

**Gustavo Ferreira Santos e Jonatan de Jesus Oliveira Alves ( Organizadores)**

Bruno Marques Ribeiro • Clayton Moreira de Castro • Daniele Alves Moraes •  
Diego Nunes • Flávio da Silva Andrade • Gustavo Ferreira Santos • Gustavo  
Nascimento Tavares • João Hagenbeck Parizzi • Jonatan de Jesus Oliveira Alves •  
Juliana Demori de Andrade • Marcella Rosière de Oliveira • Mariana Lima  
Menegaz • Pedro Augusto de Oliveira Santos Malagoli • Samir Alves Daura

# LINHAS JURÍDICAS DO TRIÂNGULO



NAVEGANDO



Gustavo Ferreira Santos  
Jonatan de Jesus Oliveira Alves.

# LINHAS JURÍDICAS DO TRIÂNGULO

1ª Edição Eletrônica

Uberlândia / Minas Gerais  
Navegando Publicações  
2019



# Navegando Publicações



**NAVEGANDO**

[www.editoranavegando.com](http://www.editoranavegando.com)

[editoranavegando@gmail.com](mailto:editoranavegando@gmail.com)

Uberlândia – MG,

Brasil

## Copyright © by autor, 2019.

L7559 – Santos, Gustavo Ferreira; Alves, Jonatan de Jesus Oliveira; (Orgs). Linhas jurídicas do triângulo. Uberlândia: Navegando Publicações, 2019.

ISBN: 978-85-53111-84-8



10.29388/978-85-53111-84-8-0

1. Direito 2. Ciência Jurídica 3. Ensino de Direito. Gustavo Ferreira Santos; Jonatan de Jesus Oliveira Alves. II. Navegando Publicações. Título.

CDD – 340

CDU – 34

---

Revisão/ Diagramação – Lurdes Lucena

## Índice para catálogo sistemático

Direito

340



## Editores

Carlos Lucena – UFU, Brasil

José Claudinei Lombardi – Unicamp, Brasil

José Carlos de Souza Araújo – Uniube/UFU, Brasil

## Conselho Editorial

Afrânio Mendes Catani – USP, Brasil

Alberto L. Bialakowsky – Universidad de Buenos Aires, Argentina.

Ángela A. Fernández – Univ. Autónoma de Sto. Domingo, República Dominicana

Anselmo Alencar Colares – UFOPA, Brasil

Carlos Lucena – UFU, Brasil

Carlos Henrique de Carvalho – UFU, Brasil

Carolina Crisorio – Universidad de Buenos Aires, Argentina

Cílson César Fagiani – Uniube, Brasil

Christian Cwik – University of the West Indies, St. Augustine, Trinidad & Tobago

Christian Hausser – Universidad de Talca, Chile

Daniel Schugurensky – Arizona State University, EUA

Dermeval Saviani – Unicamp, Brasil

Elizet Payne Iglesias – Universidad de Costa Rica, Costa Rica

Fabiane Santana Previtali – UFU, Brasil

Francisco Javier Maza Avila – Universidad de Cartagena, Colômbia

Gilberto Luiz Alves – UFMS, Brasil

Hernán Venegas Delgado – Universidad Autónoma de Coahuila, México

Iside Gjergji – Universidade de Coimbra - Portugal

Iván Sánchez – Universidad del Magdalena –Colômbia

João dos Reis Silva Júnior – UFSCar, Brasil

Jorge Enrique Elías-Caro – Universidad del Magdalena, Colômbia

José Carlos de Souza Araújo – Uniube/UFU, Brasil

José Claudinei Lombardi – Unicamp, Brasil

José Jesus Borjón Nieto – El Colégio de Vera Cruz, México

José Luis Sanfelice – Univás/Unicamp, Brasil

Lívia Diana Rocha Magalhães – UESB, Brasil

Mara Regina Martins Jacomeli – Unicamp, Brasil

Miguel Perez – Universidade Nova Lisboa – Portugal

Newton Antonio Paciulli Bryan – Unicamp, Brasil

Paulino José Orso – Unioeste – Brasil

Raul Roman Romero – Universidad Nacional de Colombia – Colômbia

Ricardo Antunes – Unicamp, Brasil

Robson Luiz de França – UFU, Brasil

Sérgio Guerra Vilaboy – Universidad de la Habana, Cuba

Sílvia Mancini – Université de Lausanne, Suíça

Teresa Medina – Universidade do Minho – Portugal

Tristan MacCoaw – University of London – Inglaterra

Valdemar Sguissardi – UFSCar – (Aposentado), Brasil

Victor-Jacinto Flecha – Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción, Paraguai

Yoel Cordoví Núñez – Instituto de História de Cuba, Cuba



## SUMÁRIO

<b>APRESENTAÇÃO</b>	1
Prof. Me. Jonatan de Jesus Oliveira Alves Me. Gustavo Ferreira Santos DOI – 10.29388/978-85-53111-84-8-0-f.1-4	
<b>CAPÍTULO 1</b>	5
CRIMES CONTRA A HUMANIDADE NA ESPANHA FRANQUISTA. Diego Nunes Jonatan de Jesus Oliveira Alves DOI – 10.29388/978-85-53111-84-8-0-f.5-18	
<b>CAPÍTULO 2</b>	19
POLÍTICAS PÚBLICAS DE LAZER COMO MEIOS DE INCLUSÃO SOCIAL: UMA ABORDAGEM ACERCA DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA Marcella Rosière de Oliveira DOI – 10.29388/978-85-53111-84-8-0-f.19-36	
<b>CAPÍTULO 3</b>	37
O PROCESSO COLETIVO COMO VERTENTE DE ACESSO À JUSTIÇA Daniele Alves Moraes DOI – 10.29388/978-85-53111-84-8-0-f.37-54	
<b>CAPÍTULO 4</b>	55
O PROCESSO DE ADOÇÃO ENVOLVENDO CRIANÇAS E ADOLESCENTES VÍTIMAS DE ABUSO SEXUAL: DA LÓGICA DAS AVALIAÇÕES ÀS DINÂMICAS DE TRATAMENTO EM BENEFÍCIO DA CRIANÇA E A <i>MISE EN SCÈNE</i> DE IGUALDADE ENTRE ATORES E SABERES Gustavo Nascimento Tavares DOI – 10.29388/978-85-53111-84-8-0-f.55-64	
<b>CAPÍTULO 5</b>	65
REFLEXÕES SOBRE AS FALSAS MEMÓRIAS NO CONTEXTO DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO Flávio da Silva Andrade DOI – 10.29388/978-85-53111-84-8-0-f.65-80	
<b>CAPÍTULO 6</b>	81
OS MECANISMOS CONSENSUAIS DE RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS E O ENSINO JURÍDICO Mariana Lima Menegaz DOI – 10.29388/978-85-53111-84-8-0-f.81-90	

<b>CAPÍTULO 7</b>	91
ICMS, REFORMA TRIBUTÁRIA E O FEDERALISMO FISCAL: UMA ANÁLISE SOBRE A CRIAÇÃO DE UM IVA NACIONAL Juliana Demori de Andrade DOI – 10.29388/978-85-53111-84-8-0-f.91-106	
<b>CAPÍTULO 8</b>	107
O DIREITO NA PÓS-MODERNIDADE E OS DEVERES DE PROTEÇÃO DO ESTADO NAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES: A FUNÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO PROIBIÇÕES DE INTERVENÇÃO E IMPERATIVOS DE TUTELA Clayton Moreira de Castro DOI – 10.29388/978-85-53111-84-8-0-f.107-128	
<b>CAPÍTULO 9</b>	129
TESTAMENTO E LIBERDADE: REFLEXÕES SOBRE A NECESSI- DADE DE MODIFICAÇÃO DO CONCEITO DE LEGÍTIMA NO DIREITO BRASILEIRO Bruno Marques Ribeiro DOI – 10.29388/978-85-53111-84-8-0-f.129-150	
<b>CAPÍTULO 10</b>	151
A INTENSIFICAÇÃO DOS DEVERES DE INFORMAÇÃO E COOPERAÇÃO NOS CONTRATOS DE MÚTUO ELETRÔNICO Samir Alves Daura João Hagenbeck Parizzi DOI – 10.29388/978-85-53111-84-8-0-f.151-160	
<b>CAPÍTULO 11</b>	167
RECURSO ESPECIAL Nº 1.737.428/RS: BREVES COMENTÁRIOS SOBRE A ILEGALIDADE DA COBRANÇA DA “TAXA DE CONVENIÊNCIA” Pedro Augusto de Oliveira Santos Malagoli Gustavo Ferreira Santos DOI – 10.29388/978-85-53111-84-8-0-f.167-178	

## APRESENTAÇÃO

Celeiro de grandes juristas, Uberlândia e região contam com mais de uma dezena de faculdades de Direito, além de diversos cursos de pós-graduação *stricto sensu* e um programa de mestrado acadêmico, sendo, assim, um ambiente propício para a promoção da pesquisa científica.

Trata-se de uma tarefa desafiadora refletir sobre os conflitos sociais e de que modo o Direito pode contribuir para solucioná-los, na medida em que nem sempre os problemas possuem respostas prontas e acabadas e tampouco são de fácil resolução, o que leva a valorizarmos a pluralidade de perspectivas, não só do âmbito jurídico, como as de outras áreas do conhecimento.

Muita das vezes os estudantes em geral padecem com a ausência de um material de apoio multidisciplinar, com novas abordagens a respeito de assuntos atuais e cotidianos, razão pela qual se propõe a contribuir para a transformação desse quadro e, por conseguinte, que a nossa região do Triângulo Mineiro venha a prestar a sua colaboração para o desenvolvimento científico nacional.

Nesse sentido, oferecemos ao versátil mundo universitário e aos demais entusiastas um livro com artigos sobre temas contemporâneos dos mais diversificados ramos da ciência jurídica e que venham a despertar o desejo para a pesquisa, fazendo com que as leitoras e os leitores sintam-se instigados a refletirem acerca das diversas abordagens que o Direito pode comportar.

Essa primeira edição do projeto, batizado de “Linhas Jurídicas do Triângulo Mineiro”, tem o formato de *e-book*, em razão de ser uma modalidade mais acessível ao público e de fácil compartilhamento, o que vem ao encontro do nosso propósito de disseminar o conhecimento jurídico Brasil afora.

Soma-se a isso o fato de ser um plano piloto que não contou com patrocinadores ou uma instituição de ensino parceira. Ademais, não há intenção alguma de se comercializar a obra com vistas a angariar fundos ou repartição de lucros, sendo que todos os custos relativos à produção do Projeto foram arcados pelos respectivos autores.

Todas as pesquisadoras e os pesquisadores, profissionais dos mais diversos matizes, esmeraram-se ao máximo para que fosse feito um belo trabalho e que atendessem às expectativas da nossa audiência.

O primeiro artigo do livro relaciona-se ao tema direitos humanos e justiça de transição, de autoria do Professor Doutor Diego Nunes (Universidade Federal de Santa Catarina) e do advogado e professor Jonatan de Jesus Oliveira Alves, Mestre em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU), com o título *Crimes contra a humanidade na Espanha franquista*. O texto é fruto de uma pesquisa conjunta dos dois autores sobre regimes autoritários, violações a direitos humanos e a necessidade de aplicação das dimensões da justiça de transição como forma de fomento à democracia.

Em seguida, tem-se o texto *Políticas públicas de lazer como meios de inclusão social: uma abordagem acerca das pessoas com deficiência* da advogada e Mestre em Direito pela UFU Marcella Rosière de Oliveira. A autora explora o direito fundamental social ao lazer, expresso na Constituição de 1988, e sua importância como

instrumento efetivo de inclusão social, sobretudo, das pessoas com deficiência.

Quem também nos brinda com sua pesquisa é a Professora Doutora Daniele Alves Moraes, com o título de *O processo coletivo como vertente de acesso à justiça*. O artigo aborda o processo coletivo como instrumento eficaz para o alcance do efetivo acesso à justiça, na medida em que privilegia a igualdade e a economia processual, evitando, assim, contradições nas decisões proferidas, maior aproveitamento nos atos processuais praticados e uma prestação da tutela jurisdicional mais adequada.

O advogado e Mestre em Direito pela UFU Gustavo Nascimento Tavares, que também é graduado (bacharelado e licenciatura) em Matemática, assina, por sua vez, o artigo *O processo de adoção envolvendo crianças e adolescentes vítimas de abuso sexual: da lógica das avaliações às dinâmicas de tratamento em benefício da criança e a mise en scène de igualdade entre atores e saberes*. A pesquisa dedicou-se à busca de um olhar de ressignificação do processo de adoção, de dissolução da autoridade para construir uma lógica de alteridade e coparticipação, no qual no qual se busca dar voz à criança e ao adolescente na condição de hipervulnerabilidade, optando-se por formas de tratamento em benefício destes e em detrimento da lógica de avaliações para satisfazer o convencimento dos juízes.

*Reflexões sobre as falsas memórias no contexto do processo penal brasileiro*, trabalho apresentado por Flavio da Silva Andrade, doutorando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) e Juiz Federal titular da 4ª Vara da Subseção Judiciária de Uberlândia/MG, investiga o tema das falsas memórias e busca alertar para o risco de indução de julgamentos equivocados na esfera do processo penal. O autor chama a atenção, ainda, para a forma como devem ser tomados os depoimentos de testemunhas e de ofendidos, especialmente crianças, assim como para a maneira que devem ser feitos os reconhecimentos de suspeitos ou acusados. Defende que as autoridades competentes busquem seguir os protocolos, de forma a minimizar falhas ou injustiças decorrentes do fenômeno abordado.

Segue-se com o texto da professora da Universidade Estadual de Minas Gerais (UEMG), unidade de Ituiutaba/MG, e mestranda em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (UNESP) Mariana Lima Menegaz: *Os mecanismos consensuais de resolução de controvérsia e o ensino jurídico*. A pesquisa analisa a aplicação dos mecanismos adequados de resolução de controvérsias, tendo em vista as novas diretrizes curriculares que determinam que os cursos de direito incluam as disciplinas relativas às “formas consensuais de solução de conflitos”.

Juliana Demori Andrade, advogada, professora e doutoranda em Direito Tributário e Financeiro pela Universitat de València, examinou a análise da evolução histórica e das características fundamentais dos impostos sobre o valor agregado (IVA), estudou as principais características do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) e verificou a possibilidade de um IVA no sistema tributário brasileiro, por meio de uma reforma, no artigo ICMS, *reforma tributária e o federalismo fiscal: uma análise sobre a criação de um IVA nacional*.

Enaltecendo ainda mais o corpo de colaboradores do projeto Linhas

Jurídicas do Triângulo, contamos com a participação do Mestre em Direito pela UFU e, também, Mestre em Engenharia Civil pela Escola de Engenharia de São Carlos da Universidade de São Paulo (EESC/USP) Clayton Moreira de Castro, servidor do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. No artigo *O direito na pós-modernidade e os deveres de proteção do Estado nas relações entre particulares: a função dos direitos fundamentais como proibições de intervenção e imperativos de tutela* o autor lida com a questão da felicidade para Aristóteles, afirmando que o papel do direito seria muito proximal à aquilo que o filósofo grego pensava de tal conceito, especialmente quanto à efetividade dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Concluiu-se que o Estado possui o dever de proteger os direitos fundamentais nas relações privadas, diante das lesões e ameaças provenientes de particulares.

Em *Testamento e liberdade: reflexões sobre a necessidade de modificação do conceito de legítima no direito brasileiro*, Bruno Marques Ribeiro, professor, advogado e Doutorando em Direito pela Universidade de São Paulo (USP), analisa a real necessidade da manutenção da legítima no ordenamento jurídico brasileiro e os limites da liberdade de testar. Propõe-se uma releitura da legítima a fim de compatibilizar a aplicação e a efetivação dos princípios da autonomia privada e da solidariedade familiar.

Os professores da UEMG, unidade de Ituiutaba/MG, João Hagenbeck Parizzi, Doutorando em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UNICEUB), e Samir Alves Daura, Mestre em Direito pela UFU, assinam o texto *A intensificação dos deveres de informação e cooperação nos contratos de mútuo eletrônico*. No artigo os autores examinam os aspectos jurídicos do contrato de empréstimo bancário celebrado diretamente nos caixas eletrônicos das agências financeiras, tratando-o como um dos dilemas da sociedade de consumo pós-moderna, observando que se trata de causa de agravamento da vulnerabilidade dos consumidores, principalmente em razão das técnicas publicitárias agressivas.

Por fim, os advogados municipais do PROCON de Uberlândia/MG Pedro Augusto de Oliveira Santos Malagoli, Especialista em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus, e Gustavo Ferreira Santos, Mestre em Direito pela UFU, apresentam o texto *Recurso Especial n 1.737.428/RS: breves comentários sobre a ilegalidade da cobrança da “taxa de conveniência”*. Os autores debatem a legalidade da “taxa de conveniência” cobrada na venda online de ingressos para eventos artístico-culturais, tendo como ponto de partida a decisão proferida no Recurso Especial nº 1.737.428/RS pela 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça.

Esperamos que aproveitem a leitura e extraiam o máximo das diferentes temáticas destacadas nessa obra coletiva.

Desde já agradecemos às pesquisadoras e aos pesquisadores pelo empenho e por nos auxiliarem a escrever as tão necessárias linhas jurídicas que a atual conjuntura político-social e o cenário acadêmico exigem, ansiando para que sejam as primeiras de muitas que ainda estão por vir.

**Prof. Me. Jonatan de Jesus Oliveria Alves**  
**Me. Gustavo Ferreira Santos**

# CAPÍTULO 1

## CRIMES CONTRA A HUMANIDADE NA ESPANHA FRANQUISTA.

Diego Nunes<sup>1</sup>

Jonatan de Jesus Oliveira Alves<sup>2</sup>

### 1 INTRODUÇÃO

Entende-se por crime contra a humanidade uma série de ataques deliberados contra qualquer população civil. Tais violações, foram muito comuns durante regimes autoritários europeus implantados no século XX, não se ousa aqui tudo abarcar sobre tema tão vasto, adota-se como caso o Franquismo espanhol (1939 -1975), fazendo alguns apontamentos relativos à tal período.

Importante é trabalhar com o tema, na medida que se demonstra que relembrar tais crimes contra a humanidade faz com que se compreenda o deserviço dos regimes autoritários, e por vezes possa-se fazer um importante trabalho de memória às vítimas de sua atuação, buscando então a não repetição e o fomento à reparação e a justiça.

Partindo-se da afirmativa da existência de crimes contra a humanidade durante o franquismo, pensa-se como problema quais os possíveis crimes ocorridos durante o franquismo? Qual a sua ligação com o regime político espanhol vigente?

Tem-se por objetivo traçar os principais contornos das origens do franquismo na Espanha, e posteriormente almeja-se analisar alguns casos de crimes contra a humanidade ocorridos na Espanha de 1936 à 1975. Assim, para a construção do presente artigo utilizar-se-á referências bibliográficas, legislação nacional que abarque o tema; adotar-se-á o método dedutivo partindo-se de uma noção geral/ histórica sobre o franquismo, discutindo posteriormente sobre a questão dos crimes contra a humanidade ocorridos no período.

---

<sup>1</sup>Professor Adjunto I no Departamento de Direito e no Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina (Brasil). Foi Professor Adjunto II na área de Fundamentos do Direito na Faculdade de Direito Professor Jacy de Assis da Universidade Federal de Uberlândia (Brasil). Doutor em História do Direito pela Università degli Studi di Macerata (Itália). Mestre em Teoria, Filosofia e História do Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (Brasil), possui graduação em Direito também pela Universidade Federal de Santa Catarina (Brasil). Tem experiência na área de História do Direito, com ênfase em História do Direito Penal e da Justiça Criminal e História Constitucional, atuando principalmente nos seguintes temas: crimes políticos e segurança nacional, Direito Penal em Estados autoritários, tribunais de exceção, relações entre codificações e leis extravagantes, extradição e defesa internacional contra o delito. Líder dos grupos de pesquisa em História da Cultura Jurídica *Ius commune* (UFSC/CNPq) e *Ordo iuris* (UFU/CNPq).

<sup>2</sup>Bacharel em Direito pelo Centro Universitário do Triângulo; Licenciado e Bacharel em História pela Universidade Federal de Uberlândia; Mestre em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia(2018); Professor das disciplinas: Direito Penal IV, Direito Penal VI, História do Direito e Antropologia Jurídica na Faculdade ESAMC.

Para melhor compreensão do tema, dividir-se-á o presente em tópicos: primeiramente abordar-se-á os aspectos históricos da Guerra Civil Espanhola e implantação do Franquismo na Espanha (1936-1939) e posteriormente serão elencados alguns crimes contra a humanidade ocorridos no período, para se chegar então à uma conclusão.

## **2 A GUERRA CIVIL E INSTALAÇÃO DO FRANQUISMO NA ESPANHA (1936-1975)**

A Espanha experimentou um rápido crescimento econômico no final do século XIX e início do XX, graças, principalmente, ao setor de mineração e metalurgia, todavia essa prosperidade econômica não significou avanço nas condições de vida da maioria da população. Os grandes proprietários rurais ainda exerciam forte influência política na Espanha, submetendo o restante do povo a seus anseios de manutenção do poder, subjugando principalmente os camponeses, que viviam em situação de miséria (PRESTON, 2011, p. 35-37).

Vale salientar que a Espanha no início do século XX não havia passado por uma revolução burguesa; as estruturas do Antigo Regime ainda se faziam presentes, e os poderes da monarquia, da nobreza detentora de terra e da Igreja permanenciam intactos (PRESTON, 2011, p. 31).

Nesse contexto se formou um conjunto de forças de contestação ao status quo vigente, tendo por destaque o movimento operário, marcado sobretudo pelas ideias anarquistas, socialistas e comunistas. Se, de um lado, a existência desses grupos denotava o desejo de mudanças na sociedade espanhola, por outro, grupos reacionários desejavam manter-se no poder; assim afirma Paul Preston:

A Guerra Civil foi o ponto culminante de uma série de lutas desiguais entre as forças de reforma e de reação que dominaram a História espanhola desde 1808. Há uma constante curiosa na História moderna de Espanha que vem de um fosso entre a realidade social e a estrutura do poder político que o governou. Os períodos muito longos durante os quais os elementos reacionários tentaram usar o poder político e militar para atrasar o progresso social inevitavelmente foram seguidos por explosões de fervor revolucionário. Em 1850, 1870, entre 1917 e 1923 e, principalmente, durante a Segunda República, foram realizados esforços para colocar a política espanhola em sintonia com a realidade social do país. Isso inevitavelmente envolveu tentativas para introduzir reformas fundamentais, especialmente agrária, e para levar à cabo a redistribuição de riqueza. Esses esforços causaram, alternativamente, tentativas reacionárias para parar o relógio e reimpor o desigualdade tradicional na posse de poder econômico e social (PRESTON, 2011, p. 30).<sup>3</sup>

<sup>3</sup>No original: La Guerra Civil fue la culminación de una serie de luchas desiguales entre las fuerzas de la

O desencadeamento principal desse complexo cenário político espanhol se materializou, em 1936, com a vitória nas eleições da Frente Popular<sup>4</sup>, uma ampla coligação de forças progressistas e grupos de esquerda, que acabou por fazer frente a uma oposição radical de direita, em especial com a Falange Española (grupo nacionalista de inspiração nazi-fascista) (PRESTON, 2011, p. 113).

Com a vitória da Frente Popular, em 1936, tornou-se ainda mais forte a reivindicação dos trabalhadores, que, em situação de carência, exigiam melhor padrão de vida e acreditavam que poderiam ditar condições. Não obtendo uma atuação imediata do Governo, um grande número de *braceros* sem terra começaram a ocupar propriedades em várias regiões da Espanha. Assim, não conseguiu o Governo satisfazer nem os trabalhadores, nem mesmo os proprietários rurais e acabaria sendo deposto (BEEVOR, 2006, p. 90).

Nesse contexto uma onda de violência ocorreu na Espanha, os falangistas realizaram uma série de ataques a civis, de outro lado os republicanos também se organizam como é o caso dos comunistas que formaram milícias (Milicias Antifascistas Obreras y Campesinas, Maoc) para combater os fascistas, e as ideias anarquistas também ganharam as ruas e tornaram-se comuns os enfrentamentos entre os grupos<sup>5</sup>. (BEEVOR, 2006, p. 94-96).

---

reforma y las de la reacción que dominaban la Historia española desde 1808. Hay una constante curiosa en la historia moderna de España que procede de un frecuente desfase entre la realidad social y la estructura de poder político que la regía. Los larguissimos períodos durante los cuales los elementos reaccionarios han intentado utilizar el poder político y militar para retrasar el progreso social se han intentado utilizar el poder político y militar para retrasar el progreso social se han visto inevitablemente seguidos de estallidos de fervor revolucionario. En 1850, 1870, entre 1917 y 1923 y, principalmente durante la Segunda República, se llevaron a cabo esfuerzos para poner la política española em sintonía con la realidad social del país. Ello implicó, inevitablemente, intentos de introducir reformas fundamentales, especialmente agrarias, y de llevar a cabo redistribuciones de la riqueza. Tales esfuerzos provocaron, alternativamente, intentos reaccionarios de detener el reloj y reimponer la tradicional desigualdad en la posesión del poder económico y social (PRESTON, 2011, p. 30).

<sup>4</sup>No original: En febrero de 1936, la coalición de izquierdas incluía los siguientes partidos: Partido Socialista Obrero Español (PSOE), Izquierda Republicana, Unión Republicana, Esquerra Republicana de Catalunya (ERC), Partido Comunista de España (PCE), Partido Obrero de Unificación Marxista (POUM) y el Partido Sindicalista, así como Acció Catalana, Unió de Rabassaires, Partido Republicano Democrático Federeal, Esquerra Valenciana, Partido Galleguista, Partit Nacionalista Republica d'Esquerra y Partit Catala Proletari. La derecha estaba representada principalmente por la Confederación Española de Derechas Autónomas (CEDA), Comunión Tradicionalista (CT), Renovación Española (RE), Partido Agrario (PA), Partido de Centro Democrático (PCD), Partido Republicano Radical, Partido Republicano Liberal Demócrata, Lliga Catalana, además de Independientes derechistas, Conservadores, Partido Nacionalista Español y Partido Católico. El Partido Nacionalista Vasco (PNV) no se encuadraban en el Frente Popular, ni con la derecha (PAYNE, 2016).

<sup>5</sup>Os grupos que compunham a Frente Popular tinham fortes divergências internas como pode ser observado no Filme: Terra e Liberdade (Land and Freedom) do diretor Ken Loach, lançado em 1995. O filme narra a vitória da Frente Popular nas eleições de 1936, iniciando um crise política no país, entre aqueles que desejavam mudanças sociais e os que desejavam a manutenção do *status quo* vigente. Nesse contexto, o jovem David Carr deixa a Inglaterra para lutar pelos ideais de Revolução Espanhola, chegando à Espanha junta-se à membros do Partido Operário de Unificação Marxista, POUM, que criticava o socialismo soviético de Stalin devido ao seu viés burocrático e autoritário. Em contrapartida a personagem acaba deparando-se com a existência do Partido Comunista Espanhol, PCE, ligado aos ideais stalinistas. As divergências entre os dois partidos podem ser evidenciadas no decorrer do filme, no que se refere à coletivização das terras proposta pelo POUM e a manutenção da propriedade reivindicada pelo PCE.

Em julho de 1936, no Marrocos, onde se encontravam importantes setores do exército, uma rebelião militar ali surgida se espalhou pela Espanha, sob a liderança de Francisco Franco, e o apoio de outros chefes militares, proprietários de terras, industriais e católicos tradicionais. Encontrando a contraofensiva do Governo republicano os falangistas conseguiram apenas tomar parte do território espanhol. Dessa forma a Espanha ficou dividida entre os dois grupos (BEEVOR, 2006, p. 104).

Importante é salientar que, durante o período da Guerra Civil, os dois grupos tinham apoio de outras potências europeias, os falangistas eram auxiliados pelos governos fascistas italiano e alemão e os republicanos detinham o apoio da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas.

Essa influência de forças extrafronteiras espanholas pode bem ser exemplificada quando falamos no bombardeio a Guernica em 26 de abril de 1937, cidade de maioria republicana; aviões alemães e italianos atacaram o vilarejo com cerca de 5.000 pessoas, ocasionaram a morte de centenas delas, incendiaram a cidade, e possibilitaram sua posterior tomada pelas forças falangistas.<sup>6</sup>

Não apenas os falangistas cometeram atrocidades contra os opositores, os republicanos, durante o período de conflito, criaram instalações às margens da lei (cheka) para interrogar, torturar, e julgar de maneira sumária os participantes dos grupos nacionalistas (GIL, 1996, p. 65). Assim ainda podemos notar:

A ação dessas checas e os assassinatos cometidos por sujeitos “indesejáveis” geraram um clima de terror e insegurança em Madri, especialmente para aqueles que eram suspeitos de pouca simpatia pela República ou eram conhecidos simpatizantes de partidos que se opunham à Frente Popular. Muitos deles imediatamente se dedicaram a procurar um esconderijo seguro ou, em breve, a encontrar refúgio em uma embaixada ou propriedade protegida por uma bandeira estrangeira (GIL, 1996, p. 66)<sup>7</sup>

Afirma Javier Cervera Gil (1996, p. 73) que, nos primeiros meses da Guerra Civil, houve grande violência em Madri, cada organização política colocava em prática seu sistema policial, sua própria perseguição daqueles que considerava suspeitos, seus próprios métodos de interrogatório e eliminação dos que considerava suspeitos.

Foi comum nesse período (1936) a prática de “passeios” realizadas pelos republicanos que, sob a pecha de serem policiais, ou membros de alguma milí-

<sup>6</sup>O bombardeio a Guernica foi representado pelo filme: O massacre em Guernica (Gernika), 2016, no qual o diretor Koldo Serra relatou o trabalho do Jornalista George Lowther Steer, que constituiu os mais importantes relatos sobre a guerra que, inclusive, teriam inspirado Pablo Picasso na elaboração da obra Guernica.

<sup>7</sup>No original: La actuación de estas checas y los asesinatos cometidos por sujetos indesejables generaron un clima de terror e inseguridad en Madrid, sobre todo para aquellos sobre los que se sospechaba pocas simpatías por la República o eran conocidos simpatizantes de partidos contrarios al Frente Popular. Muchos de ellos se dedicaron en seguida a la búsqueda de un escondite seguro o, pronto, conseguir el refugio en alguna embajada o inmueble protegido por un pabellón extranjero (GIL, 1996, p. 66).

cia, iam até as casas ou até mesmo trabalho dos possíveis nacionalistas, afirmavam que os conduziriam para interrogatório e, no trajeto, por vezes aconteciam as execuções (GIL, 1996, p. 76).

Com o fim do conflito e a vitória da Falange, buscou-se propagandar a necessidade da Guerra Civil para a derrota dos “vermelhos”; assim buscavam evidenciar o incêndio à Igrejas, a morte de párocos, e um número muito superior de mortos do lado republicano. Com o Franquismo apenas a morte dos vencedores se celebrava, com discursos, livros e monumentos como o *Valle de los caídos*<sup>8</sup> (GODICHEAU, 2001, p. 103).

Dessa forma se buscou efetivar na Espanha um discurso que privilegiava os feitos franquistas, buscando justificar a existência da Guerra Civil e abafando as vozes dissidentes que poderiam também ter apresentado sua versão dos fatos. Os desdobramentos de tal conflito fratricida terão grande influência no processo de transição para a democracia com o fim do Franquismo, como veremos mais adiante.

### **3 CRIMES E VIOLAÇÕES CONTRA A HUMANIDADE DURANTE O FRANQUISMO: UM BREVE RELATO**

O Governo ditatorial franquista foi implantado em 1939 e, para se estabelecer, utilizou a repressão generalizada.

A imposição do regime de Franco foi levada a cabo por meio do terror em todas as províncias espanholas, tanto naquelas em que houve resistência como naquelas que aderiram desde o primeiro momento à sublevação militar” (SOMBRIA, 2007, p. 5)<sup>9</sup>

Os vitoriosos da Guerra Civil foram implacáveis com os derrotados. Após o conflito, inumeros foram os métodos utilizados para manutenção do poder: prisões, assassinatos e criação de campos de concentração:

E se a Espanha de Franco lançou suas bases políticas em um imenso investimento em violência para viver depois de suas rendas, não nos devemos ter “meia tinta” quando se trata de afirmar que Franco contou e se baseou em um rede densa de campos de concentração e exploração da força de trabalho republicana para resolver seu poder. Campos de concentração. Nem centro de prisão, nem depósitos, nem acampamentos, eufemismos que só procuram esconder ou temperar uma realidade: a existência em Espanha de mais de 180 campos (104

---

<sup>8</sup> Trata-se de um memorial construído durante o governo Francisco Franco para exaltar os nacionalistas mortos durante a Guerra Civil.

<sup>9</sup> No original: La imposición del régimen de Franco se llevó a cabo a través del terror en todas las provincias españolas, tanto en las que hubo resistencia como en las que se adherieron desde los primeros momentos de la propia sublevación militar (SOMBRIA, 2007, p. 5).

deles, permanentes) onde os prisioneiros de guerra foram internados, reeducados e torturados, aniquilados ideologicamente e preparados para fazer parte da enorme legião de escravos que construíram e reconstruíram infraestruturas estatais, como parte do castigo que tinham que pagar à Espanha "real", por terem entrado nas fileiras de uma suposta "anti-Espanha" (tradução livre) (JAVIER, 2006, p. 6).<sup>10</sup>

De um lado, os campos de concentração serviam para arregimentar trabalhadores, o emprego da mão de obra forçada era habitual durante o período a Guerra Civil, e continuou a ser utilizado até o período final da Segunda Guerra Mundial. Por outro lado, essa forma de escravidão por motivos políticos representava o desejo de castigar os perdedores, fazer com que passassem por humilhações, submetendo-os a trabalhos forçados (JAVIER, 2006, p. 9).

A justificativa ideológica para os campos de concentração estava na suposta existência dos “inimigos da Espanha”, que deveriam pagar o preço pela Guerra Civil. “Nos campos de concentração se ensinava o lugar dos vencidos na Nova Espanha que teriam que aguentar a violência do Estado, humilhações e a reeducação política e ideológica” (JAVIER, 2006, p. 10).

Os campos de concentração marcaram o momento inicial do regime franquista, mas as ações violentas perpetuaram-se ao longo dos anos. A tortura, por exemplo, foi utilizada em larga escala durante toda a ditadura, principalmente contra os presos e opositores (GOMEZ, 2015, p. 202).

Em 1940, foi criada a Causa Geral, um órgão que reuniu informações, circunstâncias e detalhes somente dos crimes e abusos cometidos durante a Guerra Civil pelos republicanos, de modo a gerar investigações e processos judiciais. No entanto, segundo Pablo Gil Vico (1998, p. 188), a Causa Geral reflete e transmite a moral e a ideologia do regime, julgando ideias políticas e atitudes apenas dos republicanos, deixando de lado as atrocidades realizadas pelos falangistas durante o conflito fratricida.

Outras práticas desumanas marcaram o Franquismo, como casos de roubo e desaparecimento de crianças, assim afirma Francisco Gomez:

Uma vez que as famílias foram quebradas, as crianças errantes, nos centros religiosos ou arrancadas de suas mães, foram vítimas de adoções irregulares. O número aproximado de crianças roubadas pelo regime franquista pode passar de 30.960, avaliado por, entre outras,

<sup>10</sup>No original: Y si la España de Franco echó sus bases políticas en una inmensa inversión en violencia para vivir después de sus rentas, en lo que nos atañe, no hay que andarse con medias tintas a la hora de afirmar que Franco contó con y se apoyó en una tupida red de campos de concentración y de explotación de mano de obra republicana para asentar su poder. Campos de concentración. Ni centro de prisioneros, ni depósitos, ni campamentos, eufemismos que sólo pretenden esconder o atemperar una realidad: la existencia en España de más de 180 campos (104 de ellos, estables) donde a los prisioneros de guerra se les internaba, reeducaba, torturaba, aniquilaba ideológicamente y preparaba para formar parte de la enorme legión de esclavos que construyeron y reconstruyeron infraestructuras estatales, como parte del castigo que debían pagar a la “verdadera” España, por haber ingresado las filas de una supuesta “anti-España” (JAVIER, 2006, p. 6).

várias agências da ONU (tradução livre) (GOMEZ, 2015, p. 202).<sup>11</sup>

Maus tratos em prisões também foram utilizados como formas de extermínio, mediante a fome e privações, milhares de pessoas morreram na Espanha especialmente em 1941:

Uma catástrofe de fome que ocorreu em todas as prisões de Espanha, como resultado de uma dieta hipocalórica fornecida pela Dirección Geral de Prisiones (caldo de nabos podres e similares), com o que Franco levou à morte, aproximadamente, perto de 15% da população penal. Havia o caso das capitais provinciais que sofreram no pós-guerra mais mortes dentro da prisão do que nos paredões. Na capital Córdoba, pós-guerra, 584 fuzilamentos, mais 756 na prisão provincial (de 3.500 presos), compuseram a maioria dos mortos, em 1941 (tradução livre) (GOMEZ, 2015, p. 203).<sup>12</sup>

Para além dos crimes já descritos, a lista é longa das violações ocorridas de 1939 a 1975 na Espanha:

E assim, no que foi uma conduta criminosa persistente do franquismo, hoje poderiam ser reconhecidos algo como da ordem de vinte tipos diferentes de crimes internacionais, pelo menos em parte decorrentes de sua perseguição efetiva, por meio do artigo 6º do Estatuto de Londres: a) assassinato, b) de extermínio, c) escravidão, d) deportação e exílio, e) Prisão de civis forçados em condições que violam as normas internacionais fundamentais, f) a tortura, g) violação, h) Perseguição de grupo político, i) desaparecimento forçado – inclusive de crianças j) outros atos desumanos, entre os dez tipos de crimes contra a humanidade; k) sentenças e execuções de prisioneiros sem garantias mínimas, l) ultrajes à dignidade pessoal e tratamentos humilhantes e degradantes de tratamento prisioneiros, ll) ataques e atentados contra civis, m) Ataques intencionalmente dirigidos contra edifícios civis, n) saques em cidade o o) violação e abuso sexual, p) confisco de bens de inimigos q) recrutamento forçado de menores de idade, r) o fato de declarar que não será dado abrigo, entre outras formas de crimes de guerra<sup>13</sup> (Tradução livre) (ARIAS, 2010).

---

<sup>11</sup>No original: Otra lacra de gran envergadura fue el robo y desaparición de niños. Una vez desestructuradas las familias, los niños errantes, en centros religiosos o bien arrancados de sus madres presas, fueron pasto de las adopciones irregulares. La cifra aproximada de niños robados por el franquismo pudo ascender a 30.960 evaluada así por, entre otros, varios organismos de la ONU (GOMEZ, 2015, p. 202).

<sup>12</sup>No original: Una catástrofe de hambre que se dio en todas las prisiones de España, a consecuencia de una dieta hipocalórica suministrada por la Dirección General de Prisiones (caldo de nabos podridos y similares), con lo que Franco llevó a la muerte, aproximadamente, a cerca de un 15 % de la población penal. Se dio el caso de capitales de provincia que sufrieron en la posguerra más muertos dentro de la prisión que en los paredones. En Córdoba capital, posguerra, 584 fusilados, más 756 en la prisión provincial (de 3.500 reclusos), la mayoría de los muertos, en 1941 (GOMEZ, 2015, p. 203).

<sup>13</sup>No original: Y así, en lo que fue una constante conducta criminal del franquismo, nos cabe reconocer lo que

Embora hoje muito se tenha avançado no sentido de saber sobre os crimes cometidos durante o Franquismo, muito ainda deve ser feito. Devido à longa duração do regime de Francisco Franco (1939-1975), houve a possibilidade de ocultação de documentação e de vários tipos de provas que seriam capazes de esclarecer as atrocidades cometidas no passado.

Para Ramón Varcácel (2011, p. 66) essa destruição de vestígios da Guerra Civil e do Franquismo e o desinteresse do Governo pós constituição de 1978 fizeram com que a democracia na Espanha não se fundasse sobre os símbolos de luta por direito e liberdade. Isso fez com que franco continuasse a ser homenageado e recordado em espaços públicos.

A ocultação da matança ocorria por vezes pela própria dificuldade imposta para registrar os óbitos, que deveriam ser confirmados por testemunhas diante um juiz no período inicial da Guerra Civil (MAESTRE, 2013, p. 34).

Em 1936, Francisco Franco aprovou o Decreto 67, para “facilitar” os registros dos desaparecidos na Guerra Civil:

A consequência natural de qualquer guerra é o desaparecimento de pessoas, combatentes ou não, vítimas de bombardeios, incêndios ou outras causas com a luta relacionada, ocorrendo isso, apesar da certeza da morte, a identificação dos cadáveres porque são desconhecidos no lugar onde ocorreu a sua morte ou porque parecem deformados ou decompostos, resulta em trabalho impossível [...] Artigo 1. A inscrição da morte ou o desaparecimento de pessoas, em decorrência da atual luta nacional contra o marxismo, seja ou não aqueles combatentes, se realizará no registro civil do último domicílio, e se isso não aparecer na natureza do indivíduo em causa, não obtendo sucesso abrirá um expediente que deve ser processado perante o juiz competente de primeira instância. Artigo dois. Depois de decorridos cinco anos desde o registro dos desaparecidos, o juiz que o decretar, no interesse de uma parte interessada, declarará a presunção de morte [...] (Tradução Livre) (ESPANHA, 1936).<sup>14</sup>

hoy supondría del orden de veinte tipos distintos de crímenes internacionales, en parte al menos articulables en su efectiva persecución a través del artículo 6 del Estatuto de Londres: a) asesinato, b) exterminio, c) esclavitud, d) deportación y exilio forzado, e) encarcelación de población civil en condiciones que violan las normas fundamentales internacionales, f) tortura, g) violación, h) persecución de grupo político, i) desaparición forzada – incluida la modalidad agravada infantil –, j) otros actos inhumanos, entre los diez tipos de crímenes de lesa humanidad; k) condenas y ejecuciones de prisioneros sin las mínimas garantías, l) ultrajes a la dignidad personal y los tratos humillantes y degradantes de prisioneros, ll) ataques y bombardeos contra población civil, m) dirigir intencionalmente ataques contra edificios civiles, n) saqueos de ciudad o plaza, o) violaciones y abusos sexuales, p) confiscación de bienes del enemigo, q) reclutamientos forzados de menores de edad y r) el mismo hecho de declarar que no se dará cuartel, entre otras formas de crímenes de guerra (ARIAS, 2010).

<sup>14</sup>No original: Consecuencia natural de toda guerra es la desaparición de personas, combatientes o no, víctimas de bombardeos, incendios o otras causas con la lucha relacionadas, acaeciendo que, no obstante la certeza del óbito, la identificación de los cadáveres, ya por ser desconocidas las personas en el lugar en que su muerte ocurriera o por aparecer deformes o decompuestos, resulta labor imposible [...] Artículo primero. La inscripción del fallecimiento o la de desaparición de personas, ocurridas coon motivo de la actual lucha nacional contra el marxismo, fueran o no aquellas combatientes, se verificará en el registro civil del último domicilio, y si éste no constase en el de la naturaleza del individuo de que se trate, lográndose una u otra me-

Como afirma Francisco Espinosa Maestre (2013, p. 34), tal Decreto serviu para efetuar a normalização legal dos milhares de mortes que haviam ocorrido durante a Guerra Civil e que não haviam ainda sido registradas. No entanto, a prova da dificuldade, ou da falta de ciência da população estava no fato de que os primeiros que se aproveitaram do Decreto foram aqueles de melhor posição social, pois possuíam maiores contatos e tinham condições de levar adiante o processo.

Após as mortes por fome em 1940, e também o fim da Segunda Guerra Mundial (1945), muitas famílias buscaram registrar os óbitos para receber um seguro, ter acesso a uma conta bancária, demonstrar ser viúvo(a) ou orfão entre outros objetivos. No entanto, o processo que em tese teria sido facilitado, por vezes era negado, e quando tinha resultado positivo, os registros tinham a *causa mortis* simplesmente adulterada ou era deixada em branco (MAESTRE, 2013, p. 34).

Francisco Espinosa Maestre (2013) afirma ainda que o número de vítimas que tiveram suas mortes inscritas em registros é muito pequeno:

Em algumas províncias bem pesquisadas, como Huelva e Sevilla, conseguimos documentar que o número de inscritos é semelhante ou mesmo superior ao de não inscritos. Eu falo de milhares de pessoas. Das 6.019 vítimas que documentamos por enquanto em Huelva, 3.042 foram registradas no registro civil. No caso de Sevilla, dos 11.225 documentados, 4.197 são aqueles que vêm do registro civil (tradução livre) (MAESTRE, 2013, p. 36).<sup>15</sup>

Entendemos que, ao não permitir o registro da verdadeira causa morte de milhares de espanhóis, o estado franquista desejava manipular o passado, dificultar que a versão do vencidos fosse apresentada e buscava impor uma versão oficial dos fatos. Essa ocultação favorece a impunidade dos crimes franquistas e, por vezes, degenera a possibilidade até mesmo de uma atuação livre do Judiciário:

A impunidade dos crimes do Estado e dos ilícitos dos poderosos é um infortúnio político, porque contamina os aparelhos de perseguição penal, os tribunais encarregados de colocar a Lei aos poderes público e privado. A impunidade sofrida ao longo do tempo degrada-se em um exercício de pedagogia que internaliza os padrões de com-

---

dante un expediente que habrá de tramitarse ante el juez de primera instancia competente. Artículo segundo. Transcurridos que sean cinco años desde la inscripción de los desaparecidos, el juez que la decreta, a instancia de parte interesada, declarará la presunción de muert [...] (ESPAÑA, 1936).

<sup>15</sup>No original: En algunas provincias bien investigadas como Huelva y Sevilla hemos logrado documentar que el número de no inscritos es similar o incluso superior al de inscritos. Hablo de miles de personas. De las 6.019 víctimas que tenemos documentadas por ahora en Huelva, fueron 3.042 los inscritos en el registro civil; en el caso de Sevilla, de los 11.225 documentados, son 4.197 los que proceden de los registro civiles (MAESTRE, 2013, p. 36).

portamento no mundo das representações profissionais do juiz, que toma consciência do risco de que, por sua independência e status, realize inquéritos sobre corrupção pública ou crimes relacionados com os poderes (Tradução livre) (VALCÁRCEL, 2011, p. 67).<sup>16</sup>

Deve-se ter em conta que a repressão, por vezes, era justificada por uma legislação de exceção<sup>17</sup>. Na perspectiva de Guillermo Portillha Contreras (2010, p. 327), o franquismo forjou sua própria legalidade, fundando-se mediante violência, justificando a existência de um direito penal do autor, criando legislações repressivas para grupos específicos como o caso da Lei de 1º de março de 1940, que dispunha sobre a repressão do comunismo e da Maçonaria.

Na exposição dos motivos da lei (ESPANHA, 1940) afirma-se que a Maçonaria adotava métodos às margens da vida social, figurando organizações subversivas e, em sua maior parte, assimiladas ao comunismo. E ainda:

Proporcionaram armas, apoio e meios econômicos aos opressores da pátria, difundem, revestem-se de um falso humanitarismo [...] calam e escutam os crimes perpetrados pelos vermelhos, quando não são cúmplices da execução.

