites Jurídicos dos Bancos de Dados de Proteção ao Crédito: tópicos específicos**. Revista de Direito do Consumidor v. 44. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL. **Cadastro positivo: comentários à Lei 12.414, de 09 de junho de 2011**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 16 de abril de 2016, às 14:00.

_____. **Decreto n. 7.289, de 17 de outubro de 2012.** Regulamenta a Lei no 12.414, de 9 de junho de 2011, que disciplina a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplemento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para formação de histórico de crédito. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Decreto/D7829.htm>. Acesso em: 28/03/2016, às 19:00.

_____. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Institui o Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 28/03/2016, às 17:10.

_____. **Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973.** Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 28/03/2015, às 18:10.

_____. **Lei n. 12.414, de 9 de junho de 2011.** Disciplina a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplemento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para formação de histórico de crédito. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12414.htm>. Acesso em: 28/03/2015, às 18:20.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1419697/RS.** Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Segunda Seção. Julgado em 12/11/2014, DJe 17/11/2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=39037908&num_registro=201303862850&data=20141117&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 01/04/2016, às 19:53.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 550 do Superior Tribunal de Justiça.** Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?livre=550&&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=true#DOC1>>. Acesso em: 05/05/2016, às 17:35.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil.** Vol. 1. São Paulo: Saraiva. 2003.

COSTA, Carlos Celso Orcesi da. **Cadastro positivo: Lei n. 12.414/2011 comentada artigo por artigo.** São Paulo: Saraiva, 2012.

COVIZZI, Carlos Adroaldo Ramos. **Práticas Abusivas da SERASA e do SPC — Doutrina — Legislação — Jurisprudência.** São Paulo: Edipro. 2000.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

EFING, Antônio Carlos. **Bancos de Dados e Cadastro de Consumidores**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FILHO, Demócrito Reinaldo. **A central de risco de crédito do banco central – considerações sobre sua natureza e os riscos à proteção dos dados pessoais dos clientes bancários**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5009>. Acesso em: 01/04/2016, às 18:58.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direito do Consumidor: Código Comentado e Jurisprudência**. 7.ed. Niterói: Impetus, 2011.

MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: Linhas gerais de um novo direito fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2014.

NUNES, Luiz A. Rizatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: Direito Material (arts. 1.—ao 54)**. São Paulo: Saraiva, 2000.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. vol.1. **Introdução ao direito civil: teoria geral do direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SILVA, Jorge Alberto de Carvalho. **Código de Defesa do Consumidor Anotado**. São Paulo: Saraiva, 2001.

STÜMER, Bertram Antônio. **Banco de Dados e “Habeas Data” no Código de Consumidor**. In: Revista de Direito do Consumidor, n 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

EFEITOS DA SENTENÇA NA AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL EM ELEIÇÃO MUNICIPAL

“VERDICT’S EFFECTS IN JUDICIAL ELECTORAL INVESTIGATION IN MUNICIPAL ELECTION”

*Tiago Silva dos Santos*¹⁵¹

RESUMO

O papel da AIJE vem crescendo cada vez mais no cenário eleitoral brasileiro, apresentando-se como um dos mais destacados instrumentos processuais nessa seara. O instituto não é novo. Na verdade, a noção de investigação judicial eleitoral é anterior mesmo ao Código Eleitoral (Lei 4.737, de 15 de julho de 1965). Entretanto, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 e posterior publicação da LC 64/90, aquela noção incipiente de mera investigação (ou inquérito judicial) ganhou contornos de verdadeira ação destinada a combater abusos que ameacem a normalidade e legitimidade das eleições. Com o passar do tempo, a importância e poderio desse mecanismo apenas cresceu, sobretudo após o advento da LC 135/2010 – Lei da Ficha Limpa – que, entre outras modificações, contemplou a possibilidade de cassação do diploma do investigado através da AIJE, mesmo que após a proclamação dos eleitos, e sem a necessidade de propositura de AIME ou RCED. Nessa linha de ascensão, afigura-se bastante desafiadora a percepção dos limites da AIJE. Contudo, a luz dos princípios processuais constitucionais, os marcos dos efeitos do julgamento da AIJE devem ser compreendidos, considerando-se ademais que, no primeiro grau de jurisdição, tais extremos são ainda mais significativos e polêmicos.

Palavras-chave: Ação de Investigação Judicial Eleitoral. Eleições. Princípio do Devido Processo Legal. Efeitos. Sentença.

ABSTRACT

AIJE's role has been increasing in the Brazilian electoral scene, presenting itself as one of the most outstanding procedural instruments in this area. The institute is not new. In fact, the notion of electoral judicial investigation predates even the Electoral Code (Law 4.737, July 15, 1965). However, since the promulgation of the Federal Constitution of 1988 and the subsequent publication of LC 64/90, that incipient notion of mere investigation (or judicial inquiry) has been shaped to represent a real action destined to combat abuses that threaten the normality and legitimacy of the elections. Over time, the importance and power of this mechanism only grew, especially after the advent of LC 135/2010 – Lei da Ficha Limpa - which, among other modifications, contemplated the possibility of canceling the diploma of the

¹⁵¹ Bacharel em Direito pela Faculdade de Colíder - FACIDER. Endereço eletrônico para correspondência: thehardest7@gmail.com.

investigated through the AIJE, even that after the proclamation of the elected, and without the necessity of proposition of AIME or RCED. In this line of ascension, it seems quite challenging to perceive the limits of the AIJE. However, in the light of constitutional procedural principles, the milestones for the effects of the AIJE's judgment must be understood, considering that in the first degree of jurisdiction such extremes are even more significant and controversial.

Keywords: Electoral Judicial Investigation Action. Elections. Principle of Due Process of Law. Effects. Verdict.

1. INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem por objeto examinar os efeitos da decisão de juiz eleitoral de primeiro grau de jurisdição em Ação de Investigação Judicial Eleitoral, instituto previsto no artigo 22 da LC n. 64/90.

Diante do notório robustecimento desse importante mecanismo do processo judicial eleitoral brasileiro, especialmente marcado pela publicação da LC n. 135/2010 e pela Lei n. 13.165/2015, faz-se premente perquirir as consequências do julgamento de uma Ação de Investigação Judicial Eleitoral¹⁵².

A inquietação ganha ainda mais força ao se considerar a decisão proferida por juiz eleitoral de primeiro grau de jurisdição. Isto porque, desde o surgimento da Lei da Ficha Limpa, as decisões emanadas de órgãos colegiados gozam de maior estabilidade e aplicabilidade imediata para fins de constituição de inelegibilidade. Tal funcionamento, por si só, harmoniza a maioria das celeumas que daí poderia advir.

O mesmo não se pode dizer da decisão emanada de juiz eleitoral. A sentença de AIJE, no primeiro grau de jurisdição, sempre dependerá de confirmação do Tribunal para levar a efeito as sanções estabelecidas, a não ser que transite em julgado.

¹⁵² A AIJE tem como antecedente remoto o artigo 237 do Código Eleitoral. Tal artigo, revogado tacitamente pela LC n. 64/90, previa uma investigação administrativa a cargo do Corregedor-Geral ou Regional visando à apuração de uso indevido do poder econômico, desvio ou abuso do poder de autoridade, em benefício de candidato político.

Entretanto, com a interposição de recurso eleitoral – de natureza ordinária - em face da sentença, assomam-se diversos questionamentos que não são facilmente depurados a partir da simples leitura da legislação.

Quando da publicação da sentença em AIJE, proferida após a proclamação dos eleitos e antes da diplomação, resulta a cassação de diploma, por exemplo. O que acontece com o eleito a partir de então? Existiria uma “cassação antecipada de diploma” determinada por juiz eleitoral e com execução prática ou imediata? Qual o recurso cabível contra esse tipo de decisão? Deverá esta espécie recursal ser recebida com efeito suspensivo?

Os princípios processuais constitucionais, assim como os postulados do Direito Eleitoral devem ser o fio condutor para a aclaração do problema. A ponderação entre eles marca o ponto de partida para a discussão do impasse. Com efeito, o julgamento da AIJE deve ser norteado por princípios como o do Devido Processo Legal e seus demais consectários (Duplo Grau de Jurisdição, Celeridade do Processo, Demanda, Contraditório, Ampla Defesa, Fundamentação, entre outros), e obedecer, além disso, aos princípios orientadores do processo eleitoral (Busca da Verdade Real, Normalidade e Legitimidade do Pleito, Democrático, etc.).

Conjectura-se que o julgamento da AIJE, por juiz eleitoral, nas condições expostas, carece de confirmação por órgão colegiado para resultar consequências concretas ao investigado. Dessa forma, vislumbra-se como inadequada a “cassação antecipada de diploma”, em tais situações. Isso seria possível apenas no caso de trânsito em julgado da decisão.

Com o propósito de testar as hipóteses aventadas e responder satisfatoriamente a problematização em tela, será necessária a compreensão conceitual da Ação de Investigação Judicial Eleitoral, com destaque para as diversas nomenclaturas e classificações consagradas na doutrina.

Superada esta definição, serão estudados os prazos para ajuizamento da AIJE, uma vez que eles podem influir diretamente nos tipos de sanções a serem aplicadas, bem como no julgamento do feito – categorias que serão investigadas logo em seguida.

Ao final, poder-se-á delimitar com clareza as consequências práticas imediatas da AIJE para o investigado.

O trabalho desenvolve-se por meio da abordagem dogmática ou instrumental, com alguns poucos elementos epistemológicos, sendo a metodologia de pesquisa a de cunho documental, bibliográfico e de análise de conteúdo.

2. DEFINIÇÃO, CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DA AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL

Para José Jairo Gomes¹⁵³, a Ação de Investigação Judicial Eleitoral pode ser avistada como um gênero. Com efeito, ao menos quatro institutos podem ser genericamente denominados como Ações de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE), e todos reúnem importância primordial no Direito Eleitoral.

É verdade que as espécies nutrem particularidades entre si, porém todas seguem o rito traçado no artigo 22 da Lei Complementar n. 64/90. São elas: a) ação de investigação judicial eleitoral por abuso de poder (LC n. 64/90, artigos 19 e 22); b) ação por captação ou gasto ilícito de recursos para fins eleitorais (LE, artigo 30-A); c) ação por captação ilícita de sufrágio (LE, artigo 41-A); e d) ação por conduta vedada (LE, artigos 73 e seguintes).

Edson Resende de Castro discorre que já se percebeu que algumas das condutas que caracterizam o abuso de poder econômico ou político – que podem ser objeto desta IJE – também caracterizariam descumprimento das normas contidas na Lei n. 9.504/97, para cuja apuração esta mesma lei apontou o procedimento de Representação – não dispensado, entretanto, o procedimento e rito próprios da AIJE.

Ou seja, se o candidato doar, oferecer, prometer ou entregar ao eleitor bem ou vantagem pessoal de qualquer natureza, com o fim de obter-lhe o voto, estará

¹⁵³ GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**. 12. ed. São Paulo: Atlas, Produção Digital: *One Stop Publishing Solutions*. Disponível em versão digital, 2016. Capítulo 21.3 Ações judiciais eleitorais.

realizando a conduta do artigo 41-A da Lei n. 9.504/90. Bem assim, se o agente público cede bens e funcionários públicos para o serviço de alguma candidatura, por exemplo, tipifica-se a vedação do artigo 73 da Lei das Eleições. E, apesar de para esses casos a lei sinalizar a Representação como ação adequada, o rito a ser observado é o mesmo da IJE¹⁵⁴, previsto no já mencionado artigo 22 da Lei Complementar n. 64/90.

Mas, caso a hipótese seja de abuso de poder qualificado pela gravidade de afetação da normalidade e legitimidade do pleito, a via adequada é a AIJE, cuja sentença de procedência decreta a inelegibilidade do agente e cassa o registro ou diploma do candidato beneficiado.

Nessa lógica, se uma mesma conduta, no caso concreto, caracterizar, em tese, abuso de poder e também alguma daquelas infrações, defender-se-ia que o legitimado ativo propusesse duas ações: uma AIJE (para o abuso de poder) e uma Representação (para o artigo 41-A da Lei n. 9.504/97), porque diversos seriam os pedidos e os efeitos da decisão.

Nada impede, todavia, que, na AIJE, sob uma mesma causa de pedir, sejam formulados cumulativamente os dois pedidos. Quais sejam: o de aplicação de multa e cassação do registro ou diploma – por infração ao artigo 41-A, da Lei n. 9.504/97 – e, de decreto de inelegibilidade e cassação do registro ou diploma – pela prática do abuso de poder econômico previsto no artigo 1º, I, “d”, da LC n. 64/90.

Frederico Franco Alvim¹⁵⁵, utilizando-se da lição de Carlos Lula, diferencia a Ação de Investigação Judicial Eleitoral da Representação ou Ação de Captação Ilícita de Sufrágio explicando que aquela visa, acima de tudo, tutelar a normalidade e

¹⁵⁴ José Jairo Gomes (*Ibidem, passim*) ressalta que, não raro, referencia tais ações simplesmente como “ação” ou “ação eleitoral”, pois, na verdade, é isso que elas são, como se verá adiante. Explica o professor que salta aos olhos a inadequação do uso do termo “investigação”, que remete a procedimento administrativo-inquisitorial, no qual encontram-se ausentes o contraditório e a ampla defesa.

¹⁵⁵ LULA, Carlos Eduardo de Oliveira. **Direito Eleitoral**. 3. ed. p. 756-757. *apud* ALVIM, Frederico Franco. **Curso de Direito Eleitoral: atualizado de acordo com as Leis 12.875/13, 12.891/13 e com as resoluções expedidas pelo Tribunal Superior Eleitoral para as eleições 2014**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 535. “De fato, a legitimidade do sistema democrático-federativo depende fundamentalmente de um processo político-eleitoral probo e honesto, que só poderá ocorrer quando conspurcada toda e qualquer forma de abuso de poder, seja econômico, político ou midiático.”

a legitimidade das eleições, a fim de ver resguardado o princípio da lisura dos pleitos. Ou seja, diferentemente da captação ilícita de sufrágio, em que a norma protege a vontade do eleitor; na AIJE, o bem protegido é ainda o resultado da eleição. Com a AIJE, busca-se que o resultado das urnas reflita, de fato, a espontânea vontade popular.

Em que pese ser muito frutífera tal discussão a respeito da classificação da AIJE ou de sua aproximação para com as Representações da Lei n. 9.504/97, importa para esta pesquisa tão somente que se saiba a diferença entre os institutos, assim como que, costumeiramente, poder-se-á referir-se a todas como AIJE, em respeito à identidade de rito¹⁵⁶.

Superada essa observação, compete apresentar-se o conceito do instituto em análise.

Utilizando a abordagem mais abrangente, Marcos Ramayana¹⁵⁷ define a AIJE como uma ação que visa a combater os abusos do poder econômico e/ou político, praticados por candidatos, cabos-eleitorais, simpatizantes e pessoas em geral, desde que exista um nexo de causalidade entre as condutas e a ilicitude eleitoral.

Aqui, impende destacar a natureza jurídica da AIJE, a fim de que se possa seguir com as demais etapas do trabalho, uma vez que esta clareza é fundamental para se averiguar o objeto da pesquisa¹⁵⁸.

Trata-se de ação cognitiva com carga decisória de consistência desconstitutiva ou constitutiva negativa (nos casos em que o registro é cassado) e

¹⁵⁶ Cumpre salientar que, para Olivar Coneglian (CONEGLIAN, Olivar. **Eleições 2014: radiografia da Lei 9.504/97**. 8. ed. Curitiba: Juruá, 2014. p. 311), o artigo 41-A da Lei n. 9.504/97 fora reforçado pela LC n. 64/90. Isto porque até o advento da LC 135, a captação ilícita de sufrágio levava à cassação do registro ou do diploma e multa. No entanto, não havia declaração de inelegibilidade. Agora, também se prevê inelegibilidade; e este reforço mitigaria ainda mais a diferenciação AIJE – Representações ora debatida. Digo mitigaria porque, como bem aponta José Jairo Gomes, ainda reside diferença no fato de que, na AIJE por abuso de poder a inelegibilidade é consequência direta, enquanto que nas Representações, é indireta.

¹⁵⁷ RAMAYANA, Marcos. **Direito Eleitoral**. 11. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010. p. 548.

¹⁵⁸ Qual seja, a consequência imediata do julgamento de AIJE proferido por juiz eleitoral de primeiro grau de jurisdição.

carga puramente declaratória (nos casos em que declara a inelegibilidade por oito anos)¹⁵⁹.

A principal crítica, neste quesito, está no nome do instituto. O termo “investigação” denota procedimento administrativo-inquisitorial, no qual estariam ausentes o contraditório e a ampla defesa.

Igualmente, vale lembrar que a AIJE deve respeitar também o princípio processual constitucional da Inércia de Jurisdição. Implica reconhecer-se que não é possível que a AIJE seja iniciada *ex officio* pela autoridade julgadora.

À luz da oportuna lição de Edson Resende de Castro, é dizer que: embora chamado de investigação, o mecanismo em estudo reveste-se de natureza jurisdicional, verdadeira ação, porque: a) desencadeada mediante provocação dos legitimados; b) estabelece o contraditório; c) possibilita a produção de provas; e d) termina com uma decisão que, se procedente o pedido, leva à cassação do registro do candidato beneficiado e à inelegibilidade dos agentes do abuso.¹⁶⁰

Sobre este último argumento, é apropriado comentar que a AIJE tem origem remota no artigo 237 do Código Eleitoral. Tal dispositivo fora revogado tacitamente pela LC n. 64/90 e previa uma investigação administrativa a cargo do Corregedor-Geral ou Regional, que visava à apuração de uso indevido do poder econômico, desvio ou abuso do poder de autoridade, em benefício de candidato político e que, ao final, apenas servia de meio de angariar provas para eventual AIME ou RCED.

Diante de todo o exposto, resta evidente que a AIJE da LC n. 64/90 difere da investigação judicial prevista no artigo 237 do Código Eleitoral. Na investigação propriamente dita, os legitimados desencadeavam verdadeira atividade administrativa da Justiça Eleitoral, sem que dela resultasse a aplicação de qualquer sanção. O rito aplicado era o procedimento das investigações parlamentares da Lei n. 1.579/52, e, ao fim da apuração, produzia-se prova para instruir o RCED ou

¹⁵⁹ RAMAYANA, Marcos. **Direito Eleitoral**. 11. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010. p. 549.

¹⁶⁰ CASTRO, Edson de Resende. **Curso de Direito Eleitoral: de acordo com a Lei da Ficha Limpa, com a lei n. 12.891/2013 e com as Resoluções do TSE para as eleições de 2014**. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014. p. 351.

mesmo a AIME. “Por esse motivo, saía do nada e ia a lugar algum, como mostrou a experiência”.¹⁶¹

É esse o entendimento de boa parte da doutrina. Fávila Ribeiro registra que desapareceu toda a funcionalidade administrativa até então observada para a investigação do abuso do poder no Direito Eleitoral brasileiro, exercendo-se, desde o início, atividade jurisdicional, em seu real sentido¹⁶².

A maturidade da AIJE não foi instantânea, contudo, como bem advertem Flávio Cheim Jorge e Ludgero F. Liberato dos Santos. Mesmo com a transformação da investigação judicial eleitoral em ação, o predomínio da importância do contencioso pós-eleitoral continuou vigente no ordenamento jurídico. Isto porque, antes da LC n. 135/2010, se a AIJE fosse julgada procedente após as eleições, ela não tinha o condão de impedir que o eleito assumisse o cargo. Para tanto, era necessário que se ajuizasse ou o RCED ou a AIME.¹⁶³ Essa variação de consequências no julgamento, conforme o momento de decisão - dentro da linha do tempo do processo eleitoral - será melhor estudada no próximo tópico.

Em resumo, discorda-se pouco da natureza de ação assumida pela AIJE. Desse norte, o único que parece divergir é Joel José Cândido, para quem a AIJE é “Investigação Judicial atípica, com carga decisória relevante, de consistência constitutiva negativa (no caso em que cassa o registro) e carga declaratória (no caso em que declara a inelegibilidade por três anos¹⁶⁴), o que é invulgar no ordenamento jurídico brasileiro”.¹⁶⁵

¹⁶¹ *Ibidem*. p. 352.

¹⁶² RIBEIRO, Fávila. **Abuso de poder no direito eleitoral**. *apud* BARRETO, Lauro. Investigação judicial eleitoral e ação de impugnação de mandato eletivo, 2. Ed. Bauru: EDIPRO, 1999, p. 31.

¹⁶³ JORGE, Flávio Cheim; Ludgero F. Liberato dos Santos. **As ações eleitorais e os mecanismos processuais correlatos: a aplicação subsidiária do CPC ou do CDC c/c LACP**. Revista Brasileira de Direito Eleitoral. n. 6. p. 63-81. Belo Horizonte: 2012.

¹⁶⁴ A referência aos três anos é baseada na redação original do artigo 1º, I, “d”, da LC n. 64/90, modificado pela LC n. 135/2010, que elevou o prazo de inelegibilidade para oito anos.

¹⁶⁵ CÂNDIDO, Joel José. **Direito Eleitoral Brasileiro**. 13. ed. Bauru: Edipro, 2008. *apud* CASTRO, Edson de Resende. **Curso de Direito Eleitoral: de acordo com a Lei da Ficha Limpa, com a lei n. 12.891/2013 e com as Resoluções do TSE para as eleições de 2014**. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014. p. 351 e 352.

Respeitada toda opinião contrária, melhor se relaciona com a hipótese a ser comprovada neste trabalho a ideia de que a AIJE é verdadeira ação de cunho material e processual que visa, basicamente, combater todo e qualquer ato de abuso de poder na esfera cível eleitoral, sendo, portanto: a) ação de cunho eleitoral; b) sem qualquer conotação de caráter penal ou administrativo; c) que deve ser apurada através do devido processo legal, observando-se os princípios constitucionais inerentes à atividade de prestação jurisdicional¹⁶⁶.

Estas constatações são suficientes para se prosseguir com a exploração proposta.

A primeira variável a ser considerada para a individualização do problema levantado diz respeito aos prazos da AIJE. O intuito é perceber se os efeitos do julgamento da AIJE por abuso de poder podem variar dentro da linha do tempo consubstanciada no processo eleitoral (convenção, registro de candidatura, campanha, votação, proclamação dos eleitos e diplomação).

3. PRAZOS DA AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL. MOMENTO PARA A SUA PROPOSITURA. PRAZO FINAL. DECADÊNCIA

O momento para a propositura da AIJE (inicial ou final) não está previsto na LC 64/90.

Frente a este silêncio legislativo, emergem da doutrina e jurisprudência diversos posicionamentos.

No tocante ao prazo final, todos convergem na assunção de que é a data da diplomação o termo final para o ajuizamento.

O único ponto de vista contrário, como bem anuncia Frederico Franco Alvim, parece ser o de Márlon Reis que defende ser possível o ajuizamento de um tipo

¹⁶⁶ ZÍLIO, Rodrigo. **Direito Eleitoral: noções preliminares, elegibilidade e inelegibilidade, processo eleitoral (da convenção à diplomação), ações eleitorais**. 4. Ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2014. p. 503.

específico de AIJE mesmo após o prazo da diplomação. Para o autor, quando o fundamento jurídico da AIJE não vier contemplado dentre os que justificam o ajuizamento da AIME, como, por exemplo, abuso de poder político (sem repercussão econômica), será razoável admitir a utilização da AIJE após a expedição de diploma, respeitado o prazo decadencial constitucional de quinze dias após a diplomação¹⁶⁷. Cumpre ressaltar, no entanto, que não existe perspectiva de que tal parecer encontre guarida nos tribunais.

Deveras, a jurisprudência do TSE é pacífica com relação a isto¹⁶⁸.

Não é despidendo lembrar que nem sempre foi assim. Apesar de superado, já existiu entendimento de que a AIJE só poderia ser requerida até a data da eleição. O que era impertinente, haja vista que o abuso de poder ocorre, com alguma frequência, exatamente naquele dia.

O prazo final será, portanto, a diplomação dos eleitos, não se justificando seja iniciada após o encerramento do processo eleitoral, até porque aí se encerra também o ofício da Justiça Especializada, reflete Edson Resende de Castro¹⁶⁹.