Em seu artigo primeiro dispunha a lei de 1 de março de 1940:

Primeiro artigo: Constitui uma figura de crime, punida de acordo com as disposições desta lei, pertencente à Maçonaria, ao comunismo e a outras sociedades clandestinas a que se referem os seguintes artigos. O Governo pode adicionar às referidas organizações os ramos ou números auxiliares que julgar necessários e, em seguida, aplicar as mesmas disposições desta Lei devidamente adaptadas (Tradução Livre) (ESPANHA, 1940).<sup>18</sup>

Para Contreras (2010, p. 339), a ausência do princípio da legalidade era flagrante no artigo retrocitado, pois sua tipificação não tinha definição específica: à Maçonaria, ao comunismo e “demais sociedades secretas”. Assim, o Governo poderia incluir os grupos que considerava conveniente para penalizá-los. O ódio à Maçonaria e ao comunismo se deve ao fato de, possivelmente,

<sup>16</sup>No original: La impunidad de los crímenes de Estado y los ilícitos de los poderosos es una desgracia política porque contamina a los aparatos de persecución penal, a los tribunales encargados de someter al Derecho a los poderes públicos y privados, y a la misma sociedad. La impunidad sostenida en el tiempo degenera en un ejercicio de pedagogía que interioriza pautas de comportamiento en el mundo de representaciones profesionales del juez, que se hace consciente de riesgo que para su independencia y status significa acometer pesquisas en materia de corrupción pública o de delitos relacionados con los poderes (VALCÁRCEL, 2011, p. 67).

<sup>17</sup>Segundo Diego Nunes (2014, p. 241) em países como Alemanha, Espanha e Brasil, foi comum a utilização de uma justiça penal política, pautada na condenação aos opositores do regime.

<sup>18</sup>No original: Artículo primero: Constituye figura de delito, castigado conforme a las disposiciones de la presente ley, el pertenecer a la masonería, al comunismo y demás sociedades clandestinas a que se refieren los artículos siguientes. El gobierno podrá añadir a dichas organizaciones las ramas o núcleos auxiliares que juzgue necesario y aplicarles entonces las mismas disposiciones de esta Ley devidamente adaptadas (ESPANHA, 1940).

enxergá-los como opositores ao regime.

A lei ainda dava ao ato preparatório a mesma pena do ato consumado, ou seja, o artigo terceiro afirma que: “[...] toda propaganda em benefício da Maçonaria ou do comunismo, ou contrária à religião [...] será castigada com a supressão dos periódicos, apreensão dos bens e com pena de reclusão maior para os culpados (Tradução livre) (ESPAÑA, 1940)<sup>19</sup>.

Tal lei não respeitava o princípio da irretroatividade da lei pena desfavourável, pois, em seu artigo sétimo, afirmava que, quem, em tempo anterior a publicação desta lei estivesse pertencido à Maçonaria ou o comunismo, deveria retratar-se, enviando um declaração ao Governo no prazo de dois meses (Tradução livre)(ESPAÑA, 1940).<sup>20</sup>

Para Contreras (2010, p. 339), o caráter de exceção assumido pela lei se configura no direito penal do autor, ao afirmar que os maçons que lutaram em favor do Movimento Nacional poderiam beneficiar-se de atenuantes e de excusas absolutórias.<sup>21</sup> Tal caráter ainda foi reforçado pela criação do Tribunal Especial sobre a Repressão da Maçonaria e do Comunismo (TERMC), inserida no artigo 12.

Contreras (210, p. 340) ainda afirma que a maior das teses criadas pelo tribunal a respeito da Maçonaria eram falsas: “[...] não existiu casamento entre a Maçonaria e o comunismo, nem entre Maçonaria e judaísmo, tampouco era o que foi o que sustentou a República.” O que se evidenciou era que boa parte dos maçons eram contrários ao poder da Igreja, pertenciam à esquerda, ocupavam posições de destaque dentro do Estado e nas instituições de ensino e irradiavam ideias opostas ao nacional-catolicismo.

Assim, os trabalhos do TERMC, iniciados em 1941, findaram por processar e julgar uma série de maçons, e as condenações em grau mínimo chegavam a doze anos e um dia. O aumento se dava de acordo com as condições pessoais do acusado: quanto mais graduado e influente fosse dentro da instituição maçônica, maior a pena, os trabalhos do tribunal apenas se encerrariam em 1963 com a extinção do tribunal (CONTRERAS, 2010, p. 345-347).

---

<sup>19</sup>No original: Artículo tercero: Toda propaganda que exalte los principios o los pretendidos beneficios de la masonería o del comunismo o siempre ideas disolventes contra la Religión, la Patria y sus instituciones fundamentales y contra la armonía social, será castigada con la supresión de los periódicos o entidades que la patrocinasen e incautación de sus bienes, y con pena de reclusión, mayor para el principal o principales culpables, y de reclusion menor para los cooperadores (ESPAÑA, 1940).

<sup>20</sup>No original: Artículo séptimo: Quienes en tiempo anterior la publicación de esta ley hayan pertencido a la masonería o al comunismo, en los términos definidos por el artículo cuarto, viene obligados a formular ante el Gobierno una declaración retractación en el plazo de dos meses [...] (ESPAÑA, 1940).

<sup>21</sup>No original: Artículo décimo: Sin perjuicio de la obligación de presentar la declaración retractación prevenida en el artículo séptimo, podrán considerarse excusas absolutórias que eximam de las medidas y sanciones del artículo octavo, las siguientes [...] a) haber sido voluntário... durante más de un año, ya en los Ejércitos nacionales (ESPAÑA, 1940).

## 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pode-se concluir que a instalação do Franquismo na Espanha esteve intimamente ligada à um ambiente de intensa disputa entre forças ligadas ao autoritarismo que havia invadido parte da Europa e forças de esquerda que estiveram presentes durante a guerra civil.

Estando os falangistas no poder após a guerra civil (1936-1939) a conduta de tal governo liderado pelo General Francisco Franco foi “combater os inimigos”, repressão, assassinatos, criação de campos de concentração e legislações de exceção estiveram na ordem do dia, assim podemos afirmar a existência de crimes contra a humanidade no período.

Os crimes contra a humanidade eram justificados pelo próprio Estado, que acabou por criar uma categoria de “inimigos da Espanha”.

Ao final do regime repressor em 1975, seria necessário um amplo trabalho para a reconstrução de um ambiente democrático, para tal importante a aplicação das dimensões da justiça de transição: verdade, memória, justiça e reparação.

### REFERÊNCIAS:

ARIAS, Miguel Angel Rodrigues. **El último genocidio negado**: “Verdade, justicia y reparación”. Disponível em: <<https://segurquetomba.wordpress.com/2010/02/26/el-ultimo-genocidio-negado-verdad-justicia-y-reparacion-para-las-victimas-de-todas-las-formas-de-genocidio/>>. Acesso em: 12 out. 2017.

BEEVOR, Antony. **A batalha pela Espanha**: Guerra civil espanhola 1936-1939. Tradução de Maria Beatriz de Medina. Rio de Janeiro: Record, 2007.

CONTRERAS, Guillermo Portilla. Orígenes de la Ley de 1 de Marzo de 1940 y criterios penales e procesales adoptados por el tribunal especial para la represión de la masonería y el comunismo. In: **Derecho, Memória Histórica y Dictaduras**. Comares, 2010.

ESPAÑA. **Ley de 1 de Marzo de 1940 sobre la represión de la masonería y del comunismo**. 1940. Disponível em: <<https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1940/062/A01537-01539.pdf>>. Acesso em: 06 mai. 2019.

GOMEZ, Francisco Moreno. La gran acción represiva de Franco que se quiere ocultar. **Hispania Nova**, n. 1, Extraordinario, p. 183-210, 2015.

GODICHEAU, François. **La represión y la guerra civil española**. Memoria y tratamiento histórico. Prohistoria 5. 2001. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/236367>>. Acesso em: 12 nov. 2017.

GIL, Javier Cervera. Violência en el Madri de la Guerra Civil: Los <<Pasos>>. **Ediciones Universidad de Salamanca**, p. 63-82, jul./dic. 1936.

JAVIER, Rodrigo. Internamiento y trabajo forzoso: Los campos de concentración de Franco. Hispania Nova. **Revista de Historia Contemporánea**, n. 6, 2006.

MAESTRE, Francisco Espinosa. Crímenes que no prescriben. España, 1936-1953. In: **Desapariciones forzadas, represión política y crímenes del Franquismo**. Madrid: Trotta, 2013.

NUNES, Diego. **Le “irrequietas leis de segurança nacional”. Sistema Penale e Presione des dissenso político nel Brasile Dell’Estado Novo**(1937-1945). Tese de doutoramento. Itália, Università Degli Studi di Macerata, 2014.

PRESTON, Paul. **La Guerra Civil Española: Reacción, revolución y venganza**. Madrid: Debolsilho, 2011.

SOMBRIA, Santiago Vega. Las manifestaciones de la violencia franquista. Hispania Nova. **Revista de Historia Contemporánea**, n. 7, 2007.

VICO, Pablo Gil. Evolución História de un mecanismo jurídico-político del régimen franquista. Nueva Época. **Revista de Estudios Políticos**, n. 101, p. 159-189, jul./sep. 1998.

\_\_\_\_\_. Evolución História de un mecanismo jurídico-político del régimen franquista. Nueva Época. **Revista de Estudios Políticos**, n. 101, p. 159-189, jul./sep. 1998.



## CAPÍTULO 2

# POLÍTICAS PÚBLICAS DE LAZER COMO MEIOS DE INCLUSÃO SOCIAL: UMA ABORDAGEM ACERCA DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Marcella Rosière de Oliveira<sup>1</sup>

## 1 INTRODUÇÃO

A consagração constitucional dos direitos fundamentais impõe ao Estado o dever de resguardá-los, garanti-los e efetivá-los, consubstanciando-se em obrigações permanentes de proteção e promoção, de forma que atendam toda a população. Dentre tais direitos, destaca-se, como tema da pesquisa, o direito ao lazer, que depende da atuação positiva do Estado para que possa ser plenamente concretizado. Ou seja, o lazer está relacionado ao dever estatal de colocar à disposição dos indivíduos os meios materiais e as condições fáticas que possibilitem o efetivo exercício deste direito, o que se dá, principalmente, por meio das políticas públicas.

Entretanto, mesmo considerado direito fundamental, o lazer carece da atenção dos administradores públicos, sendo, muitas vezes, esquecido e visto como simbólico, supérfluo, sem efetividade. Dessa forma, o artigo objetiva pesquisar acerca das peculiaridades do lazer, seu conceito e conteúdo, e a relação entre políticas públicas de lazer e o princípio da dignidade da pessoa humana, concluindo que ele deve compor a noção do mínimo existencial do ser humano. Será adotada, assim, a dimensão humanista do lazer, capaz de garantir o livre desenvolvimento da personalidade, qualidade de vida dos cidadãos, funcionando como instrumento de inclusão social, principalmente, das pessoas com deficiência.

Isto porque, tais pessoas necessitam participar dos grupos sociais, e o lazer configura importante meio para tanto, promovendo o exercício da cidadania e apropriação dos espaços físico e social, gerando igualdade de oportunidades, realização da autonomia individual e efetiva participação. Nesta senda, percebe-se que situações inclusivas de pessoas com deficiência devem ser construídas no dia-a-dia das relações interpessoais, sociais e políticas, evidenciando-se a necessidade da acessibilidade, da democratização do lazer e rompimento de barreiras, que estas pessoas enfrentam cotidianamente.

O direito ao lazer deve ser usufruído por todos os cidadãos, e não por minoria privilegiada. Em virtude disso, espaços e oportunidades de acesso a este direito devem ser possibilitados, também, às pessoas com deficiência, para que se sintam mais integradas à sociedade e apresentem melhoras no desenvolvimento das suas habilidades e potencialidades ao praticarem atividades de lazer.

A metodologia é de cunho teórico, visando entender o direito fundamen-

---

<sup>1</sup> Graduada em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (2014). Mestra em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (2018). Advogada. E-mail: marcellarosiere@hotmail.com.

tal ao lazer, no contexto do mínimo existencial, como meio de inclusão social. Com abordagem dedutiva, e métodos de procedimento monográfico e pesquisa bibliográfica, pretende-se destacar a importância de se efetivar o direito ao lazer também para as pessoas com deficiência, possibilitando seu desenvolvimento pessoal e social.

## 2 O DIREITO FUNDAMENTAL AO LAZER

O lazer encontra-se previsto expressamente no Título I – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, capítulo II - Dos Direitos Sociais, no artigo 6º, da Constituição Federal de 1988, nos seguintes termos: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. Além disso, também está positivado como direito do trabalhador no artigo 7º, IV, da CF/88.

Não há dúvida, portanto, que o lazer se trata de autêntico direito fundamental, configurando, ainda, necessidade vital básica que deve ser atendida pelo salário mínimo, conforme dispõe o artigo acima. Contudo, essa ideia de lazer, como direito constitucional expresso, é fato recente, tendo sido incorporada somente com a atual Constituição, resultado das inúmeras lutas sociais ao longo dos tempos, por melhores condições de trabalho e de vida.

Ou seja, até meados do século XIX, com a teoria liberal e o Estado mínimo, a liberdade e igualdade eram consagradas apenas formalmente (direitos fundamentais de primeira dimensão<sup>2</sup>), não sendo possível, por vezes, garantir o efetivo gozo de tais direitos. Em razão disso, ao final do século XIX e início do século XX, com a Revolução Industrial e as situações precárias enfrentadas pelos trabalhadores, tem início movimentos reivindicatórios por direitos que atribuíssem ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social.

Surgem, assim, os direitos sociais (dentre eles o lazer), que ao lado dos direitos econômicos e culturais, compõem os chamados direitos fundamentais de segunda dimensão<sup>3</sup>, propiciando o direito de participar do bem-estar social. Estão, pois, ligados ao direito de igualdade, que pressupõe a garantia de utilização efetiva dos direitos fundamentais por todos, impondo ao Estado o cumprimento de ações que visem concretizá-los.

Percebe-se, então, que a CF/88 avança no tocante à proteção dos direi-

---

<sup>2</sup>São os chamados direitos de defesa (direitos civis e políticos), direitos de resistência ou de oposição, devido ao abstencionismo estatal em prol da garantia das liberdades públicas (CENCI; BEDIN; FISCHER, 2011, p. 80). Imperava, pois, a proteção às garantias individuais, em que o principal valor era a liberdade formal.

<sup>3</sup>Os direitos de segunda dimensão possuem natureza positiva, vez que outorgam aos indivíduos direitos a prestações sociais estatais, revelando a transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas. São considerados uma densificação do princípio da justiça social, além de corresponderem a reivindicações das classes menos favorecidas (operária), a título de compensação, em virtude da desigualdade que caracterizava (e, de certa forma, ainda caracteriza) as relações com a classe empregadora, notadamente detentora de um maior ou menor grau de poder econômico (SARLET, 2015, p. 48).

tos fundamentais, da dignidade da pessoa humana, da democracia e da justiça social, dedicando-se aos direitos sociais, inclusive ao lazer, e consagrando-lhes capítulo específico. Confirma-se a necessidade de promover tais direitos, que dependem de prestações positivas, por meio de políticas públicas, com a finalidade de possibilitar melhores condições de vida aos mais fracos (hipossuficientes) e realizar a igualdade material.

## 2.1 CONCEITO DE LAZER

A concepção de lazer é envolta de subjetividade, não apresentando uniformidade até mesmo entre os doutrinadores que se dedicam sobre o tema, já que sofre influências culturais, sociais, políticas e econômicas. Ressalta-se, entretanto, que por possuir íntima relação com o direito ao trabalho, muitos autores se restringem a identificar o direito ao lazer apenas como o tempo para recuperar as energias necessárias para a volta ao trabalho.

Trata-se de lazer com caráter residual, compensatório e “[...] funciona, de acordo com a própria lógica funcionalista, como uma válvula de escape que ajuda a manter a sociedade supostamente em equilíbrio [...]” (PADILHA, 2002, p. 126). Para Moraes (1998, p. 53), o lazer funcional, configura “um tempo instituído, previsto e previsível, disciplinado, utilitário, consumista, apático, alheio, alienado e alienante. Um tempo triste, sem dúvida”.

Por isso, não será adotado tal conceito de lazer, que o identifica com os períodos de descanso e que reflete, em verdade, uma tendência do modelo capitalista, visando à recuperação do indivíduo para que possa laborar cada vez mais (WYZYKOWSKI, 2012, p. 133). O lazer assim considerado não configura ações afirmativas do indivíduo para si mesmo, de modo que, os tempos conquistados pelo trabalhador, como repouso semanal, férias anuais, dentre outros, embora de grande valor, muitas vezes, não carregam o sentido do verdadeiro lazer, prazeroso, feliz, criativo, autônomo, que o diferencia de outras manifestações sociais.

Deste modo, ainda há dúvida se o tempo de não-trabalho (tempo livre) é utilizado para lazer, ou se é empregado com transporte difícil, com outro serviço, com a administração do lar, para repor energias após um dia de trabalho exaustivo, para cuidados com filhos, sono, refeições, atividades estas que não se confundem com lazer (CAMARGO, 1999, p. 49). No presente artigo ratifica-se o entendimento de Adriana Wyzykowski (2012, p. 133), que aduz:

[...] o conceito de lazer aqui delimitado é aquele que o define como o desenvolvimento de atividades prazerosas pelo indivíduo, almejando seu desenvolvimento pessoal. Para tanto, excluem-se o labor, as obrigações familiares, políticas, religiosas e os períodos de descanso. Nesta senda, o lazer traz em seu bojo uma noção ativa, em busca de plena realização individual em contraposição a uma postura passiva,

como ocorre no descanso [...].

Ressalta-se, ainda, que tempo livre e lazer são conceitos diferenciados, pois aquele representa todo momento disponível que o empregado tem que não esteja relacionado ao labor, é todo tempo que o empregado tem disponível, em contraposição ao trabalho (WYZYKOWSKI, 2012, p. 135). O lazer, ao contrário, carrega consigo atividade construtiva, de enriquecimento pessoal, que não se determina através do tempo vazio. Lazer é tempo preenchido com atividades lúdicas, físicas, sociais, etc.

Em princípio, a única coisa que se enxergava no tempo livre era o descanso, necessidade inerente ao corpo humano, essencial para o empregador, para que o obreiro pudesse ser mais produtivo no trabalho (SANT'ANNA, 1994, p. 19). Observou-se, entretanto, que o tempo livre utilizado apenas para descanso consubstanciaria um tempo vazio, um tempo sem emprego efetivo. Na visão de Celso Barroso Leite (1995, p. 14), “talvez não seja correto entender como lazer o tempo em si, os períodos de folga, as horas disponíveis, o tempo livre. Estaria faltando o emprego dessa folga, dessas horas, sem o que se trataria de tempo, apenas”.

Portanto, entende-se que descanso e lazer estão inclusos dentro do tempo livre, mas não se confundem, já que o lazer deve estar associado a um tempo do indivíduo e para o indivíduo, visando ao seu pleno desenvolvimento. Para Adriana Wyzkowski (2012, p. 138):

[...] lazer e descanso não se confundem, afinal, o lazer não é visto a partir da perspectiva de recuperação do indivíduo no tocante à fadiga laboral, embora possa trazer tal resultado, principalmente quando se trata de uma recuperação mental. Lazer é visto por uma perspectiva positiva, relacionada a atitudes que culminem no desenvolvimento pessoal do indivíduo por meio de atividades consideradas prazerosas. Nesse sentido, é oportuno salientar que atividades de lazer, muitas vezes, são cansativas, como ocorre, por exemplo, com os lazeres relacionados à atividade física ou turística.

E mais:

O descanso objetiva que o corpo humano recupere as forças despendidas com o labor diário e obrigações familiares, sociopolíticas e religiosas a partir de uma perspectiva negativa: durante o período de descanso, o corpo ficaria em repouso para que a recuperação fosse bem sucedida. Desse modo, o descanso atuaria como estabilizador das forças humanas, no sentido de recuperação física e psicológica por uma inatividade do indivíduo. O lazer também atua na recuperação física e psicológica do indivíduo, mas tal atuação aparece de maneira ativa, relacionada ao desenvolvimento de uma atividade prazerosa. Assim, a recuperação da mente e do corpo dar-se-ia em razão

da entrega do indivíduo ao lúdico, aos esportes, a interações sociais, a atividades intelectuais ou manuais, e não por uma postura de inatividade (WYZYKOWSKI, 2012, p. 149).

Em vista destas considerações, destaca-se o conceito de lazer esposado por Marcellino (2000, p. 31), “como a cultura - compreendida no seu sentido mais amplo - vivenciada (praticada ou fruída) no tempo disponível”. Adotar a concepção de lazer como cultura em sentido amplo significa prestigiar a dimensão humanista do lazer, como direito fundamental, que deve ser usufruído por todos os seres humanos e não apenas pelos trabalhadores com vínculo de emprego (CHEMIN, 2008, p. 55). Ou seja, o lazer, enquanto direito social, destina-se à totalidade das pessoas, não sendo coerente pleitear tal direito apenas para os cidadãos trabalhadores. Nessa linha de raciocínio, entende-se que:

Na dimensão humanista, que deveria preponderar sobre a econômica, inclusive por o lazer fazer parte dos direitos sociais constitucionais, são relacionadas as seguintes perspectivas: lazer como necessidade biológica, psíquica, existencial e do ponto de vista social [...] (CHEMIN, 2008, p. 53).

O lazer, através desta perspectiva humanista, é considerado fator de desenvolvimento humano, como resultado de uma experiência cultural construída, na medida em que colabora para a formação de cidadãos responsáveis dentro da comunidade. Favorece, ainda, a disponibilidade participativa e atitudes conscientizadas, criativas, enriquecedoras das pessoas, que podem contribuir com suas capacidades e habilidades em prol da comunidade.

## **2.2 CONTEÚDOS DO LAZER**

Partindo-se, então, da ideia de lazer como meio de exercício de atividades prazerosas para a promoção do indivíduo, resta saber quais são essas atividades e seus conteúdos, e como contribuem para o desenvolvimento dos cidadãos. Seguindo a classificação de Joffre Dumazedier (1979, p. 123/129) pode-se dizer que o lazer se divide, em cinco esferas concretizadoras de seu conteúdo: lazeres físicos, artísticos, práticos, intelectuais e sociais.

As atividades físicas de lazer envolvem a movimentação do corpo humano em busca de satisfação pessoal, de forma que “as práticas desportivas, os passeios, a pesca, a ginástica e todas as atividades onde prevalece o movimento, ou o exercício físico, incluindo as diversas modalidades esportivas, constituem o campo dos interesses físicos” (MARCELLINO, 2002, p. 18). Assim, a busca pelo bem-estar do corpo humano reflete o direito ao lazer físico, através do qual o indivíduo busca melhora de sua qualidade de vida, por meio de atividades ativas, da vontade de exercitar-se fisicamente, de colocar-se em forma, de cuidar

da saúde.

Os lazeres artísticos associam-se às situações culturais ligadas às funções de entretenimento, ao imaginário humano, ao conteúdo estético na busca pelo encantamento, beleza, incluindo todas as manifestações artísticas. Tais manifestações normalmente possuem relação com a prática de cultura ligada à arte, como cinema, teatro, espetáculos, literatura, artes plásticas, contemplação de paisagens, visitas a museus, monumentos, e também com inúmeras outras atividades artísticas, a depender do universo cultural de cada população, que sejam capazes de levar ao entretenimento do indivíduo.

Os lazeres práticos, por sua vez, relacionam-se a atividades cotidianas, geralmente, realizadas em casa, e se encontram firmados por meio de atividades manuais, capazes de manipulação de objetos ou sua transformação, como artesanato e costura (MARCELLINO, 2002, p. 18). São atividades ligadas ao prazer de manipular, explorar e transformar o que a natureza criou e sua importância está em auxiliar o indivíduo na busca de satisfação pessoal dentro de sua própria residência ou não. Assim, atividades como jardinagem, tricô, crochê, e artesanatos, são tidas como importantes no desenvolvimento pessoal do indivíduo.

Os lazeres intelectuais relacionam-se com questões referentes ao raciocínio humano, exercícios de conhecimento, de informação e aprendizagem. Para Marcellino (2002, p. 18) “nos interesses intelectuais, o que se busca é o contato com o real, as informações objetivas e explicações racionais. A ênfase é dada ao conhecimento vivido, experimentado. A participação em cursos ou leitura são exemplos”.

De acordo com Camargo (1999, p. 25) tudo na vida é fonte de conhecimento, de informação, de aprendizagem e o lazer pode configurar tempo precioso para o exercício do conhecimento e satisfação intelectual. A ciência deve ser vista não apenas no seu conteúdo específico, expresso em livros e publicações especializadas, mas também em formas populares de difusão, como jornais, revistas, televisão, internet e meios de mídia eletrônica.

O lazer pode, ainda, ter seu conteúdo associado à perspectiva social, de interação com outras pessoas, motivando a integração social, contato com amigos, parentes, colegas de trabalho ou de bairro. Exemplos de lazeres sociais são aqueles relacionados a casas de shows, festas, encontros realizados na própria casa do indivíduo, em parques, em estabelecimentos de associações, em restaurantes, os movimentos culturais, etc. (WYZYKOWSKI, 2012, p. 146).

Sendo assim, todo encontro que promova a integração entre indivíduos, através da prática de atividades prazerosas, pode ser visto sob a perspectiva do lazer social. Os lazeres sociais promovem a inclusão social, já que desenvolvem a sociabilidade nas pessoas e rompem com o fundamento da sociedade atual, pautado no individualismo e na fragmentação.

Marcellino (2002, p. 18) ainda inclui como conteúdo do lazer as atividades turísticas, sendo que “a quebra da rotina temporal e espacial, pela busca de novas paisagens, pessoas e costumes, é a aspiração mais presente nos interesses

turísticos. Os passeios e as viagens constituem exemplos”. Nesse sentido, atividades de turismo e visitação de locais por meio de passeios também são vistas como lazer, como interesse cultural de mudança de paisagens, ritmo, estilo de vida, alteração da rotina cotidiana.

Do exposto, percebe-se a necessidade de que o lazer, enquanto direito social e constitucional, esteja presente na vida de todos os cidadãos, através da prática de atividades prazerosas que possam auxiliá-los no seu desenvolvimento pessoal/social. O lazer configura meio de valorização da pessoa humana, da qualidade de vida e bem-estar de todos. E é por isso que merece tratamento adequado, por meio da execução de políticas públicas efetivas.

### **3 POLÍTICAS PÚBLICAS DE LAZER: O MÍNIMO EXISTENCIAL E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

A efetivação de direitos sociais, inclusive do lazer, enquanto direitos de segunda dimensão, depende, frequentemente, de prestações positivas do Estado, o que se dá, normalmente, por meio de políticas públicas de competência da Administração Pública. Seguindo este entendimento, Maria Paula Dallari Bucci (1996, p. 135) entende que:

O fundamento mediato das políticas públicas, o que justifica seu aparecimento, é a própria existência dos direitos sociais [...] a função estatal de coordenar as ações públicas (serviços públicos) e privadas para a realização de direitos dos cidadãos [...] se legitima pelo convencimento da sociedade quanto à necessidade de realização desses direitos sociais.

Sendo assim, as políticas públicas são entendidas como programas de ação governamental, que visam coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização dos objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. São consideradas como “metas coletivas conscientes”<sup>4</sup>, e, como tais, problema de direito público, em sentido lato (BUCCI, 2002, p. 241).

Salienta-se que a Administração Pública, ao perseguir o interesse público, possui discricionariedade na elaboração de tais políticas, mormente, em virtude da problemática da escassez de recursos públicos e a infinidade de direitos que merecem proteção estatal. No entanto, não pode a Administração Pública, ao pretender exercer seu espaço legítimo de discricionariedade administrativa na execução de políticas públicas, solapar o núcleo essencial de direitos fundamentais que lhe exigem prestações efetivas em favor do administrado.

Ou seja, a Administração Pública não pode – porque sequer é facultado

<sup>4</sup>A expressão “metas coletivas conscientes” é de Hugo Assman, citado pela autora.

ao Legislativo – deixar de cumprir o núcleo essencial de determinado direito à prestação, se este direito qualifica-se como direito fundamental. Em vista do exposto, afirma-se que por mais deficitários que sejam os recursos materiais, por mais parca que seja a previsão financeira em leis orçamentárias, a Administração Pública deve atender ao menos ao núcleo essencial dos direitos fundamentais, que caracteriza o mínimo existencial, o mínimo a ser feito independentemente de qualquer planejamento e ideário político.

Luis Manuel Fonseca Pires (2009, p. 298), compreende como “núcleo essencial de um direito fundamental o mínimo necessário a ser realizado pelo Estado para o reconhecimento do próprio valor que se almejou resguardar-se juridicamente”. Desse modo, se o núcleo mínimo, essencial, do próprio valor (bem) escolhido pelo direito para a devida proteção não for assegurado, há conflito lógico interno, no próprio texto normativo.

O mínimo existencial fundamenta-se na dignidade da pessoa humana, e não deve ser entendido apenas no tocante ao mínimo vital, que configura as condições mínimas para assegurar a sobrevivência física. Ele engloba, também, o mínimo sociocultural, que constitui elemento nuclear a ser respeitado e promovido, de forma que as prestações em termos de direitos culturais haverá de estar sempre incluídas na concepção de mínimo existencial.

Jorge Reis Novais (2010, p. 195) também destaca a importância de que o mínimo existencial englobe não somente pressupostos mínimos para a existência fisiológica, mas, igualmente, condições mínimas para a existência baseada no contexto sociocultural. Isso porque, vivemos em Estado democrático de direito, cujo fundamento é a cidadania e a integração comunitária, sendo o lazer instrumento efetivo para tanto.

O autor considera, então, essenciais ao lado dos direitos fundamentais responsáveis pela sobrevivência do ser humano, também os direitos que assegurem a inserção do indivíduo à comunidade politicamente ativa e democrática. Direitos como educação, lazer e cultura, compõem a ideia de mínimo social como garantia do conteúdo essencial dos direitos sociais.

A dignidade da pessoa humana, dessa maneira, somente estará assegurada – como condições básicas a serem garantidas pelo Estado e pela sociedade – onde a todos estiver garantida nem mais nem menos que uma vida saudável (SARLET, 2002, p. 59/60). Percebe-se que a dignidade humana fornece importantes elementos para o reconhecimento do mínimo existencial, de forma que ambas as noções são complementares.

Portanto, defende-se, aqui, o lazer como importante meio para assegurar vida digna, em vista de seus conteúdos físico, prático, social, intelectual e/ou artístico, e funções relacionadas à promoção do bem-estar social e desenvolvimento da personalidade dos indivíduos. Possui dimensão humanista de promovedor existencial e das habilidades humanas, evidenciando-se que o cidadão em gozo de lazer realiza diversas atividades em prol de beneficiamento próprio na sua busca por prazer.

Destarte, enquanto direito fundamental, social e humano, enquadra-se no conceito amplo de cultura, indispensável para a tutela da dignidade humana, e deve ser inserido na noção de mínimo existencial. Reclama postura ativa do Estado para ser assegurado da maneira mais inclusiva e equitativa possível, sendo concretizado por meio de políticas públicas. Logo, o convívio com família e amigos, a participação como cidadão na sociedade, a prática de atividades prazerosas só se tornam possíveis quando o sujeito possui tempo disponível direcionado para atividades de lazer, sendo extremamente importantes as prestações efetivas da Administração nesse sentido.

Consequentemente, este direito não deve ser esquecido, ou violado, sob o risco de se transformar em direito sem efetividade, letra morta. Por isso, mesmo diante da ausência de interposição legislativa, o lazer merece aplicabilidade imediata, ainda que mínima, em razão do artigo 5º, §1º, da CF/88<sup>5</sup>, possuindo núcleo essencial, decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à vida, que deve produzir efeitos jurídicos, mensurável por meio da ponderação e proporcionalidade.

#### **4 LAZER COMO MEIO DE INCLUSÃO SOCIAL: AS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA**

A inclusão social, fundamentada na aceitação da diversidade e garantia do acesso de todos a todas as oportunidades, independentemente das peculiaridades de cada indivíduo ou grupo social, é responsabilidade do Poder Público, e deve ocorrer a partir de ações governamentais para o desenvolvimento da cidadania. Diante disso, percebe-se a importância de todos os cidadãos estarem incluídos na sociedade, usufruindo de boas condições de vida, para que possam realizar suas expectativas individuais e, consequentemente, o bem comum.

Nesta senda, os direitos sociais, e o lazer, apresentam-se como relevantes instrumentos do processo de inclusão social, pois almejam propiciar iguais oportunidades para uma vida digna a todos e caracterizam-se como meios éticos de realização dos valores constitucionais. A elaboração de políticas públicas voltadas às atividades de lazer auxilia na redução da exclusão social dos indivíduos, ao aperfeiçoar sua condição de cidadão, viabilizando seu ingresso efetivo no processo de democracia política do país. Reiterando este entendimento, Beatris Chemin (2008, p. 195) entende que “[...] as políticas públicas de lazer devem ser pautadas principalmente na inclusão e participação popular”.

Por essa razão, adota-se conceito de lazer amplo, de dimensão humanista, enquanto direito fundamental social e humano, que garanta a proteção da dignidade da pessoa humana. Ou seja, defende-se direito ao lazer acessível a todas as pessoas, independente de aspectos relacionados à classe social, gênero, cor, religião, ou outra circunstância; lazer que não se refira apenas ao tempo

---

<sup>5</sup>Art. 5º, § 1º, CF/88: As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

livre que sobra do trabalho, mas o lazer para todos, que possibilite a integração, a inclusão e a promoção social, principalmente, de grupos marginalizados.

Destacam-se, nesse sentido, as atividades associativas de lazer, que permitem aos indivíduos interagirem e desenvolverem-se existencialmente. Repetindo o exposto:

[...] a pessoa, ao participar de atividades de lazer, cresce e desenvolve-se individual e socialmente como ser humano, condições estas que auxiliam no seu bem-estar e participação mais ativa no atendimento de necessidades e aspirações de ordem individual, familiar, cultural e comunitária (CHEMIN, 2008, p. 100).

O conteúdo do lazer na perspectiva social, ao fomentar novas atitudes em face da sociedade, como a participação em grupos esportivos ou em reuniões sociais, leva o indivíduo a ter senso de coletividade, atuando na formação do seu ser. Para Ferraresi (2012, p. 105):

[...] os lazeres sociais, que são aqueles motivados pela sociabilidade e integração social com determinado grupo, descaracterizando a individualização presente na sociedade, podem ser divididos em duas situações, a primeira, que seria o caráter associativo, garantido pelo direito à reunião e associação, consagrados no art. 5º [Constituição Federal], e a segunda, o direito de realizar eventos ou receber visitas em sua casa, que está tutelado pelo direito à liberdade, à felicidade.

Percebe-se, assim, que políticas públicas de lazer incrementam possibilidades de desenvolvimento do ser, aumenta disponibilidade para estabelecer amizades, exercer cidadania, valoriza a liberdade, o respeito à diversidade ético-cultural, a cooperação espontânea, a associação em torno de interesses comuns, a igualdade de chances. Enfim, o lazer desempenha o papel de responsável por inserir o cidadão à sua realidade social, concluindo-se, que com tempo para lazer as pessoas se relacionam verdadeiramente, se organizam, refletem sobre a vida, valores, condições, habilidades, e reencontram a si mesmos.

Dessa forma, o mínimo existencial também deve englobar políticas públicas de lazer, principalmente, quando se referirem às atividades que permitam a inclusão social e o verdadeiro exercício da cidadania por todos os indivíduos. Estas políticas devem, pois, reforçar a linha da solidariedade, da cooperação, da diversificação, da criatividade e da emancipação, garantindo a “Lazerania”, que procura “[...] expressar a possibilidade de apropriação do lazer para a liberdade, o exercício da cidadania, uma sociedade cujo direito ao lazer tem seu reconhecimento alicerçado a princípios como a democracia, a transformação, a justiça, a solidariedade etc.” (MASCARENHAS, 2007, p. 35).

Na esteira desse pensamento, fazem-se necessárias políticas públicas de lazer que incluam na sociedade, especialmente, grupos de pessoas consideradas

vulneráveis, a exemplo, de crianças e adolescentes, idosos, pessoas com deficiência, etc. No tocante a estes últimos, a CF/88 e outros documentos preveem, de forma específica, o direito ao lazer e a importância de integrá-los socialmente. Nesse ínterim, o artigo 24, inciso XIV, da CF/88 dispõe que compete à União, Estados e Distrito Federal legislar sobre proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência.

O Decreto Federal nº 3.298/99, que regulamenta a Lei Federal nº 7.853/89, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, ressaltando a função do pleno exercício dos seus direitos individuais e sociais. O direito ao lazer está previsto no seu artigo 2º<sup>6</sup>, sendo considerado direito básico a ser assegurado pelos órgãos e entidades do Poder Público às pessoas com deficiência.

O artigo 7º<sup>7</sup>, do mencionado decreto, dispõe que o lazer, a cultura e o desporto são direitos que podem propiciar a prevenção das deficiências, a eliminação de suas causas e a inclusão social das pessoas que as possuam. Este decreto prevê, também, a Seção V – Da Cultura, do Desporto, do Turismo e do Lazer, nos artigos 46 a 48, como responsabilidade da Administração Pública, considerando o lazer fator de desenvolvimento das potencialidades da pessoa com deficiência, facilitando sua atividade laboral, educativa e social.

Já o Decreto Legislativo nº 7.612/11, institui o Plano Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência – Plano Viver sem Limite, que possui a finalidade de promover, por meio da integração e articulação de políticas, programas e ações, o exercício pleno e equitativo dos direitos das pessoas com deficiência, a exemplo do lazer. A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD), promulgada pelo Decreto nº 6.949/09, equivalendo à emenda constitucional, em seu artigo 30, aponta a necessidade de incentivar e promover a maior participação das pessoas com deficiência, assegurando oportunidade de organizar, desenvolver e participar de atividades esportivas, recreativas, turísticas e de lazer, inclusive no sistema escolar. Salieta, ainda, ser essencial garantir a acessibilidade aos locais, prover instrução, treinamento e recursos adequados aos profissionais.

Além dos já citados, vários outros documentos<sup>8</sup> foram elaborados, objetivando a inclusão e integração das pessoas com deficiência na sociedade, sempre mencionando o lazer como importante meio para tanto. Desse modo, des-

<sup>6</sup>Decreto nº 3.298/1999: “Art. 2º. Cabe aos órgãos e às entidades do Poder Público assegurar à pessoa portadora de deficiência o pleno exercício de seus direitos básicos, inclusive dos direitos à educação, à saúde, ao trabalho, ao desporto, ao turismo, ao lazer, à previdência social, à assistência social, ao transporte, à edificação pública, à habitação, à cultura, ao amparo à infância e à maternidade, e de outros que, decorrentes da Constituição e das leis, propiciem seu bem-estar pessoal, social e econômico”.

<sup>7</sup>Decreto nº 3.298/1999: “Art. 7º. São objetivos da Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência: [...] II - integração das ações dos órgãos e das entidades públicos e privados nas áreas de saúde, educação, trabalho, transporte, assistência social, edificação pública, previdência social, habitação, cultura, desporto e lazer, visando à prevenção das deficiências, à eliminação de suas múltiplas causas e à inclusão social;”.

<sup>8</sup>O Decreto nº 3.956/01 (promulgou a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas

taca-se a necessidade de políticas públicas que garantam a tais pessoas o acesso às atividades culturais e artísticas<sup>9</sup> <sup>10</sup>, aos equipamentos e espaços de lazer, às práticas físicas e esportivas, aos meios de difusão de conhecimento, etc.

É necessário, por exemplo, que teatros, cinemas, museus, bibliotecas, bares, quadras esportivas, clubes, escolas e universidades, estádios, parques, praças, áreas de recreação, etc., estejam adequados a permitir o acesso independente das pessoas com deficiência, mobilidade reduzida ou com dificuldade na locomoção<sup>11</sup>. Importante destacar, que a concretização dessas políticas públicas pressupõe atuação integrada entre os diversos órgãos do governo, principalmente em nível municipal, através de políticas setoriais.

Ademais, esclareça-se que estas políticas públicas de lazer relacionam-se com diversas outras políticas, como a de desenvolvimento urbano, através da qual se faz necessário planejamento físico, econômico e político para a preparação dos espaços públicos, desenvolvimento e crescimento urbano, criando espaços obrigatórios e acessíveis destinados ao lazer. Relacionam-se, ainda, com a saúde, definida pela Organização Mundial da Saúde como o completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas a ausência de doenças e outros agravos, abarcando a promoção da saúde, prevenção das doenças, recuperação e reabilitação dos enfermos, sendo certo que atividades prazerosas de lazer contribuem para a vida mais saudável, para o bem-estar físico e psíquico dos cidadãos (CHEMIN, 2008, p. 109).

A efetivação do lazer está ligada, também, com políticas públicas de educação<sup>12</sup>, na medida em que escolas e universidades<sup>13</sup> são ambientes de construção social, e possibilitam espaço/tempo privilegiados para o desenvolvimento da cidadania. Faz-se necessário, então, que nesses ambientes sejam incentivadas as formas de autoformação das crianças e jovens pelo lazer mais prazeroso e produtivo no tempo livre escolar, através de ação cultural democratizadora e desenvolvimento de atitudes críticas e criativas, minimizando comportamentos

---

de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência) e o Decreto nº 8.954/17 (instituiu o Comitê do Cadastro Nacional de Inclusão da Pessoa com Deficiência e da Avaliação Unificada da Deficiência) são exemplos de documentos que objetivam a inclusão social das pessoas com deficiência.

<sup>9</sup> A Lei nº 12.933/2013 dispõe sobre o benefício do pagamento de meia-entrada para estudantes, idosos, pessoas com deficiência e jovens de 15 a 29 anos comprovadamente carentes em espetáculos artístico-culturais e esportivos.

<sup>10</sup> A Lei nº 13.146/2015 define o número de vagas a serem reservadas às pessoas com deficiência e mobilidade reduzida, segundo o número de lugares disponíveis em teatros, cinemas, estádios, ginásios de esporte, locais de espetáculo, conferências e similares, onde os assentos reservados devem estar distribuídos no recinto, ter boa visibilidade e estar próximos a corredores sinalizados, evitando-se áreas segregadas e obstrução de saídas, conforme as normas de acessibilidade.

<sup>11</sup> A Lei nº 11.982/09 acrescentou o parágrafo único ao art. 4º da Lei nº 10.098/2000, para determinar a adaptação de parte dos brinquedos e equipamentos dos parques de diversões às necessidades das pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida.

<sup>12</sup> A Lei nº 10.845/2004 instituiu o Programa de Complementação ao Atendimento Educacional Especializado às Pessoas Portadoras de Deficiência.

<sup>13</sup> A Lei nº 13.409/2016 dispõe sobre a reserva de vagas para pessoas com deficiência nos cursos técnicos de nível médio e superior das instituições federais de ensino.

indesejáveis, a passividade, atitudes patológicas e a transformação do tempo livre em valores destrutivos (CHEMIN, 2008, p. 101).

As políticas públicas de cultura, por sua vez, influenciam o direito ao lazer, ao envolverem manifestações culturais e artísticas, estímulo às ações de ocupação cultural dos espaços públicos pela população através de recursos específicos para a área, democratização do acesso à informação cultural, etc.<sup>14</sup>. Além disso, o artigo 217 da CF/88<sup>15</sup> ressalta o dever do Estado de fomentar práticas desportivas como direito de cada um, ensejando que políticas públicas de esportes também se associam às de lazer, já que a prática de atividades físicas configura um de seus conteúdos. Nas palavras de Ferraresi (2012, p. 103):

as práticas desportivas, amoldadas ao conceito de atividade física de lazer, demonstram os benefícios que a efetividade do direito ao lazer traz ao indivíduo, pois, como citado, melhora a qualidade de vida, ligada diretamente ao direito à saúde, e possibilita o desenvolvimento associativo, forma direta de inclusão e convívio em sociedade, permitindo, ainda, a contemplação de momentos de solidão, protegendo a intimidade e a liberdade de cada um.

Assim, o lazer pela prática de esporte se apresenta como requisito indispensável para que o indivíduo atinja dimensão total de inclusão social, contribuindo para que tome parte do seu lugar na sociedade (AZEVEDO; BARROS, 2004, p. 79). Seus benefícios incluem o desenvolvimento físico, relacionado com alterações orgânicas (aspectos metabólicos, cardiorrespiratórios e músculo-ostearticulares) e o desenvolvimento das características psicológicas, como aumento do bom humor, redução do estresse e autoconceito mais positivo.

Além desses benefícios, o esporte também está relacionado com o desenvolvimento de qualidades sociais, como empatia pelas pessoas e relacionamento dentro de diferentes grupos sociais (ZUCHETTO; CASTRO, 2002, p. 90). Para pessoas com deficiência, a prática de atividades deve considerar suas capacidades, necessidades e limitações, auxiliando-as no desenvolvimento e aprimoramento de movimentos necessários para a realização de tarefas essenciais no seu cotidiano (AZEVEDO; BARROS, 2004, p. 81).

Como se vê, a realização das atividades de lazer proporciona alegria, alívio de stress, "o fugir da rotina" e prazer, e é importante elemento no processo de reabilitação de pessoas com deficiência. Para Giovana Cotomacci (2007, p. 77) o lazer para pessoa com deficiência permite a superação de seus próprios limites; promove a autoestima, autovalorização e autoimagem; favorece a integração social do indivíduo; melhora o equilíbrio estático e dinâmico; possibilita ganho de força, flexibilidade e resistência muscular; aprimora coordenação mo-

<sup>14</sup> O artigo 215 da CF/88 dispõe que o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

<sup>15</sup> O §3º, do artigo 217, da CF/88, dispõe: "O Poder Público incentivará o lazer, como forma de promoção social".

tora e ritmo; reduz agressividade; estimula independência e autonomia; valoriza possibilidades, potencialidades e limitações; proporciona vivência de situações de sucesso e superação de frustrações; melhora condições orgânico-funcionais (aparelhos circulatórios, respiratórios, digestivos, reprodutor e excretor); previne deficiências secundárias; desenvolve outras habilidades para melhor realização das atividades de vida diária; promove saúde e condição física; etc.

Entretanto, para que pessoas com deficiência possam realmente usufruir o lazer, é preciso efetiva garantia de acessibilidade, definida pela NBR (Norma Brasileira Registrada) 9050/94, como sendo "a possibilidade e condição de alcance para utilização, com segurança e autonomia, de edificações, espaços, mobiliários e equipamentos urbanos". A acessibilidade pode ser vista, ainda, de uma forma mais abrangente, relacionada à questão da inclusão social, à eliminação de preconceitos e rompimento de barreiras. Para Santos (1987, p. 142):

[...] a acessibilidade só é garantida quando há cidadania, o que pressupõe que os direitos essenciais à vida humana sejam respeitados, como o direito à cultura, a economia, a sociedade, ao território, a política, ao lazer, a informação, a saúde e educação, ou seja, a todos os bens e serviços que torne a vida das pessoas mais digna.

A acessibilidade depende de questões socioeconômicas, políticas e disponibilização de espaços adaptados às necessidades das pessoas com deficiência, para que possam ter autonomia e independência. Importante salientar que o conceito de acessibilidade, hoje, evolui e envolve não só o ambiente físico, mas as edificações, transportes, acesso aos meios de comunicação (rádio, televisão), educação e participação social (SILVA, 2004, p. 12).

Portanto, a acessibilidade deve ser entendida como o processo de conseguir igualdade de oportunidades e participação plena em todas as esferas da sociedade e no desenvolvimento social e econômico do país pelas pessoas com deficiência. Além de ser garantia constitucional, visa o acesso a todos os serviços da comunidade, possibilitando a plena participação, o que permite ganho de autonomia e mobilidade a uma gama maior de pessoas, para que usufruam os espaços com segurança, confiança e autonomia<sup>16</sup>.