O verdadeiro esforço traduz-se em harmonizar as convicções relativas ao termo inicial da AIJE.¹⁷⁰

¹⁶⁷ REIS, Marlon. **Direito eleitoral brasileiro**. 1. ed. Brasília: Alunos, 2012. p. 425. *apud* ALVIM, Frederico Franco. Curso de Direito Eleitoral: atualizado de acordo com as Leis 12.875/13, 12.891/13 e com as resoluções expedidas pelo Tribunal Superior Eleitoral para as eleições 2014. Curitiba: Juruá, 2014. p. 553.

¹⁶⁸ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental em Reclamação n. 628-MS**. Relator Min. Marcelo Henrique Ribeiro de Oliveira. Data de Julgamento: 23/04/2009, Data de Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Data 20/05/2009, Página 20. Disponível em <<https://tse.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14632075/agravo-regimental-em-reclamacao-agr-rcl-628-ms>>. Acesso em 28 mar. 2017.

¹⁶⁹ CASTRO, Edson de Resende. **Curso de Direito Eleitoral: de acordo com a Lei da Ficha Limpa, com a lei n. 12.891/2013 e com as Resoluções do TSE para as eleições de 2014**. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014. p. 357.

¹⁷⁰ O termo inicial para propositura de AIJE, por si só, consubstancia-se como um relevante tema a ser explorado cientificamente, haja vista o silêncio da lei a este respeito e a grande divergência doutrinária e jurisprudencial criada a partir daí. Sobre o assunto, DA SILVA, Geilton Costa. **A ação de investigação judicial eleitoral e o termo inicial para a sua propositura**. 2004. Disponível em: <<http://150.162.138.5/portal/sites/default/files/anexos/18629-18630-1-PB.pdf>>. Acesso em: 28 mar. 2017.

As sínteses de Rodrigo López Zílio¹⁷¹ e de Marcos Ramayna¹⁷² para o caso são muito bem vindas, de sorte que as soluções propostas podem ser assim organizadas: a) antes do requerimento do registro de candidatura e antes das convenções (Edson Resende de Castro, Decomain, Márlon Reis, Rodrigo López Zílio e Francisco Dirceu de Barros); b) antes do requerimento do registro de candidatura (Émerson Garcia); c) tão somente após o registro da candidatura (Távora Niess, Adriano Soares da Costa, Antônio Peleja Júnior, Fabrício Napoleão e Geilton Costa da Silva¹⁷³); d) “logo que ocorra o fato”, delimitando-se o interregno compreendido entre a data do início das convenções partidárias até a data das eleições, inclusive (Joel José Cândido); e) somente a partir da convenção (José Jairo Gomes).

Para o argumento de que a AIJE só poderá ser proposta a partir das convenções partidárias, apreende-se que os defensores têm em vista o início do processo eleitoral e a condição de candidatos ou de pré-candidatos a fim de que sejam úteis as sanções porventura ordenadas (desconstituição do registro ou mandato e/ou decretação da inelegibilidade do candidato).

Numa leitura ainda mais formalista e rígida, que visa também garantir a utilidade do processo judicial eleitoral, apegam-se os patronos que estabelecem que a AIJE apenas possa ser intentada a partir da existência de candidatos, ou seja, apenas com o registro de candidaturas.

Tais interpretações são relativizadas pela ressalva generalizada de que, a despeito de ser o *dies a quo* para a propositura da AIJE a convenção partidária ou o registro de candidaturas, possibilitar-se-á a esta AIJE atacar fatos anteriores, pois os atos ilícitos poderão ter ocorrido antes do início do processo eleitoral.

¹⁷¹ ZÍLIO, Rodrigo López. **Direito Eleitoral: noções preliminares, elegibilidade e inelegibilidade, processo eleitoral (da convenção à diplomação), ações eleitorais**. 4. Ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2014. p. 512.

¹⁷² RAMAYANA, Marcos. **Direito Eleitoral**. 11. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010. p. 557-559.

¹⁷³ DA SILVA, Geilton Costa. **A ação de investigação judicial eleitoral e o termo inicial para a sua propositura**. 2004. Disponível em: < <http://150.162.138.5/portal/sites/default/files/anexos/18629-18630-1-PB.pdf>>. Acesso em: 28 mar. 2017.

Inobstante existirem razões para justificar todas as conclusões ora trazidas, a colocação mais adequada com o objetivo precípua da AIJE é admitir o ajuizamento ainda antes do início do processo eleitoral *strictu sensu*, ou seja, antes do registro ou da convenção.

De fato, sendo o aparato processual utilizado para combater os ilícitos que ocorram antes do início do processo eleitoral – já que a AIME tem como requisito básico a diplomação do representado -, parece razoável prestigiar o entendimento que admite o manuseio da AIJE logo que se tenha conhecimento dos ilícitos praticados e independentemente da condição de pré-candidato ou candidato do representado¹⁷⁴.

É a chamada *teoria da mera conduta*, por meio da qual devem ser analisados os fatos originados a partir da data em que o representado se porta como se candidato fosse.

Pensar de maneira contrária seria negar “à Justiça Eleitoral o poder de fazer cessar imediatamente o ato de abuso lesivo à plena normalidade das eleições, destarte, à democracia.”¹⁷⁵

Também partilha desse pensamento, Edson Resende de Castro que complementa: “não faz qualquer sentido colocar a Justiça Eleitoral como mera espectadora do abuso de poder, que pode se alastrar por meses, para tomar providências apenas após o registro de candidaturas”¹⁷⁶ (ou convenções partidárias).

O ponto nevrálgico parece ser: fazer cessar o abuso, no momento em que ele ocorre, ainda que não se disponha de reprimendas adequadas para tanto; ou

¹⁷⁴ ZÍLIO, Rodrigo. **Direito Eleitoral: noções preliminares, elegibilidade e inelegibilidade, processo eleitoral (da convenção à diplomação), ações eleitorais**. 4. Ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2014. p. 513.

¹⁷⁵ BARROS, Francisco Dirceu. **Direito processual eleitoral**. São Paulo: Elsevier. 2010. p. 186.

¹⁷⁶ CASTRO, Edson de Resende. **Curso de Direito Eleitoral: de acordo com a Lei da Ficha Limpa, com a lei n. 12.891/2013 e com as Resoluções do TSE para as eleições de 2014**. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014. p. 357-359.

aguardar a conformação do *status* de pré-candidato/ candidato a fim de que se assegure uma consequência real e um resultado útil ao caso.

Apesar de assumir o risco de ser inócua, a posição mais enérgica parece ser a que melhor se afeiçoa ao objetivo da AIJE e aos anseios da coletividade que sempre aguarda da Justiça Eleitoral uma vigilância constante e proativa.

Além do mais, elaborar que a AIJE possa ser proposta em momentos diferentes dentro da trajetória temporal do processo eleitoral possibilita o afloramento de produtos variados decorrentes da eventual sentença judicial. O que acaba sendo o objeto do presente exame.

4. COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DA AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL

Valendo-se da lição de Edson Resende de Castro, a competência para o processo e decisão da AIJE é do Juiz Eleitoral nas eleições municipais (artigo 24 da LC n. 64/90), do Corregedor Regional Eleitoral (TRE) nas eleições estaduais e federais, e do Corregedor Geral Eleitoral (TSE) nas eleições presidenciais (artigo 19).

E, como na AIJE apura-se abuso de poder, de natureza cível eleitoral, conforme já discutido, não há que se falar em foro especial por prerrogativa de função.

Dito isto, é suficiente concluir, através da lição de Jose Jairo Gomes que:

A competência para conhecer e julgar AIJE é de natureza absoluta quer seja em razão da matéria, que é especializada, quer seja em razão da função – escalonamento e natureza das eleições.

Assim, nas eleições presidenciais, a demanda deve ser ajuizada no Tribunal Superior Eleitoral, especificamente perante a Corregedoria-Geral Eleitoral, pois é esse o órgão responsável pela instrução. Mas

o julgamento é feito pela Corte Superior, à qual o Corregedor apresenta relatório após o encerramento da instrução.

Já nas eleições federais e estaduais deve a demanda ser ajuizada no Tribunal Regional Eleitoral, especificamente perante a Corregedoria-Regional Eleitoral, que é o órgão responsável pela instrução. O julgamento é afeto à Corte Regional, à qual o Corregedor apresenta relatório após o fim da instrução.

Por fim, nas eleições municipais não ocorre a separação entre, de um lado, instrução, e, de outro lado, julgamento. Isso porque é enfeixada nas mãos do juiz eleitoral a competência para instruir o feito e julgá-lo.¹⁷⁷

Conhecido o sistema de competência para julgamento da AIJE, sobreleva anotar que a proposta de investigação do presente artigo científico recai nas consequências de julgamento da AIJE sentenciada por Juiz Eleitoral de primeiro grau de jurisdição. Dito isto, passe-se ao estudo da declaração de inelegibilidade, da cassação do registro de candidatura e da cassação do diploma, sanções cabíveis da Ação de Investigação Judicial Eleitoral.

5. SANÇÕES DA AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL

É essencial esmiuçar a matéria relativa às sanções que poderão advir da prática de abuso processada através de AIJE, pois tais repreensões legais constituirão a principal porção das consequências da sentença judicial.

As sanções originariamente previstas para a AIJE eram a cassação do registro (e não do diploma) e a inelegibilidade por três anos, a contar da eleição em que ocorreu o abuso.

Outrossim, convém recordar que a redação originária dos incisos XIV e XV do artigo 22 da LC n. 64/90 já foi alvo de muita crítica, uma vez que somente era

¹⁷⁷ GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**. 12. ed. São Paulo: Atlas, Produção Digital: *One Stop Publishing Solutions*. Disponível em versão digital, 2016. Capítulo 21.4.2.12 Competência.

possível a cassação do registro do candidato se a prolação da sentença fosse efetuada até a data da diplomação. Caso fosse julgada procedente após esse termo, o afastamento do mandato do candidato beneficiado pelo ilícito somente era possível por intermédio do aforamento de outra ação (fosse RCED, fosse AIME).

A sanção de inelegibilidade sempre foi aplicável independentemente do momento em que prolatada a decisão condenatória.

Novo vigor trouxe a LC n. 135/2010, que revogou o inciso XV e deu atual redação ao inciso XIV do artigo 22 da LC n. 64/90.

Mediante a nova redação do comando normativo, fez-se possível a constituição da inelegibilidade e a cassação do registro ou do diploma ainda que a decisão de procedência da AIJE seja publicada após a proclamação dos eleitos.

Adverte Rodrigo López Zílio que, embora o legislador utilize a expressão “após a proclamação dos eleitos”, é possível a cassação do diploma do candidato mesmo que a decisão de procedência seja prolatada após a diplomação¹⁷⁸.

É que os efeitos da diplomação são meramente declaratórios, sendo que a situação jurídica do eleito se consolida com a proclamação do resultado. Ou seja, a procedência de quaisquer das ações de combate ao abuso de poder (AIJE ou AIME) conduzirá ao mesmo resultado prático: o afastamento do eleito, seja por meio da cassação do diploma, seja por meio da cassação do mandato.

O que leva a concluir que a revogação do inciso XV – excluindo a obrigação de remessa dos autos ao Ministério Público Eleitoral para os fins de manejo de RCED (hipótese já revogada pela Lei n. 12.891/13) ou AIME – é evidência bastante de que a cassação de diploma, prevista no inciso XIV, pode ser aplicada nos próprios autos da AIJE, qualquer que seja o momento em que for publicada a sentença de procedência do pedido.

¹⁷⁸ ZÍLIO, Rodrigo. **Direito Eleitoral: noções preliminares, elegibilidade e inelegibilidade, processo eleitoral (da convenção à diplomação), ações eleitorais**. 4. Ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2014. p. 516.

Diante do exposto, se a AIJE for julgada antes da eleição, será cassado o registro e decretada a inelegibilidade; julgada após a eleição, será cassado o diploma e decretada a inelegibilidade.

À luz da lição de Edson de Resende Castro, com a nova redação dada ao artigo 22, XIV, da LC n. 64/90, não importa mais o momento em que a sentença de procedência é proferida, porque há expressa previsão de cassação do registro ou do diploma, o que implica concluir que haverá cassação mesmo quando a AIJE for julgada após as eleições e mesmo após a diplomação e posse do eleito.¹⁷⁹

Sem olvidar, é lógico, da inelegibilidade dos agentes do abuso e de quantos hajam contribuído para a sua prática.

A AIJE por abuso de poder pode (deve) conter três pedidos possíveis: a) sanção de inelegibilidade; b) cassação de registro; e c) cassação do diploma.

Assim, Marcos Ramayana explica que: se a ação for julgada antes da diplomação, ela produzirá o duplo efeito de declarar a inelegibilidade e a cassação do registro; contudo, se ação for julgada após a diplomação, ela servirá para a cassação do diploma, e, conseqüentemente, do mandato eletivo, sem necessidade da propositura de AIME ou de RCED.¹⁸⁰

Melhor o magistério de José Jairo Gomes, porque orienta que:

(...) o julgamento da lide – com acolhimento dos pedidos formulados na petição inicial – implica: (i) antes do pleito: (a) inelegibilidade dos representados para as eleições que se realizarem nos oito anos subsequentes; (b) cassação do registro do candidato beneficiado pelo abuso de poder; (ii) depois do pleito: (a) inelegibilidade dos representados para as eleições que se realizarem nos oito anos subsequentes; (b) cassação do diploma do eleito e, por conseguinte,

¹⁷⁹ CASTRO, Edson de Resende. **Curso de Direito Eleitoral: de acordo com a Lei da Ficha Limpa, com a lei n. 12.891/2013 e com as Resoluções do TSE para as eleições de 2014**. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014. p. 363-368.

¹⁸⁰ RAMAYANA, Marcos. **Direito Eleitoral**. 11. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010. p. 560-562.

do próprio mandato; (c) invalidação da votação; (d) nas eleições majoritárias para o Poder Executivo, realização de novo certame¹⁸¹.

A diferença é sutil, mas merece ser anotada: para Marcos Ramayana, Antônio Veloso Peleja Junior e Fabrício Napoleão Teixeira Batista, o marco a ser observado é a diplomação. Uma vez julgada antes da diplomação, a sanção deveria ser de cassação de registro de candidatura, para esses autores. Ocorre que, para José Jairo Gomes e Rodrigo López Zílio, a referência é a eleição. Se julgada antes da eleição, sim, o registro de candidatura deverá ser cassado. Se julgada após a eleição e antes da diplomação, ou após a diplomação (tanto faz), o diploma do eleito deverá ser cassado.

Por certo, José Jairo Gomes confirma ao pontuar que, com o desfazimento de registro, o candidato fica impedido de concorrer nas eleições, desde que a demanda seja julgada antes do dia do pleito. É que, para o autor, tal provimento somente seria exequível se atendido esse limite temporal.

A demarcação da eleição como ponto de partida para estabelecer se será atacado o registro de candidatura ou o diploma parece ser a mais acertada, porque privilegia a possibilidade de julgamento após o pleito e antes da diplomação. O que é perfeitamente possível e, inclusive, é a indagação deste trabalho. Ora, se já houve a eleição e proclamação dos eleitos, não há mais que se falar em registro de candidatura... E sim em diplomação! Afinal, já fora observado que os efeitos da diplomação são meramente declaratórios, sendo que a situação jurídica do eleito se consolida com a proclamação do resultado.

Sob o título de “Objeto” da AIJE, José Jairo Gomes discerne, em sua obra *Direito Eleitoral*, que existem dois resultados almejados por meio da ação estudada. A decretação da inelegibilidade do “representado e de quantos hajam contribuído para a prática do ato” (LC n. 64/90, artigo 22, XIV), seria o primeiro. “Trata-se de provimento *constitutivo positivo*, em que a constituição de inelegibilidade figura como

¹⁸¹ GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**. 12. ed. São Paulo: Atlas, Produção Digital: *One Stop Publishing Solutions*. Disponível em versão digital, 2016. Capítulo 21.4.2.25 Julgamento.

objeto imediato da demanda.”¹⁸² A “cassação do registro ou diploma do candidato diretamente beneficiado pela interferência do poder econômico e pelo desvio ou abuso do poder de autoridade ou dos meios de comunicação” (LC n. 64/90, artigo 22, XIV) seria o segundo resultado. Trata-se de provimento constitutivo negativo ou desconstitutivo.

A valer, a inelegibilidade representa verdadeira situação jurídica criada a partir da decisão judicial que reconhece e declara a ocorrência do evento abusivo. É importante sentir que tal condição não existia antes do provimento judicial.

No mais, impende observar que a inelegibilidade não atinge o pleito em que o ilícito ocorreu, e sim os compreendidos nos oitos anos subsequentes a ele.

José Jairo Gomes elucida que a natureza da inelegibilidade é do tipo sanção ou cominada, pois decorre da responsabilização pela prática de ilícito comprometedor da higidez do processo eleitoral. E salienta que a sanção em apreço pode ser imposta ainda que a lide seja julgada depois das eleições ou mesmo da diplomação¹⁸³, em conformidade com as ideias, já expostas, de Rodrigo López Zílio, Edson Resende de Castro e Marcos Ramayana.

Também em consonância com os demais doutrinadores, Frederico Franco Alvim esquematiza tais observações quanto às sanções da AIJE; contudo inova ao fisgar que “diferentemente de outras ações impugnativas em que a inelegibilidade surge como efeito reflexo, na AIJE a restrição política mencionada é cominada, ou seja, é objeto de declaração.”¹⁸⁴

O que o autor pretende dizer é: na AIJE, a inelegibilidade é efeito primário do provimento da demanda e não efeito anexo da sentença. E a AIJE é a única

¹⁸² GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**. 12. ed. São Paulo: Atlas, Produção Digital: *One Stop Publishing Solutions*. Disponível em versão digital, 2016. Capítulo 21.4.2.25 Julgamento.

¹⁸³ GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**. 12. ed. São Paulo: Atlas, Produção Digital: *One Stop Publishing Solutions*. Disponível em versão digital, 2016. Capítulo 21.4.2.25 Julgamento.

¹⁸⁴ ALVIM, Frederico Franco. **Curso de Direito Eleitoral: atualizado de acordo com as Leis 12.875/13, 12.891/13 e com as resoluções expedidas pelo Tribunal Superior Eleitoral para as eleições 2014**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 554-555.

demanda do direito eleitoral em que a inelegibilidade constitui pedido principal do demandante, por expressa disposição legal.

Nas palavras de Flávio Cheim Jorge e Marcelo Rodrigues:

Ao contrário dos inúmeros casos descritos no artigo 1º da LC 64/1990 (rejeição das contas nos tribunais de contas, condenação nos órgãos de classe, etc.), a inelegibilidade do artigo 22, XIV, é objeto principal da AIJE, e não simplesmente uma consequência secundária ou indireta da referida demanda eleitoral. Por isso, o regime jurídico da sanção de inelegibilidade imposta numa AIJE não é o de simplesmente servir para que num futuro processo de registro de candidatura exista uma situação jurídica de inelegibilidade do candidato. Nada disto, porque por expressa determinação do legislador a referida sanção de inelegibilidade quando proferida na AIJE deve ser aplicada “para as eleições a se realizarem nos 8 (oito) anos subsequentes à eleição em que se verificou”, o que significa dizer que o sujeito que tem contra si uma AIJE sabe que o eventual registro de candidatura deferido para as eleições seguintes àquela que deu origem a AIJE sempre será provisório, porque a eficácia da inelegibilidade decretada como sanção da AIJE que estiver em curso é, frise-se, para as eleições a se realizarem nos 8 (oito) anos subsequentes à eleição em que se verificou o ato de abuso atacado pela referida demanda eleitoral¹⁸⁵

Consoante tudo o que fora dito, a inelegibilidade perdurará por oito anos, que são contados da eleição em que se tenha verificado o abuso e não do trânsito em julgado da decisão, conforme já está disposto no artigo 1º, I, d, da LC n. 64/90.

Além disso, também se registrou que a declaração de inelegibilidade só se dá em relação àqueles dos investigados que tenham contribuído para a prática do abuso de poder, sejam eles candidatos ou não. Já na cassação de registro ou de diploma, a verificação é unicamente objetiva. Cuida aferir-se apenas se houve ocorrência do abuso de poder. Caso a sentença tenha reconhecido o abuso, o registro ou diploma dos candidatos por ele beneficiados será cassado, ainda que reste provado que eles não participaram da prática.

¹⁸⁵ RODRIGUES, Marcelo Abelha; JORGE, Flávio Cheim. *apud* ALVIM, Frederico Franco. *Ibidem*. p. 554-555.

O mais interessante é que isto se justifica pelo fato de que o objetivo primordial da AIJE é garantir a normalidade e legitimidade do pleito. No falar de José Jairo Gomes, “o direito político difuso relativamente ao exercício de mandato somente por quem o tenha alcançado legitimamente, com observância das regras e dos procedimentos legais.”¹⁸⁶

“O voto consciente deve ser a tônica no processo eleitoral, afastando-se o abuso de poder que quebra o princípio democrático, a lisura das eleições e deslegitima os beneficiários.”, concluem Antônio Veloso Peleja Júnior e Fabrício Napoleão Teixeira Batista¹⁸⁷.

Pouco importa se o candidato participou ou não dos atos de abuso, o certo é que a vitória nas urnas sofreu interferência ilegal do poder econômico ou de autoridade ou do uso indevido dos veículos e meios de comunicação social, o que, por si só, justifica a imposição de cassação, que, diferentemente da declaração de inelegibilidade, não tem conteúdo de sanção pessoal aos candidatos cassados.

Por fim, não é de menos estimar que o abuso de poder que leva à cassação do registro ou do diploma – mesmo nas hipóteses em que o candidato não tenha participado da prática – é aquele que se apresenta com gravidade de afetação da normalidade e legitimidade das eleições. É o que Edson Resende de Castro denomina de “abuso de poder qualificado” que gera inelegibilidade para o agente por aplicação do artigo 1º, I, d, da LC n. 64/90.¹⁸⁸

De acordo com o raciocínio do professor, existiria uma “abuso de poder simples” que levaria tão somente à cassação (a inelegibilidade, neste caso, não é objeto de apuração na ação e, portanto, dela não se ocupará a sentença, mas sim consequência automática da decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado da Justiça Eleitoral, como previsto no artigo 1º, I, j, da LC n. 64/90). Esta

¹⁸⁶ GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**. 12. ed. São Paulo: Atlas, Produção Digital: *One Stop Publishing Solutions*. Disponível em versão digital, 2016. Capítulo 21.4.2.25 Julgamento.

¹⁸⁷ PELEJA JÚNIOR, Antônio Veloso; TEIXEIRA, Fabrício Napoleão. **Direito eleitoral: aspectos processuais – ações e recursos**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2012.

¹⁸⁸ CASTRO, Edson de Resende. **Curso de Direito Eleitoral: de acordo com a Lei da Ficha Limpa, com a lei n. 12.891/2013 e com as Resoluções do TSE para as eleições de 2014**. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014. p. 363-364.

hipótese de abuso de poder só poderia ser vista, por exemplo, nos casos de ação que apure descumprimento das normas de arrecadação e aplicação de recursos de campanha, ou uso da máquina administrativa, sem que a conduta tenha tido gravidade frente à “normalidade e legitimidade das eleições”. Para a ocorrência desse “abuso de poder simples”, seria imprescindível que a conduta tivesse sido praticada pelo próprio candidato, ou por alguém a seu mando ou, pelo menos, com o seu consentimento, já que não se terá o desequilíbrio da disputa. Aí, o sancionamento com a cassação teria natureza pessoal.

A lógica do doutrinador é interessante, mas a condição de existência do “abuso de poder simples” parece estar presente apenas nos casos de AIJEs por descumprimento das normas da Lei 9.504/97 (que seriam: a) ação por captação ou gasto ilícito de recursos para fins eleitorais – LE, artigo 30-A; b) ação por captação ilícita de sufrágio – LE, artigo 41-A; e c) ação por conduta vedada – LE, artigos 73 e seguintes) que, na verdade, como já visto, são representações da Lei das Eleições que se assemelham a AIJE por abuso de poder apenas no rito do artigo 22 da LC n. 64/90, e, portanto fogem da apreciação desta pesquisa.