A existência de obstáculos no acesso aos bens, serviços sociais e culturais, acarretam, também, privação à liberdade e à equidade nas relações sociais fundamentais à condição de ser humano. Acessibilidade não é somente a possibilidade de entrar em um ambiente, mas é o direito de participar ativamente no meio social, inclusive no tocante às atividades de lazer, que como se percebe, é importante meio de inclusão das pessoas com deficiência.

---

<sup>16</sup> A Lei nº 13.825/19 altera o art. 6º, §1º e 2º da Lei nº 10.098/00 (Lei de Acessibilidade), tornando obrigatória a disponibilização em eventos públicos e privados, de banheiros químicos acessíveis a pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, conclui-se que o lazer é direito fundamental e deve ser entendido de maneira ampla, pela ótica humanista, como direito de todos, caracterizando-se pela ocupação do tempo livre com atividades prazerosas e proporcionando às pessoas um momento consigo mesmas, em busca da felicidade e melhores condições de vida. Assim, as atividades recreativas, físicas, artísticas, manuais, intelectuais e associativas, capazes de promover participação política na sociedade, inclusão e qualidade de vida, fazem com que as pessoas se desenvolvam física, psicológica e existencialmente.

Por tal motivo, no Estado Democrático de Direito, o lazer está intimamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana e deve compor a noção de mínimo existencial, na perspectiva do mínimo social. Ou seja, também deve ser considerado essencial a uma vida digna, necessitando de efetivação, ainda que mínima, já que configura direito fundamental.

Logo, torna-se indispensável elaboração de políticas públicas de lazer, bem como o efetivo cumprimento daquelas já formuladas, já que assumem função importante para o desenvolvimento pessoal e social dos indivíduos, mormente das pessoas com deficiência. Estas se sentem mais integradas ao praticarem atividades de lazer, o que contribui para o aprimoramento de suas habilidades de potencialidades, contribuindo ainda para a superação de suas limitações. É imperioso, todavia, que seja garantida acessibilidade para a prática do lazer, fazendo com que as pessoas com deficiência se sintam autônomas e independentes, e rompam com as barreiras que encontram frequentemente.

## REFERÊNCIAS

AZEVEDO, P. H.; BARROS, J. F. O Nível de Participação do Estado na Gestão do Esporte Brasileiro como Fator de Inclusão Social de Pessoas Portadoras de Deficiência. **Revista brasileira Cidadania e Movimento**, v. 12, n. 1, p. 77-84, 2004.

BRASIL. **Constituição Brasileira de 1988**. Disponível em: <<https://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/legislacao>>. Acesso em: 29 abr. 2019.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. As políticas públicas e o Direito Administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 13, 1996.

CAMARGO, Luiz Octávio de Lima. **O que é lazer**. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1999.

CENCI, Ana Righi; BEDIN, Gabriel de Lima; FISCHER, Ricardo Santi. Do Liberalismo ao Intervencionismo: O Estado como protagonista da (des) regulação econômica. In: Constituição, Economia e Desenvolvimento. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, 2011.

CHEMIN, Beatris Francisca. **Políticas Públicas de Lazer: O papel dos Municípios na sua Implementação**. Curitiba: Juruá, 2008.

COTOMACCI, Giovana. LAZER: **Direitos e Acessibilidade das Pessoas com Deficiência ou Necessidades Especiais**. 2007. 1 v. Trabalho de conclusão de curso (Especialização) – Universidade Estadual de Campinas, Campinas/SP. Disponível em: <file:///C:/Users/regin\_001/Downloads/CotomacciGiovana\_TCC.pdf>. Acesso em: 16 maio 2019.

DUMAZEDIER, Joffre. **Sociologia empírica do lazer**. São Paulo: Editora Perspectiva, 1979.

FERRARESI, Camilo Stangherlim. **O direito ao lazer da portadora de necessidades especiais na Constituição Federal**. São Paulo: Porto das Ideias, 2012.

LEITE, Celso Barroso. **O século do lazer**. São Paulo: LTR, 1995.

MARCELLINO, Nelson Carvalho. **Lazer e educação**. 6ª.ed. São Paulo: Papyrus, 2000.

\_\_\_\_\_. **Estudos do lazer: uma introdução**. Campinas: Autores Associados, 2002.

MASCARENHAS, Fernando. Outro lazer é possível! Desafio para o Esporte e Lazer da Cidade. In: CASTELLANI FILHO, Lino. (Org). **Gestão pública e política de lazer: a formação de agentes sociais**. Campinas/SP: Autores Associados, 2007.

MORAIS, J. L. Bolzan de. **A subjetividade do tempo: uma perspectiva transdisciplinar do Direito e da Democracia**. Porto Alegre: Livraria do advogado; Santa Cruz do Sul: Edunisc, 1998.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais: Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais**. 1. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

PADILHA, Valquíria. A indústria cultural e a indústria do lazer: uma abordagem crítica da cultura e do lazer nas sociedades capitalista globalizadas. In: MÜLLER, Ademir; DACOSTA, Lamartine Pereira (Orgs.). **Lazer e desenvolvimento regional**. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2002.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. **Controle Judicial da Discricionariedade Administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas**.

Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

SANT'ANNA, Denise Bernuzzi de. **O prazer justificado**: história e lazer. São Paulo: Editora Marco Zero, 1994.

SANTOS, Milton. **O Espaço do Cidadão**. São Paulo: Nobel, 1987.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2015.

\_\_\_\_\_. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SILVA, Robinson Moreira da. **Proposição de Programa para Implantação de Acessibilidade ao meio Físico**. 2004. 1 v. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1998. Disponível em: <<http://teses.eps.ufsc.br/defesa/pdf/000.pdl>>. Acesso em: 04 maio 2019.

WYZYKOWSKI, Adriana Brasil Vieira. **A concretização do direito fundamental ao lazer nas relações de emprego**. Salvador: 2012. Disponível em: <[https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/8451/1/ADRIANA%20BRASIL%20VIEIRA%20WYZYKOWSKI%20-%20DISSERTA%C3%87%-C3%83O.pdf](https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/8451/1/ADRIANA%20BRASIL%20VIEIRA%20WYZYKOWSKI%20-%20DISSERTA%C3%87%C3%83O.pdf)>. Acesso em: 07. maio 2019.

ZUCHETTO, A. T; CASTRO, R. L. V. G. As Contribuições das Atividades Físicas para a Qualidade de Vida dos Deficientes Físicos, **Revista Kinesis**, Santa Maria – RS, n.26, p. 52-166, 2002.



## CAPÍTULO 3

# O PROCESSO COLETIVO COMO VERTENTE DE ACESSO À JUSTIÇA

Daniele Alves Moraes<sup>1</sup>

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por finalidade analisar a efetividade do acesso à justiça através do processo coletivo.

Um dos motivos para a escolha do tema é o fato de que o processo coletivo é alvo de polêmicas no âmbito da doutrina, jurisprudência e, também, junto à própria sociedade que, muitas vezes, sequer tem conhecimento da existência, importância e utilidade do processo coletivo.

Acresça-se a esse fato a grande dificuldade por parte dos operadores do Direito em lidar com as ações coletivas, o que se deve principalmente, ao fato de que o uso das ações coletivas ainda é tarefa relativamente nova para os operadores do Direito.

Existem muitos operadores do Direito que ainda não tiveram contato com ações coletivas e infelizmente, ainda são poucas as faculdades de Direito que possuem disciplinas específicas em sua grade curricular para tratar do chamado “direito coletivo”, tanto no seu aspecto material quanto processual.

Além disso, os precedentes práticos que podem ser adotados como parâmetros para dirimir as dificuldades encontradas na prática ainda são poucos, já que o processo de conhecimento coletivo, a efetiva liquidação e cumprimento das sentenças coletivas, ainda é uma realidade relativamente recente em nosso país.

Por fim, cumpre ressaltar que em razão da complexidade e da extensão do tema, que é permeado por questões de direito material e processual, não temos a pretensão de esgotá-lo. Pretendemos apenas apresentá-lo e discuti-lo de forma simples e objetiva, com a finalidade de provocar a reflexão dos operadores do Direito, buscando demonstrar que um dos caminhos para efetivar o acesso à justiça é desmistificar o uso do processo coletivo.

## 1. O MICROSSISTEMA DE PROCESSOS COLETIVOS

A sociedade contemporânea apresenta conflitos de massa, que não conseguem ser solucionados efetivamente com os institutos tradicionais do processo individual. É preciso buscar um processo que possa solucionar esses conflitos. As Ações Coletivas são o reflexo desse contexto.

---

<sup>1</sup>Graduada em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia, especialização em Direito Processual Penal Constitucional pela Escola Paulista de Magistratura, Mestre em Direitos Coletivos e Função Social do Direito pela Universidade de Ribeirão Preto, Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. (Endereço eletrônico: damoraes@hotmail.com)

As Ações Coletivas (ASSAGRA, 2003, P.30) têm o intuito de tutelar direitos que atingem a sociedade como um todo ou ainda determinados grupos devidamente organizados, desde que exista comunhão de situação de fato e de direito, justificando o tratamento coletivo do problema. Aumenta a cada dia a preocupação com a tutela de direitos como saúde, educação, cultura, segurança, meio-ambiente sadio, entre outros. Direitos de natureza fluida, atribuindo-se sua titularidade a todo e qualquer cidadão.

O caráter individual desses direitos não é afastado, mas eles transcendem a esfera do indivíduo, o enfoque não se dá nas relações intersubjetivas, mas sim nas relações inerentes às sociedades de massa. Daí o motivo de serem chamados direitos transindividuais, metaindividuais, ou supraindividuais.

Neste novo contexto social, o processo civil clássico, individualista, não consegue mais outorgar a toda a gama de novos direitos então surgidos (decorrentes da massificação da sociedade), a efetividade pretendida.

Regras tradicionais de prescrição, decadência, competência, litispendência, coisa julgada, legitimidade, usadas no processo individual não podem simplesmente ser aplicadas a direitos que ultrapassam a esfera da individualidade.

Em razão desta dificuldade e da relevância que estes direitos atingiram na sociedade contemporânea, passou a ordem jurídica a protegê-los, criando mecanismos processuais que possibilitam a alguns grupos, indivíduos ou instituições a sua defesa, independente da titularidade do direito material.

Para Ada Pellegrini Grinover (2000, p. 9-10), os estudos sobre os interesses difusos e coletivos se iniciaram na

Itália nos anos setenta. Denti, Cappelletti, Proto Pisani, Vigoriti, Trocker anteciparam o Congresso de Pavia de 1974, que discutiu seus aspectos fundamentais, destacando com precisão as características que os distinguem: indeterminados pela titularidade, indivisíveis com relação ao objeto, colocados a meio caminho entre os interesses públicos e os privados, próprios de uma sociedade de massa e resultado de conflitos de massa, carregados de relevância política e capazes de transformar conceitos jurídicos estratificados, como responsabilidade civil pelos danos causados no lugar da responsabilidade civil pelos prejuízos sofridos, como a legitimação, a coisa julgada, os poderes e a responsabilidade do juiz e do Ministério Público, o próprio sentido da jurisdição, da ação, do processo.

Insta salientar que existe no Brasil um microsistema próprio para o processo coletivo, ou seja, um sistema próprio para a tutela dos interesses provenientes dos conflitos de massa, a Tutela Jurisdicional Diferenciada, assim chamada pelos processualistas italianos.

Os diversos textos legais acerca dos direitos ou interesses transindividuais formam um microsistema interligado. Existindo lacuna ou ausência de disciplina normativa em um texto legal, aplica-se a norma de outra lei pertencente

ao microsistema de processos coletivos. Dessa forma o Código de Processo Civil só será invocado na ausência total de uma disciplina específica ou caso haja expressa previsão legal (GOMES JR., FAVRETO, 2009, p 176).

Vários institutos jurídicos foram surgindo para fazer com que a proteção dos interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos se tornasse mais eficaz. E as normas que disciplinam esses direitos e interesses formam um microsistema de processos coletivos, de proteção dessas espécies de direitos (difusos, coletivos e individuais homogêneos).

O microsistema de processos coletivos encontra amparo na doutrina (SILVA, 2009, p. 5) e jurisprudência<sup>2</sup>: “(...)5. Tal conclusão encontra fundamento, também, no diálogo das fontes entre o art. 81 da Lei 10.741/2003 (o Estatuto do Idoso) e o art. 5o., II da Lei 7.347/1985, na formação de um *microsistema de tutela coletiva* em proteção da população idosa.”

Esses diplomas legais foram surgindo para regulamentar a preocupação de que categorias de direitos coletivos não poderiam ficar relegadas a procedimentos individuais. E conseguiram demonstrar a autonomia metodológica do direito processual coletivo como um novo ramo do direito processual brasileiro (ASSAGRA, 2008, p.1).

Busca-se com a tutela jurisdicional a realização do direito substancial, conferindo àquele que tem direito tudo que lhe é devido, na sua perfeita medida e proporção.

Contudo, no cenário jurídico nacional existem vários obstáculos para a efetividade do Direito Coletivo, entre eles a dificuldade quanto à compreensão do Direito Coletivo por parte dos operadores do Direito e a dispersão das vítimas.

Mesmo enfrentando todas essas dificuldades, ou por causa dessas dificuldades, nasce a necessidade de investigar questões do direito material e processual coletivo para que se possa viabilizar a efetiva concretização do direito levado a juízo, o que não é objeto desse trabalho. Cumpre aqui apenas ressaltar a importância do processo coletivo como instrumento eficaz para o alcance ao acesso à justiça.

Busca-se com a tutela jurisdicional a realização do direito substancial, conferindo àquele que tem direito tudo que lhe é devido, na sua perfeita medida e proporção.

## **1.1. PROCESSO COLETIVO COMO VERTENTE DO ACESSO À TUTELA JURISDICIONAL**

O processo civil brasileiro, de concepção individualista, é apto a solucionar os conflitos eminentemente privados, ou seja, protege os direitos subjetivos das pessoas envolvidas no conflito. O processo coletivo precisa ir além.

<sup>2</sup> AgInt no AREsp 1220572/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/03/2019, DJe 26/03/2019.

O processo precisa proporcionar ao cidadão acesso à ordem jurídica justa, respondendo às mais variadas situações. Nos conflitos de massa essa preocupação torna-se ainda maior. A doutrina costuma justificar o processo coletivo com base nas ideias de acesso à tutela jurisdicional e economia processual.

O processo coletivo não pode ficar restrito à proteção dos direitos subjetivos envolvidos no conflito, deve ser capaz de proteger também bens e valores de interesse geral, estabelecendo o dever jurídico de respeitar esses bens e valores e ainda medidas eficazes para que essas obrigações sejam cumpridas.

Os princípios do acesso à tutela jurisdicional, da efetividade e da celeridade processual tornam-se verdadeiros preceitos para a solução dos conflitos de massa, de forma que o tratamento dispensado às questões coletivas, por qualquer de suas espécies, há de ser no sentido de alcançar maior eficácia na solução dos litígios.

A efetividade do direito encontra correspondência com o princípio constitucional do acesso à tutela jurisdicional que, na lição de Luiz Guilherme Marinoni (1999, p. 28):

[...] quer dizer acesso a um processo justo, a garantia a uma justiça imparcial, que não só possibilite a participação efetiva e adequada das partes no processo jurisdicional, mas que também permita a efetividade da tutela dos direitos, consideradas as diferentes posições sociais e as específicas situações de direito substancial. Acesso à justiça significa, ainda, acesso à informação e à orientação jurídica e a todos os meios alternativos de composição de conflitos.

O acesso à tutela jurisdicional (CAPPELLETTI, 1998, p. 8) através do processo coletivo pode ser observado sob várias vertentes. A primeira diz respeito à possibilidade de exame pelo Poder Judiciário de lesões ou ameaças de lesões a direitos que não possuem titular determinado, como os chamados direitos fundamentais de terceira geração ou dimensão.

Sob outra vertente, como explica Gidi (2007, p.31), examinando a experiência das *class actions* no direito norte americano, as ações coletivas asseguram o acesso à tutela jurisdicional de pretensões que, de outra forma, dificilmente chegariam ao Poder Judiciário, como os casos em que o indivíduo sofre um prejuízo financeiro reduzido, não se sentindo estimulado, pelo dispêndio de tempo e dinheiro, a recorrer ao Judiciário.

A economia processual também é observada nos processos coletivos, pois embora ele permita o acesso ao Judiciário de pretensões que, de outra forma, não seriam apreciadas, possibilita que um grande número de ações individuais repetitivas, em torno de uma mesma controvérsia, sejam substituídas por uma única Ação Coletiva.

Cumprido agora demonstrar quais interesses ou direitos podem ser tutelados através do processo coletivo.

## 2. DIREITOS OU INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS

Como afirmado antes, os interesses ou direitos transindividuais apresentam certas particularidades que serão agora analisadas. Abordaremos o tema explicitando o que se entende hoje no Brasil por interesses ou direitos coletivos *lato sensu*, os difusos e coletivos, e por interesse ou direito individual homogêneo.

No presente estudo, as expressões “direitos” e “interesses”, sempre que se referirem aos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, serão utilizadas como sinônimas.

Diversos ordenamentos jurídicos não qualificaram as pretensões coletivas como direitos subjetivos<sup>3</sup>, porque essas pretensões fugiam ao caráter individualista do direito subjetivo. De acordo com José Manuel de Arruda Alvim (2005, p.76):

A ideia central do direito subjetivo é sua rigorosa individualização e atribuição de poder subjetivo a uma pessoa ou ente jurídico, em si mesmo e em relação à titularidade, o que se projetou no Código de Processo Civil, encontrando sua longa manus no art. 6º desse diploma, marcadamente individualista.

As pretensões coletivas eram então designadas pela doutrina com a expressão “interesse”,<sup>4</sup> pois representavam aspirações materiais que transcendiam as aspirações individuais (VENTURI, 2007, p. 44-45).

As aspirações coletivas não poderiam ser qualificadas como direitos subjetivos, pois se nega a elas a possibilidade de imputar-lhes uma titularidade individual e exclusiva, pois são pertinentes a toda a sociedade ou parcela desta.

Possuem ainda natureza extrapatrimonial, pois não são economicamente apropriáveis por ninguém. Por esses motivos a doutrina designava as pretensões coletivas como interesses difusos ou interesses coletivos. A expressão “inte-

---

<sup>3</sup>De acordo com Vicente Ráo: O conjunto sistemático de normas destinadas a disciplinar a conduta dos homens na convivência social, asseguradas pela proteção-coerção a cargo do Estado, constitui o direito positivo que é o direito próprio de cada povo. Mas, no direito positivo uma distinção fundamental existe entre a norma considerada em si e a faculdade que ela confere às pessoas, singulares ou coletivas, de procederem segundo o seu preceito, isto é, entre a norma que disciplina a ação (*norma agendi*) e a faculdade de agir de conformidade com o que ela dispõe (*facultas agendi*). Aquela, como mandamento, ou diretriz que é, vive fora da pessoa do titular da faculdade conferida e constitui o direito objetivo; esta, que na pessoa do titular se realiza, forma o direito subjetivo. RÁO, Vicente. **O Direito e a Vida dos Direitos**, 6 ed. anot. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 215.

<sup>4</sup>Acerca do Interesse podemos recordar a lição de Francesco Carnelutti: “Interesse não significa um juízo, mas uma posição do homem, ou mais exatamente: a posição favorável à satisfação de necessidade. A posse do alimento ou do dinheiro é, antes de tudo, um interesse, porque quem possui um ou outro está em condições de satisfazer a sua fome. Os meios para a satisfação das necessidades humanas são os bens. E se acabamos de dizer que interesse é a situação de um homem, favorável à satisfação de uma necessidade, essa situação se verifica, pois, com respeito a um bem: homem e bem são os dois termos da relação que denominamos interesse; Sujeito do interesse é o homem e objeto daquele é o bem”. CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de Direito Processual Civil**, vol. I, trad. Hilomar Martins Oliveira, 1. ed., São Paulo: Classic Book, 2000, p.55.

resse” foi utilizada na edição da Lei da Ação Civil Pública e na Constituição Federal.

Com a edição do Código de Defesa do Consumidor o legislador passou a adotar as expressões “interesses” e “direitos” como sinônimas.<sup>5</sup>

Na verdade não existe utilidade prática para as distinções conceituais entre interesses e direitos, pois o Poder Judiciário brasileiro deve tutelar indistintamente interesses e direitos (LEONEL, 2002, p. 84).

Segundo Kazuo Watanabe (2017, p. 819): “Os termos “interesses” e “direitos” foram utilizados como sinônimos. Certo é que, a partir do momento em que passam a ser amparados pelo direito, os “interesses” assumem o mesmo *status* de “direitos”, desaparecendo qualquer razão prática, e mesmo teórica, para a busca de uma diferenciação ontológica entre eles.”

A este respeito, Elton Venturi (2007, p. 47) observa que:

o legislador, certamente alertado sobre o possível reducionismo que poderia recair sobre a utilização da expressão ‘interesses’ ao invés de ‘direitos’, optou por uma solução conciliatória que acabou prestigian-do a ambas, tornando-as equivalentes para fins de tutela jurisdicional.

Os direitos transindividuais estão situados em uma faixa intermediária de direitos (WAMBIER, 2009, p. 12). Não se situam no direito privado, nem no direito público. Como já afirmado anteriormente os direitos transindividuais transcendem o caráter individual dos direitos, pois o enfoque não se dá nas relações intersubjetivas. Também não podem ser considerados direitos públicos, pois esses tratam das relações entre o Estado e seus súditos.

Os direitos transindividuais tratam das relações inerentes às sociedades de massa, ou seja, estão situados em uma faixa intermediária entre o direito privado e o direito público.

Mauro Cappelletti (1977, p. 35) criticou a rígida dicotomia entre os direitos público e privado, demonstrando que existe categoria intermediária entre eles, em suas palavras:

A *summa* divisio aparece irreparavelmente superada diante da realidade social de nossa época, que é infinitamente mais complexa, mais articulada, mais sofisticada, do que aquela simplista dicotomia tradicional. Nossa época, já tivemos oportunidade de ver, traz prepotentemente ao palco novos interesses difusos, novos direitos e deveres que, sem serem públicos no senso tradicional da palavra, são, no entanto, coletivos: desses ninguém é titular, ao mesmo tempo que todos os membros de um dado grupo, classe, ou categoria, deles são titulares.

---

<sup>5</sup> Nos incisos I, II e III do parágrafo único do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor vêem expresso que a defesa coletiva se dará quando se tratar de interesses ou direitos difusos, interesses ou direitos coletivos e interesses ou direitos individuais homogêneos.

Cumprе ressaltar que não se deve confundir defesa de direitos coletivos com defesa coletiva de direitos (individuais homogêneos).

De acordo com Teori Albino Zavascki (2006, p. 41) direitos coletivos são direitos subjetivamente transindividuais, não possuem titular determinado e são materialmente indivisíveis. O direito coletivo é designação genérica para o direito coletivo e o difuso, as duas modalidades de direitos transindividuais. Os direitos individuais homogêneos são direitos subjetivos individuais, cuja coletivização tem sentido instrumental para permitir sua efetiva tutela em juízo.

O tipo de direito é o que determina a espécie de tutela, e não o contrário. Não é a tutela jurisdicional pleiteada o elemento que define a natureza do direito deduzido em juízo (BEDAQUE, 2003, p. 40).

De acordo com Rodolfo de Camargo Mancuso (2007, p. 103):

Cabe ressaltar que, embora à primeira vista a tríade – interesses difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos – sugira que se cuida de espécies de um mesmo gênero, impende distinguir: os dois primeiros sub-tipos, podem-se dizer, com José Carlos Barbosa Moreira, essencialmente coletivos, sendo que nos difusos aparece absoluto o binômio indivisibilidade do objeto-indeterminação dos sujeitos, contexto que se relativiza nos coletivos em sentido estrito. Já no tocante aos individuais homogêneos, o próprio *nomen iuris* denuncia que se trata de um *novum genus* (antes não previsto no art. 1º da Lei 7.347/85, nem depois, no art. 129, III da vigente CF), cuidando-se de interesses que na substancia remanescem individuais, mas que comportam trato processual coletivo, por concernirem a um número importante de sujeitos, com isso se prevenindo a indesejável atomização do conflito coletivo em múltiplas e repetitivas demandas individuais. Dir-se-ia que estes últimos cuidam de interesses episódica ou contingencialmente coletivos, ou se quiser, coletivos na forma porque vêm manejados judicialmente (art. 81, parágrafo único, III, da Lei 8.078/90).

Passamos então a analisar as particularidades de cada um deles, iniciando pelos difusos.

## 2.1 INTERESSES OU DIREITOS DIFUSOS

Os direitos difusos são caracterizados pela transindividualidade, indivisibilidade e indeterminação de seus titulares. Características estas que apresentam um alto grau de dispersão e relevância social.

Vêm definidos no art. 81, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor “(...) assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”.

De acordo com Pedro da Silva Dinamarco (2001, p. 58) nos interesses difusos, o objeto (ou o bem jurídico protegido) não é passível de divisão, na medida em que é impossível proteger um indivíduo sem que essa tutela não atinja automaticamente os demais membros da comunidade que se encontram na mesma situação.

O direito difuso não é simples soma das pretensões individuais. A indivisibilidade do direito difuso se encontra no bem da vida que se visa proteger. Exemplo clássico de direito difuso é os relacionados com questões ambientais, como a poluição do ar.

José Roberto dos Santos Bedaque (2003, p. 40) explica que “o que caracteriza o direito difuso (...) é a indivisibilidade do objeto, isto é, a satisfação ou a lesão ao interesse de um dos membros do grupo atinge, necessária e automaticamente, a esfera de todos.”

Uma das questões polêmicas acerca dos direitos difusos é saber se pode o indivíduo, isoladamente, defender seu direito englobado pelo direito difuso, pois o que é indivisível no direito difuso é o objeto protegido e não a causa de pedir.

Para buscar a tutela jurisdicional, primeiramente, é necessário que o interessado possua legitimidade. O Código de Processo Civil, em seu artigo 6º, diz expressamente que ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei, ou seja, no ordenamento jurídico brasileiro cada interessado defende pessoalmente seus interesses.

Para estar em juízo defendendo direito alheio é necessário expressa autorização legal. Ocorre que o direito difuso é ao mesmo tempo direito próprio e direito alheio, ou seja, transcende a esfera individual e atinge a esfera coletiva.

Esse dispositivo do Código de Processo Civil (art. 6º) não é adequado para solucionar o problema da legitimação para a causa na tutela dos direitos difusos. De acordo com Nelson Nery Junior (2009, p. 193):

[...] os institutos ortodoxos do processo civil não podem ser aplicados aos direitos transindividuais, porquanto o processo civil foi idealizado como ciência em meados do século XIX, notavelmente influenciado pelos princípios liberais do individualismo, que caracterizam as grandes codificações daquele mencionado século. Ao pensar, por exemplo, em legitimação para a causa como instituto ligado ao direito material individual a ser discutido em juízo, não se pode ter esse mesmo enfoque quando se fala de direitos difusos, cujo titular do direito material é indeterminável.

Para o ajuizamento das Ações Coletivas de um modo geral, são legitimados os entes de direito público, como associações, ministério público, defensoria pública, autarquias, fundações, sociedades de economia mista.<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup>De acordo com o art. 5o da lei 7.347/85: “Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: I - o Ministério Público; II - a Defensoria Pública; III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Muni-

Dentre as Ações Coletivas, a única que possui legitimação restrita é a Ação Popular, pois somente cidadão pode-se utilizar deste meio de impugnação.

Explica Luiz Rodrigues Wambier (2006, p. 301) que se o titular de uma pretensão individual, abrangida pelo direito difuso, não conseguir sensibilizar os legitimados para agir em nome da coletividade, então “deverá valer-se do sistema processual comum, da legitimidade ordinária, previsto no Código de Processo Civil, buscando a tutela jurisdicional também com fundamento em direito subjetivo individual”.

De acordo ainda com referido autor os direitos difusos devem ser encarados como direitos novos, desvinculados dos direitos subjetivos já protegidos pelo ordenamento jurídico. Esses direitos novos devem receber tratamento processual diferenciado e conviver harmonicamente com aqueles.

Explica Wambier (2003, p. 303) que:

[...] há alguns anos, o sistema processual, com os mecanismos da legitimação ordinária (ao titular do direito cabe sua defesa em juízo) e da legitimação extraordinária (defesa de interesse alheio em nome próprio), não continha elementos suficientes para responder satisfatoriamente a uma nova gama de direitos, que paulatinamente foram reconhecidos e incorporados ao acervo de bens susceptíveis de proteção, sendo necessário criar um outro sistema, capaz de conviver com o remanescente sistema tradicional, mas baseado em novas posturas metodológicas.

A criação desses novos mecanismos de defesa dos direitos, vinculados aos direitos difusos e coletivos, não é inconstitucional. Criaram-se mecanismos especiais para direitos novos, ou seja, diferenciados dos direitos individuais subjetivos tradicionais.

Quanto à natureza jurídica da legitimidade conferida aos entes que atuam no pólo ativo das ações coletivas não existe um consenso na doutrina.

Alguns doutrinadores entendem que os entes legitimados atuam como substituto processual. De acordo com Ephraim de Campos Jr., citado por Luiz Manoel Gomes Jr. (2008, p. 74) a substituição processual seria um gênero da legitimação extraordinária e ocorreria “(...) quando a lei atribuir a alguém legitimação para pleitear, como autor ou réu, em nome próprio, direito (pretensão) alheio, com autonomia e exclusividade (...)”.

Já Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (2016, p. 334) explicam que a figura da substituição processual existe somente no direito singular e no direito processual civil individual. O substituto substitui pessoa determinada, defendendo em seu nome o direito alheio do substituído. Direitos difusos

---

cípios; IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; V - a associação que, concomitantemente: a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

e coletivos não poderiam ser regulados pelo mesmo sistema, porque possuem como característica a não individualidade. Não se substitui coletividade ou pessoas indeterminadas.

Acrescentam ainda que o que ocorre é um fenômeno próprio do direito processual civil coletivo, que seria a legitimação autônoma para a condução do processo. Através da legitimação autônoma para a condução do processo o legislador, independente do conteúdo do direito material a ser discutido em juízo, legitima pessoa, órgão ou entidade a conduzir o processo judicial no qual se pretende proteger o direito difuso ou coletivo.

O autor Ricardo de Barros Leonel (2002, p. 159) explica que as concepções tradicionais da legitimação, como premissas absolutas, devem ser abandonadas. Argumenta que no caso das Ações Coletivas, os entes legitimados, possuiriam legitimação autônoma para a condução do processo, que não se confunde nem com legitimação extraordinária, nem com legitimação ordinária.

Segundo entendimento de Luiz Manoel Gomes Jr. (2008, p. 54-55) as Ações Coletivas emergem no contexto de uma temática inteiramente diferenciada. O processo tradicional possui caráter individual. Logo, para se tratar das ações Coletivas faz-se necessário uma releitura de conceitos clássicos, como por exemplo, os conceitos de legitimação e interesse.

Esses conceitos necessitam de uma readaptação para analisar os pressupostos e condições das ações coletivas.

Assim, as Ações Coletivas possuem uma legitimação processual coletiva que seria a possibilidade de almejar a proteção dos direitos coletivos *lato sensu* (difusos, coletivos) e individuais homogêneos, ainda que haja coincidência entre os interesses próprios de quem atua com os daquele que serão, em tese, beneficiados com a decisão a ser prolatada.

O acesso à tutela jurisdicional se dá adotando-se um ou outro critério de legitimação. Tratando-se de direito subjetivo tradicional o acesso à tutela jurisdicional ocorrerá com a utilização do processo civil individual tradicional, e tratando-se de direitos novos (coletivos *lato sensu*) e de direitos individuais homogêneos o acesso à tutela jurisdicional se dará através do processo coletivo.

## 2.2 INTERESSES OU DIREITOS COLETIVOS

O direito coletivo é caracterizado por sua transindividualidade, indivisibilidade e determinação de seus titulares. Vem definido no art. 81, II do CDC: “interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”.

O que diferencia o direito coletivo do direito difuso é a determinabilidade dos seus titulares. Nos dizeres de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2009, p. 299):

[...] a diferença essencial entre os direitos difusos e direitos coletivos (*stricto sensu*) reside no fato de que os direitos difusos pertencem, naturalmente, a pessoas indeterminadas, dissolvidas na sociedade, e que por meras circunstâncias fáticas estão ligadas entre si, enquanto os direitos coletivos (*stricto sensu*) têm como titular grupo, categoria ou classe de pessoas que estão ligadas entre si ou com o violador (ou potencial violador) do direito, por uma relação jurídica base.

É direito transindividual na medida em que transcende o direito de cada uma das pessoas vinculadas ao grupo associativo, para atingir os fins sociais do grupo.

O tratamento processual dado aos direitos coletivos, por se tratar de um direito novo, assim como os direitos difusos, deve ser distinto do tratamento processual dado aos direitos individuais tradicionais. Aqui, quanto à legitimação para a causa na tutela dos direitos coletivos, nos reportamos ao que já foi exposto quanto aos direitos difusos.

### **2.3 INTERESSES OU DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS**

Os interesses individuais homogêneos são definidos pelo Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 81, parágrafo único, III, como aqueles decorrentes de origem comum. Sua titularidade pertence a um número determinado ou determinável de pessoas que tiveram seus direitos individuais violados de forma similar por práticas a que foram submetidas.

Os direitos individuais são qualificados de homogêneos apenas por ficção jurídica, afim de que possam ser, também, defendidos em juízo por ação coletiva.

São os direitos de grupo, categoria, classe de pessoas determinadas ou determináveis, que compartilhem interesses divisíveis, oriundos das mesmas circunstâncias de fato, isto é, possuem uma origem comum.

Como ressaltado no início deste ítem, os direitos individuais homogêneos são verdadeiros interesses individuais, mas circunstancialmente tratados de forma coletiva. Ou seja, não são coletivos em sua essência nem no modo como são exercidos. Na verdade, esses direitos, mais do que os outros dois já tratados, são consequência da moderna sociedade de massa, em que a concentração de pessoas em grandes centros e a produção em série abre espaço para que muitas pessoas sejam prejudicadas por um único fato (DINAMARCO, 2001, p. 60)

Segundo Kazuo Watanabe (2005, p. 825):

*a homogeneidade e a origem comum, são, portanto, os requisitos para o tratamento coletivo dos direitos individuais”, sendo que a origem comum pode ser de fato ou de direito, e a expressão não significa, necessariamente, uma unidade factual e temporal. As vítimas de uma*

publicidade enganosa veiculada por vários órgãos de imprensa e em repetidos dias de um produto nocivo à saúde adquirido por diversos consumidores num largo espaço de tempo e em várias regiões têm, como causa de seus danos, fatos de uma homogeneidade tal que os tornam a ‘origem comum’ de todos eles.

Com relação à *homogeneidade*, a intenção do legislador foi excluir situações pessoais heterogêneas do âmbito da defesa coletiva dos direitos individuais.

A respeito do assunto, Ada Pellegrini Grinover (2004, p. 883)

[...] em tese, a *prevalência da dimensão coletiva sobre a individual* poderia ser útil para aferir, do ponto de vista prático, se efetivamente os direitos individuais são, ou não, homogêneos. Inexistindo, a prevalência dos aspectos coletivos, os direitos seriam heterogêneos, ainda que tivessem origem comum. Provavelmente, poder-se-ia afirmar, em linha de princípio, que essa origem comum (ou causa) seria remota e não próxima. A adotar-se esse critério, dever-se-ia concluir que, não se tratando de direitos homogêneos, a tutela coletiva não poderia ser admitida, por falta de possibilidade jurídica do pedido.

Em algumas situações o vínculo existente entre os direitos individuais dos diversos titulares não autoriza a propositura de uma ação coletiva, mas sim a propositura de ações individuais, ou, ainda, das chamadas “ações plúrimas”, promovidas por mais de um titular do direito, por meio de litisconsórcio ativo facultativo (YOSHIDA, 2006, p. 16).

O intuito do legislador ao elencar o requisito da homogeneidade foi provavelmente o de excluir eventuais situações pessoais heterogêneas do âmbito da defesa coletiva dos direitos individuais.

A semelhança entre os direitos individuais homogêneos e os coletivos é o tratamento processual dispensado a ambos. Os direitos difusos e os direitos coletivos efetivamente representam novas formas de condutas apreciadas pelo ordenamento jurídico, mas os direitos individuais homogêneos não. Eles são os direitos subjetivos individuais tradicionais, que possuem como titulares pessoas individualmente consideradas.

Exercida a ação coletiva por um dos legitimados do art. 82 do Código de Defesa do Consumidor, o titular do direito individual não deve aguardar passivamente o deslinde da ação.

De acordo com o Código de Defesa do Consumidor, cada titular da pretensão individual lesada, mesmo que homogênea, deve propor sua própria ação,<sup>7</sup> ou intervir no processo coletivo como litisconsorte,<sup>8</sup> ou ainda, promo-

---

<sup>7</sup>Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

<sup>8</sup>Art. 94. Proposta a ação, será publicado edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor.

ver a liquidação e consequente execução<sup>9</sup> da obrigação constante da sentença coletiva.

### **3. PROCESSO COLETIVO COMO INSTRUMENTO EFETIVO DO ACESSO À JUSTIÇA**

Por meio da função legislativa, o Estado estabelece normas de conduta, regulando as ações humanas para garantir e melhorar a vida em comunidade. Essas normas de conduta, de observância imperativa, geralmente são aceitas e obedecidas por todos.

Quando não respeitadas, cabe ao Estado, substituindo a vontade das partes (visto que não é admitido no ordenamento jurídico brasileiro a autotutela), adotar medidas de coação, para que as normas de conduta não se transformem em letra morta.

Essa função do Estado, de observar o cumprimento das normas de conduta e, em caso negativo, aplicar as devidas medidas de coação, é a chamada função Jurisdicional do Estado.

A busca da efetividade é o desafio do processo civil atual. A efetividade do direito material não é somente provocar a atuação do Estado na solução dos conflitos. A efetividade deve ser entendida como o direito de obter, em um prazo razoável, uma decisão justa e capaz de atuar eficazmente no plano fático.

De acordo com Bedaque (2009, p. 20):

A tarefa principal do ordenamento jurídico é estabelecer uma tutela de direitos eficaz, no sentido de não apenas assegurá-los, mas também garantir sua satisfação. O ordenamento será efetivo quando, vigente a lei, seja ela espontaneamente acatada pelo destinatário, por encontrar correspondência na realidade social; ou quando a atuação se der coercitivamente, mediante a adoção de medidas que substituam a atuação espontânea. Todos os fatos sociais juridicamente relevantes devem ocorrer em conformidade com a vontade geral e abstrata do legislador, de forma natural ou coercitiva.

A preocupação com a efetividade da jurisdição surgiu com o movimento do acesso à tutela jurisdicional. Movimento bem representado por Mauro Cappelletti e Vittorio Denti, que compilaram estudos realizados e demonstraram reais problemas do sistema jurídico. Para Candido Rangel Dinamarco (1998, p. 21) o acesso à tutela jurisdicional equivale à obtenção de resultados justos, explicando que

---

<sup>9</sup> Art. 97. A liquidação e a execução de sentença poderão ser promovidas pela vítima e seus sucessores, assim como pelos legítimos de que trata o art. 82.

[...] não tem acesso à justiça aquele que sequer consegue fazer-se ouvir em juízo, como também os que, pelas mazelas do processo, recebem uma justiça tardia ou alguma injustiça de qualquer ordem. Augura-se a caminhada para um sistema em que se reduzam ao mínimo inevitável os resíduos de conflitos não jurisdicionalizáveis (a universalização da tutela jurisdicional) e em que o processo seja capaz de outorgar a quem tem razão toda a tutela jurisdicional a que tem direito.

Enfocando nossa análise na garantia do acesso à justiça enxergamos que o processo coletivo é um poderoso instrumento para a sua efetividade. Isso porque, além de prestigiar a economia processual, adapta-se ao princípio da igualdade, facilitando o acesso ao Judiciário.

O Poder Judiciário, apreciando os conflitos coletivos, que envolvem partes que litigam devido a questões de interesses transindividuais, evita contradição nas decisões proferidas e a demora na solução das controvérsias que poderiam ocorrer se o conflito fosse tratado de forma individual.

O processo coletivo permite um maior aproveitamento dos atos processuais praticados, já que através de uma única ação serão atendidos os interesses de um grupo determinável ou indeterminável de lesados.

É imperioso alcançar a efetividade do acesso à justiça e, como consequência, a prestação da tutela jurisdicional adequada. “Por tutela adequada entende-se a que é provida da efetividade e eficácia que dela se espera” (NERY JUNIOR, NERY, 2006, p. 31).

O acesso à justiça de modo coletivo facilita o acesso ao Judiciário na medida em que, como ocorre na ação civil pública, a demanda é proposta por um legitimado extraordinário que possui mais preparo para a defesa do interesse a ser tutelado. Além disso, muitas vezes, a pessoa prejudicada individualmente em seu direito não se sente encorajada a acessar a justiça, por considerar o dano sofrido exíguo e por constatar que a posição social e econômica do adversário pode ser mais forte.

Explica Cappelletti (1977, p. 130):

A pessoa lesada se encontra quase sempre numa situação imprópria para obter a tutela jurisdicional contra o prejuízo advindo individualmente e pode simplesmente ignorar seus direitos; ou, ainda, suas pretensões individuais podem ser muito limitadas para induzi-la a agir em Juízo, e o risco de incorrer em grandes despesas processuais pode ser desproporcional com respeito ao ressarcimento eventualmente obtível.

De fato, os legitimados ativos, ao contrário do autor individual, estão preparados e possuem suporte para enfrentar a parte contrária.

Cumprе ressaltar que nas demandas coletivas existem algumas peculiari-

dades em comparação com as individuais, tal como ocorre com a competência que, em regra, é definida pelo local do dano (artigo 2º da Lei nº 7.347/85); e, a coisa julgada, que, dependendo do tipo de interesse tutelado e do resultado do processo, pode ser erga omnes, ultra partes ou não ter eficácia (artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor).

Ainda, conforme se depreende do disposto no artigo 18 da Lei nº 7.347/85, não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogado, custas e despesas processuais. Essas são apenas algumas das peculiaridades das ações coletivas que não cumpre aqui esmiuçar, pois a única pretensão com esse artigo é demonstrar a efetividade do acesso à justiça através do processo coletivo.

Portanto, dizer o direito de forma coletiva caracteriza uma enorme contribuição para o acesso à justiça. É um corolário do princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, pois sendo a jurisdição monopólio do Estado, cabe a este prestá-la de forma célere e efetiva, e uma das formas disso ocorrer é por meio do processo coletivo. O processo é instrumento da jurisdição e a sua forma coletiva torna ainda mais eficaz a prestação desta.

## CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto é possível concluir que processo coletivo é um instrumento adequado para a efetividade do acesso à justiça. Isso porque privilegia a economia processual e a igualdade.

De fato, o acesso à justiça de modo coletivo, além de evitar a contradição nas decisões proferidas, permite maior aproveitamento dos atos processuais praticados. Além do mais, permite a prestação da tutela jurisdicional adequada.

Através do processo coletivo, o Poder Judiciário analisará lesões ou ameaças de lesões a direitos que não possuem titular determinado e, ainda, poderá analisar pretensões que, de outra forma, dificilmente chegariam ao Poder Judiciário. Dessa forma os princípios do acesso à tutela jurisdicional, da efetividade, da celeridade e da economia processual ficam garantidos pelo processo coletivo.

Como demonstrado, o acesso à justiça de forma coletiva garante a efetividade da garantia constitucional da inafastabilidade do Poder Judiciário. Mais do que a previsão de direitos e garantias, é necessário a efetividade desses direitos e garantias, e, em se tratando do acesso à justiça, conforme abordado neste artigo, não se pode esquecer que o processo coletivo é um instrumento que facilita o acesso ao Poder Judiciário e possibilita a prestação da tutela jurisdicional adequada.

## REFERÊNCIAS

ASSAGRA, Gregório de Almeida. **Direito Material Coletivo**. Superação da Summa Divisio Direito Público e Direito Privado por uma nova Summa Divisio Constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

\_\_\_\_\_. **Direito Processual Coletivo Brasileiro: um novo ramo do Direito Processual**. Princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação. São Paulo: Saraiva, 2003.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo**. Influência do Direito Material sobre o Processo. 3 ed. rev, atual., São Paulo: Malheiros, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie NorthFleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

\_\_\_\_\_. **Formações Sociais e Interesses Coletivos Diante da Justiça Civil**. **RePro 05**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituições de Processo Civil**. Tradução de Adrián Sotero de Witt Batista. v. I. São Paulo: Classic Book, 2000.

\_\_\_\_\_. **Sistema de Direito Processual Civil. v.I**, trad. Hilomar Martins Oliveira, 1. ed., São Paulo: Classic Book, 2000.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**, São Paulo: Malheiros, 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DINAMARCO, Pedro da Silva. **Ação civil pública e suas condições da ação**. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos**: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. **Curso de Direito Processual Civil Coletivo**. 2. ed. São Paulo: SRS Editora, 2008.

GOMES JR., Luiz Manoel. FAVRETO, Rogério. Anotações sobre o projeto da nova lei da ação civil publica: principais inovações. **RePro 176**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al.. **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 8. ed.. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini (org.). **Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Revista

dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos. **Revista de Processo**, n.97, São Paulo, jan./mar.2000.

\_\_\_\_\_. Da defesa do consumidor em juízo. In: \_\_\_\_ et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor**. 7. ed. Rev. ampl. atual. São Paulo: Forense Universitária, 2001.

\_\_\_\_\_. A Ação Civil Pública Refém do Autoritarismo. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 98, outubro/dezembro de 1999.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual de Processo Coletivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Civil Pública**. Em Defesa do Meio Ambiente. 11 ed. rev. ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 16. ed. São Paulo: RT, 2016.

RÁO, Vicente. **O Direito e a Vida dos Direitos**, 6. ed. anot. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 215.

SILVA, Érica Barbosa e. **Cumprimento de Sentença em Ações Coletivas**. São Paulo: Atlas, 2009.

SILVA, Flávia Regina Ribeiro da. **Ação Popular Ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

VENTURI, Elton. **Processo Civil Coletivo**. A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Liquidação da Sentença Civil Individual e Coletiva**. 4. ed. Reformulada, atualizada e ampliada da obra Sentença Civil: Liquidação e Cumprimento. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

WATANABE, Kazuo. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. **Tutela dos interesses difusos e coletivos**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Civil Coletivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

## CAPÍTULO 4

# O PROCESSO DE ADOÇÃO ENVOLVENDO CRIANÇAS E ADOLESCENTES VÍTIMAS DE ABUSO SEXUAL: DA LÓGICA DAS AVALIAÇÕES ÀS DINÂMICAS DE TRATAMENTO EM BENEFÍCIO DA CRIANÇA E A *MISE EN SCÈNE* DE IGUALDADE ENTRE ATORES E SABERES

Gustavo Nascimento Tavares<sup>1</sup>

### 1. INTRODUÇÃO

O processo judicial de adoção, sobretudo, aqueles que envolvem crianças e adolescentes vítimas de abuso sexual, constitui um dos campos do direito prático mais sensíveis ao modo de ser das relações humanas, exigindo, por sua vez, um olhar compreensível, tanto no que tange as questões postas em discussão, quanto acerca dos sujeitos participantes e destinatários da atuação jurisdicional. Ocorre, porém, que, o direito é insuficiente em acomodar as indeterminações desse tipo de relação, pois, a lógica que opera o processo judicial fundamenta-se no autoritarismo estatal e no subjetivismo decisório, concentrando o centro de forças na figura do juiz, tornando o processo um instrumento de convencimento para uma decisão subjetiva a qual detém a prerrogativa de romper, constituir e redimensionar relações afetas aos direitos fundamentais de sujeitos que, não tem voz autônoma nesse produto final, mas, apenas exercem influência consultiva ou meramente persuasiva para a formação de uma convicção do julgador.

Diante desse contexto, o problema que se apresenta vai de encontro a uma necessária ressignificação do modo de ser do processo, subvertendo a disposição cênica que remete a decisão à consciência do aplicador para realocá-la enquanto produto intersubjetivo concebido no, e pelo processo, dissociando atos decisórios e julgamentos subjetivos da decisão em si. Ocorre, que para essa transformação é essencial que o processo proporcione múltiplas interferências, reconhecendo-as como partes constitutivas deste e, com aptidão de influenciar seu resultado, se abrindo para novos atores e saberes, sempre por meio da linguagem. Ou seja, o processo ainda é insuficiente em alcançar de modo satisfatório as possibilidades dos direitos fundamentais, pois, cede lugar ao subjetivismo e ao autoritarismo, desmerecendo a participação de todos os atores envolvidos e todos os saberes postos à disposição do melhor interesse da criança e do adolescente. Ora, nos casos envolvendo a adoção de crianças e adolescentes vítimas de abuso sexual, o processo como construtor de laços de confiança, emancipação dos sujeitos e distribuição do protagonismo no acolhimento institucional representa uma hipótese constitucional e democrática de

---

<sup>1</sup>Gustavo Nascimento Tavares, Mestre em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia – MG (2016-2018); graduação em Direito, modalidade Bacharelado, (2011-2015) e em Matemática, modalidade licenciatura (2002-2007), ambas as graduações pela Universidade Federal de Uberlândia - MG. Advogado voluntário na Organização Filantrópica de apoio à adoção Pontes de Amor na cidade de Uberlândia- MG.

melhoria da prestação jurisdicional, ou seja, o tempo do processo é tempo de vida dos envolvidos, e por isso, pode (deve) efetivar direitos durante seu percurso, garantindo a influência dos atores e dos saberes na decisão e projetando tais direitos na continuidade das relações.

A metodologia empreendida nesta pesquisa se deu em consonância com predileções hermenêuticas estruturadas em Gadamer e Heidegger, bem como no pós-estruturalismo, com ressonância em Foucault e outros pensadores, liberando o texto para um multiverso de sentidos nas formas simbólicas da linguagem, dissociando o conceito de verdades absolutas das ciências das humanidades, pois, ao mesmo tempo em que o estudo se liga a interpretação do mundo considerando os pré-conceitos para se alcançar a compreensão, arranja-se também, na crítica à consciência, para conceber a linguagem enquanto lugar do ser, embora em reflexão com seu contexto. O Estudo, portanto, condiciona a hipótese de abertura do modo de aplicação do direito aos atores envolvidos e aos saberes afetos as questões do conflito, desvelando um espaço de emancipação e continuidade das conquistas de direitos, tornado o processo mais humano e sensível ao momento de subjetivação das crianças e adolescentes.

A justificativa para a escolha desse cenário, envolvendo adoção de crianças e adolescentes vítimas de abuso sexual, mostra-se adequado, pois permite projetar as fissuras conceituais da teoria geral do processo e, assim, evidenciar as imprecisões contidas no modo de aplicação do direito, bem como no modo de ser da decisão judicial, desvelando, por outro lado, novos valores a serem perseguidos no, e pelo processo. Por fim, o referencial teórico é dimensionado na Constituição Federal de 1988, bem como no Estatuto da Criança e do Adolescente e nos demais textos jurídicos e filosóficos que contemplem a problema posto, em específico, Hannah Arendt em suas considerações sobre a condição humana.

## **2. O ESPAÇO DE MÚLTIPLOS OLHARES NOS PROCESSOS DE ADOÇÃO: A DISCURSIVIDADE COMO QUEBRA DA DINÂMICA OBSERVADOR-OBSERVADO**

Michel Foucault (1926-1984), em sua *Magnum Opus*, *As Palavras e as Coisas*, de 1966, inicia o texto fazendo uma análise filosófica da pintura *Las Meninas*, feita por Diego Velázquez em 1656, considerada uma das telas mais importantes da história da arte. O filósofo, historiador das ideias, utiliza-se da obra para fazer reflexões acerca da imagem do pensamento enquanto arte além da moldura, que sai da visão binária, observador-observado (sujeito-objeto), evidenciando uma estrutura de conhecimento que convida o observador a participar na representação dentro de outra representação, demonstrando a noção de teatro da vida e espelho do mundo a qual a tela simboliza. Em função des-

sas observações, feitas por Foucault e reconhecidas na pintura, o quadro dos olhares que se cruzam e, em que as inter-relações se dão com quem está nele, com quem o constrói e com quem o vê, acontece, posicionando todos os atores (os personagens, o pintor e os observadores) em uma dimensão de igualdade e de coparticipação na construção dos sentidos por meio da linguagem (FOUCAULT, 2002, p. 3-21).

Esse “espetáculo de olhares”; metaforicamente usado por Michel Foucault, revela uma possível associação filosófica, feita a partir da obra artística, com os sistemas comunicacionais de participações intersubjetivas, desenvolvidos na, e pela linguagem, como, por exemplo, o processo no âmbito jurisdicional, em particular, os processos de adoção envolvendo crianças e adolescentes vítimas de abuso sexual. Eis que o processo de adoção pode e deve ser construído como linguagem, em uma *mise en scène* de igualdade entre o direito e os demais saberes das humanidades, em específico, a psicologia, embora sem objetificar a criança ou o adolescente, contemplando formas de coparticipação em que todos os envolvidos atuem em uma dinâmica reflexiva de diálogos construtivos, desmerecendo a autoridade em prol da alteridade e da solidariedade, em um verdadeiro teatro da vida e espelho do mundo, elevando tais processos de um prisma formal para uma autêntica dimensão substancial de desenvolvimento dos direitos (FOUCAULT, 2002, p. 3-21).

Tais questões se mostram interessantes para conceber uma ressignificação do processo de adoção enquanto espaço construtor de laços de confiança, realizador de acolhimento institucional e fomentador de livre desenvolvimento da personalidade dos sujeitos hipervulneráveis, possibilitando, assim, uma dimensão de igualdade e de coparticipação na resolução do processo, principalmente, os que envolvem crianças e adolescentes vítimas de abuso sexual. No entanto, sobre essa temática, é curioso perceber que as apropriações e as interfaces entre o direito e os demais campos das humanidades, em especial, a psicologia, ficam demasiadamente adstritas ao olhar formal, isto é, concentrado nas avaliações enquanto suporte de fundamentos para os atos jurisdicionais, quando, na realidade, o que se mostra mais consentâneo aos valores perseguidos por tais processos é a verdadeira proteção à criança e ao adolescente, promovendo o zelo, o cuidado e o livre desenvolvimento da personalidade desses atores. Por causa dessas razões, é necessário transformar, de forma efetiva, as inter-relações ocorridas no, e pelo processo, criando um ambiente de coparticipação e coexistência, tanto entre os campos de conhecimento, quanto entre os sujeitos envolvidos, conjecturando uma lógica que posiciona a criança em situação de hipervulnerabilidade como o princípio, o meio e o fim de toda a produção processual, concebendo o processo como feixe relacional que desvela as condições de possibilidades para a emancipação dos sujeitos envolvidos, dando voz aos atores protagonistas (HEIDEGGER, 2005b) (HEIDEGGER, 2005a) (FOUCAULT, 2002).

O direito, apesar de ser um autêntico campo das humanidades, não detém a aptidão de criar conceitos dos fenômenos sociais, mas, sim, coaptá-los de outras ciências e outros ramos do conhecimento para, prescrever comportamentos ou ainda ordenar a vida em sociedade. Dito isso, o saber psicológico fornece para o direito o conceito de violência sexual, para que, tal área do conhecimento defina-os segundo a necessidade contingencial dos conflitos sociais. Dessa forma, Segundo Costa (2003, p. 228), violência sexual pode ser compreendida como toda circunstância de vida que o sujeito é colocado na posição de não poder obter prazer ou de buscá-lo como defesa contra o medo da morte. Em contrapartida, tal forma de violência é dimensionada de modo que a sexualidade é o instrumento da violência, e não a sua fonte, posicionando a criança, na condição de hipervulnerabilidade, a um adulto com a finalidade de satisfação sexual deste (COSTA, 2003, p. 229).

Ora, diante desses conceitos, o dano psíquico da criança e do adolescente vítima de abuso ou violência sexual mostra-se um desafio para a psicologia e, conseqüentemente, para o direito, enquanto saberes afetos a tais questões responsáveis por promover a tratamento das crianças postas nessas condições. Ocorre, porém, que, a psicologia e o direito ainda não atuam de forma harmônica nesses casos, pois, ao observar a prática jurídica processual envolvendo a adoção de crianças e adolescentes vítimas de abusos sexuais, a condução de tais processos se apoia na psicologia apenas como opiniões para o julgador/juiz formar sua convicção. Entretanto, tal modelo de aplicação do direito subverte o que diz a Constituição, a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, bem como o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988, em seus artigos 226 e 227, estrutura as normas relativas à criança e ao adolescente, pormenorizando direitos e fixando os deveres do Estado brasileiro. Por sua vez, a convenção sobre os direitos da Criança, parte integrante e harmônica do ordenamento jurídico brasileiro, em seu artigo Terceiro, asseguram o interesse maior da criança em quaisquer atos institucionais, bem como garantem a proteção, o cuidado e o seu bem-estar, tanto por parte do Estado quanto em relação à família. Por outro lado, o Estatuto da Criança e do Adolescente, instrumento normativo específico sobre o tema, também reforça tais valores ligados ao livre desenvolvimento da personalidade desses sujeitos, em particular, nos artigos 3º e os demais nos quais se prescreve os direitos da criança e o seu direito a conquistar direitos, ou seja, tornar-se um indivíduo com pleno desenvolvimento de sua personalidade. No entanto, é importante ressaltar que o processo constitui parte da vida dos envolvidos, e por isso, identifica-se enquanto ambiente apto a conceber direitos, sendo fundamental que nesse tempo e espaço ocorra a realização dos preceitos da Constituição de 1988, da Convenção Internacional da ONU e do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) de modo a beneficiar a criança já no processo.

(BRASIL, 1988) (BRASIL, 1990) (ONU, 1989).

Entretanto, o processo judicial de adoção de crianças vítimas de abuso sexual, apesar de ter em mente a realização de tais direitos projetando as relações para o futuro dos sujeitos envolvidos, perde a real possibilidade de tornar o processo esse ambiente de desenvolvimento de direitos, contemplando o início e a continuidade dessas relações, pois foca-se na satisfação do interesse da criança ao final do processo, destinando os saberes da relação ao juiz e, olhando para a criança enquanto objeto de disputa, ou seja, estrutura-se na lógica das avaliações para o convencimento do juiz decidir qual o melhor caminho da criança no processo de adoção. Tal filosofia processual desconsidera a imanência do saber psicológico, tornando-o um instrumento para direito. No entanto, tal saber deve ser autônomo e possibilitar o desenvolvimento dos sujeitos envolvidos em coexistência e coparticipação com outros saberes, bem como com os atores envolvidos.

Em virtude desse contexto, é interessante considerar a vivência processual para construir um ambiente de múltiplos olhares, integrando o saber psicológico enquanto uma estrutura de discurso que dá voz à criança e ao adolescente, emancipando-os para construir as relações intersubjetivas lidando com suas especificidades, criando uma rede de atores e saberes, postos à disposição da reestruturação psíquica da criança e de edificação das suas relações interpessoais em um ambiente de acolhimento institucional, de cuidado e de zelo. Portanto, o redimensionamento do processo enquanto linguagem para além do método torna-o espaço de múltiplos olhares e saberes, quebrando a parede que separa os atores e as áreas do conhecimento atuantes nesse momento, para conceber um teatro da vida e espelho do mundo real, trazendo a vivência dos sujeitos por meio do discurso, intermediados pelo saber psicológico, e aproximando o acontecimento processual da vida dos envolvidos, permitindo a continuidade das relações ao longo do tempo, iniciando a emancipação dos indivíduos e das relações já no acontecer processual (GADAMER, 1997) (GADAMER, 2002).

### **3. INTERFACES ENTRE DIREITO E PSICOLOGIA: A RESSIGNIFICAÇÃO DO PROCESSO ENQUANTO LINGUAGEM E ESPAÇO DE CONSTRUÇÃO DE LAÇOS DE CONFIANÇA, DE ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL E DE LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE DOS SUJEITOS HIPERVULNERÁVEIS**

No campo do Direito, as bases para a ressignificação do processo enquanto linguagem de desenvolvimento dos direitos fundamentais, espaço de construção de laços de confiança, de acolhimento institucional e de livre desenvolvimento da personalidade da criança e do adolescente, repousam em três instrumentos normativos, quais sejam: (i) A Constituição da República Federativa

do Brasil, de 1988 (CRFB/1988); (ii) A Convenção Sobre os Direitos da Criança da Organização das Nações Unidas de 1989; e (iii) o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069 de 1990, (ECA). Por sua vez, tais instrumentos têm existência advinda de *Standards* filosóficos de valorização das humanidades e redistribuição das atenções do Estado para determinados grupos e tipos de sujeitos.

O mal-estar e as angústias impostas às crianças vítimas de abuso sexual demandam do processo judicial de adoção a criação de circuitos sensíveis de proteção e de tratamento, pois, o processo de retirada e, posteriormente, de inserção de uma criança, nessa condição de hipervulnerabilidade, em uma família deve ser permeado de todos os cuidados pessoais e institucionais de modo a assegurar o pleno desenvolvimento de sua personalidade, transformando o processo de adoção em uma oportunidade única de conquista de direitos por meio do seu tratamento psíquico, utilizando-se da psicologia enquanto voz dos atores protagonistas e canal de ressonância da escuta destes, projetando suas falas no processo. Essa sutil guinada no modo de ser da aplicação do direito, da autoridade jurisdicional à alteridade múltipla entre os participantes e saberes, constitui em elemento do Estado Constitucional e Democrático de Direito em sua feição mais garantista, impondo o protagonismo do saber em detrimento do protagonismo do poder (FERRAJOLI, 2002).

Entretanto, no campo da psicologia, o aproveitamento desse saber das humanidades é desprestigiado no processo e integralmente submetido ao campo jurídico, criando uma lógica insuficiente de avaliações parametrizadas que objetifica o sujeito (a criança) em detrimento da performance que reconhece o aspecto indeterminado da constituição psíquica dos indivíduos, assim como da prática profissional que valoriza o saber psicológico orientado para o tratamento em benefício da criança. Por tudo isso, representações de horizontes que expõem as visibilidades psíquicas e ao mesmo tempo considera manifestações invisíveis e, por consequência, indeterminadas, humanizam o processo, além de serem fundamentais para proteger e, ao mesmo tempo, realizar os direitos fundamentais da criança e do adolescente em condição de hipervulnerabilidade. Portanto, a maior autonomia do saber psicológico no, e pelo processo permite estabelecer maiores laços de confiança em favor da criança, além de criar um ambiente de acolhimento institucional (FUKUDA, PENSO, SANTOS, 2013) (PRINCESWAL, 2013).

As necessidades humanas concentram-se tanto no indivíduo quanto na coletividade, de modo que, a organização em sociedade exige valorização das distinções subjetivas de cada indivíduo, assim como requer a constituição do traço humano igualitário o qual produz uma natureza humana, ainda que essa natureza seja dinâmica e se modifique a cada tempo e a cada contexto. Nesse sentido, os direitos possuem níveis de incidência no indivíduo e na coletividade,

criando um espectro de proteção e garantias, ou seja, os direitos em si, postos a disposição, não se bastam, pois é preciso assegurar que tais direitos sejam alcançados e conquistados por todos. Essa organicidade dos direitos fundamentais possibilita a intersecção entre o direito à igualdade e o direito à liberdade, conjugando-os enquanto operadores semânticos dos demais direitos, criando, segundo Hannah Arendt (2007), o direito a ter direitos e o direito a conquista-los enquanto uma condição humana e uma obrigação para o Estado Constitucional e Democrático de Direito. De acordo com a filósofa alemã, o discurso e a ação humana são os responsáveis por materializar essa estrutura. Em suas palavras, Hannah Arendt (2007, p. 188-189) diz:

A pluralidade humana, condição básica da ação e do discurso, tem duplo aspecto de igualdade e diferença. Se não fossem iguais, os homens seriam incapazes de compreender-se entre si e aos seus ancestrais, ou de fazer planos para o futuro e prever as necessidades das gerações vindouras. Se não fossem diferentes, se cada ser humano não diferisse de todos os que existiram, existem ou virão a existir, os homens não precisariam do discurso ou da ação para se fazerem entender. Com simples sinais e sons, poderiam comunicar suas necessidades imediatas e idênticas. [...]

Essa distinção singular vem à tona no discurso e na ação. Através deles, os homens podem distinguir-se ao invés de permanecerem apenas diferentes: a ação e o discurso são os modos pelos quais os seres humanos se manifestam uns aos outros, não como meros objetos físicos, mas enquanto homens.

Em razão disso, a participação dos sujeitos no processo de adoção, por meio da ação e do discurso, constitui uma forma de consolidar os direitos fundamentais de liberdade e igualdade dos cidadãos perante o Estado, para garantir a conquista de outro direito fundamental o qual nasce após o exercício desses dois primeiros, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Portanto, o processo de adoção, envolvendo crianças e adolescentes vítimas de abuso sexual, pode condicionar tais elementos e traduzir-se em um autêntico ambiente de conquista de direitos. Contudo, essa possibilidade somente pode ocorrer se a psicologia for o campo de conhecimento responsável por realizar essa interface entre os atores e o direito, por meio do tratamento em benefício da criança, criando as condições para o discurso e a ação desses sujeitos (ARENDDT, 2007).

O processo como construtor de laços de confiança, emancipação dos sujeitos e distribuição do protagonismo no acolhimento institucional perpassa pela análise da situação, mobilização, articulação, defesa e responsabilização, atendimento, prevenção, protagonismo infanto-juvenil e coparticipação da família nesse processo, tornado o aspecto jurisdicional apenas a forma de desenvolvimento desse corpo de relações, criando uma atuação em rede focada no tratamento em benefício da criança e na sua participação ativa no, e pelo proces-

so. Portanto, em tais processos, dadas suas condições humanas envolvidas, é necessário abandonar comportamentos que objetificam a criança e o adolescente e utilizam-se dos saberes das humanidades, em especial, a psicologia, enquanto argumentos de persuasão e de convencimento para os magistrados, por meio da lógica das avaliações, para, ao invés disso, provocar uma guinada nessa dinâmica relacional, dando protagonismo aos sujeitos e autonomia aos saberes afetos a estes casos, transformando o processo de adoção em um espaço do acolhimento institucional para o exercício dos direitos da criança e do adolescente e, por conseguinte, para a conquista de direitos, dando voz e oportunidade de escuta desses sujeitos em condição de hipervulnerabilidade, reverberando tal sentido no tratamento em benefício da criança (FUKUDA, PENSO, SANTOS, 2013) (ARENDRT, 2007) (FOUCAULT, 2002).

O papel do judiciário nesse contexto é promover tais discursos e desvelar a decisão judicial enquanto produto do processo, por meio de uma montagem dessas práticas discursivas, abandonando a concepção da decisão enquanto ato subjetivo jurisdicional, para transformá-la em uma montagem dos diálogos intersubjetivos construídos de modo reflexivo no, e pelo processo, trocando autoridade por alteridade e o poder pelo saber (ARENDRT, 2007) (FOUCAULT, 2002).

#### 4. CONCLUSÃO

O processo judicial de adoção não pode ser considerado apenas uma formalidade de transferência familiar de uma criança ou adolescente, mas, sim, um espaço em que os sujeitos envolvidos exerçam e conquistem direitos, construindo laços de confianças institucionais e pessoais na continuidade das relações fora do âmbito processual. Na verdade, ao considerar a indeterminação dos sujeitos e dos saberes no processo de adoção, é possível olhar para a forma de desenvolvimento das relações construídas, não somente sob os interesses das crianças e dos adolescentes enquanto finalidade, mas, também, enquanto direito a participar da produção dessa linguagem no transcorrer da atividade jurisdicional e, sobretudo, na continuidade das relações humanas iniciadas sob o olhar do processo. Eis que, ao abrir o processo a essa dimensão, estão dadas as condições de possibilidades para abandonar a lógica das avaliações destinadas ao convencimento do juiz, e conceber o cenário de tratamento em benefício da criança no próprio processo, introjetando o saber psicológico como um discurso da criança e do adolescente, que integra a discussão e compõe parte essencial da decisão final.

O tempo do processo é tempo de vida dos envolvidos e, exatamente por essa razão, não deve ignorar a condição dos sujeitos envolvidos durante os processos de adoção. A inserção familiar começa no acolhimento institucional

permitindo à criança a participação no processo por meio do saber psicológico, introjetando o discurso da criança e do adolescente como parte fundamental do seu resultado, concebendo uma dinâmica de tratamento em benefício da criança e uma *mise em scène* de igualdade entre atores e saberes. Em virtude de todo o exposto, os direitos fundamentais da criança e do adolescente não devem apenas ser os fins do processo, mas, essencialmente, parte integrante da trama constitutiva das relações intersubjetivas desenvolvidas no transcorrer da atividade jurisdicional, pois, a perspectiva em que se dão as relações no espaço institucional lida com questões do passado e projetam o futuro de tais relações, sendo tal ambiente lugar de exercício dos direitos fundamentais e do livre desenvolvimento da personalidade.

## REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hannah. **A Condição Humana**. Trad. Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 de out. de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 3 mar. 2019.

BRASIL. Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 16 de jul. de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm)>. Acesso em: 8 mar. 2019.

COSTA, Jurandir Filho. **Violência e psicanálise**. 3. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. Tradução Ana Paula Zomer Sica; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FOUCAULT, Michel. **As palavras e as coisas**: uma arqueologia das ciências humanas. Trad. Salma Tannus Muchail. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FUKUDA, Cláudia Cristina; PENSO, Maria Aparecida; SANTOS, Benedito Rodrigues dos. Configurações sociofamiliares de crianças com múltiplos acolhimentos institucionais. *Arquivos Brasileiros de Psicologia*, v. 65, n. 1, p. 70-87, mar. 2013.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. tradução Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis – RJ:

Editora Vozes, 1997.

\_\_\_\_\_. Verdade e método II: complementos e índice. Tradução Enio Paulo Giachini. 3. ed. Petrópolis – RJ: Editora Vozes, 2002.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Parte I. Tradução Márcia Sá Cavalcante Shuback. 15. ed. Petrópolis RJ: Vozes, 2005a.

\_\_\_\_\_. **Ser e Tempo**. Parte II. Tradução Márcia Sá Cavalcante Shuback. 13. ed. Petrópolis RJ: Vozes, 2005b.

ONU. **Assembleia Geral das Nações Unidas**. Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança. 1989. Disponível em: < <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>>. Acesso em: 3 mar. 2019.

PRINCESWAL, Marcelo. O direito à convivência familiar e comunitária sob o paradigma da proteção integral. In: ASSIS, S. G. de; FARIAS, L. O. P. (orgs.). **Levantamento nacional das crianças e adolescentes em serviço de acolhimento**. São Paulo: Editora Hucitec, 2013, p. 23-62.

## CAPÍTULO 5

### REFLEXÕES SOBRE AS FALSAS MEMÓRIAS NO CONTEXTO DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Flávio da Silva Andrade<sup>1</sup>

#### 1 INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, aumentaram, no campo da psicologia e da neurociência, as pesquisas científicas sobre as falsas memórias, ou seja, sobre as lembranças de eventos que não aconteceram ou que ocorreram de forma bem diferente da narrada. Também no campo jurídico há vários estudos sobre como as falsas memórias podem levar a decisões equivocadas, a injustiças no âmbito de um processo criminal.

Nessa perspectiva, almeja-se comentar sobre esse fenômeno a partir de alguns desses estudos, buscando-se indicar os cuidados que o juiz deve ter ao coletar e valorar os depoimentos de testemunhas e as declarações de vítimas, bem como ao analisar o reconhecimento de suspeitos ou acusados.

É certo que o assunto não é novo, mas é inegável que se mantém atual, pois a inquirição de testemunhas, a tomada das declarações dos ofendidos, sobretudo crianças, e a realização do reconhecimento de suspeitos ou acusados precisam seguir determinados protocolos ditados pela lei e por modernas pesquisas em torno do assunto, justamente para se evitar injustiças decorrentes das distorções da memória humana. Diante da real possibilidade de formação de falsas memórias, o magistrado deve agir com especial atenção ao valorar as provas carreadas aos autos de um processo criminal.

Este ensaio, portanto, pretende promover uma reflexão sobre tais questões, demonstrando que conhecer minimamente o tema das falsas memórias é de capital importância para quem tem o papel de conduzir processos e de realizar julgamentos penais, muitas vezes tendo por base apenas as informações que provêm das recordações dos indivíduos.

#### 2 A MEMÓRIA HUMANA E O FENÔMENO DAS FALSAS MEMÓRIAS

Conforme ensinam Gleitmann, Fridlund e Reisberg (2003, p. 343-344), o termo memória diz respeito aos processos mentais que formam a ponte entre o passado e o presente. Os referidos autores esclarecem que é por meio da memória que se faz o registro dos acontecimentos da vida. Ela permite reter inúmeras informações, pensar e aprender, de modo que seria difícil conceber um ser vivo que não possuísse essa capacidade.

A memória, na visão da psicologia, “é a aprendizagem que persiste atra-

---

<sup>1</sup>Doutorando e Mestre em Direito pela UFMG. Juiz Federal titular da 4ª Vara da Subseção Judiciária de Uberlândia/MG.

vés do tempo, informações que foram armazenadas e que podem ser recuperadas” (MYERS, 2016, p. 249). Ela diz respeito à forma como o cérebro codifica, armazena e recupera as informações. Como o pensamento abrange a atividade de se recordar, de recuperar informações que estão armazenadas na memória (de curto ou de longo prazo), esta influi diretamente nas manifestações do ser humano.

Assim, a partir de suas memórias, as pessoas podem se recordar do passado, recuperando informações e sentimentos acerca de fatos já ocorridos e que são importantes para se viver o presente, o que permite a interação com outros seres, o desenvolvimento de competências, a resolução de problemas e a tomada de decisões.<sup>2</sup>

Porém, ao se valer da memória para recuperar informações e tomar decisões, o ser humano precisa estar ciente de que, além das memórias reais, existem as denominadas falsas memórias (FM), isto é, lembranças ilusórias que a pessoa considera como se fossem reais (MYERS, 2016, p. 273).

Segundo Brust, Neufeld e Stein (2010, p. 22-23):

o conceito de FM foi sendo construído desde o final do século XIX e início do século XX, a partir de pesquisas pioneiras realizadas em alguns países europeus. Quando surgiu em Paris o caso de um homem de 34 anos, chamado Louis, com lembranças de acontecimentos que nunca haviam ocorrido, os cientistas ficaram intrigados. O caso de Louis passou a ser de grande interesse para psicólogos e psiquiatras levando Theodule Ribot, em 1881, a utilizar pela primeira vez o termo falsas lembranças [...].

As referidas autoras esclarecem que “os primeiros estudos específicos sobre as FM versavam sobre as características de sugestionabilidade<sup>3</sup> da memória, ou seja, a incorporação e a recordação de informações falsas [...] que o indivíduo lembra como sendo verdadeiras” (BRUST; NEUFELD; STEIN, 2010, p. 23). A memória humana pode sofrer distorções em decorrência de fatores internos (distorções espontâneas ou autossugeridas) ou externos (distorções a partir da aceitação de uma informação de fonte externa, posterior ao evento) (BRUST; NEUFELD; STEIN, 2010, p. 25-26).

Assim, embora pareça ser mais comum que o ser humano venha a se lembrar do passado com certa precisão, as pesquisas também indicam que podem ocorrer distorções por fatores endógenos ou exógenos posteriores ao evento original, levando o indivíduo a tomar por verdadeira uma lembrança daquilo que não aconteceu. Há erros de recuperação de memória, ou seja, às vezes, a memória é comprometida por informações que se intrometem nas recordações

---

<sup>2</sup> Acerca da tomada da decisão judicial à luz da psicologia, ver: ANDRADE, 2019, p. 507-540.

<sup>3</sup> “A sugestionabilidade consiste na tendência de um indivíduo em incorporar informações distorcidas, provenientes de fontes externas, de forma intencional ou acidental, às suas recordações pessoais” (FEIX, 2010, p. 167).

da pessoa a partir de uma sensação de familiaridade quanto a eventos ilusórios ou imaginários. Essa sensação permite que informações irreais sejam acrescentadas às informações verdadeiras ou até mesmo as substituam (GLEITMAN; REISBERG; GROSS, 2009, p. 284).

Neste sentido, diversos estudos científicos comprovaram que, a par das lembranças de acontecimentos reais, uma pessoa pode se lembrar de eventos que nunca ocorreram. Morris e Maisto (2004, p. 213), por exemplo, apontam uma pesquisa “em que se pedia que adultos se lembrassem de acontecimentos que um parente próximo havia mencionado. Três acontecimentos realmente ocorreram e outro, não, mas 25% dos participantes do experimento disseram ‘se lembrar’ do fato fictício”.

Outro estudo revelou que as pessoas podem criar memórias falsas simplesmente a partir do fato de serem perguntadas acerca de um evento que não ocorreu. Os referidos autores indicam uma pesquisa em que 25% dos participantes “se lembraram” de acontecimentos fictícios na terceira vez em que foram entrevistados a respeito. Alguns chegavam a se recordar de detalhes dos fatos que nunca ocorreram (MAISTO; MORRIS, 2004, p. 213).

A partir de uma sensação de familiaridade em relação a eventos imaginários, a pessoa vem a incorporar informações falsas à sua memória. Essa familiaridade indevida e também a denominada amnésia de fonte (quando se retém uma lembrança e se lhe atribui uma fonte errônea) são as causas mais comuns das referidas falsas memórias (MYERS, 2016, p. 273).

Myers afirma que não se pode ter certeza de que uma lembrança é real pela maneira como ela é sentida. “Memórias irreais são sentidas como memórias reais” (MYERS, 2016, p. 273). Elas são similares às memórias reais em termos de base cognitiva e neurofisiológica<sup>4</sup>. “No entanto, diferenciam-se das verdadeiras pelo fato de serem compostas no todo ou em parte por lembranças de informações ou eventos que não ocorreram na realidade. As FM são frutos do funcionamento normal, não patológico, de nossa memória” (BRUST; NEUFELD; STEIN, 2010, p. 22).

Naturalmente, conquanto não se possa acreditar que a maioria das memórias recuperadas pelas pessoas sejam produto da imaginação ou sejam sugeridas por informações enganosas, é preciso atenção e cautela diante de cada caso, pois é difícil detectar e separar as memórias reais das falsas (MAISTO; MORRIS, 2004, p. 214).

O assunto fica ainda mais delicado quando envolve memórias recuperadas por crianças que afirmam terem sido vítimas de abusos sexuais. Não há dúvida de que abusos sexuais de crianças acontecem com maior frequência do

---

<sup>4</sup>Porém, há pesquisas na área da neurociência “que sugerem alguns mecanismos neurais responsáveis pela produção de FM. “[...] a atividade na cauda esquerda do hipocampo e no córtex peri-rinal está associada com o sucesso na codificação de um item na memória, independente se a memória formada for verdadeira ou falsa. Todavia, naqueles indivíduos que formam FM, há uma diminuição da atividade em áreas pré-frontais. [...] assim, tal diminuição pré-frontal durante uma situação favorável a distorções da memória aumentaria a possibilidade de FM ocorrerem” (GRASSI-OLIVEIRA; ROHENKOHL, 2010, p. 81).

que se supunha, mas injustiças também ocorrem quando não há uma atenção especial para o assunto em questão, que tem um relevante significado social e legal (GLEITMAN; FRIDLUND; REISBERG, 2003, p. 385).

Feix e Welter (2010, p. 168-169) esclarecem que diversos fatores influenciam a sugestionabilidade infantil: “a) fatores relacionados às características das próprias crianças (fatores cognitivos); b) fatores relacionados ao contexto da entrevista”. Eles ressaltam que “crianças em idade pré-escolar são mais sugestionáveis do que crianças mais velhas, adolescentes e adultos”, sendo que essa sugestionabilidade pode decorrer da forma como são entrevistadas, da maneira como é formulada a indagação, da repetição de perguntas, da tendência de respeito ou deferência ao adulto entrevistador e da dificuldade de identificar a fonte da informação recordada<sup>5</sup>.

Ainda, perguntas sobre o fato principal ou indagações mais dirigidas podem facilmente plantar falsas memórias. Perguntas mais voltadas para os detalhes, feitas por especialistas, diminuem muito o risco de que a criança evoque falsas memórias (MYERS, 2016, p. 274).

Sobre o assunto, é interessante mencionar, como exemplos, os resultados de alguns experimentos que constam da obra de David Myers:

Os estudos de Ceci e Maggie Bruck (1992,1995) sobre a memória de crianças apontaram para a sugestionabilidade delas. Por exemplo, pediram a crianças de 3 anos para mostrar, em bonecas anatomicamente corretas, onde o pediatra as havia tocado. Cinquenta e cinco por cento das crianças que não haviam recebido esse tipo de exame apontaram para a genitália ou para a região anal. Quando os pesquisadores adotaram técnicas de interrogatório sugestivo, descobriram que a maioria das crianças em idade pré-escolar e muitas crianças mais velhas eram induzidas a relatar falsos eventos, tais como ter visto um ladrão roubar comida na creche (Bruck e Ceci, 1999, 2004). Em outro experimento, crianças em idade pré-escolar simplesmente ouviram por alto um comentário equivocado de que o coelho desaparecido de um mágico estava solto pela sala de aula. Mais tarde, quando perguntadas de maneira sugestiva, 78% delas lembraram de realmente ter visto o coelh. (MYERS, 2016, p. 275).

Destarte, se as memórias num caso se revelarem verdadeiras ou corretas à luz de todo um conjunto probatório de um processo, servirão para respaldar a responsabilização do acusado pelos terríveis atos e danos praticados contra a vítima, mas, se forem irreais ou imaginárias, podem acarretar consequências gravíssimas a um inocente que venha a ser condenado criminalmente.

Essas são as ideias centrais em torno da temática das falsas memórias, ficando reservadas para o tópico seguinte algumas considerações adicionais tendentes a alertar para o risco de ocorrência desse fenômeno quando da tomada

---

<sup>5</sup> Para uma abordagem detalhada, ver BRAINERD; REYNA, 2005, p. 290-360.

dos depoimentos, sobretudo de crianças, ou quando do reconhecimento de um suspeito ou acusado. Também se irá reforçar a compreensão de que os juízes precisam conhecer o assunto, seguir protocolos e buscar balizar suas decisões pelo conjunto das provas produzidas no processo.

### **3 AS FALSAS MEMÓRIAS NO CONTEXTO DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: OS CUIDADOS EXIGIDOS NA COLETA E NA VALORAÇÃO DAS PROVAS**

As falsas memórias podem impactar diretamente em 3 (três) meios de prova relevantes no processo penal: os depoimentos das testemunhas, as declarações do ofendido ou vítima e o reconhecimento de pessoas ou coisas.

A prova testemunhal, consistente em declarações orais feitas por uma pessoa (terceiro desinteressado) que supostamente tem conhecimento dos fatos que estão na base da disputa (TARUFFO, 2014, p. 59), é um meio de prova de muita relevância na esfera do processo penal. Inúmeras condenações são calcadas na prova oral, isto é, nos relatos de testemunhas<sup>6</sup>, quando se revelam confiáveis, dignos de fé por parte do julgador.

As declarações do ofendido<sup>7</sup> também constituem meio de prova. São as declarações prestadas “pelo sujeito passivo do crime, por aquele que sofreu a lesão em um interesse jurídico protegido pelo direito penal” (NICOLITT, 2016, p. 694). O relato do ofendido tem valor probatório, mas deve ser visto com reserva, devendo ser confrontado com as demais provas, tendo em vista o natural interesse que a vítima tem no resultado do processo<sup>8</sup>.

Um depoimento, porém, por mais insuspeita que seja a testemunha, não pode ser considerado num grau absoluto de confiabilidade. As declarações da vítima, por mais que sensibilizem, estão sujeitas a distorções pelo seu inegável interesse na causa, dela não se podendo esperar imparcialidade.

Obviamente, as informações sobre os eventos podem não ser tão precisas pela natural perda de memória em razão do decurso do tempo ou pela equivocada ou tendenciosa percepção acerca de como os fatos aconteceram. Ainda, como visto no tópico anterior, há o risco de o depoimento ser fruto de memórias falsas, ou seja, de lembranças ilusórias que a testemunha toma como se fossem verdadeiras.

---

<sup>6</sup> O Ipea e Ministério da Justiça, por meio do projeto Pensando o Direito, trouxe a público os resultados de uma pesquisa que revelou o enorme impacto da prova testemunhal na tomada da decisão criminal, já que “94,4% dos juízes indicaram a fundamental relevância desta prova para o desfecho dos casos”, em razão da carência de provas técnicas (STEIN, 2015, p. 64).

<sup>7</sup> O ofendido não se confunde com a testemunha, pois “não tem o dever de falar a verdade, não presta compromisso e não comete o crime de falso testemunho (CP, art. 342), caso falte com a verdade” (BADARÓ, 2018, p. 481).

<sup>8</sup> “No entanto, é sabido que muitos crimes têm como característica a clandestinidade, ou seja, a ausência de testemunhas, fato que motivou a jurisprudência a atenuar o rigor na análise desde depoimento e a permitir a condenação com base nas declarações da vítima” (DEZEM, 2018, p. 636).

O primeiro ponto relevante nessa questão diz respeito à forma como se coleta os depoimentos das testemunhas e das vítimas nas esferas policiais e judiciais. Segundo Gustavo Noronha de Ávila, as falsas memórias podem ser provocadas principalmente pelos seguintes fatores: “sugestão por terceiro, insistência na pergunta (repetição), utilização de palavras associadas (diferenças semânticas sutis), o julgamento moral, a pressão social, o histórico pessoal do inquirido e possíveis traumas.” (ÁVILA, 2013, p. 161-162).

Noronha de Ávila afirma que:

Assim como um terapeuta, um investigador ou o juiz pode ter uma hipótese sobre os fatos acontecidos, e, com isto, corre o risco de adotar um viés confirmatório em suas entrevistas. A consequência dessa postura é evidente: o investigador pode suggestionar a testemunha, implantando lembranças sobre fatos que não ocorreram. Perguntas feitas ao participante em forma aberta, ou narrativa, resultam relatos mais acurados, porém, menos completos sobre os eventos. Ao contrário, perguntas tendenciosas, que sugerem à pessoa uma resposta, prejudicam a acuidade do relato. A suggestionabilidade é justamente o que procura se evitar. (ÁVILA, 2013, p. 127).

De acordo com o art. 212 do CPP, “as perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida.” Com efeito, o magistrado, a quem cabe apenas complementar a inquirição sobre pontos não esclarecidos, deve exercer maior controle tendente a obstar perguntas indutivas e repetidas pelos litigantes. “É necessário ter em mente sobre a importância das categorias da indução e repetição. São fatores fundamentais de análise quanto à exposição da testemunha a falsas memórias, pois perguntas com essas cargas estão mais suscetíveis a implantarem, com sucesso, memórias desse tipo” (STEIN, 2015, p. 67).

Por isso, é preciso muita cautela quanto à maneira de se colher os relatos das testemunhas, sobretudo de crianças. Cristina di Gesu (GESU, 2014, p. 178) defende que os depoimentos de crianças sejam tomados por um corpo especializado, de maneira neutra, já que a forma como as perguntas são formuladas suggestiona as respostas e favorece a formação das lembranças falsas, gerando uma prova oral contaminada, indutora da tomada de uma decisão equivocada. Por essa razão, Feix e Pergher (2010, p. 212) indicam as 5 (cinco) etapas que devem ser seguidas numa entrevista cognitiva para minimizar as chances de falsas memórias:

as duas primeiras etapas da EC (construção do *rapport* e recriação do contexto original) referem-se ao estabelecimento de uma condição favorável para que o entrevistado possa acessar as informações registradas na memória. Na terceira etapa o entrevistado relata, livre-

mente, a situação testemunhada, sem interrupções. A fase seguinte envolve o uso de técnicas de questionamento, visando à obtenção de maiores detalhes e esclarecimentos. A última etapa diz respeito ao fechamento da entrevista, em que o entrevistador fornece uma síntese dos dados obtidos nas etapas anteriores com o objetivo de conferir com o entrevistado sua precisão.

O problema aqui abordado é mais grave na fase pré-processual, quando o depoimento é prestado à polícia ou ao Ministério Público, geralmente sem atenção para tais aspectos, sem a presença da defesa (GESU, 2014, p. 177), impondo-se o viés do entrevistador (GESU, 2014, p. 179):

[...] as pesquisas constataram que o tom da entrevista (acusatório, desculpatório ou neutro) acerca de determinado evento influencia diretamente a resposta. Nesses termos, os relatos das crianças foram corretos e consistentes quando questionadas por um entrevistador neutro ou quando a interpretação estava de acordo com a atividade visualizada pela criança. Entretanto, as histórias infantis prontamente se ajustaram às sugestões e convicções do entrevistador quando este contradisse a atividade visualizada pela criança. Os índices de mudanças das respostas foram extremamente altos: ao final da primeira entrevista, 75% dessas observações das crianças eram consistentes com o ponto de vista do entrevistador, e 90% responderam a pergunta interpretativa de acordo com o ponto de vista sugerido, ao invés de realmente responder de acordo com o que aconteceu. As crianças mudaram suas histórias da primeira até a segunda entrevista só se os dois entrevistadores diferiram na interpretação dos eventos.

Exatamente com o propósito de evitar a referida sugestibilidade, a formação de falsas memórias e a repetição da experiência traumática (revitimização), a Lei nº 13.431/2017, atentando para as pesquisas científicas em torno do assunto, estabeleceu regras para a coleta do depoimento especial de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas. A escuta especializada e o depoimento especial, segundo o art. 10 da mencionada lei, “serão realizados em local apropriado e acolhedor, com infraestrutura e espaço físico que garantam a privacidade da criança ou do adolescente vítima ou testemunha de violência.” Já o art. 11 dispõe que “o depoimento especial reger-se-á por protocolos<sup>9</sup> e, sempre que possível, será realizado uma única vez, em sede de produção antecipada de

<sup>9</sup>“Art. 12. O depoimento especial será colhido conforme o seguinte procedimento:

I - os profissionais especializados esclarecerão a criança ou o adolescente sobre a tomada do depoimento especial, informando-lhe os seus direitos e os procedimentos a serem adotados e planejando sua participação, sendo vedada a leitura da denúncia ou de outras peças processuais;

II - é assegurada à criança ou ao adolescente a livre narrativa sobre a situação de violência, podendo o profissional especializado intervir quando necessário, utilizando técnicas que permitam a elucidação dos fatos;

III - no curso do processo judicial, o depoimento especial será transmitido em tempo real para a sala de audiência, preservado o sigilo;

IV - findo o procedimento previsto no inciso II deste artigo, o juiz, após consultar o Ministério Público, o

prova judicial, garantida a ampla defesa do investigado”.

O tema é de tamanha relevância que também recebeu atenção no projeto de lei do novo Código de Processo Penal (PLS nº 156/2009)<sup>10</sup>, que traz disposições especiais relativas à inquirição/escuta de crianças e adolescentes. A comissão de juristas<sup>11</sup> que elaborou o projeto intenta fixar um protocolo voltado à coleta de depoimentos de crianças e adolescentes na seara da justiça criminal. O procedimento trazido no art. 194<sup>12</sup> tem claramente o propósito de criar, na esfera do processo penal, regras que ajustem nossa lei aos avanços científicos da psicologia do testemunho, aprimorando as práticas de coletas de depoimentos (entrevistas ou escutas), como já acontece em países mais desenvolvidos.

Nessa perspectiva, o mais importante é que um protocolo assim ajudará a afastar as 10 falhas mais comuns dos entrevistadores forenses, segundo Feix e Pergher (2010, p. 211):

---

defensor e os assistentes técnicos, avaliará a pertinência de perguntas complementares, organizadas em bloco;  
V - o profissional especializado poderá adaptar as perguntas à linguagem de melhor compreensão da criança ou do adolescente;  
VI - o depoimento especial será gravado em áudio e vídeo.

.....  
§ 3º O profissional especializado comunicará ao juiz se verificar que a presença, na sala de audiência, do autor da violência pode prejudicar o depoimento especial ou colocar o depoente em situação de risco, caso em que, fazendo constar em termo, será autorizado o afastamento do imputado.

§ 4º Nas hipóteses em que houver risco à vida ou à integridade física da vítima ou testemunha, o juiz tomará as medidas de proteção cabíveis, inclusive a restrição do disposto nos incisos III e VI deste artigo.

§ 5º As condições de preservação e de segurança da mídia relativa ao depoimento da criança ou do adolescente serão objeto de regulamentação, de forma a garantir o direito à intimidade e à privacidade da vítima ou testemunha.

§ 6º O depoimento especial tramitará em segredo de justiça.”

<sup>10</sup> BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 156/2009. Dispõe sobre a reforma Código de Processo Penal. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645>>. Acesso em: 15/05/2019.

<sup>11</sup> Composta por Hamilton Carvalhido (coordenador); Eugênio Pacelli de Oliveira (relator); Antonio Correa, Antonio Magalhães Gomes Filho, Fabiano Augusto Martins Silveira, Felix Valois Coelho Júnior, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Sandro Torres Avelar e Tito Souza do Amaral.

<sup>12</sup> “Art. 194. O procedimento de inquirição observará as seguintes etapas:

I – a criança ou o adolescente ficará em recinto diverso da sala de audiências, especialmente preparado para esse fim, devendo dispor de equipamentos próprios e adequados à idade e à etapa evolutiva do depoente;

II – a criança ou o adolescente será acompanhado por um profissional devidamente capacitado para o ato, a ser designado pelo juiz;

III – na sala de audiências, onde deverá permanecer o acusado, as partes formularão perguntas ao juiz;

IV – o juiz, por meio de equipamento técnico que permita a comunicação em tempo real, fará contato com o profissional que acompanha a criança ou o adolescente, retransmitindo-lhe as perguntas formuladas;

V – o profissional, ao questionar a criança ou o adolescente, deverá simplificar a linguagem e os termos da pergunta que lhe foi transmitida, de modo a facilitar a compreensão do depoente, observadas as suas condições pessoais;

VI – o depoimento será gravado em meio eletrônico ou magnético, cuja transcrição e mídia integrarão o processo.

§ 1º A opção pelo procedimento descrito neste artigo levará em conta a natureza e a gravidade do crime, bem como as suas circunstâncias e consequências, e será adotada quando houver fundado receio de que a presença da criança ou do adolescente na sala de audiências possa prejudicar a espontaneidade das declarações, constituir fator de constrangimento para o depoente ou dificultar os objetivos descritos nos incisos I e II do caput do art. 193.”

1. Não explicar o propósito da entrevista;
2. Não explicar as regras básicas da sistemática da entrevista;
3. Não estabelecer o *rappport*;
4. Não solicitar o relato livre;
5. Basear-se em perguntas fechadas e não fazer perguntas abertas;
6. Fazer perguntas sugestivas/confirmatórias;
7. Não acompanhar o que a testemunha recém disse;
8. Não permitir pausas;
9. Interromper a testemunha quando ela está falando;
10. Não fazer o fechamento da entrevista.