Finalmente, superadas as considerações a respeito da declaração de inelegibilidade e da cassação – seja do registro de candidatura, seja da diplomação – imprescindível que sejam examinadas as consequências do julgamento da ação de investigação judicial eleitoral, com a missão de se medir o grau de imediatidade das mesmas.

6. CONSEQUÊNCIAS DO JULGAMENTO DA AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL

Antes de aprofundar o exame das consequências do julgamento da AIJE, é produtivo saber que o ato decisório deve ser fundamentado. Na docência de José Jairo Gomes, isso se realiza quando são exibidos os motivos e as circunstâncias relevantes para a conclusão a que se chegar. Supor o contrário seria imaginar que sobre a sentença não se poderia exercer qualquer controle. O descumprimento de

tal premissa (prevista no artigo 93, IX, da Lei Maior) enseja não menos que nulidade. “Por isso mesmo, o *decisum* deve obedecer ao padrão do artigo 489 do CPC, contendo relatório, fundamentação e dispositivo”.¹⁸⁹

A par de gozar de liberdade para apreciar o acervo probatório, o juiz deve atentar aos fatos e às circunstâncias constantes dos autos. Como bem observa o professor, “por força do princípio da *congruência*, deve haver *correlação* entre os fatos imputados na petição inicial (= *causa petendi*) e a decisão de mérito”¹⁹⁰. O que permite concluir que: “o conteúdo da decisão deve decorrer da delimitação fática posta naquela peça – e não do pedido formulado pelo autor”¹⁹¹. Dessa forma, as sanções cabíveis decorrem da lei, e não do pedido formulado pela parte autora, cabendo ao juiz aplicar as que entender pertinentes, dentre as previstas em lei.

Estatui o artigo 23 da LC n. 64/90:

O Tribunal formará sua convicção pela livre apreciação dos fatos públicos e notórios, dos indícios e presunções e prova produzida, atentando para circunstâncias ou fatos, ainda que não indicados ou alegados pelas partes, mas que preservem o interesse público de lisura eleitoral.

Nessa parte, José Jairo Gomes dá destaque ao princípio do *due process of law* e assevera que ao juiz não é dado fundamentar sua decisão em fato não descrito na exordial (o réu deve conhecer todos os fatos que podem influenciar a decisão, a fim de que possa se defender) e encerra:

Nesse contexto, o citado artigo 23 deve ser compreendido como uma exortação ao magistrado para imergir na realidade que circunda as eleições, vivendo-a com interesse, sendo imperdoáveis a omissão e

¹⁸⁹ GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**. 12. ed. São Paulo: Atlas, Produção Digital: *One Stop Publishing Solutions*. Disponível em versão digital, 2016. Capítulo 21.4.2.25 Julgamento.

¹⁹⁰ *Ibidem*.

¹⁹¹ *Ibidem*.

a apatia. Só assim ser-lhe-á possível alcançar exata compreensão do contexto em que sua decisão se insere. Não lhe autoriza, porém, a julgar procedente o pedido do autor com base em fato não narrado na petição inicial.¹⁹²

A função do processo judicial eleitoral é garantir a manutenção da democracia no Brasil. É o Poder Judiciário funcionando como guardião da legitimidade do pleito. Debora Bonat explica que do desrespeito ao direito fundamental de se ter uma eleição limpa e livre de abusos, nasce a legitimidade da Justiça Eleitoral em, até mesmo, cassar o diploma ou mandato, como já se viu¹⁹³.

Esta discussão é muito rica, mas pode ser simplificada através da célebre nota de Luís Roberto Barroso: a par de ser um “antibiótico poderoso”, deve-se utilizar do ativismo judicial com cautela e controle, pois, em dose excessiva, “há o risco de se morrer da cura”. Não cabe aos juízes realizar reforma política¹⁹⁴.

Sobre a decisão, Edson de Resende Castro recorda que ela deverá ser publicada em Cartório Eleitoral em três dias (se se tratar de eleição municipal, se a eleição for geral ou presidencial, o Corregedor entregará o seu relatório naquele prazo e a Investigação vai a julgamento na primeira sessão do Tribunal)¹⁹⁵.

Na categoria de estudo anterior, frisou-se que depois do pleito o acolhimento dos pedidos formulados na petição inicial resulta em: a) inelegibilidade dos representados para as eleições que se realizarem nos oito anos subsequentes; b) cassação do diploma do eleito e, por conseguinte, do próprio mandato; c)

¹⁹² GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**. 12. ed. São Paulo: Atlas, Produção Digital: *One Stop Publishing Solutions*. Disponível em versão digital, 2016. Capítulo 21.4.2.25 Julgamento.

¹⁹³ BONAT, Debora. **A Legitimidade do Poder Judiciário nas Ações de Cassação de Mandato Eletivo, Um Enfoque Garantista**. Disponível em: <<http://virtual.cesusc.edu.br/portal/externo/direito/wp-content/uploads/2010/05/A-legitimidade-do-juiz-nas-a%C3%A7%C3%B5es-de-cassa%C3%A7%C3%A3o-de-mandato-elet.pdf>>. Acesso em: 28 mar. 2017.

¹⁹⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional, n. 13, p. 17-32, Madrid: 2009.

¹⁹⁵ CASTRO, Edson de Resende. **Curso de Direito Eleitoral: de acordo com a Lei da Ficha Limpa, com a lei n. 12.891/2013 e com as Resoluções do TSE para as eleições de 2014**. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014. p. 363.

invalidação da votação; e d) nas eleições majoritárias para o Poder Executivo, realização de novo certame.

Sucedem que, conforme realce de José Jairo Gomes, em eleições municipais, esses efeitos não decorrem imediatamente da sentença. O autor explica que isto ocorre em virtude de ser a competência para conhecer e julgar a lide de juiz eleitoral, o que faz com que a sentença seja impugnável mediante recurso eleitoral, o qual (por ter natureza ordinária) deve ser recebido no efeito suspensivo (CE, artigo 257, § 2º).¹⁹⁶

Igual funcionamento o professor observa nas eleições federais e estaduais:

Aqui a competência para conhecer e julgar AIJEs é originária de TRE, sendo o acórdão impugnável mediante recurso ordinário (CF, artigo 121, § 4º, III e IV). Recurso esse que deve ser recebido no efeito suspensivo, nos termos do artigo 257, § 3º, do CE. De sorte que o só julgamento da lide pelo colegiado não fará nascer os aludidos efeitos.¹⁹⁷

Essa crucial informação já permite o teste de uma das hipóteses aventadas, qual seja: de fato, o julgamento da AIJE, por juiz eleitoral de primeiro grau de jurisdição carece de confirmação por órgão colegiado, ou de eventual trânsito em julgado, para resultar consequências concretas ao investigado. E isto deverá ocorrer independentemente de ser a publicação da sentença efetivada antes ou depois da diplomação. Rodrigo Zílio também faz parte desse consenso.

Frederico Franco Alvim já defendeu orientação divergente. Em sua obra *Curso de Direito Eleitoral: atualizado de acordo com (...)*¹⁹⁸, publicada em 2014, o catedrático diferencia a concessão ou não de efeito suspensivo, de acordo com a

¹⁹⁶ GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**. 12. ed. São Paulo: Atlas, Produção Digital: *One Stop Publishing Solutions*. Disponível em versão digital, 2016. Capítulo 21.4.2.25 Julgamento.

¹⁹⁷ *Ibidem*.

¹⁹⁸ ALVIM, Frederico Franco. **Curso de Direito Eleitoral: atualizado de acordo com as Leis 12.875/13, 12.891/13 e com as resoluções expedidas pelo Tribunal Superior Eleitoral para as eleições 2014**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 593-596.

sanção tratada. Ou seja, a aplicação de inelegibilidade dependeria de confirmação do tribunal responsável pelo julgamento do recurso, quando for aplicada por juiz eleitoral de primeiro grau, mas surgiria automaticamente, nos casos de AIJE de competência originária do Tribunal Superior ou de Tribunal Regional Eleitoral. “Em sentido contrário, a parte da sentença relativa à cassação do registro ou do diploma refoge ao âmbito de incidência do artigo 15, cobrando, por isso, eficácia imediata.”¹⁹⁹ Em suma: a sanção de cassação de registro deveria ser executada imediatamente; somente a inelegibilidade é que, para surtir efeito, deveria aguardar a confirmação por órgão ou colegiado ou o trânsito em julgado da decisão declaratória.²⁰⁰

Respeitada a avaliação do mentor, tal entendimento parece ter encontrado guarida antes da publicação da Lei n. 13.165/2015, que, em seu artigo 4º, acresceu o Parágrafo 2º ao artigo 257 do CE. A discussão será melhor tratada adiante, quando forem esquadrihados os efeitos dos recursos cabíveis da decisão de AIJE.

Nas restantes coisas, se o trânsito em julgado ocorrer antes do pleito, o candidato afastado não participará dos demais atos do processo eleitoral, além de sofrer a sanção de inelegibilidade. Entretanto, nos termos do artigo 13 da Lei n. 9.504/97, ao partido é facultado substituí-lo. Na eleição majoritária, necessária a citação do vice para integrar a lide como litisconsorte passivo, porque circunstancial cassação do registro do titular deverá afetá-lo.

Observe-se, todavia, que se a decisão que cassar o registro (já deferido) não transitar em julgado, mas for ratificada pelo Tribunal eleitoral *ad quem* antes do pleito, o recurso interposto não terá efeito suspensivo:

Isso pode ocorrer não só em eleições municipais (ex.: a sentença do juiz é confirmada pelo TRE), como também em eleições estaduais e federais (ex.: o acórdão do TRE é confirmado no TSE). Nessas duas situações, os recursos cabíveis contra os acórdãos do TRE e do TSE são respectivamente o Especial e o Extraordinário. Por serem excepcionais, esses recursos não têm efeito suspensivo. De sorte

¹⁹⁹ *Ibidem*. p. 593-596.

²⁰⁰ *Ibidem*. p. 593-596.

que, se o candidato obtiver efeito suspensivo do recurso interposto ao Tribunal ad quem (TSE ou STF, conforme o caso), concorrerá ao certame com o registro sub judice. Ao final, sendo mantida a decisão recorrida, devem-se distinguir duas situações. Se o recorrente não for eleito: (a) nada impede seja aplicada a sanção de inelegibilidade; (b) há perda de objeto recursal quanto aos pedidos de cassação de registro e de diploma. Por outro lado, se o candidato for eleito, atende à lógica do sistema e à razoabilidade a conclusão segundo a qual o não provimento do recurso excepcional depois das eleições, ou mesmo da diplomação, retroagirá, atingindo o registro, tornando insubsistente a diplomação e, conseqüentemente, desconstituindo o mandato. É que, nesse caso, o candidato concorreu sob a condição de o recurso ser provido, assumindo, portanto, o risco de não sê-lo. E não se pode considerar regular e legítima a eleição de candidato que, ao final, não teve mantido o registro.²⁰¹

É que, desde a publicação da Lei da Ficha Limpa, fala-se em eficácia imediata da sentença. Antônio Veloso Peleja Junior e Fabrício Napoleão Teixeira Batista a chamam de sentença dotada de eficácia mandamental.

Registre-se que a AIJE deve prosseguir ainda que o investigado não seja eleito, haja vista ser plenamente possível a aplicação da inelegibilidade. “Não há, aqui, perda superveniente do objeto da ação, já que há a permanência de um deles.”²⁰²

Rodrigo López Zílio concorda com esse entendimento. Assim, caso o representado não tenha sido eleito não ocorre a perda do objeto da AIJE, na medida em que é possível, ainda, a sanção de constituição de inelegibilidade. Em verdade, somente haverá perda de objeto após o decurso de mais de oito anos da eleição em que ocorreu o abuso, já que, nesta hipótese, sequer é possível decretar sanção de inelegibilidade.

Já se falou que a inelegibilidade, durante a produção de seus efeitos, impede o sentenciado de concorrer a outro pleito. José Jairo Gomes observa que, na teoria,

²⁰¹ GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**. 12. ed. São Paulo: Atlas, Produção Digital: *One Stop Publishing Solutions*. Disponível em versão digital, 2016. Capítulo 21.4.2.25 Julgamento.