Portanto, ante o risco da sugestionabilidade e da formação das memórias falsas, sem contar a clara possibilidade de revitimização, as autoridades competentes, responsáveis pela coleta dos depoimentos, devem atentar para os aspectos aqui suscitados. O juiz também precisa conhecer minimamente as técnicas destinadas à tomada de depoimentos, especialmente de crianças.

O fenômeno das falsas memórias é mais comum do que se imagina. Myers (2016, p. 275) menciona um caso perturbador ocorrido com um psicólogo australiano:

[...] Donald Thompson, ironicamente, foi assombrado pelo próprio trabalho sobre distorção da memória quando as autoridades o acusaram de estupro. Embora fosse uma descrição quase perfeita do estuprador na memória da vítima, ele tinha um álibi incontestável: um pouco antes de o estupro acontecer, Thompson estava sendo entrevistado ao vivo na televisão; conseqüentemente, não poderia estar na cena do crime. Ficou claro então que a vítima estava assistindo à entrevista – ironicamente sobre reconhecimento de faces – e experimentou amnésia da fonte, confundindo sua lembrança de Thompson com a do estuprador.

Fica nítido, pois, que não se pode piamente considerar a memória humana como uma fonte indefectível de informações tendentes a embasar uma condenação. Os relatos de testemunhas e as declarações de ofendidos são importantes, mas não podem ser tomados precipitada ou irrefletidamente como infalíveis olhos e ouvidos da justiça. Especialmente nos casos de acusações de prática de delitos sexuais contra infantes, fatos geralmente ocorridos na clandestinidade, em que a palavra da vítima tem um valor probante diferenciado, faz-se imperiosa uma reflexão à luz das ideias aqui expendidas.

Passando adiante, há nessa temática outro aspecto muito delicado, que gira em torno do modo como é feito o reconhecimento do suspeito ou acusado. O reconhecimento de pessoas ou coisas, como dito, também é um meio de prova previsto no Código de Processo Penal (art. 226). Por meio dele, “alguém é chamado para descrever uma pessoa ou coisa por ele vista no passado, para verificar e confirmar a sua identidade perante outras pessoas ou coisas semelhantes às descritas” (BADARÓ, 2018, p. 496).

Alencar e Távora (2018, p. 743), a partir do que consta do art. 226 do

CPP, esclarecem que o reconhecimento pode ser feito na fase preliminar ou em juízo, devendo observar o seguinte:

- a pessoa a fazer o reconhecimento primeiramente descreverá a pessoa a ser reconhecida;
- a seguir, e se for possível, a pessoa a ser reconhecida é colocada ao lado de outras pessoas de semelhantes características. Havendo mais de uma pessoa para realizar o reconhecimento, deverão fazê-lo separadamente, devendo-se evitar comunicação entre elas. Isto se deve para impedir a influência que um reconhecedor possa realizar no outro, maculando o procedimento;
- por fim, procede-se à lavratura de auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa que realizou o reconhecimento e por duas testemunhas presenciais. É claro que se a pessoa não reconheceu o indivíduo, esta circunstância deve também ser relatada, até para servir de substrato à futura argumentação defensiva, ou colaborar para que o MP promova o arquivamento dos autos do inquérito policial.

Cristina di Gesu (2014, p. 164) propõe que o reconhecimento de pessoas se dê em roda, “com todas as suas formalidades - número de pessoas, troca de posições dos participantes, semelhanças físicas entre eles e necessidade de reiteração do ato em juízo”, de modo a conferir “a este tipo de prova maior confiabilidade, minimizando o risco de eventuais induções e, conseqüentemente, a falsificação da lembrança”. Nessa linha, Alencar e Távora afirmam que “não devem ser admitidos reconhecimentos improvisados, tendentes a induzir ou suggestionar que se reconheça alguém como agente de infração penal” (ALENCAR; TÁVORA, 2018, p. 743).

Existe, ainda, uma discussão quanto à validade do reconhecimento fotográfico. Para Gustavo Badaró, esse meio de prova é o mais falho e precário, servindo para vulnerar o procedimento probatório previsto no art. 226 do CPP. Todavia, esse é hoje um expediente comum, tendo prevalecido a compreensão de que é um meio de prova atípico e que deve ser aceito, desde que não seja possível o reconhecimento pessoal e que corroborado por outros elementos de prova (DEZEM, 2018, p. 662-665).

Naturalmente, como pontua Madeira Dezem (DEZEM, 2018, p. 664), “em vez de colocar as pessoas uma ao lado das outras para o reconhecimento, serão colocadas fotografias de pessoas parecidas com a que irá ser reconhecida para que seja feito o reconhecimento”. De outro lado, Badaró (2018, p. 499) afirma que, “no reconhecimento fotográfico, os dados disponíveis serão muito menos precisos, por exemplo: se a fotografia for apenas de rosto, dados como peso e altura anteriormente descritos não poderão ser conferidos”, abrindo-se espaço para confusões e erros.

Gesu (2014, p. 164), em vista do minucioso estudo das falsas memórias,

sustenta que o processo penal brasileiro:

[...] deve abandonar a utilização do reconhecimento por fotografia em substituição ao livre relato das características do imputado e, pior do que isso, os juízes e os Tribunais devem deixar de fundamentar suas condenações com base tão somente no reconhecimento fotográfico e/ou reconhecimento pessoal sem a presença de outros figurantes.

De fato, o reconhecimento fotográfico não gera uma prova segura ante a possibilidade de a memória da testemunha falhar a partir da atribuição de familiaridade à fonte errada. Gleitman, Reisberg e Gross (2009, p. 285-286) recordam que:

Em um experimento, os participantes testemunharam um crime forjado. Dois dias depois, olharam fotografias de identificação na polícia, com indivíduos que supostamente haviam participado do crime, mas que, na verdade, eram diferentes das pessoas envolvidas no crime. Não foram mostradas fotos dos indivíduos realmente ‘culpados’. Finalmente, depois de mais alguns dias, os sujeitos analisaram quatro pessoas em uma fila para decidir quais os indivíduos haviam visto na primeira etapa – ou seja, a cena do crime. Os sujeitos notaram corretamente que uma das pessoas da fila parecia familiar, mas estavam confusos sobre a fonte da familiaridade. Eles acreditaram incorretamente que haviam visto o seu rosto no ‘crime’ original, quando, na verdade, haviam visto apenas em uma fotografia. De fato, a probabilidade desse erro era bastante grande, com 29% dos sujeitos selecionando (incorretamente) da fila um indivíduo que havia visto apenas nas fotografias (Brown, Deffenbacher e Sturgill, 1977).

De todo modo, conquanto se compreenda a posição dos que censuram o uso do reconhecimento fotográfico no âmbito do processo penal, principalmente pelos riscos de uma percepção equivocada ou de sugestionabilidade no reconhecimento, não é possível abrir mão desse meio de prova atípico, mas ele só deve ser admitido se não for possível o reconhecimento pessoal e se forem seguidas, com as adaptações necessárias, as regras do art. 226 do CPP, somente servindo para lastrear uma condenação, se corroborado por outros elementos de prova carregados aos autos<sup>13</sup>.

Já o reconhecimento mediante “apontamento do acusado em audiência”, sem a observância das regras do reconhecimento estabelecida no estatuto de ritos penais, não deve mesmo ser admitido. Ora, como alerta Badaró (2018, p. 499), o reconhecimento é um ato de memória, um ato por meio do qual se

---

<sup>13</sup>Na aludida pesquisa divulgada pelo Ministério da Justiça/Ipea, “os dados evidenciaram que o reconhecimento também tem um papel importante para o desfecho dos processos penais. Contudo, para um número maior de participantes o reconhecimento não tem igual valor a prova testemunhal devido ao tempo trans-

invoca “percepções guardadas na memória, para compará-las com percepções atuais”. Assim, ao comentar e reprovar tal tipo de reconhecimento em juízo, o referido autor assinala<sup>14</sup>:

A única forma de conferir a percepção pretérita, bem como a correspondência entre o confronto das percepções, é com a descrição da percepção pretérita, o que não ocorre na indicação do acusado. Ao mais, mormente no caso em que o acusado está algemado na sala de audiência, há um forte componente de sugestionabilidade no reconhecimento. (BADARÓ, 2018, p. 499)

Destarte, é possível perceber a relevância de se procurar seguir os protocolos fixados na lei ou sugeridos a partir de pesquisas científicas realizadas no campo da psicologia forense. Os estudos acima apontados bem revelam a falibilidade da memória e da percepção humanas. Nem sempre as divergências se circunscrevem a detalhes do evento, podendo uma distorção na memória até criar uma cena ou fato que nunca existiu, ou que aconteceu de modo muito diverso do narrado de maneira tão aparentemente verdadeira.

Concluindo estes breves apontamentos, cabe chamar a atenção para o ponto que parece ser o mais relevante, tendo em mira a realização da justiça: a valoração das provas. Nas palavras de Michele Taruffo (TARUFFO, 2014, p. 130) “a valoração das provas tem por objeto estabelecer a conexão final entre os meios de prova apresentados e a veracidade ou a falsidade dos enunciados relativos aos fatos em litígio”. A atividade de valoração, que consiste em atribuir valor ou peso às provas, precede o ato decisório, procurando “estabelecer se e em que grau” elas sustentam um enunciado fático (TARUFFO, 2014, p. 130).

Dependendo do meio de prova, como imagens captadas por câmaras de segurança, conversas telefônicas interceptadas com ordem judicial ou um exame de DNA, pode até de forma mais isolada sustentar a verdade de um enunciado fático, mas apenas um depoimento ou um auto de reconhecimento de uma pessoa, sem amparo noutras evidências ou indícios, será insuficiente para demonstrar a veracidade de uma hipótese acusatória, sobretudo se a defesa tiver exibido elementos probantes em sentido contrário<sup>15</sup>.

Portanto, em vista do fenômeno das falsas memórias, o magistrado, além de seguir e exigir a observância dos protocolos já referidos, necessita, para tomar a decisão final, valorar com redobrado cuidado a prova testemunhal, as declarações do ofendido e o auto de reconhecimento de pessoas, confrontando

---

corrido entre o fato e o reconhecimento na fase judicial. Quase a metade dos juízes (42,8%) relatou colocar os reconhecimentos em dúvida, devido ao tempo transcorrido entre o inquérito e a fase processual, o qual pode gerar alterações físicas importantes, tais como mudanças no cabelo e no peso” (STEIN, 2015, p. 65).

14.

<sup>15</sup> Nessa linha de raciocínio, Perfecto Andrés Ibáñez aduz: “Para que a hipótese acusatória possa considerar-se válida, precisa-se de uma pluralidade de confirmações. A fecundidade de uma hipótese requer que ela seja confirmada por mais de um fato (o único fato de Fulano ter estado no lugar do crime não lhe imputa, sozinho,

os relatos entre si e com os demais elementos probatórios trazidos ao processo. Nas palavras de Jordi Ferrer Beltrán (BELTRÁN, 2007, p. 4), “o resultado da valoração da prova é sempre contextual”, ou seja, deve se referir a determinado conjunto de elementos de provas amealhados num processo. O julgador não deve se orientar por um relato ou reconhecimento em particular, mas deve tomar a decisão a partir da valoração de todo o conjunto probatório, de uma análise global das provas produzidas no processo.

É evidente que o depoimento de uma testemunha ocular é relevante, do mesmo modo que o reconhecimento de um acusado com certa tatuagem, por exemplo, pode ser altamente preciso, porém é sempre importante verificar se tais evidências estão em harmonia com outros elementos ou informações carreados ao processo. Seria muito mais fácil para o julgador, se sempre pudesse contar com provas físicas, produzidas a partir de impressões digitais, amostras de sangue ou gravações de imagens ou sons, mas, não sendo isso possível, as informações contidas na memória humana ainda constituem as provas mais comuns, havendo, contudo, de se tomar as precauções aqui apontadas.

O operador do direito, mormente quem decide as demandas no âmbito da justiça criminal, não só precisa conhecer bem todo o sistema jurídico em vigor, mas também deve estar atento ao resultado de relevantes pesquisas científicas da área da psicologia e da neurociência, as quais demonstram não serem incomuns as distorções no funcionamento da memória humana, achados que, se ignorados, poderão levar a provimentos equivocados, distantes do ideal de justiça. As falsas memórias constituem, enfim, um fenômeno que jamais pode ser esquecido pelo julgador.

## 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo revelou que o tema das falsas memórias merece especial atenção por parte dos juízes criminais, uma vez que, se o fenômeno não for identificado, poderá levar à condenação de um inocente. Se não atentar para a possibilidade de uma testemunha ou vítima ter feito um relato que é fruto de uma lembrança irreal, o juiz terá a infelicidade de, ao decidir, considerar como acontecido um fato que jamais ocorreu.

Constatou-se que representa um avanço a fixação de protocolos voltados à correta coleta dos depoimentos das testemunhas e das vítimas, assim como ao reconhecimento de suspeitos, nas esferas policiais e judiciais. A incorporação dessas diretrizes pela lei realçará a importância do assunto e ajudará a impedir a sugestibilidade nos relatos ou na identificação de acusados, a formação de falsas memórias e a repetição da experiência traumática (revitimização) pelas vítimas, sobretudo crianças ou adolescentes.

As reflexões expostas no texto evidenciaram que, naturalmente, não se

---

a autoria do crime). É preciso assim mesmo que hipótese seja resistente às contraprovas apresentadas pela defesa” (IBÁÑES, 2006, p. 97).

deve considerar a memória humana como uma fonte infalível de informações que venham a embasar uma condenação. Os depoimentos de testemunhas, as declarações de ofendidos ou o auto de reconhecimento de um suspeito são importantes, mas não podem ser tomados, sem maiores cuidados ou critérios, como meios de prova absolutamente seguros para condenar alguém. Um relato ou um reconhecimento sugerido, calcado numa recordação falsa, numa memória ilusória, pode ser indutor da tomada de uma decisão equivocada, falha.

Assim, buscou-se chamar a atenção dos magistrados criminais para o tema das lembranças falsas ou ilusórias<sup>16</sup>, ressaltando que, além de seguirem e exigirem a observância dos protocolos atinentes à coleta de depoimentos de testemunhas e vítimas, bem assim ao reconhecimento de pessoas, devem valorar com redobrado cuidado essas provas, confrontando os relatos entre si e com os demais elementos probantes trazidos ao processo. Enfatizou-se a patente a necessidade de o juiz tomar em consideração o conjunto de elementos probatórios reunido nos autos, jamais se fiando por uma prova isolada, de forma que suas decisões sejam as mais acertadas possíveis e reflitam o ideal de justiça esperado pela sociedade.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Flávio da Silva. A tomada da decisão judicial criminal à luz da psicologia: heurísticas e vieses cognitivos. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 5, n. 1, jan./abr. 2019, p. 507-540. Disponível em: <<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i1.172>>. Acesso em: 17 maio 2019.

ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**. 13. ed. Juspodivm: Salvador, 2018.

ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Falsas memórias e sistema penal: a prova testemunhal em xeque**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

BALDASSO, Flaviane; ÁVILA, Gustavo Noronha de. A repercussão do fenômeno das falsas memórias na prova testemunhal: uma análise a partir dos julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Revista brasileira de direito processual penal**, v. 4, n. 1, 2018, p. 371-409. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v4i1.129>>. Acesso em: 17 maio 2019.

---

<sup>16</sup>Em interessante pesquisa científica, Flaviane Baldasse e Gustavo Noronha de Ávila demonstraram que “a discussão do fenômeno das falsas memórias não é tão incomum na jurisprudência do TJRS como se pensava e vem sendo trazido ao debate há mais de dez anos. Ademais, embora tenha sido inicialmente tímida, a incidência do tema nos julgados está ascendendo no Estado, o que pode demonstrar um possível aumento na familiaridade e, porque não, na preocupação dos atores judiciais com a psicologia do testemunho e a sua influência no deslinde processual” (BALDASSO; ÁVILA, 2018, p. 382).

BELTRÁN, Jordi Ferrer. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2007.

BRAINERD, C. J.; REYNA, V. F. **The science of false memory**. New York: Oxford University Press, 2005.

BRASIL. **Senado Federal**. Projeto de Lei nº 156/2009. Dispõe sobre a reforma Código de Processo Penal. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645>>. Acesso em: 15 maio 2019.

BRUST, Priscila Goergen; NEUFELD, Carmen Beatriz; STEIN, Lilian Milnitsky. Compreendendo o fenômeno das **falsas memórias**. In: STEIN, Lilian Milnitsky (org). **Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artmed, 2010, p. 21-41.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

FEIX, Leandro da Fonte; PERGHER, Giovanni Kuckartz. Memória em julgamento: Técnicas de entrevista para minimizar as falsas memórias. In: STEIN, Lilian Milnitsky *et al.* **Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artmed, 2010, p. 209-227.

FEIX, Leandro da Fonte; WELTER, Carmen Lisbôa Weingärtner. Falsas memórias, sugestionabilidade e testemunho infantil). In: STEIN, Lilian Milnitsky *et al.* **Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artmed, 2010, p. 157-185.

GESU, Cristina di. **Prova penal e falsas memórias**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

GLEITMAN, Henry; FRIDLUND, Alan J.; REISBERG, Daniel. **Psicologia**. 6. ed. Trad. de Danilo R. Silva. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

GLEITMAN, Henry; REISBERG, Daniel; GROSS, James. **Psicologia**. 7. ed. Trad. de Ronaldo Cataldo Costa. Porto Alegre: Artmed, 2009.

GRASSI-OLIVEIRA, Rodrigo; ROHENKOHL, Gustavo. Neurociência cognitiva das **falsas memórias**. In: STEIN, Lilian Milnitsky *et al.* **Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artmed, 2010, p. 69-83.

IBÁÑES, Perfecto Andrés. **Valoración da prova e sentença penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MAISTO, Albert A.; MORRIS, Charles G. **Introdução à Psicologia**. 6. ed. Trad. de Ludmilla Teixeira Lima e Marina Sobreira Duarte Baptista. São Paulo:

Prentice Hall, 2004.

MYERS, David G. **Psicologia**. 9. ed. Trad. de Daniel Argolo Estill e Heitor M. Corrêa. Rio de Janeiro: LTC, 2016.

NICOLITT, André Luiz. **Manual de Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

STEIN, Lilian Milnitsky (Coord.). **Avanços científicos em psicologia do testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses**. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <[http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD\\_59\\_Lilian\\_web-1.pdf](http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_59_Lilian_web-1.pdf)>. Acesso em: 20 maio 2019.

TARUFFO, Michele. **A prova**. Trad. de João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

## INFORMAÇÕES ADICIONAIS

*Agradecimentos (acknowledgement)*: Registro meus agradecimentos aos amigos Rudson Coutinho da Silva e Eliane Maria de Carvalho, pelo incentivo e troca de ideias. Expresso ainda minha gratidão aos amigos Valdimar Siqueira Oliveira, Maria Helena Soares Ferreira Borges e Vanessa Luiza de Melo, pela gentil colaboração na revisão do texto.

*Declaração de conflito de interesses (conflict of interest declaration)*: o autor declara que não há conflitos de interesse na realização da pesquisa e na redação deste artigo.

## CAPÍTULO 6

### OS MECANISMOS CONSENSUAIS DE RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS E O ENSINO JURÍDICO

Mariana Lima Menegaz<sup>1</sup>

#### INTRODUÇÃO

O Poder Judiciário brasileiro encontra-se com inúmeros processos em trâmite, sendo que não há previsão temporal para a conclusão definitiva dos mesmos.

Conforme pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em 2017, referente aos processos do ano de 2016, houve um aumento de 5,6% no número de processos que ingressaram nos Tribunais de todo território brasileiro, comparado com o ano de 2015. Ademais, o Poder Judiciário finalizou o ano de 2016 com o total de 79,7 milhões de processos em tramitação, que não possuíam, à época da pesquisa, solução definitiva (BRASIL, 2017, p. 67).

Analisando tais dados, é possível verificar que a sociedade ainda vivencia um momento de aumento considerável dos litígios, sejam eles de qualquer natureza. Essa situação evidencia a presença da cultura do litígio nos indivíduos, sendo fomentada por cada discussão e controvérsia em que pensamentos são contrários uns aos outros.

Corroborado com tal fato, o aumento do acesso à justiça, possibilitado pela Constituição Federal de 1988 (CF/88), artigo 5º, XXXV, ao mesmo tempo em que possui consequências positivas para a garantia e concretização efetiva dos direitos de todos os cidadãos, faz com que os indivíduos, em alguns casos, deleguem a um terceiro a função de solucionar suas próprias controvérsias, que poderiam ser resolvidas com um simples diálogo.

Ressalta-se que é natural que existam opiniões e posições divergentes quanto aos mesmos assuntos, e, aliás, é exatamente isso que faz com que as pessoas evoluam e modifiquem seus pensamentos e as maneiras de lidar com os percalços da vida. Entretanto, nem sempre a controvérsia é aceita com uma contribuição e vislumbrada de forma positiva para as relações.

Nesse sentido, os mecanismos autocompositivos de solução de conflitos são utilizados para dirimir controvérsias em vários âmbitos, sendo que cada um deles é aplicado conforme o caso específico e a relação entre as partes envolvidas.

Desse modo, é importante que o profissional do direito possua conhecimento acerca dos mecanismos consensuais de solução de conflitos, como a mediação, a negociação e a conciliação, bem como tenha o conhecimento acer-

---

<sup>1</sup> Advogada. Mestranda em Direito pela Universidade Estadual Paulista 'Júlio de Mesquita Filho' (UNESP). Pós-graduada em Processo Civil e Argumentação Jurídica pela Pontifícia Universidade Católica (PUC-Minas). Mediadora e Conciliadora judicial e extrajudicial. Professora na Universidade Estadual de Minas Gerais (UEMG).

ca das técnicas utilizadas nestes processos.

O advogado é o “primeiro juiz” da causa, tendo em vista que o cliente busca a orientação para solucionar a controvérsia vivenciada. Assim, é necessário que o profissional esteja apto a indicar se as questões devem ser solucionadas pelo mecanismo tradicional, qual seja o processo judicial, ou se deve optar pela arbitragem, mediação ou conciliação.

Nesse sentido, é imprescindível que ensino jurídico contemple também as disciplinas de mecanismos consensuais, com o objetivo de que a repercussão seja positiva e ativa, com a efetiva modificação da cultura do litígio para a cultura da pacificação.

## **1. A SOCIEDADE LITIGANTE E OS MECANISMOS DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS**

Conforme supracitado, em meio a uma sociedade tão litigante, práticas que eram usadas no cotidiano de alguns indivíduos, somadas com novas técnicas e alternativas, foram positivadas no ordenamento jurídico brasileiro e aplicadas ao cotidiano dos indivíduos. Dessa forma, é possível elencar a Lei nº 13.140/2015 (Lei da Mediação), além da Resolução nº 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), bem como o Código de Processo Civil de 2015 e as Leis de Arbitragem (a Lei nº 9.307/96 e Lei nº 13.129/150).

Analisando especificamente cada instituto, verifica-se que a Arbitragem (TARTUCE, 2006, p. 56) é um mecanismo heterocompositivo de resolução de conflitos, em que um terceiro é escolhido, e, analisando o caso concreto, decide sobre a controvérsia, impondo sua decisão através de uma sentença arbitral, que constitui título executivo.

Este mecanismo muito se assemelha ao processo judicial, tradicionalmente utilizado pela sociedade, tendo em vista a característica da substitutividade, em que o juiz (togado ou arbitral), ou o Tribunal, substitui a vontade das partes, proferindo e solucionando a questão apresentada pelos envolvidos.

Assim, o processo judicial, meio tradicional e comumente utilizado, também é heterocompositivo, com a diferença de que é o juiz togado quem profere a sentença judicial (título executivo judicial) e que o Poder Judiciário possui o poder coercitivo, podendo executar a sentença, caso não haja cumprimento espontâneo.

Em contrapartida, dentre os mecanismos autocompositivos, é possível destacar dois, sendo eles a mediação e a conciliação.

Primeiramente, destaca-se que tais métodos são autocompositivos, pois as partes é quem solucionam os conflitos que estão envolvidos, fundamentado pelo princípio da autonomia da vontade das partes. Assim, ainda que haja um terceiro imparcial facilitando o diálogo dos envolvidos, a decisão final das questões controvertidas será das partes.

A mediação é um método autocompositivo de resolução de conflito em

que um terceiro atua de forma imparcial, facilitando o diálogo entre as partes para que elas mesmas cheguem às soluções de suas questões. Ressalta-se que o mediador (terceiro imparcial) utiliza-se de técnicas específicas para realizar a mediação, como a escuta ativa, a empatia (VASCONCELOS, 2017, p. 163), o enfoque prospectivo e, principalmente, a comunicação não violenta (ROSENBERG, 2006, p. 21).

Este mecanismo é comumente indicado para ser aplicado às controvérsias que versem sobre partes que já possuam relação prévia, anterior à ocorrência daquele conflito pontual, e que tal relação tenha continuidade após a controvérsia. Exemplos de tais casos são: o direito de família, direito empresarial, direito imobiliário, e, inclusive, situações que versem sobre a Administração Pública (art. 32, I, Lei nº 13.140/15).

A mediação foi positivada no ordenamento jurídico com a Lei nº 13.140/15, além do Código de Processo Civil de 2015 e da Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça.

Ressalta-se ainda, que a mediação pode ocorrer de forma extrajudicial (privada), ou judicialmente, em fase inicial do processo ou durante seu curso, a qualquer tempo, quando as partes concordarem em participar da mediação, o que evidencia o caráter voluntário da mesma.

Assim como a mediação, a conciliação é um mecanismo autocompositivo de resolução de conflitos. Neste, há também a presença do terceiro imparcial (conciliador), porém, há diferença quanto a atuação dos mesmos, haja vista que o conciliador pode sugerir propostas para que as partes analisem. Entretanto, o mediador não pode sugerir opções, devendo apenas facilitar o diálogo e empoderar as partes, para que elas pensem em soluções para suas controvérsias.

Destaca-se apenas que, para ambos os mecanismos, prevalece o Princípio da voluntariedade e autonomia da vontade das partes, preservando as partes a fim de que elas apenas aceitem participar da conciliação e da mediação, bem como aceitem os termos descritos em um possível acordo, se for de ampla vontade de todos os envolvidos.

## **2. A CONTROVÉRSIA SOB A PERSPECTIVA DA MEDIAÇÃO E DA CONCILIAÇÃO**

A controvérsia não pode ser encarada apenas como algo negativo. Pelo contrário, deve ser entendida como oportunidade de crescimento e de criação de opções para solução de situações conflituosas.

A retomada do diálogo entre as partes, como principal maneira de se relacionar com os demais, é imprescindível para que os indivíduos saibam como solucionar suas questões, pois, não há ninguém melhor do que eles mesmos para saberem suas realidades e optarem pela forma que todos sejam beneficiados com a decisão (URY, 2003).

A moderna Teoria do conflito evidencia a compreensão dos envolvidos

para que estes entendam que toda controvérsia é oportunidade de crescimento e de diálogo, não mais associando a palavras como: briga e desentendimento. Assim, o conflito passa a ser observado e vivenciado por um viés positivo (“conflito positivo”).

Corroborando com a moderna Teoria do conflito, a solução de controvérsias que, anteriormente, apenas vislumbrava o Poder Judiciário e o processo judicial como formas de dirimir litígios, passa a verificar a existência de um Tribunal (ou Sistema) de Multiportas.

O Tribunal Multiportas é utilizado desde a década de 1970, nos Estados Unidos da América (EUA). Através desse sistema, a forma de solucionar o conflito é analisada e o mecanismo mais adequado para tanto é utilizado. Assim, é judicializado apenas o que não é possível solucionar de forma consensual, ocorrendo uma verdadeira mudança da cultura do litígio para a cultura da pacificação, em que a retomada do diálogo das partes é um os principais objetivos.

Sobre o entendimento da mediação nos Estados Unidos da América, Briquet afirma que (2016, p. 130):

Uma corrente baseada na noção de que a mediação é uma extensão do sistema jurídico. Em vista desta situação, muitos juízes e advogados ainda veem a mediação tão somente como um meio eficaz de reduzir problemas de litígio nos tribunais. A outra direção é a desassociada do sistema jurídico e concebe a mediação como um processo que poderia produzir melhores resultados daqueles do sistema contraditório apenas por ser separada da burocracia legal. [...] Uma outra vertente acredita que o principal valor da mediação está em encorajar as partes a exercer sua autonomia, suas escolhas e a autodeterminação. Esta última parece ser a maior tendência mundial.

Assim, o método tradicionalmente utilizado (processo judicial) é mantido como forma de solucionar questões, porém, não mais de forma isolada. Desse modo, cada caso é analisado especialmente e, a partir dessa verificação é determinado se o melhor mecanismo para sua resolução é o processo judicial, a arbitragem, a mediação, a negociação ou a conciliação.

### **3. A APLICAÇÃO DOS MECANISMOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NO MUNICÍPIO DE UBERLÂNDIA – MINAS GERAIS**

Todo o território brasileiro está passando por adaptações em relação à aplicação dos mecanismos consensuais de resolução de conflitos.

Vários são os debates acerca da utilização da mediação e da conciliação nos mais variados âmbitos e, ainda que elas estejam positivadas no ordenamento jurídico, a cultura do litígio, ou também cultura da sentença (comumente chamada a situação que faz referência pela utilização do processo judicial, que

é adotada pela maioria da sociedade pra dirimir seus conflitos), ainda é preponderante em relação aos demais mecanismos, e não seria diferente no município mineiro de Uberlândia.

O município de Uberlândia possui quase 700 (setecentos) milhões de habitantes e, além da utilização da arbitragem, contava com uma Central de Conciliação. Entretanto, no ano de 2016 foi instaurado, através da Portaria Conjunta nº 500/ PR/ 2016 (BRASIL, 2016), o Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC), que atua nos âmbitos da Cidadania, Pré-Processual e Processual.

Ademais, em setembro de 2017 foi assinado o termo de convênio a fim de fomentar o trabalho com questões pré-processuais do Posto Avançado do CEJUSC. O convênio firmado incluía várias instituições, entre elas a 13ª Subseção da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB Uberlândia), além da Universidade Federal de Uberlândia (UFU) e outras instituições de ensino privadas, como a Faculdade Pitágoras (ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, 2018).

Estas informações reforçam a importância no aprendizado das formas consensuais de solução de conflitos pelo profissional do Direito, desde a graduação.

#### **4. O ENSINO JURÍDICO E AS FORMAS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS**

A Resolução CNE/CES n. 5/2018, oriunda do Parecer nº 635/2018, homologado pela Portaria nº 1.351/2018 do Ministério da Educação (MEC), determinou que todos os cursos de Direito do território nacional devam possuir, como disciplinas obrigatórias, as “formas consensuais de solução de conflitos”, ou seja, os mecanismos autocompositivos, como a mediação e a conciliação. Tais disciplinas passam a ser de conhecimento dos estudantes, desde a graduação, assim como o direito penal, o direito tributário, e as demais ciências estudadas há tempo.

Esta medida é indispensável para a formação do profissional de Direito que vivencia uma sociedade altamente litigante, comumente conhecida como cultura do litígio ou cultura da sentença. Isto ocorre, pois, não há mais como pensar em solução de controvérsias sem citar a existência dos mecanismos autocompositivos de resolução de conflitos, ou seja, do Tribunal de Multiportas.

O terceiro imparcial, seja ele mediador ou conciliador, utiliza técnicas para identificar quais as questões, os reais interesses e os sentimentos dos envolvidos nos conflitos.

Ademais, os princípios dos mecanismos consensuais fundamentam a utilização de tais métodos. Assim, é possível destacar alguns princípios basilares da mediação e da conciliação.

## 4.1 PRINCÍPIOS DA MEDIAÇÃO E DA CONCILIAÇÃO

Alguns princípios são fundamentais para a boa aplicação de tais mecanismos, entre eles, o princípio da confidencialidade, que garante a confidencialidade em toda a mediação e a conciliação, não sendo autorizado que o mediador ou o conciliador seja convocado para prestar depoimento como testemunha em litígios envolvendo estas partes.

Também não é autorizado que os detalhes da sessão de mediação ou conciliação sejam utilizados em posterior processo judicial, assim, nem mesmo na ata de audiência constam tais informações. Durante as sessões a confidencialidade também é vislumbrada, tendo em vista que, caso ocorra alguma sessão individual, o que for falado em separado apenas será abordado na sessão conjunta se a parte concordar expressamente.

Outro princípio que é basilar na mediação e na conciliação é o princípio da autonomia da vontade das partes. Conforme este princípio, os envolvidos possuem o poder de decidir se querem continuar a realizar as sessões, e se querem realizar o acordo ou não, bem como quais são os termos deste acordo.

O princípio da oralidade é vislumbrado em todo o processo de mediação e conciliação. A declaração de abertura dos terceiros facilitadores, bem como a declaração das partes, relatando o ocorrido e as questões controvertidas são exemplos práticos do princípio da oralidade. É através deste princípio que as partes expõem seus sentimentos e reais interesses, ficando a cargo do mediador e do conciliador, a recontextualização do que for relatado pelos envolvidos.

Tartuce determina que (2018, p. 222):

Como meio focado no (r)estabelecimento da comunicação, configura um procedimento pautado por iniciativas verbais: por meio de expressões, questionamentos e afirmações, busca-se viabilizar um espaço de comunicação entre os envolvidos para que eles possam divisar saídas para seus impasses, relatando sua percepção e contribuindo para eventual elaboração de propostas.

O princípio da informalidade também é observado nos mecanismos consensuais de solução de conflitos. Nesses mecanismos, a formalidade é mitigada, ou seja, aspectos formais são observados (como a confecção da ata de audiência de mediação ou conciliação, bem como a declaração de abertura dos terceiros facilitadores), porém, a informalidade é predominante. Assim, as partes ficam à vontade para relatar o ocorrido, bem como para retomar o diálogo entre elas.

Estes princípios estão elencados no artigo 2º, da Lei nº 13.140/2015, comumente denominada de Lei da Mediação.

## 4.2 TÉCNICAS APLICADAS NA MEDIAÇÃO E NA CONCILIAÇÃO

É imprescindível que o profissional de direito que esteja em formação tenha conhecimento prévio de como ocorre a sessão de mediação e conciliação, bem como das técnicas utilizadas na aplicação dos mecanismos.

Nesse sentido, o estudante deve, inclusive, participar de dinâmicas e estudos dirigidos envolvendo os temas, para que, depois de finalizada a graduação, possua o conhecimento prévio dos procedimentos realizados.

É importante também que o aluno de direito realize estágios em Núcleos de Prática Jurídica para que tenha contato com casos reais e saiba atuar depois de finalizada sua graduação. Entre as técnicas utilizadas, é possível destacar a técnica do afago, que deve ser utilizada durante todo o procedimento. Sobre esta técnica, Vasconcelos determina que (2018, p. 163):

[...] esse reforço positivo começa com o afago que praticamos com gestos de bom humor, com o sorriso, com a preparação de um ambiente adequado, com mensagens de boas-vindas, autoapresentações e apresentações dos participantes, acomodação de cada um em cadeiras confortáveis e em círculo, oferecimento ou disponibilização de água, café etc., e, quando for o caso, explicações sobre o motivo da presença de observadores (em mediações privadas, solicitar a autorização dos mediandos).

Ademais, outras técnicas também são utilizadas, como o rapport, que é verificada através do acolhimento das partes, bem como da escuta ativa das questões abordadas. O enfoque prospectivo, juntamente com a normalização, também é utilizado nas sessões, para que os envolvidos se sintam confortáveis com as questões vivenciadas por eles. Vasconcelos afirma que (2018, p. 164):

Em nossa cultura – que costuma demonizar o conflito – as pessoas podem estar se sentindo deslocadas ou com vergonha de estarem ali. Assim, o mediador – consciente de que os mediandos podem estar carentes ou desejosos da normalização – praticarão o acolhimento e validarão as histórias que estão sendo compartilhadas.

É necessário que o profissional de direito aprenda a formular perguntas, sendo esta mais uma técnica da mediação e da conciliação. As perguntas, sem prévio julgamento, podendo ser fechadas ou abertas, são essenciais para que o indivíduo esclareça, identifique, recontextualize e reflita a sua própria narrativa e o momento que está vivenciando.

Juntamente com a formulação de perguntas, a validação de sentimentos é uma técnica também utilizada nos mecanismos autocompositivos.

Através da correta aplicação da validação de sentimentos, as partes são

convidadas a entrarem em contato com seus reais interesses e necessidades. Sobre o tema, esclarece Vasconcelos (2018, p. 174):

É na validação de sentimentos do outro que este outro encontra o espaço emocional e afetivo (empatia) favorável à manifestação das suas reais necessidades e interesses, por trás das verbalizações de acusação e de julgamento que havia proferido. Validar sentimentos não equivale a afirmar que a parte está correta em seus argumentos ou mesmo na sua forma de reagir àquela situação.

A escuta ativa também é uma técnica que deve ser aprendida pelo mediador e pelo conciliador, bem como por todos os indivíduos na sociedade. Por meio da escuta ativa os envolvidos percebem quais as questões e os sentimentos envolvidos nas controvérsias vivenciadas.

Além disso, é imprescindível que as partes, o mediador e conciliador, e os advogados, identifiquem quais são os reais interesses dos envolvidos nos conflitos. Apenas verificando os reais interesses é possível resolver as questões conflitantes e retomar o diálogo, com enfoque prospectivo das relações.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se que, ainda que a positivação dos mecanismos de conciliação e mediação seja recente no ordenamento jurídico, com recentes alterações no Código de Processo Civil de 2015, além da Lei nº 13.140/15 (Lei de Mediação) e Resolução nº 125/10, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), é imprescindível que o profissional do Direito tenha conhecimento acerca das técnicas e da importância de tais mecanismos.

O estudante de graduação em Direito deve possuir o conhecimento acerca das formas consensuais de solução de conflito desde a faculdade, assim como ocorre com as demais disciplinas obrigatórias, como direito civil, direito penal, direito processual civil, entre outras.

A existência do Tribunal de Multiportas elenca não apenas o processo judicial tradicional como opção de solução de conflitos dos indivíduos, mas também a mediação, a conciliação, a negociação e a arbitragem.

Assim, o ensino jurídico deve abordar todos os mecanismos, sejam eles heterocompositivo ou autocompositivos, não podendo se limitar a ensinar o aluno a redigir uma petição inicial ou um recurso. Tais aprendizados são necessários, mas não são suficientes para formar o profissional de Direito que esteja apto a atuar e solucionar as controvérsias vivenciadas pela sociedade.

Como já mencionado no texto, o advogado é o primeiro juiz da causa, ou seja, ao receber o cliente, o profissional deve analisar a controvérsia e verificar qual o mecanismo mais indicado, seja autocompositivo ou heterocompositivo.

Percebe-se, portanto, que não há exclusão do processo judicial, mas uma

adequação, observando o caso concreto, para encontrar o melhor mecanismo para resolver as questões de maneira mais adequada. Ademais, o objetivo não é apenas solucionar o processo instaurado, mas solucionar o conflito existente, retomando o diálogo entre as partes e proporcionando o empoderamento das mesmas, para que saibam que, em regra, conseguem solucionar seus conflitos sem levar à apreciação do Poder Judiciário.

Por fim, ressalta-se que, em determinadas controvérsias, não há ninguém melhor do que as próprias partes para compreender e solucionar as questões conflituosas vivenciadas, o que reflete diretamente em uma sociedade menos litigante e mais empoderada para dirimir suas questões, promovendo, consequentemente, a cultura da pacificação.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei n. 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 23 mar. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.140**, de 26 junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Diário Oficial da União, Brasília. DF. 26 jun. 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm)>. Acesso em: 24 mar. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2017**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e-5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>>. Acesso em: 05 jul 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 125**, de 29 de novembro de 2010. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso em: 24 mar 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG). **Portaria Conjunta nº 500/PR/ 2016**. Disponível em: <<http://www8.tjmg.jus.br/institucional/at/pdf/pc05002016.pdf>>. Acesso em: 07 jul. 2018.

BRIQUET, Enia Cecília. **Manual de Mediação**: teoria e prática na formação do mediador. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2016.

ROSENBERG, Marshall B. **Comunicação não-violenta**: Técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais. São Paulo: Ágora. 2006.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. São Paulo: Método. 2016.

\_\_\_\_\_. **Mediação nos conflitos civis**. São Paulo: Método. 2018.

URY, Willian L. **Supere o Não: Negociando com pessoas difíceis**. Trad. Regina Amarante. São Paulo: Best Seller. 2003.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas**. 5. ed. ver. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

\_\_\_\_\_. **Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas**. 6. ed. ver. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Faculdade Pitágoras firma convênio com TJMG**. Publicado em 06 de fev 2018. Disponível em: <<http://www.oabuberlandia.org.br/oabudia.qps/Ref/SYSK-AVQS2H>>. Acesso em: 05 jul. 2018.

## CAPÍTULO 7

### ICMS, REFORMA TRIBUTÁRIA E O FEDERALISMO FISCAL: UMA ANÁLISE SOBRE A CRIAÇÃO DE UM IVA NACIONAL

Juliana Demori de Andrade<sup>1</sup>

#### 1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa consiste na realização de um estudo científico sobre o ICMS, sua natureza, suas especificidades e seus efeitos no que tange a circulação de mercadorias no território nacional, a carga tributária que compõe os preços finais dos tributos e as distorções de mercado provocadas por esse imposto. Objetiva-se analisar possíveis reformas tributárias para as problemáticas relacionadas a tal tributo. Dentre essas reformas, especialmente a implantação de um IVA-nacional, confrontando-a com o seu aparente conflito com o federalismo fiscal.

A abordagem do tema iniciar-se-á com o conceito de imposto sobre o valor agregado, como uma espécie de tributo indireto sobre o consumo. Nessa etapa o estudo recai sobre o surgimento e a evolução histórica desse tipo de imposto, as principais características que delineiam e permitem classificar um determinado tributo como pertencente ao grupo dos impostos sobre o valor agregado e, em seguida, os sistemas impositivos de tributação que podem ser adotados pelas legislações instituidoras de dito imposto: princípio da origem ou princípio do destino.

A próxima fase de estudo vai se concentrar no ICMS, imposto brasileiro sobre operação de circulação de mercadorias, delimitando suas principais características e seus conceitos e realizando uma comparação desse imposto com o imposto sobre o valor agregado tradicional, para traçar seus pontos em comum e suas qualidades distintas. Por último, será discutida a possibilidade de criação de um IVA nacional e se tal proposta entra ou não em conflito com o federalismo fiscal brasileiro.

Apesar de existirem inúmeros tributos indiretos sobre o consumo no Brasil, sendo que os principais são: o Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços de Comunicação e Transporte Interestaduais e Intermunicipais (ICMS) e Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN), a pesquisa do presente trabalho limita-se a problemática concernente à livre circulação de mercadorias dentro do território nacional, por isso, os impostos indiretos sobre o consumo de serviços (a segunda parte da sigla do ICMS e o ISSQN) não tem relevância para o objeto aqui elencado.

---

<sup>1</sup>Doutoranda em Direito Tributário e Financeiro pela Universitat de València. Mestre em Direito Público pela Faculdade de Direito “Prof. Jacy de Assis” da Universidade Federal de Uberlândia. Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET). Professora de Direito Tributário na Faculdade Esamc de Uberlândia-MG. Advogada inscrita na OAB/MG. E-mail: juliana.demori@outlook.com

Além disso, dos dois impostos supracitados que afetam indiretamente o consumo de produtos, o IPI e o ICM, o primeiro é de competência da União e o segundo de competência dos estados e do distrito federal, portanto, em caso de reforma tributária, só o ICM criaria dúvidas sobre possível conflito da reforma com o federalismo fiscal brasileiro. Essa é mais uma razão para a pesquisa ter realizado esse específico corte metodológico, recaindo em exclusivo sobre o ICM.

Devido ao fato de que esta pesquisa baseia-se em um estudo de Direito, serão utilizadas como fontes primárias os textos constitucionais e legais, e como fontes secundárias as doutrinas jurídicas e de outras ciências afins. O tipo de pesquisa utilizado será o bibliográfico e o documental, traçando um paralelo entre a doutrina existente e os diplomas legais acerca do tema, analisando os dados referentes às discussões sobre este.

O método de abordagem para o tipo de pesquisa bibliográfico ou teórico será o dedutivo, partindo de conceitos gerais, para que ao final possa concluir, de forma a atender os objetivos propostos para a execução do presente estudo. O método de estudo utilizado para as fontes de tipo documental será o comparativo. A técnica utilizada para o tipo de pesquisa teórica ou bibliográfica será a análise textual, temática e interpretativa da bibliografia selecionada e estudada. Para o tipo de pesquisa documental será utilizada a técnica de análise histórica e de conteúdo.

Por fim, faz-se mister ressaltar que quanto mais numerosos os estudos sobre o tema das reformas tributárias, mais possibilidades de soluções para os atuais problemas presentes no sistema tributário brasileiro, além de tornar mais factível o surgimento de mecanismos jurídicos mais aperfeiçoados, que garantam, simultaneamente, uma tributação mais eficiente, mais progressiva e menos onerosa.

## **2 IMPOSTO SOBRE O VALOR AGREGADO (IVA): NOÇÕES GERAIS**

Nos anos subsequentes à Primeira Guerra Mundial a tributação indireta expandiu-se em diversas partes do globo. A França, pioneira nesse aspecto, criou o *taxes sur le chiffre d'affaires*, imposto esse sobre vendas brutas, ou seja, um tributo que incidia sobre o montante integral do preço de venda dos produtos, em todas as fases compreendidas entre a produção e distribuição. (MEIRELLES, 2000, p. 47).

Já na segunda metade do século XX, houve na maioria dos países uma substituição dos impostos sobre vendas brutas para os impostos sobre vendas líquidas, nomeados também como impostos sobre o valor agregado ou adicionado (IVA). O imposto sobre a venda bruta trazia alguns graves inconvenientes: a) ele era cumulativo, ou seja, ao incidir sobre o valor bruto da venda em todas as etapas existentes entre a produção e consumo final, havia imposto sobre imposto, o que causava repercussão grave nos preços dos produtos; b) tinha como

consequência a verticalização das empresas, para se evitar a tributação em várias etapas, acumulavam-se as muitas fases em uma única pessoa jurídica; c) não garantia uma justa distribuição da carga tributária sobre o consumo, nem permitia uma justa participação regional sobre a produção. (DERZI, 1999, p. 17).

O primeiro país a substituir o imposto incidente cumulativamente em todas as fases da produção à industrialização por um não cumulativo foi também a França que, em 1936, iniciou as primeiras modificações legislativa e que, em 1954, implantou a *taxe sur la valeur ajoutée*, imposto sobre o valor agregado. Esse imposto ainda se encontra vigente, a despeito de algumas reformas.

A partir dessa primeira experiência, durante a década de sessenta do século passado difundiu-se pelo mundo a tributação da produção e circulação não cumulativa. Em 1991, criou-se o sistema geral de tributação ao consumo em 21 países membros da OCDE, além de 42 países que não pertenciam a esse grupo. Ademais, a antiga Comunidade Econômica Europeia, base histórica da União Europeia, ao adotar a imposição sobre o valor agregado, impulsionou a difusão desse modelo pelo mundo (Fausto, 2005, p. 198).

O princípio da não-cumulatividade passou a existir expressamente no Brasil com a Reforma Constitucional nº 18 de 1965. Na antiga Comunidade Europeia foi adotado o imposto sobre o valor agregado na sua primeira diretiva de 1967. A Dinamarca, em respeito às disposições da CEE introduz esse tipo de imposto em sua legislação interna em 1967, seguida da Alemanha em 1968, de Luxemburgo e da Bélgica em 1969, da Irlanda em 1972 e da Inglaterra em 1973. Na América Latina esse tipo de tributo foi implantado a partir do final da década de 1960 na Argentina, Bolívia, Equador, Peru e Uruguai, sendo que no Paraguai o mesmo foi introduzido em 1972 (DERZI, 1999, p. 19).

No Brasil, não existe um Imposto sobre o Valor Agregado único que abarque todas as operações de industrialização, circulação e transações comerciais de bens e serviços. A tributação desses fatores é realizada por meio de três diferentes impostos: o IPI que incide sobre a industrialização e é de competência da União; o ICMS que incide sobre a circulação de mercadorias e serviços de transporte intermunicipais e interestaduais e de comunicação e é de competência dos Estados e Distrito Federal; e o ISSQN que incide sobre os demais serviços, sendo de competência dos municípios.

O imposto sobre o valor agregado ou adicionado é uma espécie do gênero de impostos gerais sobre a venda de bens e de serviços, também denominados de impostos gerais (índiretos) sobre o consumo. Ressalva-se que o termo impostos gerais sobre o consumo é muitas vezes considerado cientificamente inadequado, porque o sujeito passivo da relação tributária vai ser o industrial ou o comerciante, não sendo jamais o consumidor final, apesar de este ter de fato suportado economicamente o ônus fiscal (DERZI, 1999, p. 21-22).

Além disso, há autores, como Carrazza (2011, p. 25-26), que consideram o conceito de imposto indireto sobre o consumo relevante no contexto econômico e não para a ciência jurídica. Ademais, na prática, o imposto indireto

pode não ser repassado ao preço e ser suportado pelo contribuinte, do mesmo modo que, impostos classificados como direto, o imposto de renda, por exemplo, pode estar embutido no preço do bem. Não obstante, no presente trabalho utilizará essa terminologia de forma indiscriminada, primeiro porque serve para fins didáticos e segundo porque se entende que alguns conceitos econômicos podem assumir relevância no estudo do Direito.

O imposto indireto pode incidir em todas ou várias fases do processo de produção, distribuição e circulação ou pode limitar sua incidência a apenas uma dessas fases, de forma que pode ser classificado como monofásico ou plurifásico.

O imposto monofásico vai incidir em um único momento – na produção ou na venda a varejo e, nesse caso, é inerente a não-cumulatividade, uma vez que a imposição ocorre em uma única etapa. Já no caso do imposto plurifásico a incidência acontece em cada operação concernente à cadeia de consumo. Nessa hipótese, é passível vislumbrar o efeito cascata, tendo em vista que o imposto pago em operação anterior vai ser absorvido como custo e tornar parte da base de cálculo do imposto na etapa subsequente. Tal fenômeno é denominado de cumulatividade.

A característica fundamental do IVA, e que é o denominador comum entre as diversas legislações de cada um dos países que adotam essa forma de tributação, é que esse imposto, apesar de plurifásico, busca incidir apenas na fração agregada ou adicionada ao valor do produto pela etapa de produção, distribuição, circulação ou de prestação de serviço correspondente à prevista na hipótese de incidência do mesmo. Assim, reduz-se a carga tributada que será transferida economicamente ao consumidor final (DERZI, 1999, p. 19).

Existem várias técnicas para se evitar a ocorrência do efeito cumulativo em tributos plurifásicos, com o escopo de impedir uma oneração exacerbada do produto final e respeitar o princípio do não confisco. Fausto (2005, p. 199) classifica em método do IVA calculado por adição e em método do IVA calculado por subtração, sendo que esse último é subdividido em IVA sobre “base efetiva” e IVA sobre “base financeira”.

O primeiro método, por adição, é constituído da soma dos valores correspondentes aos fatores de produção, como salário, valor de aquisição a matéria-prima, lucros agregados, desse total exclui-se o valor da alienação, obtendo a base de cálculo do imposto.

O método do IVA sobre “base efetiva” trata-se da hipótese em que o imposto tem como base de cálculo somente o valor que foi agregado na etapa em análise, em outras palavras, subtrai do valor de venda da mercadoria o valor cobrado na etapa anterior. Assim, o tributo vai ter como base de cálculo apenas o resultado dessa subtração. (Fernandes, 2001, p. 200).

Já a terceira técnica apresentada por Fausto (2005, p. 200) é o IVA sobre “base financeira”. Consiste na situação em que a tributação realizada na etapa antecedente serve de crédito para a posterior, de modo que na etapa subse-

quente se realize uma compensação do valor pago a título de imposto na etapa anterior.

A forma de evitar a cumulatividade por adição e aquela por subtração, com o IVA sobre a “base efetiva”, são denominadas de imposto sobre o valor agregado puro, ou seja, o imposto tem como base de cálculo o valor que realmente se agregou no momento de ocorrência do fato previsto na hipótese de incidência. Já a técnica por subtração, com IVA sobre a “base financeira”, é chamada de imposto contra imposto ou, ainda, sistema de créditos e débitos, que vem sendo considerada uma espécie de imposto sobre o valor agregado. (FERNANDES, 2001, p. 200).

Com base em todos os conceitos e características analisados até o presente momento, torna-se relevante seguir uma classificação do imposto sobre o valor agregado de Juano apud Meirelles (2000, p. 50), qual seja: Esse tipo de imposto é indireto, pois sua incidência se dá sobre a manifestação mediata de riqueza; tem natureza real, tendo em vista que não é relevante as qualidades do sujeito passivo para a realização da hipótese de incidência; sua alíquota é proporcional em contraposição a aquela progressiva; costuma ser multifásico, pois afeta o consumo em todas as suas etapas; e é neutro, ou seja, em princípio não deve influenciar a economia, não interferindo nos fatores que permitem a livre concorrência.

### **3 CONSIDERAÇÕES SOBRE O ICMS: COMPARAÇÃO COM O IMPOSTO SOBRE O VALOR AGREGADO**

O Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços, ICMS, está previsto no art. 155, II da Constituição Federal de 1988, como de competência dos Estados e do Distrito Federal de instituir imposto sobre “operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior”.

Paulo de Barros Carvalho (2009, p. 726-727) identifica nesse texto a existência de três regras-matrizes: realizar operações relativas à circulação de mercadorias; prestar serviços de comunicação; e prestar serviço de transporte interestadual ou intermunicipal. Roque Antonio Carrazza (2011, p. 37) reconhece nesse mesmo dispositivo constitucional ao menos cinco tipos de impostos diferentes, uma vez que possuem hipóteses de incidência e bases de cálculo diferentes, quais sejam:

a) o imposto sobre operações mercantis (operações relativas à circulação de mercadorias), que de algum modo, compreende o que nasce da entrada, na Unidade Federada, de mercadorias importadas o exterior; b) o imposto sobre serviços de transporte interestadual e intermunicipal; c) o imposto sobre serviços de comunicação; d) o imposto sobre produção, importação, circulação,

distribuição ou consumo de lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos e de energia elétrica; e e) o imposto sobre a extração, circulação, distribuição ou consumo de minerais.

Tendo em vista que o presente trabalho aborda a implantação da liberdade de circulação de mercadorias no âmbito do Mercosul e já que o texto deve ser breve, é necessário realizar um corte metodológico e focar a análise apenas sobre a primeira regra-matriz apontada por Carrazza e Paulo de Barros, ou seja, o imposto sobre a circulação de mercadorias ou ICM.

O critério material do ICM é a operação mercantil que consiste na circulação de mercadorias, com fins lucrativos. Isso não quer dizer que para a incidência do imposto é necessária a efetiva obtenção de lucro, mas que seja característica dessa operação mercantil o objetivo de se lucrar.

Por circulação de mercadorias entende-se não a mera circulação física, mas sim a jurídica, com a transferência de titularidade sobre uma mercadoria de uma pessoa a outra. Além disso, para que haja circulação de mercadoria, tributável pelo ICM exige-se que tenha um negócio jurídico oneroso entre um alienante e um adquirente (CARRAZZA, 2011, p. 39-40).

Por mercadoria entende-se “a coisa móvel, corpórea e que está no comércio” (CARVALHO, 2009, p. 730). Ademais, não é suficiente que o objeto seja colocado à venda, mas que a venda seja praticada com habitualidade por pessoa física ou jurídica, no exercício de atividades empresariais, conforme preceitua o art. 4º da Lei Complementar 87/1996 (Lei Kandir). Assim, a mercadoria vai circular, com respaldo em diversos contratos, em sucessivas etapas que partem desde o produtor até o consumidor final.

Dessa definição do que seja operação de circulação de mercadorias, deduz-se quem pode ser o sujeito passivo da obrigação tributária: a pessoa jurídica ou física que seja produtor, industrial e comerciante. Impera ressaltar que no direito tributário os termos “produtor”, “comerciante” e “industrial” tem um conteúdo mais amplo do que aquele auferido pelo direito civil, isso porque também englobam aquele comerciante de fato ou irregular, aquele que promova comércio clandestino ou, ainda, um menor absolutamente incapaz que pratique com frequência atos comerciais (CARRAZZA, 2011, p. 41).

O sujeito ativo, por outro lado, é o estado onde se situa o estabelecimento do produtor, do comerciante ou do industrial, de forma que o sistema impositivo no Brasil, em regra, segue o princípio da origem<sup>2</sup>. Todavia, quando se trata de relações interestaduais existe um sistema de repartição ou compensação entre ambos os Estados (DERZI, 1999, p. 24), no qual a alíquota praticada na

---

<sup>2</sup>O sistema impositivo na origem é aquele em que o critério espacial da hipótese de incidência do imposto seja o local de produção do bem, ou seja, o imposto vai incidir no início da cadeia de consumo. Em se tratando de comércio exterior ou intrarregional, na imposição na origem vão se tributar as exportações e se isentar as importações. Assim, ainda que aquele que vai sofrer o encargo financeiro seja o consumidor situado em outro Estado, o imposto será devido e fará parte da receita do Estado onde está localizada a produção (FERNANDES, 2001, p. 201).

circulação interestadual pelo estado de origem é menor do que aquela aplicada no interior do mesmo, de forma que a diferença entre a alíquota interestadual e aquela prevista para o estado de destino é recolhida por esse último.

Quanto às importações e exportações o ICM segue o princípio do destino<sup>3</sup>, pois incide sobre as importações, mas não incide sobre as exportações de produtos industrializados, salvo daqueles semielaborados, segundo a Lei Complementar 65/91.

Outro aspecto que precisa ser tratado com mais pormenores é a questão do princípio da não-cumulatividade do ICMS. O art. 155, § 2º, I, da Carta Magna brasileira prevê que o ICMS “será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal”.

Tenta-se evitar com a não-cumulatividade a violação do princípio do não-confisco e da capacidade contributiva, que resultaria da cobrança de imposto sobre imposto. Além disso, evita-se o aumento exacerbado do valor do produto final. Para tanto, em cada etapa da cadeia ocorre uma compensação entre o direito ao crédito, nascido com a entrada jurídica do bem no estabelecimento, com o débito proveniente da saída jurídica da mercadoria (CARVALHO, 2009, p. 731).

Carrazza (2011, p. 407) profere a opinião de que não se pode confundir o princípio da não-cumulatividade do ICM com a classificação de imposto sobre valor agregado. O imposto sobre valor agregado incide sobre a exata parcela que o contribuinte acrescentou ao bem. Desse modo, a base de cálculo do IVA é apenas a parcela acrescida. O ICM, contudo, incide sobre o valor total da operação, sendo essa sua base de cálculo, e não só sobre o montante acrescido. De fato, a hipótese de incidência do ICM é “realizar operações relativas à circulação de mercadorias” e não “realizar operações, com lucro, relativas à circulação de mercadorias”.

Carrazza (2011, p. 407) comenta ainda que se fossem tributadas só as operações com lucro, o ICM não seria cobrado quando a circulação de mercadoria ocorresse, por exemplo, com prejuízo, pois não teria nesse caso nenhum valor acrescido. Para esse autor a não-cumulatividade “não passa, pois, de uma técnica de tributação, peculiar ao ICMS (que, em absoluto, não interfere em sua base de cálculo) [...]”

Fernandes (2001, p. 99) reconhece também que existe “diferença de cobrança do ICMS, com seu sistema de créditos e débitos fiscais, com a do IVA, com sua incidência sobre o *quantum* adicionado”. Todavia, esse mesmo autor

---

<sup>3</sup>O sistema impositivo no destino ocorre quando a tributação é realizada no local de consumo final do produto, logo, na última etapa da cadeia de produção e consumo. Desse modo, no comércio exterior será tributada a importação e a exportação não o será, assim, a receita auferida com o tributo fica com o Estado onde se situa o consumidor final. Nesse caso, se deve manter as aduanas e os demais aparatos fiscais fronteiriços, tendo em vista que as importações são tributadas, sendo necessário realizar o controle nas fronteiras. (FERNANDES, 2001, p. 202).

(2001, p. 200) como já evidenciado anteriormente, assume que o sistema de compensação de crédito e débito, utilizado pelo ICM, já é considerado por parte da doutrina como uma espécie de imposto sobre o valor agregado.

No mesmo sentido são os argumentos de Fausto (2005, p. 200) e de Derzi (1999, p. 20), sendo que esta última também trata o ICM como um imposto sobre o valor agregado, apesar de reconhecer que existam diversas diferenças entre o mesmo e o IVA segundo os moldes tradicionais, quais sejam:

O IVA costuma ter uma hipótese de incidência mais ampla, correspondendo à soma do IPI, ICMS e ISS pertencentes ao sistema tributário brasileiro. O princípio da não-cumulatividade é também mais amplo, promovendo uma real desoneração da produção e comercialização, já que utiliza técnicas para que a incidência do imposto ocorra apenas sobre o valor que se agregou no respectivo elo da cadeia produtiva e comercial. O IVA normalmente é o imposto de fato neutro, não sendo utilizado com escopo de promover o desenvolvimento de determinada área da economia. O ICM, por outro lado, é com frequência objeto de políticas extrafiscais, o que resulta, infelizmente, em “guerras fiscais” entre os estados brasileiros (CAMARGO, 2004, p. 207-208).

Ressalta-se ainda que o sistema tributário brasileiro subdivide o critério material do IVA em três impostos diferentes IPI, ICMS e ISS, cujas competências são de cada ente federado, União, Estados e Municípios, respectivamente, o que aumenta a complexidade da tributação indireta sobre o consumo.

Nesse diapasão, tendo como base as características da tributação sobre o consumo existente no sistema tributário brasileiro, denota-se relevante abordar o tema da reforma tributária, bem como, refletir se o federalismo fiscal é realmente um obstáculo para essa.

#### **4 FEDERALISMO FISCAL E A (IM)POSSIBILIDADE DE IMPLANTAÇÃO DO IVA NACIONAL**

A necessidade de reforma tributária é algo que há muito é discutido no cenário brasileiro, seja para se evitar as “guerras fiscais” entre estados, seja para diminuir as desigualdades regionais e aumentar a eficiência do desenvolvimento econômico e social do país, seja também para diminuir a carga tributária sobre o contribuinte e aprimorar uma real redistribuição de renda (SIQUETTO, 2004, p. 276).

Todavia, quando a discussão sobre a reforma tributária passa a apresentar soluções que atinjam os impostos sobre o consumo, principalmente o ICM, surgem controvérsias e impasses já que esse imposto é de competências dos estados e do Distrito Federal, e quaisquer modificações nesse âmbito podem ser interpretadas como ameaças ao pacto federativo, cláusula pétrea tutelada expressamente no art. 60, § 4º, I da CF/88.

Por federalismo entende-se uma forma de estado estabelecida na Constituição que garante a autonomia financeira e administrativa dos entes subna-

cionais e do governo central, sendo que as respectivas competências estão limitadas e definidas constitucionalmente. No Brasil, os entes federados são os Estados, Municípios, Distrito Federal e a União, que consistem em unidades autônomas e independentes e que não possuem, entre elas, qualquer grau de hierarquia. (DALLARI, Dalmo de Abreu, 2011, p. 254-255).

Salienta-se que todas as federações existentes hoje no mundo se diferem entre si, de modo que não existe um molde universal para o conceito de federalismo. Em específico, a Federação Brasileira surgiu no Constituição de 1891, e parte de um Estado unitário para uma maior descentralização. Ao longo da história republicana brasileira é possível observar avanços e retrocessos na descentralização das competências constitucionais dos entes federados (SIQUETTO, 2004, p. 273-275).

Na ditadura militar houve movimentos para se promover uma maior centralização administrativa e do poder na esfera da União. Com a redemocratização do país, a Constituição Federal de 1988 buscou salvaguardar o federalismo, seja por meio de suas detalhadas definições quanto às competências tributárias, às financeiras e às administrativas dos entes federados, seja por proteger o modelo federativo de Estado, através de cláusula pétrea, de modo que fica proibida emendas que sejam tendenciosas a abolir a forma federativa de Estado. Assim, o constituinte partiu do pressuposto de que o federalismo, ou seja, uma maior autonomia para os entes federados é um meio essencial para se garantir o Estado Democrático de Direito (CAMARGO, 2004, p. 195-196).

O ICMS é a principal fonte de receita dos estados e do Distrito Federal, sendo “o imposto que gera a maior arrecadação global dentre todos previstos na Constituição de 1988” (CAMARGO, 2004, p. 212). Não obstante, é possível apontar diversos fatores negativos provenientes do fato do ICMS ser de competência dos Estados, dentre eles: a) o excessivo número de legislações estaduais e de obrigações acessórias apenas torna mais burocrático o processo arrecadatório e causa prejuízos aos contribuintes; b) os fiscos estaduais costumam aplicar alíquotas altas sobre a base de cálculo, mesmo no caso de produtos essenciais, o que é atentatório ao princípio da seletividade prevista na Constituição; c) tem-se a “guerra fiscal”, na qual os estados buscam alcançar seus objetivos isolados em detrimento da Federação como um todo (GAMA, 2004, p. 151-152).

O IVA nacional é uma alternativa ao atual sistema (SIQUETTO, 2004, p. 282). Poderia ser implantado através de uma emenda que alterasse a Constituição, unificando o IPI, ICMS e ISSQN, principais tributos sobre o consumo, de forma que a União tivesse competência de, por meio de lei complementar, estabelecer as alíquotas aplicáveis. Todavia, resta a questão se tal emenda feriria o pacto federativo, ou seja, se ao modificar as competências tributárias dos entes federados, tratar-se-ia de uma emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado.

Sabe-se que emendas que reduzem o âmbito do direito salvaguardado na cláusula pétrea não são necessariamente violações às mesmas. A mera redução

da forma federativa de Estado não é, por si só, um ataque à cláusula pétreia. Exige-se que essa redução seja tendente à abolição completa do federalismo no Estado brasileiro.

Torna-se relevante verificar se a implantação de um IVA nacional seria uma mera redução da autonomia dos estados e do Distrito Federal ou se essa redução é de tal forma limitadora da independência, da capacidade arrecadatória e financeira e da autoadministração desses entes, que ameaçaria definitivamente o pacto federativo.

Sobre a questão da autonomia Gutierrez (2004, p. 38) pondera que “[...] a existência real de autonomia depende da previsão de recursos suficientes e não sujeitos a condições, para que os entes federados possam desempenhar suas atribuições. Se os recursos forem insuficientes a autonomia existirá apenas no papel”.

Gama (2004, p. 143) aponta que a Constituição Federal de 1988 utilizou dois mecanismos para garantir a autonomia financeira das entidades federativas: “a) a repartição das fontes de receita (arts. 145 a 156) e b) a repartição do produto da arrecadação (arts. 157 a 162)”. No primeiro caso situa-se a própria arrecadação de receitas, como é o caso do ICMS. No segundo caso está o repasse de receitas obtidas através da tributação por determinadas pessoas políticas para outros entes federados. É o que se tem com os Fundos de Participação dos Estados e Municípios, previsto no art. 159, I, *a e b* da CF/88.

A implantação de um IVA nacional necessariamente exige que se faça atenção a essas duas formas de promover a autonomia financeira das pessoas políticas. Se houver a centralização do IPI, ICMS e ISSQN em um único imposto de competência da União, será necessário equilibrar o federalismo aumentando as receitas transferidas. Gama (2004, p. 160) reflete que:

Certamente, como restou demonstrado, a futura reforma tributária deverá respeitar a autonomia financeira das unidades federadas; porém, no exercício de sua competência, o poder reformador poderá mover-se entre os meios possíveis de instrumentalização dessa autonomia, desde que tenha sempre em mente a descentralização como forma de desenvolver e concretizar os valores fundantes do Estado Democrático de Direito Brasileiro.

A implantação de um IVA nacional seria uma importante reforma tributária no que tange a redução da carga tributária sobre os bens de consumo e diminuição das guerras fiscais e das distorções de mercado.

Contudo, apesar de restar demonstrado que não há óbices jurídico-constitucionais a uma emenda constitucional que crie um IVA nacional, desde que seja garantida a autonomia financeira dos entes federados, ocorre que os Estados e Distrito Federal são politicamente avessos a tal reforma, já que se sentem ameaçados em suas autonomias pela mesma. Assim, se não há empecilho jurídico para a reforma tributária, existem obstáculos políticos a essa, sendo esse justamente o motivo pelo qual, apesar de anos de discussão, ainda não foi possível reformar o sistema tributário brasileiro.

## 5 CONCLUSÃO

No primeiro item foi apresentado o histórico, conceito e classificação do imposto sobre o valor agregado, como um tributo indireto sobre o consumo. Demonstrou-se que esse tipo de tributo tem como principal escopo evitar a cumulatividade, por entender que essa onera o preço final do produto e fere os princípios da capacidade contributiva e do não-confisco.

Foi ainda esclarecido nesse item que existem dois tipos de impostos sobre o valor agregado: o IVA tradicional, cuja base de cálculo é apenas a parcela que se agregou ao valor total do produto em cada etapa considerada; e o IVA pelo sistema de créditos e débitos, no qual a base de cálculo é o *quantum* total, porém permite-se a compensação do valor a ser pago com aquilo que o foi na etapa anterior. O ICMS brasileiro se encaixa nessa última categoria.

No segundo item, a análise recaiu sobre o imposto brasileiro cuja hipótese de incidência é realizar operação de circulação de mercadorias ou o ICM. Após realizadas todas as conceituações necessárias, comparou-se o ICM ao IVA e verificou quais são as diferenças mais relevantes entre esses dois tipos de impostos e qual a consequência disso para a circulação dos bens de consumo no Brasil.

No terceiro item, buscou-se estudar se existe algum obstáculo jurídico-constitucional no Direito Brasileiro para a realização de uma reforma tributária que unifique os impostos indiretos sobre o consumo em um IVA nacional, de competência da União.

Nesse estudo deu-se ênfase ao ICM uma vez que o mesmo é um tributo de competência dos estados e do distrito federal e a sua supressão poderia ser, em tese, uma ameaça ao federalismo fiscal brasileiro, cláusula pétrea constitucional e que, portanto, não poderia ser objeto de emenda tendente a abolir a forma federalista de Estado.

Concluiu-se que a criação de um IVA para o Brasil que englobasse em seu critério material o ICM não seria, por si só, uma afronta ao princípio do federalismo, desde que a reforma tributária buscasse instituir outros meios para garantir a autonomia financeira dos estados e do distrito federal. Assim, se criasse uma obrigação para a União de repassar uma parcela da receita adquirida com o IVA nacional, correspondente ao antes arrecadado pelo ICMS, para os Estados e Distrito Federal, esses não sofreriam graves prejuízos com a reforma tributária.

Por fim, apesar de não existir efetivo obstáculo jurídico para a criação de um IVA nacional, há grande força política contrária a esse tipo de reforma. Os estados receiam perder a autonomia política e financeira conquistada com a Constituição Federal de 1988, após tantos anos de ditadura militar e sua consequente centralização de poder, por isso, dificilmente tais entes federados atuariam em prol da implantação de dito imposto único de competência da União.

## REFERÊNCIAS

ÁGUIA, José Maurício Pereira. Imposto sobre o Valor Agregado: abordagem teórica e prática. In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes, VASQUES, Sérgio, GUIMARÃES (Org.). **IVA para o Brasil: contributos para a reforma da tributação do consumo**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 123-134.

ALMEIDA, Roberto Caparroz de. Do imposto sobre produtos industrializados vinculados às importações. In: TÓRRES, Heleno Taveira. (Coord.). **Comércio Internacional e Tributação**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 260-307.

ALTAMIRANO, Alejandro C.. Estructura basica del Impuesto al Valor Agregado (IVA) en la Republica Argentina. In.: BALTHAZAR, Ubaldo Cesar (Org.). **Reforma Tributária e Mercosul**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 71-96.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. **Introdução ao Direito Internacional Público**. São Paulo: Atlas, 2008.

BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

BASTO, José Xavier de. **Perspectivas de Evolução do Imposto sobre Valor Acrescentado em Portugal**. Coimbra: Almedina, 1987.

\_\_\_\_\_. A adoção do sistema comum europeu de Imposto sobre o Valor Agregado (IVA) em Portugal. In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes, VASQUES, Sérgio, GUIMARÃES (Org.). **IVA para o Brasil: contributos para a reforma da tributação do consumo**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 89-122.

BELLUZO, Luiz Gonzaga de; AFONSO, José Roberto R.; DAIN, Sulamis; ARAÚJO, Erika. A carga tributária sobre produtos selecionados e sua relação com a política de exportação. In: TÓRRES, Heleno Taveira. (Coord.). **Comércio Internacional e Tributação**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 720-751.

CAMARGO, Guilherme Bueno de. A Guerra Fiscal e seus Efeitos: Autonomia x Centralização. In.: CONTI, José Maurício (Org.). **Federalismo Fiscal**. Barueri, SP: Manole, 2004. p. 191-222.

CARRAZZA, Roque Antonio. **ICMS**. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário Linguagem e Método**. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2009.

CHESNAIS, François. **A Mundialização do Capital**. Tradução de Silvana Finzi Foá. São Paulo: Xamã Editora, 1996.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. O IVA brasileiro. In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes, VASQUES, Sérgio, GUIMARÃES (Org.). **IVA para o Brasil**: contributos para a reforma da tributação do consumo. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 553-586.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DALLARI, Pedro B. A. **Constituição e Tratados Internacionais**. São Paulo: Saraiva, 2003.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Três Desafios para um Direito Mundial**. Rio de Janeiro: Lumen juris. 2010.

DERZI, Misabel Abreu Machado. A necessidade da instituição do IVA no Sistema Constitucional Tributário Brasileiro. In.: BALTHAZAR, Ubaldo Cesar (Org.). **Reforma Tributária e Mercosul**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 17-30.

DERZI, Misabel Abreu Machado; SANTIAGO, Igor Mauler. A harmonização dos IVAs do Brasil para o desenvolvimento produtivo. In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes, VASQUES, Sérgio, GUIMARÃES (Org.). **IVA para o Brasil**: contributos para a reforma da tributação do consumo. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 527-552.

FALCÃO, Maurin Almeida. Da tributação cumulativa ao Imposto sobre o Valor Agregado: o percurso notável da inovação tributária do Século XX. In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes, VASQUES, Sérgio, GUIMARÃES, Vasco Branco (Org.). **IVA para o Brasil**: contributos para a reforma da tributação do consumo. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 611-626.

FAUSTO, Domenicantonio. L'Imposizione Sul Valore Aggiunto Nell'Unione Europea. In.: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). **Comércio Internacional e Tributação**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 197-222.

GAMA, Evandro Costa. A Reforma Tributária e a Autonomia Financeira das Entidades Subnacionais. In.: CONTI, José Mauricio (Org.). **Federalismo Fiscal**. Barueri, SP: Manole, 2004. p. 137-162.

GOMES, Fabio Luiz. **Manual sobre o IVA nas Comunidades Europeias**: os impostos sobre o consumo no mercosul. Curitiba: Juruá, 2006.

GUTIERREZ, Miguel Delgado. Repartição de Receitas Tributárias: a Repartição das Fontes de Receita. Receitas Originárias e Derivadas. A Distribuição da Competência Tributária. In.: CONTI, José Mauricio (Org.). **Federalismo**

**Fiscal.** Barueri, SP: Manole, 2004. p. 33-68.

GUIMARÃES, Vasco Branco. A tributação do consumo no Brasil: uma visão europeia. In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes, VASQUES, Sérgio, GUIMARÃES (Org.). **IVA para o Brasil: contributos para a reforma da tributação do consumo.** Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 37-68.

HELD, David; MACGREW, Anthony. **Prós e Contras da Globalização.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

ICHIHARA, Yoshiaki. O princípio da não-cumulatividade no IPI e no ICMS à luz da jurisprudência. In.: BALTHAZAR, Ubaldo Cesar (Org.). **Reforma Tributária e Mercosul.** Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 31-56.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Um IVA possível em sistema tributário justo. In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes, VASQUES, Sérgio, GUIMARÃES, Vasco Branco (Org.). **IVA para o Brasil: contributos para a reforma da tributação do consumo.** Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 397-406.

MATTOS, Adherbal Meira. Soberania e a nova ordem mundial. In: DEL'OLMO', Florisbal de Souza. **Curso de Direito Internacional Contemporâneo.** Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MEIRELLES, José Ricardo. **Impostos Indiretos no Mercosul e Integração.** São Paulo: LTr, 2000.

MEIRA, Liziane Angelotti. Regimes Aduaneiros Especiais e Integração Regional: Análise dos Regimes Brasileiros em Face das Regras do Mercosul. In: TÔRRES, Heleno Taveira. (Coord.). **Comércio Internacional e Tributação.** São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 347-378.

\_\_\_\_\_. **Tributos sobre o Comércio Exterior.** São Paulo: Saraiva, 2012.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público.** 14. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

MELO, José Eduardo Soares de. **IPI – Teoria e Prática.** São Paulo: Malheiros, 2009.

\_\_\_\_\_. **Importação e exportação no direito tributário: impostos, taxas e contribuições.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NOVOA, César García. El IVA y el Comercio Internacional. Especial Referencia a la Problemática de la Unión Europea. In.: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). **Comércio Internacional e Tributação.** São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 159-196.

OLIVEIRA, Odete Maria (coord.). **Relações internacionais e globalização – grandes desafios**. Ijuí: Unijuí, 1998.

ORTIZ, Renato. **Mundialização e cultura**. São Paulo: Brasiliense, 1994.

PINHEIRO, Armando Castelar. **Judiciário e Economia no Brasil**. São Paulo: Sumaré, 2000.

PREBISCH, Raúl. Problemas Teóricos e Práticos do Crescimento Econômico. In: SALDANHA, Eduardo. **Harmonização Legislativa Tributária no Mercosul e na União Europeia**. Curitiba: Juruá, 2008.

SACCHETTO, Claudio. Sovranità Fiscale delle Stati tra Integrazione e Decentramento. Efficacia del Coordinamento degli Ordinamenti della Corte di Giustizia. Coordinamento degli Ordinamento Nazionali e Corte Europea. In: TÔRRES, Heleno Taveira. (Coord.). **Direito Tributário Internacional Aplicado**. v. 5. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 377-394.

SEITENFUS, Ricardo. **Relações Internacionais**. São Paulo: Manole, 2011.

SILVEIRA, Rodrigo Maito da. **Tributação e Concorrência**. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

SIQUETTO, Paulo Roberto. Os Projetos de Reforma Constitucional Tributária e o **Federalismo Fiscal** Brasileiro In.: CONTI, José Mauricio (Org.). **Federalismo Fiscal**. Barueri, SP: Manole, 2004. p. 263-291.

TÔRRES, Heleno Taveiro. O IVA na experiência estrangeira e a tributação das exportações no direito brasileiro. In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes, VASQUES, Sérgio, GUIMARÃES, Vasco Branco (Org.). **IVA para o Brasil: contributos para a reforma da tributação do consumo**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 69-88.

TORRES, Ricardo Lobo. É possível a criação do IVA no Brasil? In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes, VASQUES, Sérgio, GUIMARÃES, Vasco Branco (Org.). **IVA para o Brasil: contributos para a reforma da tributação do consumo**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 19-36.

VARGAS, Francisco Guerrero; GUERRERO, Maria Govea de. El impuesto al valor agregado y el comercio electrónico en legislación tributaria venezolana. In.: **Télématique: Revista Electrónica de Estudios Telemáticos**, v. 5, n. 2, 2006, p. 26-56.

VOGAS, Rosírís Paula Cerizze. **Limites Constitucionais à Glosa de Créditos de ICMS em um Cenário de Guerra Fiscal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

WHISH, Richard. **Competition Law**. 4. ed. London: Butherworths, 2001.  
XAVIER, Alberto. O Princípio da Não Discriminação no Mercosul. In. TÔR-  
RES, Heleno Taveira. (Coord.). **Direito Tributário Internacional Aplicado**.  
v. 5. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 1017-1032.

## CAPÍTULO 8

# O DIREITO NA PÓS-MODERNIDADE E OS DEVERES DE PROTEÇÃO DO ESTADO NAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES: A FUNÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO PROIBIÇÕES DE INTERVENÇÃO E IMPERATIVOS DE TUTELA

Clayton Moreira de Castro<sup>1</sup>

## 1 INTRODUÇÃO

O tema a ser tratado neste trabalho é a atuação positiva e negativa do Estado, visando à proteção dos direitos fundamentais, na relação entre particulares. O tema pode ser delimitado adotando-se como objeto principal de pesquisa a análise da função dos direitos fundamentais como proibições de intervenção e como imperativos de tutela, da teoria dos deveres de proteção de direitos fundamentais pelo Estado.

Definido e delimitado o tema do trabalho, é possível apresentar o problema central da pesquisa, isto é, em meio ao tema escolhido, a questão que se pretende responder. Dessa forma, o seguinte problema pode ser apresentado: em uma sociedade de massa, globalizada, mutável e hipercomplexa, a atuação do Estado balizada axiologicamente pela função dos direitos fundamentais como proibições de intervenção e como imperativos de tutela é capaz de propiciar soluções adequadas diante do atual desafio do Direito de proteção da pessoa humana e busca de soluções mais justas e conforme os direitos fundamentais?

Diante do problema anteriormente formulado, pode ser apresentada a seguinte hipótese de estudo, que consiste na resposta provisória ao problema da pesquisa: a função dos direitos fundamentais como proibições de intervenção e como imperativos de tutela é capaz de balizar axiologicamente a atuação do Estado na proteção dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, de forma a propiciar soluções adequadas diante do atual desafio do Direito de proteção da pessoa humana.

Como marco ou referencial teórico deste artigo, tem-se o modelo dogmático desenvolvido por Canaris (2012), no qual se diferencia a função dos direitos fundamentais como proibições de intervenção e como imperativos de tutela.

O objetivo geral ou mediato do artigo é analisar o Direito na atualidade, especialmente os efeitos e as funções dos direitos fundamentais. Os objetivos específicos ou imediatos, por sua vez, são: a) estudar o Direito no atual momen-

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia. Mestre em Engenharia Civil (Engenharia de Estruturas) pela Escola de Engenharia de São Carlos (EESC) da Universidade de São Paulo (USP). Especialista em Direito Processual Civil (UCAM), Direito Administrativo (UCAM) e Direito Notarial e Registral (AVM). Possui graduação em Direito (UNIPAC/ARAGUARI), Administração Pública (UFOP) e Engenharia Civil (UFU). Servidor Público do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. E-mail: claytonmcastro@yahoo.com.br

to histórico; b) analisar a função dos direitos fundamentais como proibições de intervenção e imperativos de tutela; c) investigar alternativas que propiciem soluções adequadas diante do atual desafio do Direito de proteção da pessoa humana e busca de soluções mais justas e conforme os direitos fundamentais; e d) verificar, segundo o pensamento de Aristóteles, o fundamento ético para a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais e para a atuação positiva e negativa do Estado nas relações privadas.

Para consecução dos objetivos propostos, adotou-se o método dedutivo como método de abordagem, que diz respeito aos fundamentos lógicos e à organização do raciocínio desenvolvido em todo o trabalho. Quanto ao método de procedimento, o qual se refere à forma como se obtém, processa e valida dados sobre o problema investigado, optou-se pelo método monográfico.

Ademais, em se tratando da análise de direitos fundamentais, é imperativa a utilização da argumentação jurídica (com a observância das máximas da proporcionalidade, da razoabilidade e da racionalidade), em face à dificuldade interpretativa e à aplicação adequada de princípios.

É de se anotar, ainda, que este trabalho envolve levantamento bibliográfico, com compilação e revisão rigorosa de material doutrinário bibliográfico acerca do tema proposto. Foram revisados conceitos e ideias importantes para a perfeita compreensão de toda a extensão da pesquisa. Paralelamente, valeu-se da análise documental, com avaliação (crítica) da Constituição brasileira de 1988.

Por fim, registre-se que este trabalho parte da análise do problema hodierno do Direito, consistente na aplicação de normas gerais e abstratas (como os princípios e os direitos fundamentais), cujo caráter estruturalmente aberto e indeterminado aumenta a complexidade social e, especialmente, a complexidade do Direito. Após explorar todo esse contexto, analisa-se a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais e a função destes como proibições de intervenção e imperativos de tutela. Finalmente, utiliza-se o pensamento de Aristóteles como fundamento ético para a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais e para a atuação positiva e negativa do Estado nas relações privadas.

## **2 O DIREITO E A PÓS-MODERNIDADE**

Em uma sociedade multicêntrica, globalizada e hipercomplexa, a conjuntura atual traz em seu bojo uma crise do Direito, do Estado e da dogmática jurídica. Nesse contexto, ao Direito em geral, e especialmente ao Direito Constitucional, exige-se uma efetividade que seja capaz de dar concreção aos direitos fundamentais e transformar as estruturas econômicas e sociais.

No novo paradigma do Estado Democrático de Direito, apesar de seu

caráter aberto, a Constituição, devido a seu perfil compromissário, dirigente e vinculativo, aponta para um novo Direito de perfil transformador, em cuja centralidade estão os direitos fundamentais.

Observe-se que “os direitos fundamentais, tal como os entendemos hoje, são o resultado de um processo histórico tremendamente rico e complexo, de uma história, a um só tempo, universal, mas sempre individualizada; comum, mas sempre plural.” (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2012, p. 41).

Nas revoluções liberais, os direitos fundamentais valiam-se tão somente da função de defender o indivíduo da atuação positiva do Estado. No liberalismo, essa função de defesa ou de liberdade limitava o poder estatal, impondo ao Estado o dever de respeitar os direitos fundamentais, mas isso somente no âmbito da legalidade, isto é, apenas impunha limites à atuação positiva do Legislativo, em cuja atividade imperava o princípio da legalidade pelo dogma do “legislador racional”.

Nesse momento histórico, os direitos fundamentais não eram capazes de influenciar em situações que o Legislativo se omitia diante dos problemas. Além do mais, prevalecia a ideia de que só o Estado era limitado pelos direitos fundamentais, sendo impensável a vinculação dos particulares a esses direitos, pois as relações privadas eram disciplinadas pela legislação ordinária, sem qualquer interferência da Constituição.

Não obstante, na pós-modernidade<sup>2</sup>, com a crise do positivismo do velho constitucionalismo europeu, caracterizado pelo culto ao legislador e pelo fetiche à lei, ocorre uma “virada kantiana”, isto é, um movimento no sentido de retomada da influência da filosofia de Kant, em que a Ética e o Direito se reconciliam, passando a moral a ser pensada dentro do Direito, de forma a superar a antinomia existente entre o direito natural e o direito positivo.

Assim, o aspecto justo do Direito (justiça material) passa a ser uma ocupação pós-moderna, ou seja, consagrado pelo ordenamento jurídico, um conceito de Direito vinculado à moral atua como pretensão de correção, de

---

<sup>2</sup> A expressão “pós-modernidade” (ou “pós-modernismo”) não possui uma acepção única ou precisa. Neste trabalho a expressão é utilizada para referir-se à época atual, período que se inicia depois da Segunda Guerra Mundial, em que se verifica profunda modificação do Direito, com o reconhecimento da supremacia da Constituição, da força normativa dos princípios e da primazia dos direitos fundamentais. Observe-se que Luís Roberto Barroso leciona que a pós-modernidade trata-se do “rótulo genérico [que] abriga a mistura de estilos, a descrença no poder absoluto da razão, o desprestígio do Estado. A era da velocidade. A imagem acima do conteúdo. O efêmero e o volátil parecem derrotar o permanente e o essencial. Vive-se a angústia do que não pôde ser e a perplexidade de um tempo sem verdades seguras. Uma época aparentemente pós-tudo: pós-marxista, pós-kelseniana, pós-freudiana.” (BARROSO, 2001, p. 6, grifo do autor).

Barroso (2001, p. 24) lembra que o fenômeno de reaproximação entre a Ética e o Direito é referido por autores alemães como “virada kantiana”. No Brasil, a expressão em comento é utilizada por autores como Luís Roberto Barroso (BARROSO, 2001), Ricardo Lobo Torres (TORRES, 2005) e Fernando Rodrigues Martins (MARTINS, 2009). A expressão “virada kantiana” refere-se ao movimento de retomada da influência da filosofia de Kant no debate jurídico contemporâneo, em que Ética e Direito se reaproximaram, propiciando a fundamentação moral dos direitos humanos (e, por conseguinte, dos direitos fundamentais), visando à busca da justiça material fundada no imperativo categórico (cada indivíduo deve ser tratado com um fim em si mesmo).

forma a impedir situações de notória injustiça.

Anote-se que, de acordo com Carvalho Netto e Scotti (2012, p. 161), Direito e moral possuem uma relação de complementaridade, não havendo qualquer sujeição de um em relação ao outro. Nessa relação, “o Direito, ao recepcionar o abstrato conteúdo moral, fornece à moral maior densidade e concretude, recebendo da moral, por sua vez, legitimidade.”

Essa “virada kantiana”, acarreta (ainda) profunda modificação do Direito, com o reconhecimento da normatividade, supremacia e centralidade da Constituição, da primazia dos direitos fundamentais e da força normativa dos princípios (a partir principalmente das teorias de Ronald Dworkin e Robert Alexy), bem como proporciona maior abertura na interpretação e aplicação do Direito e leva ao fortalecimento (ou protagonismo) do Poder Judiciário.

Na pós-modernidade, postulados ético-morais ganham caráter de vinculação jurídica, pois ocorre o fenômeno da materialização da Constituição, em que esta absorve valores morais e políticos, sobretudo em um sistema de direitos fundamentais autoaplicáveis.

Com a (re)aproximação entre o Direito e a Filosofia, a questão da justiça passou a ser enfrentada no exercício da democracia e da prática do constitucionalismo. Por conseguinte, as funções dos direitos fundamentais se multiplicaram em favor da cidadania e da valorização digna da pessoa humana. A título de exemplo, com a passagem do Estado Liberal para o Estado Social, e a consagração dos direitos fundamentais de segunda geração (direitos sociais, econômicos e culturais), houve uma mudança (valorativa) do papel dos direitos fundamentais, o qual passou a estatuir responsabilidade do Estado por prestações positivas de bens e serviços.

De modo geral, como decorrência da evolução gradual e contínua do modelo estatal e do reconhecimento na esfera do Direito Constitucional de inúmeros direitos fundamentais, hoje a doutrina aponta como funções dos direitos fundamentais a função de defesa, a função de prestação e a função de proteção (perante particulares).

A função de defesa, repita-se, limita o poder estatal, de forma a impor ao Estado o dever de respeitar os direitos fundamentais. Por sua vez, de acordo com a função de prestação, o Estado é obrigado a prover as demandas sociais e econômicas da coletividade, partindo da premissa de que a atuação estatal deve suprir as necessidades do indivíduo, para que se promova a igualdade (material) entre todos.

No tocante à função de proteção, ao Estado cabe proteger o indivíduo, no sentido de amparar, fomentar e preservar os seus direitos fundamentais (MARTINS, 2011, p. 232), especialmente em relação aos particulares.

Como consequência das funções dos direitos fundamentais, hodiernamente, como adverte Canotilho (2001, p. 363), a problemática dos direitos fun-

damentais sintetiza-se na fórmula: “a lei como exigência de realização concreta dos direitos humanos fundamentais”.

Ademais, na pós-modernidade, a jurisdição constitucional torna-se a “condição de possibilidade do Estado Democrático de Direito” (STRECK, 2014, p. 37), cujo papel é primordial na garantia dos direitos fundamentais. A Jurisdição, assim, passa a ser a “garantia das garantias” ou a “garantia de fechamento” (FREIRE, 1997, p. 227).

Não obstante, os princípios e os direitos fundamentais são determinados em abstrato. Aliás, o Direito atual possui como característica normas gerais e abstratas<sup>3</sup>, cujo caráter é estruturalmente aberto e indeterminado, aumentando, assim, a complexidade social e, especialmente, a complexidade do Direito. E, exatamente por isso, um dos problemas atuais do Direito é a aplicação de normas gerais e abstratas a situações sempre particularizadas, determinadas e concretas.

Sarmiento e Gomes (2011, p. 86) lembram que “o paradigma hermenêutico pós-positivista [...] paga um certo preço à segurança jurídica: a interpretação e aplicação do direito tornam-se mais dinâmicas, elásticas, ricas do ponto de vista axiológico, mas também – é verdade – menos previsíveis.”

Além disso, não se pode olvidar de que o fato de o Direito ser constituído por linguagem traz consigo particularidades, mormente a partir do desenvolvimento da Filosofia da linguagem, com o denominado giro linguístico, hermenêutico e pragmático, que impõe importantes mudanças ao Direito, e, em especial, à teoria constitucional.

Com a viragem ontológica linguística ou o giro linguístico ocorrido no início do século XX, tem-se à Filosofia da linguagem, na qual a antiga razão da filosofia da consciência transforma-se em uma razão comunicativa, de forma que se passou a entender que o homem é quem dá sentido às coisas que existem no mundo, sendo a linguagem a condição de possibilidade (e não mais apenas um instrumento) para se dizer o mundo ou as coisas que nele existem.

Carvalho Netto e Scotti (2012, p. 14-15, 21) apresentam uma série de consequências do giro linguístico hermenêutico na teoria constitucional, a saber: a) a questão deixa de ser um dado: “o que é uma Constituição?”, passando a ter como foco central a indagação acerca do que a Constituição constitui; b) a abordagem do tema passa a ser operada a partir da postura de um participante interno, evidenciando uma mudança de paradigma: da pessoa distante ao participante (sujeito constitucional), pois todos são intérpretes da Constituição (sociedade aberta de intérpretes<sup>4</sup>); e c) os participantes internos devem ter o sentimento de pertencimento a uma “comunidade de pessoas que se reconhe-

<sup>3</sup>Canaris (1996, p. 142) destaca que “é característico para a cláusula geral ela estar carecida de preenchimento com valorações, isto é, ela não dar os critérios necessários para a sua concretização, podendo estes se determinar, fundamentalmente, apenas com a consideração do caso concreto respectivo”.

<sup>4</sup>Para Carvalho Netto e Scotti (2012, p. 112-113, grifo dos autores), “tanto em sua gênese quanto na reprodução e reconstrução hermenêutica do sentido de suas normas, o Direito ‘pertence’ a uma *comunidade de intérpretes da Constituição* (para dizermos com Peter Häberle) ou a uma *comunidade de princípios* (com Ronald Dworkin).”

cem reciprocamente como livres e iguais”.

Diante do giro linguístico, Carvalho Netto e Scotti (2012, p. 43) asseveraram que, no desafio de compreensão dos direitos fundamentais, deve-se tomá-los como algo permanentemente aberto, vendo a própria Constituição formal como um processo permanente, e, portanto, mutável, de afirmação da cidadania.