²⁰² GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**. 12. ed. São Paulo: Atlas, Produção Digital: *One Stop Publishing Solutions*. Disponível em versão digital, 2016. Capítulo 21.4.2.25 Julgamento.

“tal sanção não obstrui o exercício do mandato conquistado na própria eleição em que foi isoladamente imposta, tampouco cria embaraço à filiação partidária, nem à cidadania ativa (o inelegível deve votar).”²⁰³

Em face disto, o autor adverte que é preciso ter sempre o cuidado de se inserir no pedido inicial e no dispositivo da sentença ou do acórdão a cassação do diploma, sob pena de amargar-se na decretação isolada de inelegibilidade medida de pouco alcance, pois o mandato conquistado com abuso de poder não seria afetado, nesse caso.

7. RECURSOS CABÍVEIS CONTRA A DECISÃO DE PROCEDÊNCIA DA AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL

Marcos Ramayana introduz o tópico frisando que os recursos efetivam a garantia do duplo grau de jurisdição e, portanto, asseguram o binômio: justiça-segurança, pois devem evitar a perduração da lide e resolver o conflito de interesses nos moldes da Justiça Constitucional.²⁰⁴

O procedimento traçado no artigo 22 da LC n. 64/90 não dispõe acerca de recursos, sendo, pois, aplicável o sistema do Código Eleitoral, complementado pelo Código de Processo Civil. É inteiramente pertinente nessa seara a teoria dos recursos, os pressupostos recursais e demais temas inerentes à disciplina processual civil dessa matéria.²⁰⁵

No que diz respeito à decisão interlocutória de AIJE, principalmente a processada perante Juiz Eleitoral de primeiro grau de jurisdição, é bastante dizer que há muito se entende serem as decisões interlocutórias irrecorríveis no âmbito da AIJE:

²⁰³ *Ibidem.*

²⁰⁴ RAMAYANA, Marcos. **Direito Eleitoral**. 11. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010. p. 895.

²⁰⁵ GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**. 12. ed. São Paulo: Atlas, Produção Digital: *One Stop Publishing Solutions*. Disponível em versão digital, 2016. Capítulo 21.4.2.27 Recurso.

[...] 3. As decisões interlocutórias tomadas em sede de investigação judicial eleitoral, sob o rito do artigo 22 da LC n. 64/90, são irrecorríveis isoladamente, devendo sua apreciação ser feita quando da interposição do recurso próprio, haja vista que a matéria nela decidida não se sujeita à preclusão imediata. Celeridade processual visando à efetiva prestação jurisdicional. 4. Recurso especial não provido”.²⁰⁶

[...]. Contra decisão interlocutória em sede de ação de investigação judicial eleitoral não cabe agravo de instrumento. Precedentes. Agravo desprovido.²⁰⁷

José Jairo Gomes fomenta o debate sobre o assunto, levando-se em consideração a nova sistemática do Novo Código de Processo Civil e o artigo 265, *caput*, do Código Eleitoral que prevê (sem ressalva) caber recurso “dos atos, resoluções ou despachos” proferidos por juiz eleitoral.²⁰⁸ No entanto, é pacífico na jurisprudência que: apenas se houver grave ferimento a direito líquido e certo, admitir-se-á a interposição de mandado de segurança contra ato judicial. Essa exegese é prestigiada na jurisprudência:

[...]. Não cabe recurso de decisão interlocutória proferida em processo de investigação judicial. Na falta de recurso próprio, admite-se o uso do Mandado de Segurança. Agravo a que se nega provimento.²⁰⁹

²⁰⁶ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Especial: 25999-SP**. Relator: Min. José Augusto Delgado. Data de Julgamento: 09/04/2007, Data de Publicação: DJ - Diário de justiça - 19/04/2007 - Página 129. Disponível em <<https://tse.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/302052013/recurso-especial-eleitoral-respe-25999-bom-sucesso-de-itarare-sp-52812006>>. Acesso em 28 mar. 2017.

²⁰⁷ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo de Instrumento: 5459-RJ**, Relator: Min. Gilmar Ferreira Mendes. Data de Julgamento: 21/06/2005, Data de Publicação: DJ - Diário de Justiça, Data 27/06/2005, Página 162. Disponível em < <https://tse.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14645376/agravo-de-instrumento-ag-5459-rj-tse>>. Acesso em 28 mar. 2017.

²⁰⁸ GOMES, José Jairo. Direito eleitoral. 12. ed. São Paulo: Atlas, Produção Digital: *One Stop Publishing Solutions*. Disponível em versão digital, 2016. Capítulo 21.4.2.27.1. Recurso contra decisão interlocutória.

²⁰⁹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral: 25281-SP**. Relator: Humberto Gomes de Barros. Data de Julgamento: 06/10/2005, Data de Publicação: DJ -

[...] 1. Cabe mandado de segurança contra decisão interlocutória proferida em investigação judicial eleitoral, por não existir recurso hábil para evitar eventual dano por ela causado. 2. Denega-se o mandado de segurança quando não demonstrada a violação de direito líquido e certo. 3. Recurso improvido.²¹⁰

Apesar de sucinta, essa breve digressão a respeito da recorribilidade da decisão interlocutória da AIJE é satisfatória, haja vista que o objeto da pesquisa é o estudo dos efeitos da decisão final no instituto.

As decisões finais, que extinguem a fase cognitiva do procedimento (julgando ou não o pedido), são sempre recorríveis.

José Jairo Gomes resume que, em geral, pode-se cogitar o cabimento das seguintes espécies recursais: recurso eleitoral, agravo interno, embargos de declaração, recurso especial eleitoral, recurso ordinário eleitoral, recurso extraordinário, embargos de divergência (esse último apenas no STF):

Consoante a natureza da eleição, a sistemática recursal pode ser sumariada na forma seguinte:

No pleito municipal – além de embargos declaratórios, para atacar a sentença é cabível recurso eleitoral para o TRE (CE, artigo 265 ss). Esse recurso deve ser interposto perante o juiz eleitoral, que sobre ele não realiza juízo de admissibilidade. Uma vez recebido, o recorrido será intimado para oferecer suas contrarrazões. Em seguida, os autos são remetidos à superior instância para apreciação. Contra o acórdão regional, pode-se ingressar com embargos de declaração (CE, artigo 275) e recurso especial eleitoral – REspe, este de competência do TSE (CF, artigo 121, § 4o, I e II; CE, artigo 276, I). A interposição do REspe se faz perante a

Diário de Justiça, Data 28/10/2005, Página 136. Disponível em <<https://tse.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/939835/agravo-regimental-em-recurso-especial-eleitoral-arespe-25281-sp>>. Acesso em 28 mar. 2017.

²¹⁰ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso em Mandado de Segurança: 176-RJ**. Relator: Min. José Paulo Sepúlveda Pertence. Data de Publicação: DJ - Diário de Justiça, Volume 1, Data 07/06/2002, Página 165. Disponível em <<https://tse.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14660736/recurso-em-mandado-de-seguranca-rms-176-rj-tse>>. Acesso em 28 mar. 2017.)

presidência do TRE. A esse órgão cumpre realizar o primeiro juízo de admissibilidade, admitindo ou não o recurso (CE, artigo 278, § 1o). Se inadmitido o Especial, poderá o recorrente interpor agravo nos próprios autos (CE, artigo 279 c.c. CPC, artigo 1.042, caput, e TSE PA no 144.683/ DF, DJe, t. 93, 18-5-2012), cuja remessa ao Tribunal Superior (juntamente com os autos do processo) é obrigatória.

Nas eleições federais e estaduais – além de embargos declaratórios, é cabível recurso ordinário para o TSE, eis que em jogo encontra-se causa de inelegibilidade, anulação e perda de diploma ou mandato eletivo federal ou estadual (CF, artigo 121, § 4o, III e IV). A interposição se dá perante o presidente da Corte Regional, que, na própria petição de interposição, poderá mandar abrir vista ao recorrido para que ofereça suas razões; juntadas estas, são os autos remetidos ao Tribunal Superior. Não há juízo de admissibilidade no tribunal a quo, mas apenas no tribunal ad quem.

Nas eleições presidenciais – contra o acórdão do Pleno do TSE, é cabível embargos declaratórios para a própria Corte Superior.²¹¹

No tocante aos embargos declaratórios, vale registrar serem eles cabíveis sempre que no *decisum* houver obscuridade, contradição, omissão de ponto sobre que devia pronunciar-se o órgão judicial, ou necessidade de correção de erro material. Os embargos interrompem o prazo para a interposição de recurso. Sendo eles manifestamente protelatórios, poderá o embargante ser condenado “a pagar ao embargado multa não excedente a 2 (dois) salários mínimos”, multa essa que será elevada até dez salários em caso de reiteração (CE, artigo 275, I a III, §§ 5º, 6º e 7º, com a redação do artigo 1.067 do CPC).²¹²

Edson de Resende Castro desenvolve que da decisão prolatada na AIJE cabe recurso, a ser oferecido em três dias, que é a regra geral para os recursos eleitorais. Prossegue ao anunciar: a) superação no entendimento do TSE que fixava prazo de 24 horas para interposição de recurso contra AIJE que apurasse captação ilícita de sufrágio (artigo 41-A da Lei n. 9.504/97) – o prazo aqui será igualmente de três dias;

²¹¹ GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**. 12. ed. São Paulo: Atlas, Produção Digital: *One Stop Publishing Solutions*. Disponível em versão digital, 2016. Capítulo 21.4.2.27.2. Recurso contra decisão final, extintiva da fase cognitiva do procedimento.

²¹² *Ibidem*.

e b) inexistência de reexame de ofício para a AIJE. Finaliza ao explicar que da decisão de AIJE pode resultar também a imposição de multa (41-A e 73 da Lei n. 9.504/97) e que no caso de não adimplemento pelo investigado, após o devido trânsito em julgado da decisão, a execução mostra-se como única solução para fazer realidade o comando da sentença.²¹³

Nesses termos, da sentença que julgar a AIJE, nas eleições municipais, é cabível recurso no prazo de 03 (três) dias, na forma prevista pelo artigo 258 do CE. Do acórdão do TRE que julgar AIJE atinente às eleições municipais é cabível recurso especial²¹⁴.

Para Rodrigo López Zílio, José Jairo Gomes, Antônio Veloso Peleja Júnior e Fabrício Napoleão Teixeira Batista, o recurso aforado contra sentença do juiz eleitoral em ação de investigação judicial eleitoral é recebido no duplo efeito (suspensivo e devolutivo).

O efeito suspensivo – que impede a imediata execução do julgado – é decorrência da regra do artigo 15 da LC n. 64/90, notadamente porque o acolhimento da demanda, em regra, veicula sanção de inelegibilidade. Pela nova redação dada ao dispositivo pela LC n. 135/2010, a eficácia da decisão ocorrerá com o trânsito em julgado ou com a publicação da decisão proferida por órgão colegiado. Assim, na eleição municipal, a decisão de procedência somente terá eficácia quando publicado o acórdão confirmatório do órgão colegiado, salvo eventual trânsito em julgado do *decisum a quo*. Nas eleições estaduais, federais e presidenciais, a eficácia surge com a publicação da decisão do órgão colegiado.

Sobre o efeito suspensivo, Frederico Franco Alvim sustenta que após a edição da Lei Complementar 135/2010, que alterou os arts. 15 e 22, XIV, da Lei Complementar 64/90, a eficácia da decisão de procedência em investigação eleitoral

²¹³ CASTRO, Edson de Resende. **Curso de Direito Eleitoral: de acordo com a Lei da Ficha Limpa, com a lei n. 12.891/2013 e com as Resoluções do TSE para as eleições de 2014**. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014. p. 367.