Nesse contexto, e considerando o desafio do Direito de proteger a pessoa humana e buscar soluções mais adequadas e legítimas, em uma sociedade de massa, globalizada, mutável e hipercomplexa, descortina-se a necessidade de analisar o papel dos direitos fundamentais e os deveres de proteção destes pelo Estado, nas relações privadas.

### **3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A ATUAÇÃO ESTATAL NAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES BALIZADA PELOS DEVERES DE PROTEÇÃO**

A centralidade dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico, as normas gerais e indeterminadas do Direito pós-moderno e a exigência de proteção da pessoa humana levaram ao desenvolvimento de funções e efeitos dos direitos fundamentais, especialmente nas relações entre particulares, o que será tratado com maior detalhe nesta seção do artigo.

#### **3.1 AS DIMENSÕES SUBJETIVA E OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Os direitos fundamentais apresentam duplo caráter, tendo uma dimensão subjetiva e outra objetiva, as quais mantêm relação de remissão e de complemento. A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais consiste no direito sobre a perspectiva de seu titular, tratando-se, pois, de direito concreto e subjetivo para o indivíduo (direito individual). Por essa dimensão, os direitos fundamentais incidem nas relações jurídicas como “direitos subjetivos constitucionais”.

Lado outro, os direitos fundamentais possuem a dimensão objetiva, a qual consiste no direito sobre o ponto de vista da comunidade, apta a irradiar efeitos por todas as relações jurídicas, garantindo, assim, a unidade e sistematicidade do ordenamento jurídico.

Na dimensão objetiva, os direitos fundamentais são concebidos como normas jurídicas constitucionais com “substrato tanto axiológico quanto deontológico. Axiológico, na medida em que concretiza os valores de certa comunidade, e deontológico, já que expressa princípios jurídico-constitucionais” (MARTINS, 2011, p. 237).

Não é difícil, assim, compreender as possibilidades que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais dá ao Direito, quando, incorporando os valores mais importantes da comunidade, os valores centrais da democracia, irradia os seus efeitos por todo o ordenamento jurídico, impulsionando e orientando a atuação do Estado (Legislativo, Executivo e Judiciário) e fazendo com que a proteção à dignidade da pessoa humana esteja no cerne de todo o Direito, especialmente do Direito Privado.

Hodiernamente, dos direitos fundamentais, a partir das dimensões subjetiva e objetiva, é possível extrair diversas funções e efeitos, como a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, os deveres de proteção estatais nas relações entre particulares e as funções de proibição de insuficiência e imperativo de tutela.

### **3.2 EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Em um processo histórico, a relação existente entre o Estado e o indivíduo levou, no âmbito internacional, ao desenvolvimento dos direitos humanos e, na ordem constitucional dos Estados, dos direitos fundamentais. No constitucionalismo liberal-burguês, os primeiros direitos fundamentais exerciam apenas a função de defesa, de modo a eliminar o abuso na relação de poder-sujeição até então existente entre o Estado e o indivíduo.

Dessa forma, em decorrência de esses direitos de defesa disciplinarem a relação entre o Estado e o indivíduo, em um momento histórico no qual se atribuía ao Estado uma posição absoluta, superior à do indivíduo, sua eficácia ficou conhecida como vertical. É por isso que ainda hoje se diz “eficácia vertical”, para designar a capacidade técnica de os direitos fundamentais produzirem efeitos nas relações entre os indivíduos e o Estado.

No desenvolvimento da humanidade, novas funções e novos efeitos dos direitos fundamentais foram sendo incrementados, no sentido de permitir o enfrentamento adequado dos problemas impostos às pessoas, em cada momento histórico. Um desses problemas consiste na questão de particulares, e não mais apenas o Estado, poderem ser obstáculos à efetivação dos direitos fundamentais.

Assim, consolidou-se o entendimento de que, além do Estado, os direitos fundamentais também vinculam particulares. Utiliza-se a expressão “eficácia horizontal” para designar a capacidade técnica de os direitos fundamentais produzirem efeitos nas relações entre particulares, isto é, entre indivíduos que possuem uma mesma posição, pois igualmente detentores de direitos e deveres.

Fernando Rodrigues Martins apresenta três posições sobre as razões da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. A primeira posição defende que “a Constituição não é feita tricotomicamente, separando Estado da sociedade e, por sua vez, a sociedade do indivíduo.” A segunda posição consi-

dera que, apesar de a Constituição não estabelecer expressamente a vinculação dos particulares, também não proíbi expressamente essa vinculação. Finalmente, a terceira posição aduz cinco importantes fundamentos da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, a saber: a) princípio da supremacia da Constituição; b) dimensão objetiva dos direitos fundamentais; c) unidade do ordenamento; d) princípio da solidariedade; e e) o valor da dignidade da pessoa humana (MARTINS, 2011, p. 234-236).

Portanto, hoje não se discute que os particulares também são sujeitos passivos dos direitos fundamentais. E não poderia ser diferente, pois todas as pessoas, especialmente em decorrência de serem sujeitos de direitos, possuem responsabilidade com o desenvolvimento da sociedade, em todos os aspectos (econômico, social, político, cultural, etc.). Isso porque a existência de direitos legitima-se apenas se houver distribuição de deveres, sendo necessário um ponto de equilíbrio entre direitos e deveres.

Nesse diapasão, a sociedade é igualmente exigente de direitos e deveres fundamentais. Aliás, não se pode olvidar de que “o fundamento dos deveres fundamentais é também a fonte dos direitos fundamentais, qual seja, a pessoa.” (MARTINS, 2014, p. 66).

A propósito, o convívio em uma sociedade (especialmente a pós-moderna) impõe inúmeros deveres fundamentais, mormente os relacionados com o axioma da solidariedade<sup>5</sup>, que está na raiz da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.

Por fim, sem adentrar aqui o exame detalhado deste intrigante e ainda atual tema, o qual será retomado nos tópicos seguintes, ressalte-se que, quanto à eficácia horizontal, o cerne da discussão gira em torno da questão de quando e como efetivamente se dá a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais e da questão de qual o papel do Estado quando houver ameaça ou lesão de direitos fundamentais por parte de particulares, igualmente detentores de direitos e deveres fundamentais.

### **3.3 OS DEVERES DE PROTEÇÃO DO ESTADO NAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES**

O “dever” foi largamente utilizado pela teoria geral do Direito, tornando-se componente da relação jurídica, de forma que, quando não observado,

---

<sup>5</sup>A noção jurídica de solidariedade, como o próprio Direito, é produto da história. Hoje, como princípio jurídico, a solidariedade fundamenta-se na busca por justiça e valoração digna da pessoa humana. Sobre o tema em análise, veja o ensinamento de Marcos Fabrício Lopes da Silva: “Da condição de parte da doutrina cristã, pautada no amor fraterno, a solidariedade passou a ser valor moral a reger as relações em sociedade, tornando-se princípio universal e direito fundamental, percorrendo o caminho promocional da pessoa humana.” (SILVA, 2014).

abriria espaço para a sanção. Em outras palavras, o “dever” consiste em figura jurídica indicativa de uma ação ou omissão a ser cumprida pelo seu titular.<sup>6</sup>

Assim sendo, “dever fundamental” é aquele estabelecido pela Constituição, podendo ser ele imposto aos particulares ou ao Estado. Martins (2014, p. 228) esclarece que os deveres fundamentais podem ser reflexos, garantidores ou autônomos aos direitos fundamentais, não havendo entre os deveres e os direitos fundamentais relação acessória ou de dependência.

Nesse sentido, como consequência da dimensão objetiva, reconheceu-se a existência de um “dever geral de efetivação dos direitos fundamentais”, atribuído ao Estado. Dessa forma, incumbiria ao Estado zelar pela proteção dos direitos fundamentais, especialmente contra ameaças e agressões de particulares (SARLET, 2001, p. 149-150).

Com efeito, Gilmar Mendes ensina que:

A jurisprudência da Corte Constitucional alemã acabou por consolidar entendimento no sentido de que do significado objetivo dos direitos fundamentais resulta o dever do Estado não apenas de se abster de intervir no âmbito de proteção desses direitos, mas também de proteger esses direitos contra a agressão ensejada por atos de terceiros. (MENDES, 1998, p. 243).

Nessa senda, o dever de proteção do Estado exige ações positivas tendentes à proteção efetiva do exercício dos direitos fundamentais, de forma que, ao Estado não caberia apenas o respeito aos direitos de defesa, mas providências materiais e jurídicas visando a resguardar os direitos fundamentais de agressões e ameaças de terceiros, inclusive de particulares.

No tocante aos desdobramentos do dever de proteção do Estado nas relações entre particulares, Mendes (2015, p. 641) enumera a seguinte classificação: a) dever de proibição; b) dever de segurança; e c) dever de evitar riscos.

O dever de proibição impõe ao Estado a obrigação de proibir determinada conduta de particular, que seja lesiva a direitos fundamentais. O dever de segurança, por sua vez, consiste no dever de o Estado proteger a pessoa contra ataques de particulares, mediante a adoção de medidas necessárias e suficientes. Enfim, o dever de evitar riscos trata-se do poder-dever de o Estado atuar, visando a evitar riscos para a pessoa, mediante a adoção de medidas de proteção ou de prevenção relacionadas ao desenvolvimento técnico e tecnológico.

Como se vê, os direitos fundamentais, mormente o modal deôntico da proteção da pessoa humana, é, ao mesmo tempo, fator de limitação e imposição da atuação estatal, de forma que, ao Estado, são impostos deveres fundamentais.

Especialmente em relação ao livre desenvolvimento da personalidade

<sup>6</sup>Registre-se que existem deveres jurídicos que não são obrigações (sentido patrimonializado), a exemplo daqueles decorrentes da boa-fé (lealdade, confiança, informação, etc.).

(caráter dinâmico da dignidade da pessoa humana), exsurge o dever de proteção dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Esse dever impõe ao Estado a obrigação de proteger direitos fundamentais, diante das lesões e ameaças provenientes de particulares.

### **3.3.1 AS DUAS DIMENSÕES DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE: PROIBIÇÃO DE EXCESSO E PROIBIÇÃO DE INSUFICIÊNCIA**

O princípio da proporcionalidade, estudado a miúdo pela doutrina alemã, corresponde a uma moeda de duas faces: de um lado, tem-se a proibição de excesso (*übermassverbot*), e, de outro, a proibição de insuficiência ou proibição de proteção deficiente (*untermassverbot*).

A proibição de excesso é o critério ou parâmetro de aferição da constitucionalidade das intervenções nos direitos fundamentais, sempre se levando em consideração a afetação do direito de defesa dos indivíduos.

Por sua vez, a proibição de proteção deficiente serve igualmente como critério de aferição da constitucionalidade das intervenções nos direitos fundamentais, mas a partir do ponto de vista da satisfação das exigências impostas pelos direitos de proteção.

Para cada uma das duas vertentes do princípio da proporcionalidade, a doutrina enumera três subprincípios, a saber: a) subprincípio da idoneidade ou adequação; b) subprincípio da necessidade; e c) subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito.

De acordo com Carlos Bernal Pulido, o subprincípio da idoneidade ou adequação exige que a intervenção nos direitos fundamentais seja “idônea para fomentar um objetivo constitucionalmente legítimo”, de forma que, assim, há “duas exigências: a legitimidade constitucional do objetivo e a idoneidade” da intervenção. O autor ainda ressalta que, para ser necessária, uma intervenção nos direitos fundamentais exige não haver “nenhum outro meio alternativo que revista pelo menos da mesma idoneidade para alcançar o objetivo proposto e que seja mais benigno com o direito afetado”. Enfim, o autor esclarece que, consoante a proporcionalidade em sentido estrito, é preciso realizar a “comparação entre duas intensidades ou graus, o da realização do fim da medida examinada e o da afetação do direito fundamental”, de forma que, para que uma intervenção nos direitos fundamentais seja legítima, “o grau de realização do objetivo da intervenção (quer dizer, de proteção do bem jurídico) deve ser pelo menos equivalente ao grau de afetação [...] do direito fundamental.” (PULIDO, 2013, p. 129-130).

Sobre os três subprincípios das duas vertentes do princípio da proporcionalidade, Gilmar Mendes esclarece que:

O ato não será *adequado* quando não proteja o direito fundamental de maneira ótima; não será *necessário* na hipótese de existirem medidas alternativas que favoreçam ainda mais a realização do direito fundamental; e violará o subprincípio da *proporcionalidade em sentido* estrito se o grau de satisfação do fim [...] [almejado] é inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental [...]. (MENDES, 2015, p. 492-493, grifo do autor).

Assim, de acordo com o princípio da proporcionalidade, todas as intervenções nos direitos fundamentais devem ser adequadas (ou idôneas) e necessárias, além de respeitar o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito. Isso sempre levando em consideração os direitos de defesa (por meio da dimensão proibição do excesso) e os direitos de proteção (por meio da dimensão proibição de proteção deficiente).

Portanto, eventual colisão ou tensão entre direitos fundamentais de particulares, igualmente detentores de direitos e deveres fundamentais, deve ser analisada à luz de uma ponderação de valores constitucionais, pautada especialmente pelas duas dimensões do princípio da proporcionalidade (proibição de excesso e proibição de insuficiência), levando-se em consideração os direitos de defesa e de proteção em jogo.

### **3.3.2 A FUNÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO PROIBIÇÕES DE INTERVENÇÃO E COMO IMPERATIVOS DE TUTELA**

Canaris (2012) defende que, quanto às intervenções estatais nas relações entre particulares, os direitos fundamentais exercem duas funções: a) proibição de intervenção, ligada à dimensão proibição de excesso do princípio da proporcionalidade; e b) imperativo de tutela, relacionado com a dimensão proibição de proteção deficiente do princípio da proporcionalidade.

A proibição de intervenção, relacionada à função de defesa, consiste no dever de o Estado se abster de atuar (vinculação negativa), visando a respeitar e preservar os direitos fundamentais. O imperativo de tutela, por sua vez, consiste no poder-dever de o Estado atuar positivamente, de forma a proteger o particular que teve ou tem seu direito fundamental violado ou ameaçado por outro particular, igualmente titular de direitos fundamentais.

Para melhor entendimento de como a função dos direitos fundamentais como proibições de intervenção e como imperativos de tutela balizaria a atuação estatal, veja a lição de Fernando Rodrigues Martins:

[...] a operação realizada pelos direitos fundamentais será dúplice, uma vez que, diretamente agindo sobre o Estado, constrange-o, quando a hipótese assim o requerer, na proibição de intervenção, deixando indene de toque a relação de intersubjetividade entre os envolvidos. Ou, se outra for a eventualidade, impele-o num imperativo de tutela a favor do particular constrangido no liame de alteridade. (MARTINS, 2011, p. 247).

Segundo Canaris (2012), em qualquer hipótese, os direitos fundamentais balizam a atuação estatal, positiva e negativamente. No que se refere à eficácia horizontal, a vinculação negativa (abstenção de agir) é decorrente da função dos direitos fundamentais como proibições de intervenção, ligada à dimensão proibição de excesso do princípio da proporcionalidade. Por sua vez, a vinculação positiva (poder-dever de agir) é consequência da função dos direitos fundamentais como imperativo de tutela, ligado à dimensão proibição de proteção deficiente do princípio da proporcionalidade.

A vinculação negativa do Estado aos direitos fundamentais seria mais forte do que a vinculação positiva. Isso porque na vinculação negativa haveria apenas uma conduta a ser observada pelo Estado: abster-se de intervir na relação entre particulares. Lado outro, na vinculação positiva, haveria uma maior liberdade de atuação estatal, porquanto são várias as formas que a Constituição admite, visando à proteção dos direitos fundamentais.

Registre-se que Canaris (2012, p. 16) esclarece que o “modelo dogmático basilar” que desenvolveu “repousa, sobretudo, na diferenciação entre a função dos direitos fundamentais como proibições de intervenção e como imperativos de tutela.” Para ele, essas funções “traduzem conceitualmente, de forma clara e precisa, problemas constitucionais básicos, que se manifestam em todas as ordens jurídicas de modo igual ou parecido.”

Finalmente, ressalte-se que a distinção entre as funções dos direitos fundamentais como proibições de intervenção e imperativos de tutela está ligada à teoria dos deveres de proteção do Estado, pela qual a intervenção estatal nas relações privadas deve-se dar por intermédio de um balanceamento axiológico entre o peso da intervenção e a ameaça ao bem tutelado pela Constituição.

### **3.3.3 A TEORIA DOS DEVERES DE PROTEÇÃO DO ESTADO EM RELAÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Não resta dúvida de que os direitos fundamentais vinculam os particulares. Não obstante, a questão que se coloca é quando e como se daria a chamada eficácia privada ou horizontal dos direitos fundamentais.

A depender de quão forte se considera a capacidade de os direitos fundamentais produzirem efeitos nas relações entre particulares, duas teorias (historicamente) disputam espaço na dogmática constitucional, a saber: a) teoria da eficácia indireta ou mediata; e b) teoria da eficácia direta ou imediata.

De acordo com a teoria da eficácia indireta ou mediata, nas relações entre particulares, somente pela atuação do legislador e do juiz, por intermédio, respectivamente, das atividades legiferantes e hermenêuticas, ocorreria a aplicação dos direitos fundamentais.

Para a teoria da eficácia mediata, diferentemente do que ocorre na dimensão pública (eficácia vertical), nas relações entre particulares (eficácia horizontal), os direitos fundamentais somente incidem como normas objetivas de princípio ou como um sistema de valores, e não também como “direitos subjetivos constitucionais”, capazes de serem aplicados imediatamente nas relações privadas.

Por sua vez, a teoria da eficácia direta ou imediata defende que os direitos fundamentais aplicam-se diretamente como normas objetivas e subjetivas, nas relações entre os indivíduos e o Estado, assim como nas relações entre particulares.

Em verdade, essas duas teorias divergente entre si não conseguem sozinhas estabelecer, para todos os direitos fundamentais, quando e como se dá a chamada eficácia horizontal. Isso porque, se há direitos fundamentais que são concebidos para serem exercidos exatamente em face de particulares, como é o caso dos direitos sociais relacionados ao direito do trabalho, também existem direitos fundamentais cujo sujeito passivo é somente o Estado.

Além disso, como observa Gilmar Mendes, “há direitos – em especial direitos de defesa – em que se põe a questão de saber se, e em que medida, alcançam as relações privadas.” Para o referido autor, nas relações privadas, é necessária uma ponderação entre os valores envolvidos, de forma a buscar, no caso concreto, uma harmonização entre eles, não sacrificando completamente direito fundamental algum, muito menos o cerne da autonomia da vontade (MENDES, 2015, p. 177).

Nesse contexto, e diante das duas teorias divergentes sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, surge uma tendência intermediária: a teoria dos deveres de proteção, cuja característica principal está no fato de utilizar a função dos direitos fundamentais como proibições de intervenção e imperativos de tutela, para viabilizar um balanceamento axiológico entre o peso de uma intervenção estatal nas relações privadas e a ameaça ao bem constitucionalmente tutelado.

Consoante a teoria dos deveres de proteção do Estado, os direitos fundamentais exercem eficácia direta somente em relação ao Poder Público, e não também aos particulares. Ademais, nas relações entre particulares, o Estado teria deveres de proteção, de forma que sua atuação deveria pautar-se pela observância da função dos direitos fundamentais como proibições de intervenção

(vinculação negativa) ou imperativos de tutela (vinculação positiva).

Logo, por essa teoria, o legislador e o juiz, a depender da situação concreta, deverão abster-se de atuar para não violar direitos fundamentais ou atuar positivamente de forma adequada para promovê-los e protegê-los de ataque de particulares.

Em relação à utilização das três teorias relativas à eficácia horizontal aqui expostas, Martins (2011, p. 247) enfatiza que “não se pode ignorar que as três teorias [...], se, de um lado, encerrem o paralelismo de visões ideológicas (que tanto validam o liberalismo como o intervencionismo), de outro lado, não alcançam per si univocidade, pois, é o caso concreto, de fato, o principal fomentador da escolha entre elas pelo operador do direito.”

Destarte, a adoção de uma das teorias quanto à eficácia horizontal dependerá das peculiaridades do caso concreto e dos direitos fundamentais em jogo.

## **4 O PENSAMENTO DE ARISTÓTELES E A VINCULAÇÃO ÉTICA AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Em Aristóteles, todo pensamento ético volta-se ao soerguimento do humano para além do simples viver, porquanto “o valor já não reside simplesmente em viver, não vale qualquer vida, mas a vida boa, medida por critérios (fins)” (COELHO, 2012, p. XIII).

Para além dos interesses principalmente científicos, a ética em Aristóteles é prática, pretendendo tornar os homens bons. O filósofo grego utiliza-se de método pelo qual o discurso ético está sistematicamente em consonância com o real, isto é, está voltado para a ação (práxis). Para a filosofia aristotélica (“filosofia prática” ou “ciência política”), a verdade não é fim em si mesma, mas consiste somente em um meio para orientar a ação, visando a “instaurar um novo estado de coisas”. Para isso, Aristóteles busca conhecer o porquê do modo de ser das coisas, para transformá-lo (BERTI, 1998, p. 116).

A Ética aristotélica busca essencialmente o bem supremo do homem, isto é, o seu fim último: a felicidade (ou *eudaimonia*, em grego). Para Aristóteles (2009b, p. 20), a felicidade consiste no “mais extremo dos bens susceptível de ser obtido pela ação humana.”

De fato, a ideia fundamental ou o objeto da ética de Aristóteles é o bem supremo ou a “felicidade como exercício da função própria do homem”. Não obstante, de acordo com o pensamento aristotélico, o bem supremo “não é somente o bem de cada indivíduo, mas é o bem de toda a cidade (pólis), pois o singular é parte dela” (BERTI, 1998, p. 118, 126).

Deve-se ter em mente que o pensamento aristotélico “não procede por antíteses, segundo a lógica alternativa do *aut-aut*, mas sim pela associação de

possibilidades, pela concomitância de propostas diferentes, ou seja, segundo a lógica do *et-et'* (FERMANI, 2012, p. 147).

Nesse sentido, de acordo com a ética aristotélica, haveria uma multiplicidade de caminhos para a felicidade, dependentes da complexidade da natureza humana em geral e das diferenças existentes entre as pessoas.

Seja como for, em tempos pós-modernos, a felicidade somente pode ser alcançada com a valoração digna da pessoa humana. E, em uma sociedade de massa, globalizada, mutável e hipercomplexa, a valoração digna da pessoa humana impõe, sobretudo, o respeito aos direitos fundamentais pelo Estado e pelos particulares.

De acordo com a ética aristotélica, a felicidade é o bem completo e autossuficiente que se busca constantemente na ação, no viver. Entretanto, repita-se, a felicidade não é somente o bem de cada indivíduo, mas consiste no bem de toda a cidade.

Para Aristóteles (2009b), na busca da felicidade como consumação do humano, o homem só pode tornar autárquico na cidade. A propósito, veja a lição de Nuno Manuel Morgadinho dos Santos Coelho:

O ideal de autossuficiência não pode ser atingido pelo homem sozinho, por isto o homem só pode realizar-se à medida que se integra na cidade. A cidade é uma associação que apenas se institui pelo fato de que o humano, isolado, é carente do outro, com quem se estabelece trocas. A necessidade é o fundamento da polis, lugar do encontro e da permuta em que o homem pode encontrar aquilo que sozinho não é capaz de obter na realização de seus desejos. (COELHO, 2012, p. 11).

Como se vê, o homem somente conseguiria alcançar a felicidade na cidade, isto é, vivendo em sociedade, pois, do contrário, de forma solitária, seria uma besta ou um deus. Apenas a associação com outros permitiria ao homem atingir o ideal de autossuficiência, porque ele não pode ter uma vida moral isoladamente, mas somente no seio de uma comunidade.

Aqui, percebe-se claramente que, em Aristóteles, é possível encontrar certa noção de “ser solidário”. É que a felicidade não é somente o bem de cada indivíduo, mas o bem de toda a cidade. Nessa senda, o homem atinge o bem supremo apenas por intermédio de trocas com outros indivíduos, evidenciando uma necessidade ou carência que só se esvai à medida que as pessoas convivem virtuosamente<sup>7</sup> umas com as outras.

A propósito, importante lição sobre o significado de solidariedade é apresentado por Marcos Fabrício Lopes da Silva:

A solidariedade é a determinação firme e perseverante de se empe-

---

<sup>7</sup> Para a ética aristotélica, a virtude é o caminho para a felicidade. A autorrealização do homem, como o sucesso pessoal e a felicidade, seria o prêmio por uma vida virtuosa. (ARISTÓTELES, 2009b).

nhar pelo bem comum. Mais do que um indivíduo independente e autônomo, o homem é, portanto, um “ser social”, uma vez que ganha impulso ético-normativo para colaborar ativamente com o campo da solidariedade. Trata-se da mais nobre manifestação do empenho coletivo edificante. (SILVA, 2014).

Do ponto de vista jurídico, a solidariedade está relacionada com a visão horizontal na relação entre particulares, de forma a encontrar um ponto de equilíbrio entre os direitos e os deveres de cada uma das partes.

O dever de solidariedade está previsto nas constituições atuais. A Constituição brasileira de 1988, por exemplo, em seu artigo 3º, inciso I, estabelece como um dos objetivos fundamentais da República, “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (BRASIL, 1988).

Dessa forma, em toda relação privada o princípio da solidariedade deve ser considerado, em uma verdadeira relação de reciprocidade, visando à construção de uma sociedade livre, justa e solidária, somente na qual o homem atingiria o ideal de completude e autossuficiência, consumando uma felicidade, que, por sua vez, irradiaria efeitos para toda a cidade.

Nesse contexto, a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais encontra fundamento no pensamento ético de Aristóteles, pois o homem, como “ser social”, somente pode alcançar o sucesso pessoal e a felicidade por meio de uma vida virtuosa em sociedade, na qual o “bom hábito” seguramente passa pelo respeito à pessoa, fundamento primeiro dos direitos fundamentais.

Para Aristóteles (2009b), o fundamento da vida ética é o agir como movimento existente por força da alma. Nesse sentido, o princípio da solidariedade se evidencia como base da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, à medida que, em busca da vida habitualmente ética, amparada pela virtude, que leva à felicidade, o homem precisa, a partir da convivência com outros indivíduos, construir uma “identidade ética”, decorrente do exercício de uma “consciência moral” (SILVA, 2014).

Ademais, em Aristóteles, a política é tratada como uma extensão da ética, sendo uma função do Estado a criação de condições para o cidadão ser feliz. Nesse diapasão, pode-se dizer que, hodiernamente, o Estado, além de pautar sua atuação em função da promoção da felicidade dos cidadãos, deve propiciar meios para que as relações (ou as trocas) entre os indivíduos também contribuam ao máximo para a realização ou a felicidade deles próprios.

Jellinek (2000, p. 245) enfatiza que “Aristóteles, para quem o Estado nasceu meramente pela vontade dos homens, crê que este não existe senão para alcançar um bem, isto é, uma felicidade, não somente física, mas também moral.”

Assim, pode-se dizer que, para Aristóteles, o Estado somente existe para propiciar às pessoas o caminho para a felicidade, para criar as condições para

que as pessoas possam ter um sentimento de pertencimento a uma comunidade, o que facilita a habituação ética.

Hoje, na busca do bem supremo do homem, os direitos fundamentais possuem centralidade, devendo ser respeitados tanto pelo Estado quanto pelos particulares. Ao Estado não cabe apenas respeitar os direitos fundamentais, mas também promovê-los e protegê-los, especialmente quando houver o desrespeito por parte de outros indivíduos.

Aristóteles defende a ideia de que a felicidade está intimamente ligada ao melhor governo, o qual é compreendido como aquele que permite cada um encontrar o que necessita para ser feliz (ARISTÓTELES, 2009a).

Percebe-se, no pensamento de Aristóteles, a importância do Estado na felicidade dos homens. E, neste processo de permitir que cada um encontre o que necessita para ser feliz, o Estado deverá atuar, positiva e negativamente, eficaz e eficientemente, de forma adequada e proporcional, sempre que necessário.

Entretanto, não consiste em tarefa fácil encontrar a medida exata para a atuação do Estado, principalmente quando, nas relações entre particulares, os homens tiverem interesses ou direitos conflitantes uns com os outros. É aí que se deve valer da defesa de Aristóteles do “justo meio”, no sentido de que o bom está no equilíbrio entre o excesso e a deficiência.

Para Aristóteles (2009b, p. 55), em todas as situações que admitem uma posição intermediária, a disposição do meio é louvável. Para atingi-lo, deve-se umas vezes declinar o excesso, outras vezes, o defeito, sendo esse o modo correto de agir.

Com efeito, Aristóteles defende que o justo está sempre equidistante entre dois extremos, os quais, no tocante aos deveres de proteção do Estado, visando a promover os direitos fundamentais e a protegê-los nas relações entre particulares, consistem em duas posturas estatais: não intervir ou atuar positivamente de forma adequada.

Assim sendo, relativamente à atuação do Estado nas relações entre particulares, pode-se perfeitamente visualizar o “justo meio” na atuação balizada axiologicamente na função dos direitos fundamentais como proibições de intervenção e imperativos de tutela, que permite alcançar soluções adequadas e proporcionais.

Da mesma forma, nas relações que mantém com seus pares, embora seja a escolha subordinada a emoções e a faculdades da alma, o homem também deve habituar-se a agir pautado pelo “justo meio”, evidenciando a existência de uma espécie de compromisso ético entre as pessoas (solidariedade).

De acordo com Aristóteles (2009b), o bem supremo (a felicidade) seria o resultado do exercício perfeito da razão, sendo, pois, o homem virtuoso o que é capaz de escolher aquilo que é mais adequado para si e para os outros, guiado por uma racionalidade prática (*phronésis*<sup>8</sup>), sempre visando ao equilíbrio entre o

<sup>8</sup>“*Phronésis*” consiste em termo geralmente traduzido, por via do latim, como “sensatez” ou “prudência”. De acordo com o pensamento aristotélico, a *phronésis* é uma excelência moral, intimamente ligada à possibilidade

excesso e a deficiência (justiça, a rainha das virtudes).

Enfim, em Aristóteles, com a ligação da justiça à *phronésis*, o justo é sempre o equitativo, revelando-se como o agir (não só dos particulares, mas também do Estado) capaz de realizar e transformar certa ordem, recuperando a noção de justiça como virtude ética.

## 5 CONCLUSÃO

Uma maior aproximação da ética de Aristóteles e o pensamento jurídico possibilitaria ao Direito enfrentar melhor o seu desafio hodierno de proteção da pessoa humana e busca de soluções mais adequadas e conforme os direitos fundamentais.

Com efeito, Aristóteles defende que a felicidade é o bem supremo do homem (e da pólis) e que a realização da felicidade constitui o objeto da ética, a qual, para o referido filósofo, é prática, pretendendo tornar os homens bons. Assim, a felicidade em Aristóteles deve ser entendida como um modo de vida especial, a saber: viver na virtude.

Na concepção de Aristóteles, é possível atribuir ao homem habitualmente virtuoso certa noção de solidariedade, fundamento da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais (eficácia horizontal).

O pensamento aristotélico visa ao soerguimento do homem para além do simples viver (o objetivo é viver bem, dignamente) e à busca da verdade para orientar a ação, a fim de “instaurar um novo estado de coisas”.

Nesse diapasão, Aristóteles sustenta que a finalidade do Estado é garantir a todos os homens a busca da felicidade. Para isso, diante da dinâmica social, o Estado deve organizar e administrar a justiça entre os homens, propiciando a estes o caminho para a felicidade.

É assim que o pensamento aristotélico mostra-se em consonância com o atual papel do Direito, especialmente quanto à efetividade dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Na pós-modernidade, o Direito sofre uma revalorização, em cujo processo passa a ter papel de transformação da sociedade, de forma que a busca da verdade somente faz sentido se for para orientar a ação, com o objetivo de “instaurar um novo estado de coisas”, no qual o caminho para a felicidade é assegurado a todos.

Além do mais, com a retomada da influência da filosofia de Kant (“vira-da kantiana”), a Ética e o Direito se reconciliam, passando a moral a ser pensada dentro do Direito, visando à busca da justiça material fundada no imperativo categórico (cada indivíduo deve ser tratado com um fim em si mesmo). Com essa pretensão de correção, a justiça material passa a ser uma preocupação pós-

---

da ação humana sobre o próprio homem e sobre o mundo ou o “estado de coisas” existente.

-moderna, capaz de abrir caminho para a felicidade dos homens, a partir da valorização digna da pessoa humana.

Hodiernamente, diante das incertezas e das complexidades decorrentes do caráter estruturalmente aberto e indeterminado das normas gerais e abstratas, é a centralidade e efetividade dos direitos fundamentais que dá ao Direito a possibilidade de transformação da sociedade com pretensão de correção, a partir da busca por soluções mais adequadas e legítimas, que protejam a pessoa.

É com esse objetivo que se defende, nas relações entre particulares, a atuação do Estado balizada axiologicamente pela função dos direitos fundamentais como proibições de intervenção e como imperativos de tutela, a qual é capaz de propiciar soluções adequadas diante do atual desafio do Direito de proteção da pessoa humana e busca de soluções mais justas e conforme os direitos fundamentais.

Relativamente à vinculação de particulares aos direitos fundamentais, ressalte-se que a adoção de uma das teorias quanto à eficácia horizontal dependerá das peculiaridades do caso concreto e dos direitos em jogo. Se existem direitos fundamentais claramente direcionados a particulares (como os direitos sociais relacionados ao trabalho), também existem direitos que possuem como sujeito passivo exclusivo o Estado (como é o caso dos direitos derivados das disposições do artigo 5º, incisos XXXII, XXXIII, XXXIV, LXXIV e LXXV, da Constituição da República de 1988). Além disso, ainda existem direitos fundamentais (especialmente os direitos de defesa) que possibilitam uma ampla margem de formas de incidência nas relações entre particulares, a depender do nível de sujeição dos particulares entre si (decorrente, por exemplo, de vínculos contratuais baseados na autonomia privada).

Seja como for, independentemente da questão de qual teoria se adota quanto à eficácia horizontal, respeitada à vocação dos direitos fundamentais à tutela da pessoa humana, é possível chegar às seguintes conclusões: a) o Estado possui o dever de proteger os direitos fundamentais nas relações privadas, diante das lesões e ameaças provenientes de particulares; e b) é perfeitamente possível utilizar a função dos direitos fundamentais como proibições de intervenção e imperativos de tutela, para balizar a atuação estatal nas relações entre particulares, pois, assim, estará viabilizado um adequado balanceamento axiológico entre o peso de uma intervenção do Estado nas relações privadas e a ameaça ao bem tutelado pela Constituição.

## REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **A política**. 2. ed. rev. Tradução Nestor Silveira Chaves. Bauru, SP: EDIPRO, 2009a. (Clássicos EDIPRO).

\_\_\_\_\_. **Ética a Nicômaco**. Tradução António de Castro Caeiro. São Paulo: Atlas, 2009b. Versão em português traduzida do grego de “Ética a Nicômaco”.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo.

**Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 225, p. 5-37, jul./set. 2001.

BERTI, Enrico. **As razões de Aristóteles**. Tradução Dion Davi Macedo.

São Paulo: Loyola, 1998. Tradução de: Le ragioni di Aristotele. ISBN: 85-15-01676-1.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Seção 1 (separata). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 10 jun. 2019.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Tradução Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2012. Terceira reimpressão da edição de julho de 2003. Tradução de: Grundrechte und Privatrecht.

\_\_\_\_\_. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Tradução António Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001. 539 p. ISBN 9789723209969.

CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito**: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras. Belo Horizonte: Fórum, 2012. 167 p.

COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos. **Sensatez como modelo e desafio do pensamento jurídico em Aristóteles**. São Paulo: Rideel, 2012.

FERMANI, Arianna. Aristóteles e a felicidade: flexibilidade metodológica e versatilidade existencial. In: MIGLIORI, Maurizio; FERMANI, Arianna (Org.). **Platão e Aristóteles**: dialética e lógica. Tradução Ivone C. Benedetti. São Paulo: Loyola, 2012. p. 125-171. ISBN: 9788515039142.

FREIRE, António Manuel Peña. **La garantía en el Estado constitucional de derecho**. Madrid: Trotta, 1997.

JELLINEK, Georg. **Teoría general del Estado**. Tradução e prólogo Fernan-

do de los Ríos. México: FCE, 2000. (Colec. Política y Derecho). Tradução de: Allgemeine Staatslehre.

MARTINS, Fernando Rodrigues. **Controle do patrimônio público**: comentários à Lei de improbidade administrativa. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

\_\_\_\_\_. Os deveres fundamentais como causa subjacente-valorativa da tutela da pessoa consumidora: contributo transversal e suplementar à hermenêutica consumerista da afirmação. **Revista de direito do consumidor**, São Paulo, ano 23, v. 94, p. 215-257, jul./ago. 2014. ISSN 1415-7705.

MARTINS, Fernando Rodrigues. **Princípio da justiça contratual**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo, Saraiva, 2015. (Série IDP). ISBN 978-85-02-62274-6.

\_\_\_\_\_. Direitos fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas – Análise de jurisprudência da corte constitucional alemã. In: MONTEIRO, Meire Lúcia Gomes (Coord.). **Introdução ao direito previdenciário**. São Paulo: LTR, 1998. p. 237-253.

PULIDO, Carlos Bernal. **O direito dos direitos**: escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais. Tradução Thomas da Rosa de Bustamante com a colaboração de Bruno Stiegert. São Paulo: Marcial Pons, 2013. Tradução de: El derecho de los derechos.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, v. 77, n. 4, p. 60-101, out./dez. 2011. Versão eletrônica da Revista do TST. Disponível em: <[https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/28316/2011\\_rev\\_tst\\_v077\\_n004.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/28316/2011_rev_tst_v077_n004.pdf?sequence=1&isAllowed=y)>. Acesso em: 10 jun. 2019.

SILVA, Marcos Fabrício Lopes da. Fraternidade e solidariedade. **Boletim UFMG**, Belo Horizonte, n. 1889, ano 41, 15 dez. 2014. Disponível em: <<https://www.ufmg.br/boletim/bol1889/2.shtml>>. Acesso em: 10 jun. 2019. O Boletim da UFMG trata-se de veículo de comunicação e divulgação da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) com a sociedade.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2014. ISBN 978-85-203-5296-0.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário**: valores e princípios constitucionais tributários. v. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

## CAPÍTULO 9

### TESTAMENTO E LIBERDADE: REFLEXÕES SOBRE A NECESSIDADE DE MODIFICAÇÃO DO CONCEITO DE LEGÍTIMA NO DIREITO BRASILEIRO

Bruno Marques Ribeiro<sup>1</sup>

#### INTRODUÇÃO

As sociedades democráticas contemporâneas estão confrontadas a refletir sobre os modelos clássicos de normas jurídicas. Dessa forma, necessária uma problematização acerca do instituto da legítima no Direito brasileiro.

Fundamentado nos modelos jurídicos dos principais países europeus, cujas normas jurídicas acabaram servindo de parâmetro para nossa codificação, o ordenamento jurídico brasileiro sempre teve como regra a proteção da legítima, enquanto reserva patrimonial a ser destinada aos herdeiros necessários de alguém.

Ocorre que, cada vez mais, os institutos clássicos do Direito passam a ser revisitados, demandando uma nova interpretação, tendo em vista a evolução social, econômica, cultural e hermenêutica pela qual passam a sociedade, e, por consequência, a ciência jurídica.

No sistema clássico originário da Codificação Civil de 1916, o modelo sucessório desenhado atendia a uma perspectiva institucional, focado em uma estrutura patrimonializada que atendia, em especial, aos interesses estatais. Diante da necessidade de adaptação de soluções para os desconpassos e conflitos surgidos, o Direito Civil tradicional foi cedendo espaço para a absorção de renovações, com o fim de readaptar sua aplicação aos fatos contemporâneos e aos novos fenômenos sociais.

Com o advento da Constituição Federal Brasileira de 1988, impuseram-se novos paradigmas, o que levou a uma verdadeira renovação do Direito Civil brasileiro. O reconhecimento da incidência dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, dos valores de proteção ao ser humano, reflete não apenas uma tendência metodológica, mas a preocupação com a construção de uma ordem jurídica mais sensível aos problemas e desafios da sociedade contemporânea.

Também em decorrência da entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, as normas jurídicas que disciplinavam as relações de direito privado passaram a ser funcionalizadas em prol da concretização de finalidades que promovam a tutela dos direitos e interesses da pessoa humana.

Dentro desse contexto, vê-se presente no Código Civil 2002, o arcaico

---

<sup>1</sup>Doutorando em Direito Civil pela USP. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Especialista em Direito Civil pela Universidade Católica Dom Bosco. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Docente em cursos de graduação e pós-graduação lato sensu. Advogado com atuação especializada em Direito das Famílias e das Sucessões.

instituto da legítima (art. 1846), presente também no revogado Código Civil de 1916, e na maioria dos ordenamentos jurídicos estrangeiros, a exemplo de Portugal, França, Itália, etc., que influenciaram diretamente na formação do sistema jurídico pátrio.

Todavia, é perceptível a inadequação do instituto da legítima diante de um Direito Civil repersonalizado, que, à luz dos princípios constitucionais, valoriza as questões pessoais em detrimento das patrimoniais. Vislumbra-se, assim, uma intervenção excessiva do Estado na autonomia privada do indivíduo, proibindo-lhe a disposição patrimonial plena de seu patrimônio, fundamentada em motivos arcaicos, que ora não se coadunam com esse Direito Civil Constitucionalizado.

Diante desse quadro, fica evidenciada a necessidade de uma revisão acerca do instituto da legítima no direito pátrio, o que se analisará no presente trabalho, que terá como objetivo demonstrar a inadequação da permanência do instituto da legítima no Direito Civil brasileiro, assim como apresentar ideias para a readequação deste instituto, e demonstrar os efeitos que essas propostas de modificações trariam para o sistema civil pátrio.

## **1. FUNDAMENTOS DA LEGÍTIMA**

### **1.1 BREVES APONTAMENTOS HISTÓRICOS SOBRE A LEGÍTIMA**

Diz-se que a sucessão pode ser regulada pela lei ou por ato de última vontade. Todavia, tal afirmação não tem caráter absoluto, não sendo aplicável às hipóteses em que o testador possui herdeiros necessários. Nestas situações, ele não pode dispor livremente da integralidade de seus bens, havendo uma fração de seu patrimônio que será necessariamente transferida após sua morte para as pessoas contempladas pela lei, representando a porção legítima.

A legítima, enquanto proteção patrimonial, é um instituto histórico, que passou por algumas evoluções de sua compreensão e modificações de suas regras, mas esteve sempre presente nos diplomas normativos ao longo da história.

Nas sociedades primitivas, era a forma coletiva de utilização dos bens que prevalecia. “Neste período, o testamento não existia, e nem teria sentido em sociedades nas quais a propriedade era tribal, grupal” (VELOSO, 1993, p. 16). Clovis Bevilacqua afirma que, “não havendo patrimônio individual, não era possível o testamento, que pressupõe uma personalidade individual, autônoma, e um patrimônio transmissível, por ato da vontade, que vence o aniquilamento físico da morte” (BEVILÁQUA, 1955, p. 139).

No mesmo sentido, Cristiano Pretto explica que nas sociedades primitivas, em que não existia uma propriedade individual, e sim um coletivo particular, “as transferências e regulamentações em razão da morte não tinham intervenção de um Direito Hereditário. Também não aceitavam a ideia de testa-

mento, de sucessão por vontade de um titular (vontade da pessoa)” (PRETTO, 2015, p. 11), tendo em vista que o titular da capacidade jurídica não era a pessoa, e sim a coletividade.

Com o advento de certa individualização, deixando as sociedades de serem tribais, estas passaram a utilizar o testamento. Entretanto, ainda nessas sociedades, a propriedade pertencia por direito à família.

Não tinha, então, o testamento, como função primordial, a disposição de bens. Pelo menos, isto não ocorria, prioritariamente. Nas antigas sociedades, era mais importante a sucessão na chefia do grupo do que a sucessão nos bens acumulados e que eram utilizados, coletivamente, pelos membros unidos por vínculo de consanguinidade. (VELOSO, 1993, p. 16)

Carlos Maximiliano explica que “o direito de testar surge e amplia-se a medida que uma sociedade passa do regime feudal ou militar para o industrial e o princípio do organismo familiar cede a preeminência a liberdade individual” (MAXIMILIANO, 1958, p. 340). Assim, “é possível afirmar que o testamento, fundamentalmente e próximo do que existe hoje, tem seu auge no Direito Romano” (MAXIMILIANO, 1958, p. 340). Para compreender o histórico do Direito Sucessório em Roma, imprescindível o entendimento do contexto familiar romano:

Durante o período do Império Romano, a família não precisava ser formada por laços de sangue. Estava unida, na verdade, pelo culto aos antepassados. Os filhos poderiam ser substituídos caso recusassem participar do culto. Estranhos poderiam ocupar os seus lugares. Na verdade, a família romana era uma comunidade política em miniatura, figurando como chefe, juiz e sacerdote o *ter*, o qual exercia poder absoluto sobre os demais membros do grupo. Esta perspectiva de entidade familiar empresta base para a compreensão do Direito hereditário, pois o testamento surge como atributo da onipotência majestica do *pater familia*. (PRETTO, 2015, p. 24)

Originalmente, em Roma, o testamento era utilizado para que o chefe do grupo escolhesse um sucessor para substituí-lo, principalmente, para a função de autoridade da família.

Aos poucos, o testamento também se transformou em um meio de transmissão dos bens, sendo, mesmo assim, indispensável a nomeação do sucessor, isso porque “no direito sucessório romano a transmissão do patrimônio aos herdeiros era somente um fenômeno acessório ligado a sucessão” (PRETTO, 2015, p. 17). Ou seja, “a herança originária era um meio de transmissão da soberania, antes de representar uma transferência patrimonial” (PRETTO, 2015, p. 17).

O interessante é que “o direito primitivo romano admitiu a ampla e ir-

restrita liberdade de testar” (GOMES, 2004, p. 84). Nesse contexto, a sucessão testamentária sobrepujou muito a sucessão legítima, aquela decorrente da lei, pois a morte se tornava menos assombrosa para um romano se ele tivesse a certeza de que sua unidade familiar seria perpetuada.

O testamento tinha, portanto, enorme importância para os romanos, percebido, praticamente, como uma religião, sendo uma grande afronta para eles falecer sem ter testado.

Em Roma, a sucessão testamentária teve importância memorável devido ao fator religioso. A devolução sucessória destinava-se principalmente a manter o culto dos ancestrais, notadamente o dos *mones*. O principal fim do testamento era a instituição de herdeiro, precisamente para que prosseguisse ele nesse culto privado. Apesar das modificações introduzidas a partir do fim da República, conservou a sucessão testamentária considerável relevância, orientando-se, porém, por ideias novas inspiradas na transformação da família e na filosofia helênica. (GOMES, 2004, p. 84-85)

Ocorre que essa ampla liberdade de decidir quem seria seu sucessor e quais bens seriam transmitidos não durou por muito tempo, aparecendo, pouco a pouco, limitações a liberdade de testar.

Só nos fins da República ocorreu o início de um direito de legítima com a introdução da *querela inofficiosi testamenti* (impugnação do testamento quando o testador faltou com o dever de respeito aos seus familiares próximos) que restringia a liberdade de testar no interesse de determinados familiares. (PRETTO, 2015, p. 25)

A *querela inofficiosi testamenti* garantia que o testamento que prejudicasse os parentes próximos do *de cuius* fosse submetido à apreciação do referido tribunal, que avaliava se a exclusão do parente havia sido legítima ou não. Se acaso entendesse pela inexistência de razões justificadoras de deserção, anulava-se o testamento.