²¹⁴ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental no Recurso Ordinário n. 2365-MS**. Relator: Min. Arnaldo Versiani Leite Soares. Data de Julgamento: 01/12/2009. Data de Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Data 12/02/2010, Página 20. Disponível em <<https://tse.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14629934/agravo-regimental-em-recurso-ordinario-agr-ro-2365-ms/inteiro-teor-103055389>>. Acesso em 28 mar. 2017.

deixou de, necessariamente, carecer de trânsito em julgado para produzir efeitos plenos. Atualmente, pode a decisão ser executada, também, quando for proferida ou confirmada por órgão colegiado da Justiça Eleitoral, especialmente no que se refere à decretação de inelegibilidade.²¹⁵

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ELEIÇÕES 2012. PREFEITO. INELEGIBILIDADE DO VICE-PREFEITO RECONHECIDA SOMENTE APÓS A DIPLOMAÇÃO. PRINCÍPIO DA INDIVISIBILIDADE DA CHAPA MAJORITÁRIA. INAPLICABILIDADE. PROVIMENTO. CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM.

1. O artigo 15 da LC 64/90 (com redação dada pela LC 135/2010) estabelece que, para a cassação do registro ou do diploma em registro de candidatura, basta a publicação do *decisum* proferido pelo órgão colegiado que declarou a inelegibilidade, não sendo necessário o trânsito em julgado.

2. Indeferido o registro e comunicada essa decisão ao juízo competente, tem-se como consequência natural o seu imediato cancelamento ou a anulação do diploma, caso já expedido (artigo 15, *caput* e parágrafo único, da LC 64/90).²¹⁶

Até aqui, tudo bem. A posição do professor não diverge significativamente do já exposto.

Todavia, prossegue o formador defendendo que a norma constante do artigo 15, *caput*, teria aplicação restrita ao capítulo da AIJE em que se comina a inelegibilidade. A restrição política em questão, portanto, dependeria de confirmação do tribunal responsável pelo julgamento do recurso, quando fosse aplicada por juiz eleitoral de primeiro grau, mas surgiria automaticamente, nos casos de AIJE de competência originária do Tribunal Superior ou de Tribunal Regional Eleitoral. Em

²¹⁵ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso em Mandado de Segurança: 50367-RJ**. Relator: Min. João Otávio de Noronha, Data de Julgamento: 04/02/2014, Data de Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 43, Data 05/03/2014, Página 47. *apud* ALVIM, Frederico Franco. **Curso de Direito Eleitoral: atualizado de acordo com as Leis 12.875/13, 12.891/13 e com as resoluções expedidas pelo Tribunal Superior Eleitoral para as eleições 2014**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 593-596.

²¹⁶ *Ibidem*. p. 593-596.

sentido contrário, a parte da sentença relativa à cassação do registro ou do diploma refugiria ao âmbito de incidência do artigo 15, cobrando, por isso, eficácia imediata. Em suma: a sanção de cassação de registro deveria ser executada imediatamente; somente a inelegibilidade é que, para surtir efeito, deveria aguardar a confirmação por órgão ou colegiado ou o trânsito em julgado da decisão declaratória.²¹⁷

A posição de Frederico Franco Alvim se alicerça na influência do princípio da celeridade. Em virtude dele, os recursos eleitorais, como regra, não possuem efeito suspensivo das decisões atacadas, ao teor do que determina o artigo 257, *caput*, do Código Eleitoral.

O efeito suspensivo é aquele que impede a instantânea consumação dos efeitos de uma decisão judicial, até quando ultimado seja o remédio recursal aviado. No Direito Eleitoral, encontra-se via de regra afastado, em respeito ao imperativo de resguardo e garantia de realização das eleições, que reclama a imediaticidade executiva das decisões proferidas pela Justiça Eleitoral.

Por essa visão, o fato de os recursos eleitorais não possuírem efeito suspensivo conduz a que, até que sobrevenha decisão posterior a retirar-lhe a validade, permanece a decisão judicial eleitoral surtindo todos os seus efeitos.

Para Alvim, portanto, as sentenças de cassação de diploma prolatadas em representações por captação ilícita de sufrágio (artigo 41-A, LE) ou pela prática de condutas vedadas aos agentes públicos (artigos 73 e ss. LE), ou ainda do mandato, em AIME, e, por que não AIJEs por abuso de poder, normalmente são executadas de imediato, com o conseqüente desbancamento do candidato.

Frederico admite, contudo, que em hipóteses graves e excepcionais, admite-se a concessão de efeito suspensivo a recurso eventualmente interposto, mediante a impetração de ação cautelar.

Além dessa relativização, Frederico Franco Alvim enxerga três exceções à regra de proibição do efeito suspensivo, no Direito Eleitoral: a) recursos em face de

²¹⁷ ALVIM, Frederico Franco. **Curso de Direito Eleitoral: atualizado de acordo com as Leis 12.875/13, 12.891/13 e com as resoluções expedidas pelo Tribunal Superior Eleitoral para as eleições 2014**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 593-596.

decisões emitidas em sede de RCED (artigo 216, CE); b) recursos interpostos contra decisões de indeferimento de registro de candidatura (artigo 16-A, LE); c) decisões de primeiro grau que cominem inelegibilidade, apenas no que toca àquela restrição política. No mais, vige a regra de que os recursos não possuem efeito suspensivo (artigo 257, CE).

Este raciocínio já fora exposto no estudo das consequências da decisão de AIJE e é certo que o mesmo teve razão de ser antes da publicação da Lei n. 13.165/2015.

Ocorre que o parágrafo 2º do artigo 257 do CE dispõe que:

O recurso ordinário interposto contra decisão proferida por juiz eleitoral ou por Tribunal Regional Eleitoral que resulte em cassação de registro, afastamento do titular ou perda de mandato eletivo será recebido pelo Tribunal competente com efeito suspensivo.

Nesses termos, em acordo com o já sacramentado, em eleições municipais, esses efeitos não decorrem imediatamente da sentença. Isto ocorre em virtude de ser a competência para conhecer e julgar a lide de juiz eleitoral, o que faz com que a sentença seja impugnável mediante recurso eleitoral, o qual (por ter natureza ordinária) deve ser recebido no efeito suspensivo (CE, artigo 257, § 2o).²¹⁸

Lembrando também que, nas eleições federais e estaduais, o só julgamento da lide pelo colegiado não fará nascer os aludidos efeitos. A competência para conhecer e julgar AIJEs é originária de TRE, sendo o acórdão impugnável mediante recurso ordinário (CF, artigo 121, § 4o, III e IV). Recurso esse que deve ser recebido no efeito suspensivo, nos termos do artigo 257, § 2º, do CE. ²¹⁹

Diante do exposto, verifica-se que, realmente, o julgamento da AIJE, por juiz eleitoral de primeiro grau de jurisdição carece de confirmação por órgão colegiado,

²¹⁸ GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**. 12. ed. São Paulo: Atlas, Produção Digital: *One Stop Publishing Solutions*. Disponível em versão digital, 2016. Capítulo 21.4.2.27.2. Recurso contra decisão final, extintiva da fase cognitiva do procedimento.

²¹⁹ *Ibidem*.

ou de eventual trânsito em julgado, para resultar consequências concretas ao investigado.

Na lição de Jairo Gomes:

Em seu artigo 257, caput, o Código Eleitoral estabelece uma regra geral segundo a qual “os recursos eleitorais não terão efeito suspensivo”. Tal preceito se harmoniza com a primeira parte do artigo 995, caput, do CPC, segundo a qual “os recursos não impedem a eficácia da decisão”. Mas a segunda parte desse último dispositivo excepciona a existência de “disposição legal ou decisão judicial em sentido diverso”.

A regra geral inscrita no caput do artigo 257 do CE é excepcionada no parágrafo 2º do mesmo preceito, o qual foi acrescido pela Lei n 13.165/2015. (...)

Extrai-se desse dispositivo que o recurso de caráter ordinário interposto contra decisão proferida por juiz eleitoral ou Tribunal Regional Eleitoral terá efeito suspensivo sempre que dela resultar: i) cassação de registro; ii) afastamento do titular; iii) perda de mandato eletivo.

As decisões de TRE abrangidas por essa regra são apenas as atinentes à sua competência originária, proferidas em eleições federais e estaduais (Governador, Senador, Deputado Federal, Deputado Distrital e Deputado Estadual). Isso porque os acórdãos proferidos por TRE no âmbito de sua competência recursal são recorríveis mediante recurso especial (cuja natureza é excepcional, e não ordinário) – e o recurso especial não apresenta efeito suspensivo.

O citado § 2º usa o termo “recurso ordinário” no sentido de “recurso não excepcional”, ou seja, recurso próprio dos primeiro e segundo graus de jurisdição. Refere-se, portanto, ao recurso eleitoral (CE, artigo 265) e ao recurso ordinário eleitoral para o TSE (CF, artigo 121, § 4º, III e IV, e CE, artigo 276, II, a).

Fora das assinaladas hipóteses excepcionais, impera a regra geral, segundo a qual os recursos não têm efeito suspensivo e assim devem ser recebidos.²²⁰

²²⁰ GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**. 12. ed. São Paulo: Atlas, Produção Digital: *One Stop Publishing Solutions*. Disponível em versão digital, 2016. Capítulo 21.4.2.27.2. Recurso contra decisão final, extintiva da fase cognitiva do procedimento.

De outro lado, o efeito devolutivo significa que a matéria impugnada é regra *tantum devolutum quantum appellatum*. No mesmo passo, o efeito devolutivo remete para a apreciação da Superior Instância toda a matéria de fato e de direito em relação ao objeto controvertido na lide. Ainda que o juiz Eleitoral não tenha apreciado todos os argumentos lançados pelas partes, é dado à Superior Instância conhecer todos os fundamentos da peça recursal.

Poderá o juiz eleitoral exercer *juízo de retratação*, reformando a sentença recorrida. Nesse caso, a parte prejudicada poderá requerer que o recurso suba ao Tribunal Regional. Esta é a regulamentação do artigo 267, § 7º, do Código Eleitoral.

O efeito imediato proporcionado pelo acórdão que ultima pela cassação do registro de candidatura, perda de diploma ou mandato (confirmando ou reformando decisão de 1º grau) faz com que deva ser afastado o réu, ainda que este já tiver sido empossado no cargo e encontrar-se no exercício do mandato. Poderia se pensar agora que tal afastamento requereria o trânsito em julgado da decisão judicial para a realização de nova eleição, por força do § 3º do artigo 224 do CE (também introduzido pela Lei n. 13.165/2015). Todavia, o doutor José Jairo Gomes ensina que o afastamento do cargo e a realização de novas eleições são situações diferentes, que, inclusive, ocorrem em momentos espaço-temporais distintos:

É óbvio que o mandatário cassado deverá ser afastado do cargo antes do início do processo atinente à eleição suplementar. Mas para se determinar seu afastamento, não é preciso aguardar-se o trânsito em julgado da decisão da Justiça Eleitoral. Se o recurso cabível contra a decisão não tiver efeito suspensivo (como ocorre com os recursos excepcionais), poder-se-á determinar o afastamento, embora a realização do respectivo pleito suplementar tenha de aguardar o trânsito em julgado da decisão. Nesse caso, o mandatário ficará afastado do exercício do cargo durante a tramitação do recurso excepcional interposto.²²¹

²²¹ GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**. 12. ed. São Paulo: Atlas, Produção Digital: *One Stop Publishing Solutions*. Disponível em versão digital, 2016. Capítulo 21.4.2.27.2. Recurso contra decisão final, extintiva da fase cognitiva do procedimento.

Para assumir provisoriamente o lugar do mandatário cassado e afastado, dever-se-á chamar o presidente do órgão legislativo ou quem a lei designar.

Adverte o professor, porém que, antes do trânsito em julgado da decisão, aconselha a prudência que se evitem sucessivas alterações no exercício do poder estatal. É que a instabilidade no governo pode afetar os serviços prestados pela Administração Pública, prejudicando a população. Daí a conveniência de se manter no cargo até o fim do processo quem tiver sido provisoriamente investido.²²²

[...] 2. É de todo inconveniente a sucessividade de alterações na superior direção do Poder Executivo, pelo seu indiscutível efeito instabilizador na condução da máquina administrativa e no próprio quadro psicológico dos munícipes, tudo a acarretar descrédito para o Direito e a Justiça Eleitoral. [...].²²³

[...] 4. Este Tribunal Superior tem ponderado ser conveniente evitar sucessivas alterações no exercício dos mandatos eletivos, em especial, da Chefia do Poder Executivo. Agravo regimental a que se nega provimento.²²⁴

Por fim, o artigo 224, § 3º, do Código Eleitoral estipula que transitado em julgado o ato judicial (acórdão ou sentença) que acolhe o pedido inicial e cassa o registro de candidatura, o diploma ou o mandato, nova eleição deverá ser convocada para as eleições de prefeito, governador, presidente e seus respectivos vices. Para as eleições de representantes do Legislativo municipal, estadual, distrital e federal, a anulação dos votos do investigado implicará na diplomação do candidato

²²² *Ibidem*.

²²³ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental em Medida Cautelar: 2241-RN**. Relator: Carlos Augusto Ayres de Freitas Britto. Data de Julgamento: 20/11/2007, Data de Publicação: DJ - Diário de justiça, Volume 1, Data 1/2/2008, Página 35. Disponível em <<https://tse.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/920399/agravo-regimental-em-medida-cautelar-amc-2241-rn>>. Acesso em 28 mar. 2017.

²²⁴ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental em Medida Cautelar: 1709 SP**. Relator: Carlos Eduardo Caputo Bastos, Data de Julgamento: 03/11/2005, Data de Publicação: DJ - Diário de Justiça, Volume 1, Tomo -, Data 09/12/2005, Página 143. Disponível em <<https://tse.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/935123/agravo-regimental-em-medida-cautelar-amc-1709-sp>>. Acesso em 28 mar. 2017.

mais votado e não eleito do partido ou coligação, ou seja, o suplente – em respeito à natureza dúplice do voto.

8. CONCLUSÃO

O presente trabalho demonstrou que a AIJE é um instrumento do processo jurisdicional eleitoral em inequívoca ascensão.

A harmonia entre os princípios que informam o devido processo constitucional (duplo grau de jurisdição, etc) e os característicos princípios que regem o processo jurisdicional eleitoral (celeridade, higidez do processo eleitoral, etc), considerada a subordinação destes àqueles, marcam essa transformação contínua da AIJE.

A evolução do instituto, desde a sua primeira concepção é notória. Praticamente, a cada nova eleição, a AIJE sofre modificações através de “minirreformas” eleitorais. E, em sua maioria, todas estão direcionadas a ampliação das consequências do instituto, bem como para adoção de uma postura mais preventiva no controle das eleições.

Com efeito, A LC n. 135/2010 consubstancia-se em verdadeiro paradigma na maneira de enxergar a AIJE. Antes da Lei da Ficha Limpa, o julgamento da AIJE apresentava vários “furos” que variavam em conformidade com o momento de prolação da sentença. Tal situação fomentou fortes críticas doutrinárias, durante uma margem de tempo considerável. Principalmente no tocante a condescendência no modo de punir abusos e demais ilegalidades processadas por AIJE.

Após a LC n. 135/2010, entretanto, restou consolidado que, não importasse o momento de julgamento da AIJE, a procedência da mesma implicaria, para o investigado, além da inelegibilidade: a) cassação de registro (antes da eleição), b) ou cassação de diploma (após a eleição), c) ou cassação de mandato eletivo (após a diplomação).

A inquietação científica sobreviveu ainda quando considerada a interposição de recurso eleitoral de natureza ordinária diante da decisão de AIJE, sobretudo quando esta fosse oriunda de Juiz Eleitoral de Primeiro Grau de Jurisdição, haja vista que o acórdão, por advir de órgão colegiado, gozaria de efeitos práticos mais

imediatos e, por assim dizer, mais estáveis. Neste quesito, a doutrina divergiu bastante quanto a concessão ou não do efeito suspensivo do recurso.

Apesar disso, a análise da Lei 13.165/2015 pacificou o entendimento para que seja respeitado o efeito suspensivo automático do artigo 257, § 2º do CE nos casos de “recurso ordinário interposto contra decisão proferida por juiz eleitoral ou por Tribunal Regional Eleitoral que resulte em cassação de registro, afastamento do titular ou perda de mandato eletivo”.

Concluiu-se, destarte, que: em eleições municipais, as consequências de declaração de inelegibilidade e cassação (seja de registro, seja de diploma, seja de mandato eletivo) não decorrem imediatamente da sentença. Isto ocorre em virtude de ser a competência para conhecer e julgar a lide de juiz eleitoral, o que faz com que a sentença seja impugnável mediante recurso eleitoral, o qual (por ter natureza ordinária) deve ser recebido no efeito suspensivo (CE, artigo 257, § 2º).

Lembrando também que, nas eleições federais e estaduais, o só julgamento da lide pelo colegiado não fará nascer os aludidos efeitos. A competência para conhecer e julgar AIJEs é originária de TRE, sendo o acórdão impugnável mediante recurso ordinário (CF, artigo 121, § 4o, III e IV). Recurso esse que também deverá ser recebido no efeito suspensivo, nos termos do artigo 257, § 2º, do CE. ”

Ou seja, a valer, o julgamento da AIJE, por juiz eleitoral de primeiro grau de jurisdição carece de confirmação por órgão colegiado, ou de eventual trânsito em julgado, para resultar consequências concretas ao investigado. E, ao contrário do que se supôs, até mesmo o acórdão de Tribunal Eleitoral, desde que em ação originária de sua competência, poderá ser atacado por recurso de natureza ordinária que também postergará a imediatidade das sanções, até ulterior confirmação ou até o trânsito em julgado da decisão.

Constata-se, portanto, que: apesar da crescente antecipação do processo judicial eleitoral, mormente através da AIJE, a legislação cuida de atender aos princípios do devido processo constitucional, reverenciando a segurança jurídica, a coisa julgada, o duplo grau de jurisdição, bem como os demais consectários do *due process of law*.

Pôde-se perceber também que o ativismo judicial e a atuação enérgica do juiz no processamento da AIJE, em certo grau, prometem assegurar um efetivo controle das eleições. Isto porque o desrespeito ao direito fundamental de ter eleições hígidas faz nascer a legitimidade para punir os transgressores da democracia. No entanto, o exagero dessa postura pode ocasionar uma espécie de reforma política ilegítima.

Por conseguinte, o ordenamento deve caminhar nesse ritmo de equilíbrio. O robustecimento da AIJE (e das implicações de sua procedência) é válido e não deve retroceder. Todavia, as reformas devem estimar, em todo o tempo, a definição de devido processo constitucional e de representatividade democrática.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Frederico Franco. **Curso de Direito Eleitoral: atualizado de acordo com as Leis 12.875/13, 12.891/13 e com as resoluções expedidas pelo Tribunal Superior Eleitoral para as eleições 2014**. Curitiba: Juruá, 2014.

BARROS, Francisco Dirceu. **Direito processual eleitoral**. São Paulo: Elsevier, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional, n. 13, p. 17-32, Madrid: 2009.

BONAT, Debora. **A Legitimidade do Poder Judiciário nas Ações de Cassação de Mandato Eletivo, Um Enfoque Garantista**. Disponível em: <<http://virtual.cesusc.edu.br/portal/externo/direito/wp-content/uploads/2010/05/A-legitimidade-do-juiz-nas-a%C3%A7%C3%B5es-de-cassa%C3%A7%C3%A3o-de-mandato-elet.pdf>>. Acesso em: 28 mar. 2017.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo de Instrumento: 5459-RJ**, Relator: Min. Gilmar Ferreira Mendes. Data de Julgamento: 21/06/2005, Data de Publicação: DJ - Diário de Justiça, Data 27/06/2005, Página 162. Disponível em <<https://tse.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14645376/agravo-de-instrumento-ag-5459-rj-tse>>. Acesso em 28 mar. 2017.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental em Medida Cautelar: 2241-RN**. Relator: Carlos Augusto Ayres de Freitas Britto. Data de Julgamento: 20/11/2007, Data de Publicação: DJ - Diário de justiça, Volume 1, Data 1/2/2008, Página 35. Disponível em <<https://tse.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/920399/agravo-regimental-em-medida-cautelar-amc-2241-rn>>. Acesso em 28 mar. 2017.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental em Medida Cautelar: 1709 SP**. Relator: Carlos Eduardo Caputo Bastos, Data de Julgamento: 03/11/2005, Data de Publicação: DJ - Diário de Justiça, Volume 1, Tomo -, Data 09/12/2005, Página 143. Disponível em <<https://tse.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/935123/agravo-regimental-em-medida-cautelar-amc-1709-sp>>. Acesso em 28 mar. 2017.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental em Reclamação n. 628-MS**. Relator Min. Marcelo Henriques Ribeiro de Oliveira. Data de Julgamento: 23/04/2009, Data de Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Data 20/05/2009, Página 20. Disponível em <<https://tse.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14632075/agravo-regimental-em-reclamacao-agr-rcl-628-ms>>. Acesso em 28 mar. 2017.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental no Recurso Ordinário n. 2365-MS**, Relator: Min. Arnaldo Versiani Leite Soares. Data de Julgamento: 01/12/2009. Data de Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Data 12/02/2010, Página 20. Disponível em <<https://tse.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14629934/agravo-regimental-em-recurso-ordinario-agr-ro-2365-ms/inteiro-teor-103055389>>. Acesso em 28 mar. 2017.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral: 25281-SP**. Relator: Humberto Gomes de Barros. Data de Julgamento: 06/10/2005, Data de Publicação: DJ - Diário de Justiça, Data 28/10/2005, Página 136. Disponível em <<https://tse.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/939835/agravo-regimental-em-recurso-especial-eleitoral-arespe-25281-sp>>. Acesso em 28 mar. 2017.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Especial: 25999-SP**. Relator: Min. José Augusto Delgado. Data de Julgamento: 09/04/2007, Data de Publicação: DJ -

Diário de justiça - 19/04/2007 - Página 129. Disponível em <<https://tse.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/302052013/recurso-especial-eleitoral-respe-25999-bom-sucesso-de-itarare-sp-52812006>>. Acesso em 28 mar. 2017.

BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral. **Código eleitoral anotado e legislação complementar**. 12. ed. Brasília: Tribunal Superior Eleitoral, Secretaria de Gestão da Informação, 2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso em Mandado de Segurança: 176-RJ**. Relator: Min. José Paulo Sepúlveda Pertence. Data de Publicação: DJ - Diário de Justiça, Volume 1, Data 07/06/2002, Página 165. Disponível em <<https://tse.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14660736/recurso-em-mandado-de-seguranca-rms-176-rj-tse>>. Acesso em 28 mar. 2017.

CASTRO, Edson de Resende. **Curso de Direito Eleitoral: de acordo com a Lei da Ficha Limpa, com a lei n. 12.891/2013 e com as Resoluções do TSE para as eleições de 2014**. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

CONEGLIAN, Olivar. **Eleições 2014: radiografia da Lei 9.504/97**. 8. ed. Curitiba: Juruá, 2014.

COSTA, Adriano Soares da. **Instituições de Direito Eleitoral**. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

DA SILVA, Geilton Costa. **A ação de investigação judicial eleitoral e o termo inicial para a sua propositura**. 2004. Disponível em: <<http://150.162.138.5/portal/sites/default/files/anexos/18629-18630-1-PB.pdf>>. Acesso em: 28 mar. 2017.

GARCIA, Emérsom. **Abuso de Poder nas Eleições – Meios de Coibição**. São Cristovão: Lúmen Júris, 2000.

GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**. 12. ed. São Paulo: Atlas. Produção Digital: *One Stop Publishing Solutions*. Disponível em versão digital, 2016.

JORGE, Flávio Cheim; Ludgero F. Liberato dos Santos. **As ações eleitorais e os mecanismos processuais correlatos: a aplicação subsidiária do CPC ou do**

CDC c/c LACP. Revista Brasileira de Direito Eleitoral. n. 6. p. 63-81. Belo Horizonte: 2012.

NIESS, Pedro Henrique Távora. **Direitos Políticos – Elegibilidade, Inelegibilidade e Ações Eleitorais.** 2. ed. Bauru: Edipro, 2000.

PELEJA JÚNIOR, Antônio Veloso; TEIXEIRA, Fabrício Napoleão. **Direito eleitoral: aspectos processuais – ações e recursos.** 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2012.

RAMAYANA, Marcos. **Direito Eleitoral.** 11. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

ZÍLIO, Rodrigo López. **Direito Eleitoral: noções preliminares, elegibilidade e inelegibilidade, processo eleitoral (da convenção à diplomação), ações eleitorais.** 4. Ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2014.