Para evitar que os testamentos fossem anulados, o testador deveria garantir a seus herdeiros mais próximos certa porção de seus bens, sendo tal quantidade, até então, indeterminada. A essa porção foi dado o nome de “porção legítima”.

Lançadas as bases da evolução da legítima, Justiniano a consolidou por intermédio da Novela 115, reformulando a matéria, especialmente ao estabelecer a necessidade de se apontar expressamente no testamento algumas das causas preestabelecidas em lei para a deserção de descendentes por ascendentes, ou vice-versa. Além disso, fora mantida a querela em favor dos parentes próximos do testador. (VELOSO, 1993, p. 19)

A partir de então, a porção reservada aos herdeiros próximos do testador passou a ser uma constante nas legislações e a liberdade do testador em fazer o que quisesse, cada vez mais sujeita as limitações, não podendo mais ignorar seus herdeiros mais próximos conforme sua vontade. Além disso, passou a ser obrigatório deixar para algumas pessoas uma parte de sua propriedade, afetando também o conteúdo de sua vontade.

Muitos ordenamentos jurídicos tiveram suas influências no Direito Romano, a exemplo do antigo Direito Português, que nas Ordenações do Reino previa a figura dos herdeiros necessários, lhes destinando dois terços do patrimônio do falecido. Apenas por meio do Decreto 1839/1907 foi que a Lei Feliciano Pena reduziu a porção destinada à legítima para metade do patrimônio, ideia que permaneceu intacta nos Códigos Civis de 1916 e 2002.

[...] a sucessão, no direito brasileiro, obedece ao sistema da divisão necessária, pelo qual a vontade do autor da herança não pode afastar certos herdeiros – herdeiros necessários –, entre os quais deve ser partilhada no mínimo metade da herança [...] Herdeiro necessário, assim, é o parente com direito a uma parcela mínima de 50% do acervo, da qual não pode ser privado por disposição de última vontade, representando a sua existência uma limitação à liberdade de testar. (CAHALI; HIRONAKA, 2014, p. 56-57)

A legítima, portanto, é regra que continua vigente em nosso sistema, sendo necessário perquirir quais são os fundamentos sob os quais ela se alicerça.

## 1.2 FUNDAMENTOS DA LEGÍTIMA NA ATUALIDADE

Viu-se que a legítima é instituto muito antigo, cujo início se deu em meados do século II a. C. Entretanto, também se observa que, apesar do passar dos anos, os herdeiros necessários continuam a ter direito a uma porção indisponível do patrimônio do *de cuius*, sendo a legítima instituto ainda vigente na grande maioria dos países cujo direito é oriundo da tradição romano-germânica.

No Brasil, especificamente, a legítima (com todas as suas variáveis), vige desde o período das Ordenações, quando ainda era uma colônia, mantendo-se praticamente inerte a toda a evolução econômica e social pela qual o país passou nestes pouco mais de quinhentos anos de descobrimento.

Surge, então, uma indagação, que diz respeito ao fundamento da legítima: por qual(is) razão(ões) instituto tão antigo ainda vige no Brasil, mesmo após a independência, república, ditaduras, dois códigos civis, urbanização, emancipação da mulher, e consolidação do Estado Democrático de Direito?

Itabaiana de Oliveira responde ao presente questionamento afirmando que o fundamento da legítima

Reside nos vínculos de sangue, que fazem presumir qual seria a von-

tade do *de cuius*, se tivesse disposto de seus bens, pela afeição e amor que se supõe existirem entre elle e seus conjunctos, e em que se funda a vontade de beneficiar; porque o homem não tem objecto mais amado do que os seus filhos, por serem a sua causa efficiente, nem mais sagrada do que os paes, a quem deve o ser. (1936, p. 227)

Com a devida vênia, se a justificativa para a legítima fosse a vontade presumida do *de cuius*, esta sucumbiria à vontade expressa, manifestada no testamento. Considerando-se, portanto, não ser possível ao testador afastar os herdeiros necessários de sua sucessão, é forçoso concluir não ser a vontade presumida do autor da herança o fundamento da legítima.

Entretanto, de fato tais aspectos não parecem servir ao fundamento que se propõem, nem tampouco afastam tantos outros fundamentos que provocam a discussão acerca da exclusão da legítima fazendo reinar a autonomia privada num campo que deveria ser mais ampla uma vez que essencialmente patrimonial.

Acerca dos fundamentos sobre os quais se vale a manutenção da legítima, Flávio Tartuce (em que pese sua visão crítica sobre o tema), por compromisso doutrinário, elenca os quatro fundamentos de Clóvis Beviláqua para manter a legítima: a) o direito de propriedade não é absoluto; b) deve-se proteger a família do arbítrio do indivíduo; c) beneficiar um único filho implica em estimular a ganância; d) se for dada educação adequada a legítima não ensejará o ócio do herdeiro. (TARTUCE, 2016, p. 34-35)

Luiz Paulo Vieira de Carvalho atenta que

Poder-se-á presentemente dizer que a sucessão legitimária tem como fundamento a proteção da família nuclear, num princípio de entajuda e solidariedade (aliás, em correspondência com particulares e prioritários deveres de alimentos) [...], de modo a assegurar uma base do patrimônio familiar e a garantir aos familiares mais próximos um mínimo de bens para a manutenção e desenvolvimento de sua personalidade. (2014, p. 428)

O pensamento de Ana Luiza Maia Nevares sintetiza o posicionamento majoritariamente adotado pela doutrina contemporânea acerca das justificativas e fundamentos da legítima:

Dessa maneira, a quota necessária específica no Direito das Sucessões os princípios constitucionais de proteção à família, de liberdade, de garantia da propriedade privada e do valor social da livre iniciativa, consagrados, respectivamente, nos arts. 226, §5º, *caput* e inciso XXII, e §1º, inciso IV, da Carta Magna.

De fato, ao determinar a possibilidade de o testador dispor livremente de metade de seus bens, permite a legislação civil que o mesmo exerça seu direito de propriedade, garantido constitucionalmente no

inciso XXII do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil. Dessa maneira, consagra a autonomia privada, concretizando, no Direito Sucessório, o valor social da livre iniciativa, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (CRFB/88, art. 1º, inciso IV).

Garantindo à família a metade dos bens do *de cuius*, efetiva-se a especial proteção que o Estado dispensa a referida entidade familiar, conforme os ditames do art. 226 da Carta Magna. Com a legítima, a família não fica desamparada em virtude da morte do testador, pois, se lhe fosse permitido dispor de todo o patrimônio, poderia ocasionar, de uma hora para a outra, a ruína e a miséria da comunidade familiar. [...]

Por fim, mas não menos importante, a legítima concretiza no Direito Sucessório a solidariedade constitucional, prevista no art. 3º, inciso I, da Carta Magna, na medida em que preconiza uma distribuição compulsória dos bens entre os membros mais próximos da comunidade familiar em virtude da morte de um deles. Como acentua Arnaldo Wald, a herança necessária visa assegurar uma certa solidariedade econômica entre os membros da mesma família.

Ao concretizar no Direito Sucessório os valores constitucionais da dignidade da pessoa humana, da proteção à família, da solidariedade, do valor social da livre iniciativa e da propriedade privada, o princípio da intangibilidade da legítima encontra-se em inteira consonância com o ordenamento constitucional vigente, conciliando a liberdade e a solidariedade no âmbito do Direito das Sucessões. (2006, p. 507)

Para a doutrina majoritária contemporânea, portanto, a legítima consagraria a autonomia privada, pois a limitação à liberdade de dispor do patrimônio estaria justificada na proteção integral à família do proprietário dos bens, equilibrando ambos os princípios constitucionais.

Assim, em resumo, no ordenamento jurídico brasileiro a manutenção da legítima se funda na relatividade do direito de propriedade, na solidariedade da afetividade familiar e no afastamento da possibilidade de exercício de egoísmo por parte do testador.

No que tange ao direito de propriedade, e, por consequência, à função social da propriedade, acredita-se que a restrição imposta pela legítima implica afronta ao direito constitucional de propriedade, o qual, como se sabe, pode ser considerado de natureza complexa, é composto pelas faculdades de usar, gozar/fruir, dispor e reivindicar a coisa. Tal limitação, sem sombra de dúvida, entraria em rota de colisão com a faculdade real de disposição, afigurando-se injustificada.

Já no que tange à proteção da família, é necessário evidenciar que a proteção a cada membro da unidade familiar não necessariamente estará assegurada ao se criar classes de herdeiros e, em alguns deles, considera-los necessários.

A preservação da legítima culmina por suscitar, em verdade, discórdias e

desavenças familiares, impedindo, ademais, o *de cuius* de dispor do seu patrimônio como bem entendesse. Ademais, se quisesse beneficiar um descendente seu ou a esposa, que mais lhe dedicou afeto, especialmente nos últimos anos de sua vida, poderia fazê-la por testamento, sem que isso, em nosso sentir, significasse injustiça ou desigualdade, uma vez que o direcionamento de seu patrimônio deve ter por norte especialmente a afetividade. Ressalva-se, apenas, a hipótese de concorrerem à herança filhos menores ou inválidos, caso em que se deveria preservar-lhes, por imperativo de solidariedade familiar, necessariamente parte da herança, como mais adiante se esclarecerá.

### 1.3 LEGÍTIMA NO DIREITO ESTRANGEIRO

A reserva da legítima não é exclusividade do sistema jurídico brasileiro. Todos os países que se organizaram a partir do Direito Romano ainda carregam, em seus textos positivados, a presença deste instituto.

O panorama legislativo atual a respeito da legítima não é favorável a liberdade de testar. Na maioria dos sistemas jurídicos estrangeiros existem regras que limitam a liberdade de testar por intermédio do instituto da legítima, também chamada “reserva legal” em favor de determinados parentes do testador.

Maria Fernandez-Hierro e Marta Fernandez-Hierro classificaram e dividiram alguns países em três grandes grupos: os de sistemas hereditários clássicos; os que reconhecem a liberdade de testar; e aqueles em que os herdeiros necessários teriam direito a uma porção dos bens ou a algum valor somente se comprovassem situação de necessidade.

Dentre os países de sistemas hereditários clássicos, as autoras fazem a seguinte distinção (FERNÁNDEZ-HIERRO; FERNÁNDEZ-HIERRO, 2010, p. 25):

Dentro desse grupo existem aqueles países que reservam uma cota parte da herança para determinados herdeiros, tradicionalmente chamada de legítima ou reserva. Esses países são aqueles que se basearam no Direito Romano, como a França, Itália, Espanha, etc. [...] Em segundo lugar existem os países que garantem a determinados herdeiros um direito de crédito em relação à herança, como é o caso da Alemanha e Áustria. Dentro desse grande grupo dos sistemas clássico existem diversas pequenas distinções em relação aos herdeiros que serão beneficiados e também à quantia que caberá especificadamente a eles. (tradução nossa)

Na França, a legítima é denominada “reserva hereditária”. Atualmente, está definida pelo art. 912 do Código Civil como sendo a parte da propriedade e dos direitos sucessórios que a lei garante a determinados herdeiros. Assim, a porção disponível seria aquela que a lei não proíbe ao falecido de dispor livremente por doações.

Na França, também existe legítima, chamada de “reserva”. Essa matéria foi alterada pela Lei de 3 de dezembro de 2001 e, especialmente, pela Lei de 23 de junho de 2006. O Código Napoleônico, quando de sua elaboração, fundiu as características dos diferentes regimes que o precederam. Ele concebeu a legítima como *pars hereditatis*; ou seja, é um direito dentro da sucessão, sujeito ao exercício pelos herdeiros necessários de seus direitos sucessórios. As justificativas legais para a reserva também foram aceitas e enraizadas na sociedade: que os descendentes devem ser protegidos, que cada um tem um dever para com seus parentes mais próximos, que deve haver um mínimo de igualdade entre os descendentes. Pouco a pouco, surgiram tendências favoráveis a uma maior liberdade para testar. [...] A lei de 2006 aumentou claramente a liberdade de testar, afetando a natureza e as características da reserva, que, no entanto, não desaparecem.<sup>2</sup> (tradução nossa)

Atualmente, as regras específicas da legítima francesa se limitaram ao disposto nos arts. 913 e 914-132, que dispõem que as liberalidades do falecido não podem exceder a metade de seus bens caso ele tenha apenas um filho no momento de sua morte. Se ele tiver dois filhos, suas liberalidades não poderão exceder um terço dos seus bens. Caso tenha três filhos ou mais, suas liberalidades deverão se limitar a um quarto da totalidade dos bens. Havendo cônjuge sobrevivente, as doações não poderão exceder três quartos da integralidade da herança.

Assim como faz o Código Civil Francês, a legislação portuguesa não estabelece uma reserva única para os herdeiros legitimários, variando a mesma de acordo com o número deles existente à época da abertura da sucessão. Conforme o artigo 2.158 do Código Civil Português, a legítima do cônjuge, se não concorrer com descendentes nem ascendentes, é de metade da herança. Porém, havendo concurso entre cônjuge e filho, a legítima será de dois terços da herança. Não havendo cônjuge sobrevivente, a legítima dos filhos é de metade ou dois terços da herança, conforme exista um só filho ou existam dois ou mais. Por fim, se houver concorrência entre cônjuge e ascendente, a legítima será de dois terços da herança. Se o autor da herança deixar apenas ascendentes, a legítima será de metade ou de um terço da herança, conforme forem chamados os pais ou os ascendentes do segundo grau e seguintes.

O segundo grupo seria formado pelos países que reconhecem o direito à liberdade de testar, que, tradicionalmente, correspondem àqueles de Direito Anglo-saxão (típico dos países de *common law*).

No entanto, deve-se notar que, atualmente, nem mesmo nos paí-

---

<sup>2</sup>FRANCE. European E-Justice. European Commission servisse: 02 Set. 2015. Disponível em: [https://e-justice.europa.eu/content\\_succession-166-FR-en.do?clang=en#toc\\_4](https://e-justice.europa.eu/content_succession-166-FR-en.do?clang=en#toc_4). Acesso em: 15 mai. 2017.

ses de *common law* a liberdade de testar é absoluta (como já foi, por exemplo, na Inglaterra e no País de Gales até 1938). Nesses casos, geralmente, a limitação da liberdade de testar vem mediante o reconhecimento a certos parentes e ao cônjuge do direito a alimentos, seja qual for a disposição do testador. Um exemplo disto é o que acontece na Inglaterra. Na América Latina, o Código Civil mexicano adota este sistema, permitindo a liberdade de fazer, mas também obrigando o testador a deixar uma pensão alimentícia ao cônjuge, a certos parentes de sangue em linha reta e, até mesmo, ao companheiro. Na mesma linha seguem os sistemas dos códigos civis da Guatemala, Honduras, El Salvador, Nicarágua, Costa Rica e Panamá. (FERNÁNDEZ-HIERRO; FERNÁNDEZ-HIERRO, 2010, p. 26) (tradução nossa)

Os ordenamentos derivados do *common law* são tradicionalmente adeptos de uma sucessão com base na liberdade de disposição. Entretanto, em 1975 a legislação inglesa regulamentou algumas hipóteses em que pessoas ligadas ao falecido podem, por intermédio do Judiciário, requerer algum tipo de auxílio financeiro:

A despeito da ampla liberdade, uma referência importante no Direito inglês é o regulamento denominado *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act*, de 1975, que tratou sobre a possibilidade de algumas pessoas (esposa, filhos, ex-esposa que não tenha contraído núpcias, pessoas que o autor da herança tenha tratado como filho ou outras pessoas que eram mantidas por ele e, a partir de 1995, também a companheira) requererem ao Tribunal uma “provisão”, que pode ser uma quantia periódica ou uma quantia global, desde que comprovem que o autor da herança não determinou a transmissão de bens para depois da sua morte conforme a necessidade do requerente. (PRETTO, 2015, p. 68)

Ou seja, a decisão sobre se a pessoa próxima ao testador receberá uma “provisão” e sobre como ela receberá caberá ao juiz, com base na análise do caso concreto.

Na Inglaterra, portanto, existe ampla liberdade de testar, não havendo qualquer tipo de regulamentação de legítima, ou reserva legal. Entretanto, caso algumas pessoas ligadas ao falecido comprovem ter necessidade podem requerer uma espécie de auxílio financeiro, que será proporcionado pela herança do falecido. O deferimento desse pedido dependerá de decisão judicial.

Na América Latina, dentre os países favoráveis à liberdade de testar, tem-se o México. Entretanto, apesar de não haver disposição legal em relação à legítima, o artigo 1.368 do Código Civil Mexicano determina expressamente que o testador é obrigado a deixar alimentos para determinados parentes.

O Direito Sucessório mexicano determina que o testador deverá deixar alimentos para seus descendentes menores de 18 anos; para os

descendentes que estão impossibilitados de trabalhar independentemente de suas idades; ao cônjuge supérstite quando ele esteja impedido de trabalhar ou não tenha bens suficientes, enquanto não contrair novas núpcias; aos ascendentes; à pessoa que o testador viveu como se fosse cônjuge durante pelo menos 5 (cinco) anos antes de sua morte ou com quem tenha tido filhos caso ela não trabalhe ou não tenha bens suficientes, sendo que o direito aos alimentos também subsistirá até que ela contraia novas núpcias (entretanto, se a união do testador for com várias pessoas ao mesmo tempo, nenhuma terá direito a alimentos); e aos irmãos e demais parentes colaterais até o quarto grau que estejam incapacitados para o trabalho ou que não tenham 18 anos caso não tenham bens para suprir com suas necessidades. (FERNÁNDEZ-HIERRO; FERNÁNDEZ-HIERRO, 2010, p. 34) (tradução nossa)

Verifica-se, portanto, que os alimentos que o testador deverá deixar para determinadas pessoas possuem um caráter assistencial e são fundamentados no dever de mútua assistência decorrente da solidariedade familiar.

Já o terceiro grupo representaria um sistema intermediário, em que os herdeiros necessários só teriam direito à legítima na hipótese de necessitarem. Ou seja, a legítima teria um caráter assistencial.

Isso é o que acontece, por exemplo, na Rússia, onde o atual Código Civil aceita o princípio da liberdade de testar com as limitações do artigo 1.149, que dá aos filhos menores do falecido, ao cônjuge deficiente e/ou aos pais com deficiência o direito de requererem pelo menos a metade da herança. Também na Estônia se prevê (§104 da Lei sobre Herança) que "se o falecido em um testamento ou contrato sucessório deserdar um ascendente, um filho ou cônjuge que estejam incapacitados para o trabalho, ou tiver reduzido seus quinhões hereditários em comparação com a quota que lhes corresponderiam na sucessão legítima, esses parentes e cônjuges têm direito a reivindicar a legítima". Na Lituânia, os filhos, os parentes e o cônjuge do falecido têm direito à legítima desde que "precisem ser mantidos" no momento da morte do falecido, sendo a quantia da legítima correspondente à metade da quota da sucessão legítima. Na Eslovênia, avós e irmãos do falecido possuem direito à legítima somente se eles são incapazes de trabalhar e não possuem meios financeiros para satisfazer as suas necessidades. Além disso, em 2001, a Lei de Herança da Eslovênia foi alterada para estabelecer que o cônjuge ou herdeiros sem meios financeiros suficientes para suprir uma vida digna podem solicitar ao juiz um aumento nas suas quotas em detrimento de outros herdeiros. Finalmente, na Polônia a porção da legítima passa a ser dois terços da herança se os herdeiros forem menores ou incapazes de trabalhar. (FERNÁNDEZ-HIERRO; FERNÁNDEZ-HIERRO, 2010, p. 26-27) (tradução nossa)

A legítima, como se vê, é instituto comum a vários ordenamentos jurídicos em todo o mundo, independentemente do tipo de sistema jurídico adotado. A nosso sentir, todavia, tal instituto merece ser ressignificado, o que se passa a discutir.

## 2. ARGUMENTOS PARA A REDEFINIÇÃO DA LEGÍTIMA

Na moderna doutrina pátria, já se veem que vozes dissonantes da concepção de guarnecer a legítima têm aflorado. A partir de diversos fundamentos contrários aos que defendem a permanência da legítima é possível se pensar na possibilidade de sua discussão, a fim de se promover uma alteração legislativa no instituto que, hoje, já não se amolda mais à nova concepção funcionalizada do direito civil.

Percebe-se que a definição daqueles que serão de alguma forma protegidos se baseia no dever de mútua assistência decorrente do vínculo familiar (parentesco, casamento ou união estável) e na dependência econômica, ou seja, a eventual verba a ser suportada pela herança possui caráter assistencial.

No Brasil, algumas normas legais reconhecem a autonomia dos sujeitos nas relações familiares. O Código Civil de 2002, de forma expressa, proíbe a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família (art. 1513). Conforme assinala Leonardo Barreto, “no texto constitucional de 1988 é nítido o sério esforço no sentido de reduzir o campo das imposições, alargando o espaço das liberdades [...]” (ALVES, 2010, p. 17).

Percebe-se com isso que, outrora, a autonomia era limitada para preservar a família, considerada uma instituição que estava acima dos seus membros. O casamento, por exemplo, não podia ser desfeito mesmo diante da vontade dos cônjuges. Agora, a limitação, quando ocorre, concorre para preservar a dignidade das pessoas envolvidas. A tutela jurídica é destinada ao sujeito, considerado objetivamente em todas as suas particularidades.

Diante desse novo modelo de família funcionalizada, preocupada com o desenvolvimento da personalidade de seus componentes, a releitura de alguns institutos de cunho protetivo tornou-se inevitável.

Tomando por base essa premissa, evidencia-se que a imposição da legítima como norma de ordem pública, limitando a autonomia do testador-proprietário, deve ser repensada. Há outras formas eficazes de garantir a efetivação do princípio da solidariedade familiar sem, contudo, mitigar a autonomia privada do testador.

Qual a justificativa para se limitar a autonomia do testador se os seus descendentes, ascendentes e cônjuge (ou companheiro), não necessitam de auxílio financeiro? Nesse caso, a legítima serviria apenas para enriquecer os herdeiros necessários.

Conciliar a especial proteção do Estado à família, nos termos do art.

226 da Constituição Federal de 1988, e a liberdade que deve existir no seio das entidades familiares, não é tarefa fácil. A regulamentação e proteção excessivas poderão aniquilar a autonomia do sujeito, tão cara ao desenvolvimento da personalidade. Por outro lado, a falta de intervenção estatal poderá gerar injustiças, contrariando a especial proteção decantada no texto constitucional.

A dificuldade está em identificar até onde é possível a intervenção estatal nas relações familiares, e a partir de quando essa intervenção passa a representar uma violação à autonomia privada dos sujeitos integrantes da família.

Não se nega que os familiares hão de ser solidários entre si, a fim de auxiliar a promoção do livre desenvolvimento da personalidade de todos. Aliás, nisso se assenta a própria conceituação de família – formação social que envolva ambiente propício à plena formação pessoal dos seus componentes (moderna noção de família eudemonista) –, o que reforça ainda mais a responsabilidade jurídica que têm seus integrantes, uns perante os outros.

Corroborando com esse posicionamento e resumindo todos os argumentos anteriormente apresentados, Rolf Madaleno apregoa:

No Direito de Família sempre incidiu uma maior intervenção do Estado-juiz na dinâmica familiar, impondo freios e restrições nessa liberdade de ação, mirando sempre a defesa da célula familiar, valor maior a justificar a dignidade da pessoa humana.

Com o advento da atual Carta Política de 1988, elevando a preocupação com a preservação da dignidade da pessoa humana em detrimento dos interesses patrimoniais das pessoas, na esteira dessa evolução, o Código Civil de 2002 reviu seus conceitos e institutos para a despatrimonialização das relações familiares, passando a valorizar o indivíduo e suas relações jurídicas [...].

No momento histórico em que o formato hierárquico da família cedeu à sua democratização, não mais existem razões que justifiquem essa excessiva e indevida ingerência do Estado na vida das pessoas [...]. (MADALENO, 2011, p. 88)

A essa análise jurídica, faz-se necessário somar alguns argumentos de cunho sociológico, haja vista que o novo perfil da família brasileira, apontado por dados estatísticos dos órgãos governamentais, corrobora o entendimento que aqui se defende.

De início, há que se evidenciar a emancipação econômica e social da mulher.<sup>3</sup> A partir da década de 50, observam-se mudanças mais marcantes no modelo familiar com a crescente horizontalização das relações homem-mulher, paralelas a modificações no exercício da sexualidade e das atividades de trabalho da mulher, que atingiu, também, as relações pais-filhos com a consequente redução da rigidez dos padrões comportamentais e dos castigos corporais e

<sup>3</sup> Acerca do movimento feminista e dos reflexos gerados por ele nos direitos da mulher, recomenda-se a leitura de: MARTINS, Fernando Rodrigues. A afirmação feminina na igualdade substancial familiar. *Revista de Direito*

aumento do respeito à individualidade. Esse novo modelo corresponderia à chamada “família igualitária”. Nos dizeres de Cristina Zamberlam, homem e mulher se percebem como diferentes, mas como iguais porque são indivíduos, algo que tende a desaparecer com os sinais estereotipados da diferença homem/mulher. As noções de “certo” e “errado” perdem suas fronteiras, e instaura-se, aparentemente, o reino da pluralidade de escolhas, que só são limitadas pelo respeito à individualidade do outro (ZAMBERLAN, 2001, p. 88).

A demonstrar tais mudanças, podem ser utilizados os dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios – PNAD, que investiga anualmente, de forma permanente, características gerais da população, de educação, trabalho, rendimento, entre outros temas. O levantamento dessas estatísticas constitui um importante instrumento para formulação, validação e avaliação de políticas orientadas para o desenvolvimento socioeconômico e a melhoria das condições de vida no Brasil.

A última PNAD<sup>4</sup> divulgada traz algumas informações interessantes, merecendo destaque dois apontamentos: o aumento da expectativa de vida do brasileiro, que, atualmente, é em média de setenta e cinco anos; e a diminuição dos dependentes econômicos, denotando que o início da vida profissional, e, por consequência, a autonomia financeira das pessoas, chega cada vez mais cedo.

A partir disso, pode ser realizada a seguinte inferência: quando falece alguém, aproximadamente aos setenta e cinco anos de idade, é possível afirmar que o de cujus não deixou nenhum parente (notadamente herdeiros necessários) economicamente dependente de si. Portanto, se a legítima representa uma proteção de cunho exclusivamente patrimonial, mas os herdeiros necessários do falecido já possuem autonomia financeira, essa reserva patrimonial é realmente necessária? Considerando os dados estatísticos anteriormente apresentados, não.

Se, portanto, a redefinição do conceito de legítima é necessária, igualmente o é o apontamento dos efeitos que essa redefinição traria para o nosso sistema jurídico.

### 3. POSSÍVEIS REFLEXOS JURÍDICOS DA REDEFINIÇÃO DA LEGÍTIMA

Como se asseverou, a legítima é, hoje, um instituto ineficaz, que não mais se presta ao papel para o qual foi pensada. Vale, por oportuno, ressaltar os dizeres de Montesquieu (1996, p. 505):

---

*Privado*, São Paulo, v.9, n° 33, jan. 2008.

<sup>4</sup> Disponível em:

<<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/trabalhoerendimento/pnad2015/default.shtm>>. Acesso em 02 de abril de 2017.

A lei natural ordena que os pais sustentem os filhos, mas não os obriga a fazer deles seus herdeiros. A divisão dos bens, as leis sobre esta divisão, as sucessões após a morte daquele que recebeu esta divisão, tudo isto só pode ter sido regulamentado pela sociedade e, por conseguinte, pelas leis políticas ou civis.

A verdade é que há outras formas eficazes de garantir a efetivação do princípio da solidariedade/proteção familiar sem, contudo, mitigar a autonomia privada do testador. A dificuldade está em identificar até onde é possível a intervenção estatal nas relações familiares, e a partir de quando essa intervenção passa a representar uma violação a autonomia privada dos sujeitos integrantes da família.

### 3.1 EXCLUSÃO DE HERDEIROS NECESSÁRIOS

Inevitavelmente, o principal efeito da eventual exclusão do direito à legítima no Código Civil traria um efeito imediato: a exclusão dos herdeiros necessários. Deixariam, portanto, descendentes, ascendentes e cônjuge, de possuir a garantia legal da reserva patrimonial atualmente prevista no art. 1846 do mesmo Código.

Mais uma vez, retoma-se a ilação apresentada no tópico 2 deste trabalho. Considerando o padrão da família brasileira hoje, teremos um indivíduo que, ao falecer, aproximadamente aos setenta e cinco anos de idade, já não deixará herdeiros necessários efetivamente dependentes de si. Primeiramente, porque, a essa idade, é bem provável que já não tenha mais ascendentes. Quanto aos descendentes, caso o *de cujus* os tenha, também com base nas informações anteriormente apresentadas em relação ao PNAD, é bem provável que já possuam independência econômica. Todavia, caso não a tenha, ver-se-á que estarão amparados dentro da redefinição da legítima que se propõe (discussão que será no próximo tópico)

Uma atenção especial merece o cônjuge, posto que, dentro do rol dos herdeiros necessários, parece-nos ser aquele que menos seria afetado com a eventual exclusão do direito à legítima. E tal afirmação se faz com base em duas noções.

A primeira, pelo fato de que, na maioria dos casos, o cônjuge sobrevivente será meeiro do patrimônio constituído ao longo do casamento. Tradicionalmente, o Brasil é um país em que pouco se faz pacto antenupcial, o que implica no fato de que, na maioria das vezes, os cônjuges estarão casados em regimes de bens que formam patrimônio comum. Casados pelo regime da comunhão universal, se o casamento foi anterior a 1977, ou pela comunhão parcial de bens, nos casos de casamentos celebrados após 1977. Logo, o cônjuge preserva, em boa parte, sua autonomia patrimonial.<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup>Sobre a prática de pacto antenupcial no Brasil, vale a leitura do artigo publicado pelo Colégio Notarial

Em segundo lugar, é necessário ressaltar que o cônjuge sobrevivente, independentemente do regime de bens em que estivesse casado com o *de cuius*, terá o direito real de habitação, consagrado no atual Código Civil no artigo 1831. Logo, se havia um único imóvel de natureza residencial a inventariar, preserva-se a dignidade do cônjuge sobrevivente que terá direito de utilizá-lo, para fins residenciais, vitaliciamente.

Conclui-se, pois, que nesse aspecto, a exclusão ou redefinição do conceito de legítima não traria prejuízos absurdos a não se justificar a ideia ora defendida.

### 3.2 PROTEÇÃO PATRIMONIAL DOS INCAPAZES

Certamente, a proteção familiar é um dos principais argumentos embasar a manutenção da legítima no sistema jurídico pátrio.

Revela-se inquestionável que a Constituição Federal concedeu ampla proteção à família com o objetivo de resguardar não só o núcleo familiar como um todo, mas no sentido da promoção da dignidade de cada membro. Mas, em relação à legítima, bem observa Pablo Stolze que:

A preservação da legítima culmina por suscitar, como dito, discórdias e desavenças familiares, impedindo, ademais, o *de cuius* de dispor do seu patrimônio como bem entendesse. Ademais, se quisesse beneficiar um descendente seu ou a esposa, que mais lhe dedicou afeto, especialmente nos últimos anos de sua vida, poderia fazê-la por testamento, sem que isso em nosso sentir significasse injustiça ou desigualdade, uma vez que o direcionamento de seu patrimônio deve ter por norte especialmente a afetividade. Ressalvamos apenas a hipótese de concorrerem à herança filhos menores ou inválidos, caso em que se deveria preservar-lhes, por imperativo de solidariedade familiar, necessariamente parte da herança. (2014, p. 59)

Notadamente, o Direito de Sucessões não está voltado a efetivamente proteger cada membro familiar. Uma exceção foi a Lei nº 10.050/2000 que incluiu o art. 1611, §3º no antigo Código Civil para prever direito real de habitação quando, havendo um único imóvel residencial, coubesse ao filho órfão portador de deficiência que não pudesse trabalhar. Esta visão está muito mais atrelada à ideia de efetiva proteção à família do que uma previsão em abstrato de proteção a determinadas pessoas que, em muitas das vezes, não necessitam de nenhum amparo essencial.

[...] A legislação sucessória deveria prever uma especial atenção aos herdeiros incapazes e idosos e, ainda, aos cônjuges e companheiros

quanto a aspectos nos quais realmente dependiam do autor da herança, buscando concretizar na transmissão da herança um espaço de promoção da pessoa, atendendo às singularidades dos herdeiros, em especial diante de sua capacidade e de seus vínculos com os bens que compõem a herança, e, ainda, atendendo à liberdade do testador quando não se vislumbra na família aqueles que necessitam de uma proteção patrimonial diante da morte de um familiar. (NEVARES, 2014)

Atenta-se ainda, aproveitando-se para refutar o argumento de que a legítima implica em garantia da solidariedade que a legislação brasileira não proíbe que as pessoas disponham onerosamente em vida de mais de metade de seu patrimônio, ao contrário, o sujeito de direito pode livremente fazer o que sua vontade determinar com seu patrimônio, desde que seja onerosamente. Assim, pela legislação brasileira é concebível que um particular resolva usar todo seu patrimônio em bens fúteis, sem nenhum caráter altruísta, todavia, lhe é vedado, se tiver herdeiros necessários, doar ou dispor por testamento de todo o seu patrimônio para pessoas necessitadas, imbuído de um cunho solidário.

O fundamento da solidariedade para manter a legítima não se sustenta, pois nada garante que beneficiar automaticamente herdeiros necessários seja conduta de solidariedade, ainda que familiar. Em muitas hipóteses, a solidariedade familiar pode ser concretizada na proteção financeira a um parente que não se inclua no rol dos herdeiros necessários.

Por fim, quanto ao argumento da legítima afastar o egoísmo que pode estar ínsito no ser humano tem-se que, ao contrário do que se pensa, pode estimular o ócio. Flávio Tartuce, ao apontar os argumentos favoráveis à revisão da legítima aponta que

A liberdade de testar desenvolve a iniciativa individual, porque quando o sujeito sabe que não pode contar com a herança, procura desempenhar atividades para lhe dar o devido sustento. De outra forma, haveria um efeito no inconsciente coletivo pela necessidade do trabalho e da labuta diária. (2016, p. 35)

Ademais, se for considerar que a herança é decorrente de vínculo afetivo entre o *de cuius* e os herdeiros “nada impediria que ele beneficiasse os últimos por testamento, de acordo com sua livre manifestação de vontade” (GAGLIANO, 2014, p. 59).

Assim, mesmo reconhecendo que a autonomia privada esteja limitada no direito sucessório em face da legítima, demonstra-se que ao submeter essa fronteira legal a críticas, ela não se sustenta, revelando-se bastante necessária a alteração legislativa no sentido de ampliar a autonomia privada no testamento, afastando-se a regra da legítima.

Uma alternativa viável, que compatibiliza, suficientemente, os princípios

da proteção da família e da autonomia privada seria a imposição da obrigatoriedade da instituição de uma obrigação alimentar a ser suportada pela herança, para aquelas pessoas que dependiam economicamente do autor dela, seria uma forma eficaz e proporcional de atender o dever de mútua assistência decorrente da solidariedade familiar e, ao mesmo tempo, não limitar a autonomia do testador. A experiência estrangeira, a exemplo da legislação mexicana, pode ser considerada um bom ponto de partida, a ser seguido e adaptado para a realidade brasileira.

### 3.3 AMPARO PREVIDENCIÁRIO

Há situações em que quem não tem meios materiais de prover seu sustento por suas próprias forças também não possui parentes em condições de lhe prestar alimentos, seja por ausência de legitimados para tanto (falecimento dos ascendentes, cônjuge ou companheiro, inexistência de irmãos, por exemplo), ou porque as pessoas que em tese teriam obrigação alimentar não possuem condições materiais de auxiliar seus parentes.

Nestas condições excepcionais, o Estado não deixa aquele que necessita de auxílio ao completo desamparo. Conforme disposto no artigo 203 da Constituição Federal, a assistência social, que tem como um de seus objetivos a proteção à família, garante um salário mínimo de benefício mensal ao portador de deficiência e ao idoso que comprovadamente não possua meios de prover sua própria subsistência ou tê-la provida por sua família.

Em caráter supletivo, portanto, garante o Estado proteção àquele que não tem condições de prover seu próprio sustento, nem familiares em condição de fazê-lo, independentemente de filiação prévia ao Regime Geral de Previdência Social. Aos familiares daqueles que exercem atividade econômica, filiados obrigatoriamente ao Regime Geral da Previdência Social, garante a Constituição Federal salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda, bem como pensão por morte do segurado, ao cônjuge ou companheiro e dependentes.

O salário-família, disciplinado nos artigos 65 a 70 da Lei 8.213/1991, é devido aos empregados e trabalhadores avulsos ou rurais que tenham renda inferior ao parâmetro estabelecido na referida lei, e tem como finalidade complementar a renda dos trabalhadores que possuem filhos em idade escolar, especificamente até os 14 (quatorze) anos de idade. Esta é uma forma de se garantir que os filhos em idade escolar concluirão o ensino fundamental, diminuindo a evasão escolar e, conseqüentemente, possibilitando que os membros destas famílias de baixa renda possam ascender socialmente ou, pelo menos, ter condições de prover seu próprio sustento no futuro, através da educação.

Já o auxílio-reclusão, disciplinado no artigo 80 da Lei n. 8.213/1991, é devido aos dependentes do segurado recolhido à prisão, não os deixando desamparados em decorrência do crime eventualmente cometido pelo responsá-

vel pelo sustento da família.

Por fim, intimamente relacionada ao direito das sucessões, uma vez que possui idêntico fato gerador, está o benefício da pensão por morte, regulamentado pelos artigos 74 a 79 da Lei 8.213/1991.

Este benefício é direcionado aos dependentes do segurado, visando à manutenção da família, no caso da morte do responsável pelo seu sustento. Por conta deste benefício, todos os dependentes do *de cujus*, que teoricamente ficariam desamparados após sua morte, passam a ter seu sustento provido pela Previdência Social, até o momento em que, em tese, teriam condições de se autossustentar.

De acordo com o artigo 16 da Lei 8.213/1991, são dependentes do segurado:

Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

I – o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido;

II – os pais;

III – o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido.

§1º. A existência de dependente de qualquer das classes deste artigo exclui do direito às prestações os das classes seguintes.

§2º. O enteado e o menor tutelado equiparam-se a filho mediante declaração do segurado e desde que comprovada a dependência econômica na forma estabelecida no Regulamento.

§3º. [...]

§4º. A dependência econômica das pessoas indicadas no inciso I é presumida e a das demais deve ser comprovada.

Interessante observar que a pensão por morte garante, assim, aos dependentes do segurado falecido, em ordem bastante parecida com a de vocação hereditária, e nos mesmos moldes desta, com a classe mais próxima excluindo a mais remota, a possibilidade de vivência digna, mesmo após o falecimento de seus mantenedores.

Conforme estabelecido no §4º do artigo supracitado, para as pessoas constantes no inciso I do mesmo artigo a situação de dependência econômica é presumida de modo absoluto, não tendo os cônjuges, companheiros e filhos menores de 21 (vinte e um) anos ou inválidos que comprovar a efetiva situação de dependência.

Interpretando o instituto como forma de conferir proteção integral aos membros das entidades familiares, observa-se que a pensão por morte se adequa ao comando constitucional de modo muito mais satisfatório que os alimentos e sucessão, pois tem seu alcance ampliado para todos os membros do mes-

mo núcleo familiar, ao mesmo tempo em que protege quem, de fato, necessita de proteção.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base no contexto histórico da legítima, conclui-se que, inicialmente, no Direito Romano a liberdade de testar era ampla. Com a modificação da sociedade, vieram novas relações familiares e novas preocupações com a funcionalização da propriedade. Diante desse contexto, a limitação da autonomia do testador prevaleceu e a maior parte dos países passou a regulamentar para quem e de qual maneira o falecido seria obrigado a deixar parte do seu patrimônio.

Diante das novas alterações legislativas em países de sistemas que adotam a legítima, percebe-se que, gradativamente, as restrições estão sendo afrouxadas e a liberdade de testar aumentada por diferentes formas. De outro lado, diante dos ordenamentos derivados do Sistema Anglo-Saxão, percebe-se que aumentou a preocupação em proteger alguns familiares e, de alguma forma, garantir a sobrevivência daqueles que dependiam economicamente do falecido.

Nesse contexto, defende-se a necessidade de repensar o Direito Sucessório brasileiro, que atualmente limita muito a liberdade do testador. Propõe-se que a legítima brasileira, que obriga o testador a deixar 50% (cinquenta por cento) de todo o seu patrimônio para seus herdeiros necessários, seja redefinida, possibilitando que o testador, com fulcro na autonomia privada, possa dispor livremente de todo o seu patrimônio. Contudo, tendo em vista o princípio da solidariedade familiar, desde que o autor da herança tenha deixado bens suficientes, deve-se garantir aos parentes, ao cônjuge ou companheiro sobrevivente, os alimentos legítimos, ou seja, o necessário para uma existência digna, quando comprovada sua hipossuficiência.

Dessa forma, seria garantida ao testador a liberdade de dar ao seu patrimônio o destino que bem lhe aprouvesse, em cumprimento ao princípio da autonomia privada e, ainda, assegurado aos seus familiares, desde que necessitados, uma existência digna a partir de uma verba alimentar a ser suportada pela herança.

#### REFERÊNCIAS

ALMEIDA, José Luiz Gavião de. Direito das Sucessões. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Código Civil comentado**. v. XVIII. São Paulo: Atlas, 2003.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Direito de família mínimo**: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no Direito de Família. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das Sucessões**. 5. ed. Rio de Janeiro: F. Alves, 1955.

CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das Sucessões**. São Paulo: Atlas, 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **O contrato de doação**: análise crítica do atual sistema jurídico e os seus efeitos no direito de família e das sucessões. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DINIZ, Maria Helena (coord.). **Sucessão do cônjuge, do companheiro e outras histórias**. São Paulo: Saraiva, 2013.

FERNANDEZ-HIERRO, Maria; FERNANDEZ-HIERRO, Marta. Panorama legislativo actual de la libertad de testar. **Boletim JADO**. Bilbao. Ano VIII, n. 19, maio 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil**: Direito das Sucessões. v. 7. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GOMES, Orlando. **Sucessões**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro**: direito das sucessões. v. 7. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

HIRONAKA, Giselda M. F. Novaes. **Morrer e Suceder**: passado e presente da transmissão sucessória concorrente. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

LOUREIRO, José Eduardo; LOUREIRO, Francisco Eduardo. Alguns aspectos da ordem de vocação hereditária no novo Código Civil. In: NANNI, Giovanni Ettore (coord.). **Temas relevantes de Direito Civil contemporâneo**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 667- 717.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das Sucessões**. v. 1. 4. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1958.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espirito das Leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

NEVARES, Ana Luiza Maia. **A proteção da família no Direito Sucessório**: necessidade de revisão? Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/a-protECAo-da-familia-no-direito-sucessorio-necessidade-de-revisao/14753>>. Acesso em: 12 maio 2017.

\_\_\_\_\_. Fundamentos da sucessão legítima. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (orgs.). **Diálogos sobre Direito Civil**. v. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 619-647.

\_\_\_\_\_. O princípio da intangibilidade da legítima. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). **Princípios do Direito Civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 495-545.

OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. **Tratado de Direito das Sucessões**. v. I. 3 ed. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1936.

POLETTTO, Carlos Eduardo Minozzo. **Indignidade Sucessória e Deserdacção**. São Paulo: Saraiva, 2013.

PRETTO, Cristiano. **Autonomia privada e testamento: liberdade e limite no direito de testar no Código Civil de 2002**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editora, 2015.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. v. 6. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2016.

VELOSO, Zeno. **Direito hereditário do cônjuge e do companheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. **Testamentos: de acordo com a constituição de 1988**. Belém: CEJUP, 1993.

ZAMBERLAN, Cristina de Oliveira. **Os novos paradigmas da família contemporânea: uma perspectiva interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

## CAPÍTULO 10

# A INTENSIFICAÇÃO DOS DEVERES DE INFORMAÇÃO E COOPERAÇÃO NOS CONTRATOS DE MÚTUO ELETRÔNICO

Samir Alves Daura<sup>1</sup>  
João Hagenbeck Parizzi<sup>2</sup>

## 1 INTRODUÇÃO

Desde o Estado Liberal até hodiernamente, o estudo das relações contratuais tem passado por profundas mudanças. Se no período moderno o contrato serviu para demarcar a vontade das partes, sobretudo em relação às negociações típicas das obrigações de dar, em que a acumulação de bens imóveis e móveis materiais se destacavam, o mundo pós-moderno descortina uma nova realidade contratual, em que as obrigações de fazer, especialmente as prestações de serviços predominam sobre o cenário econômico.

O momento atual é complexo, principalmente para os juristas que lidam diretamente com as novas realidades sociais, influenciadas pelas inovações tecnológicas, que por vezes acabam se relacionando com tradicionais institutos jurídicos, como os contratos. Com efeito, é justamente esse o caso dos contratos de empréstimo bancário celebrados pela internet, assim como os contratos firmados pelo consumidor diretamente no caixa eletrônico das instituições financeiras, sem a presença física de um funcionário do fornecedor do crédito, notadamente conhecidos por “empréstimo pré-aprovado”, entre outras denominações.

Disseminado por meio de campanhas publicitárias chamativas e sedutoras, o empréstimo por meio do crédito pré-aprovado foge à regra geral das contratações, não sendo efetivamente disponibilizado ao consumidor por meio de um contrato físico contendo as cláusulas que regerão o pacto, mas apenas informações na própria tela do caixa eletrônico da agência financeira, na tela do computador ou no aplicativo do celular, momento em que o correntista-contratante é chamado para aderir ou não aos termos e condições formulados exclusivamente pelo fornecedor.

Ao transmitir a ideia de que o crédito pré-aprovado é uma facilitação para o consumidor, a instituição financeira encontra uma forma de publicidade extremamente atrativa e cativante, que acaba por estimular aquele que contrata o crédito à aceitar as condições impostas sem uma maior reflexão, sobretudo porque não lhe é disponibilizado um prazo razoável para análise das cláusulas

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET). Foi pesquisador bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), nível mestrado. Professor Designado na Universidade do Estado de Minas Gerais (UEMG). *E-mail:* samirdaura@gmail.com

<sup>2</sup> Doutorando em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UNICEUB). Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília (UNICEUB). Professor Designado no Curso de Direito da Universidade do Estado de Minas Gerais – UEMG, unidade Ituiutaba. *E-mail:* joao.parizzi@uemg.br

contratuais, da taxa de juros e demais encargos, muitas vezes com letras minúsculas, informações complexas e com prazo exíguo para aceitação da proposta.

Em relação a esses contratos de empréstimo, celebrados eletronicamente, os seguintes problemas podem ser formulados:

- Existe um agravamento da vulnerabilidade do consumidor que aceita os termos do negócio jurídico diretamente no equipamento eletrônico, sem ter a possibilidade de discutir as cláusulas contratuais com um funcionário do banco ou refletir com mais atenção sobre as condições impostas?
- Os deveres de informação e cooperação do fornecedor do crédito devem ser observados com maior rigidez e intensidade, tendo em vista que a operação bancária analisada pode ser concluída em poucos minutos, mas vinculará o contratante durante meses ou até anos?

Em relação aos problemas formulados, pode-se apresentar as seguintes hipóteses de estudo, que consistem em respostas provisórias aos questionamentos que se pretende solucionar: a) a contratação do denominado crédito pré-aprovado, em decorrência das especificidades que o caracteriza, consiste em uma possibilidade de agravamento da vulnerabilidade do consumidor, sobretudo quando observa-se a prática da publicidade ostensiva visando estimular a contratação do crédito, que muitas vezes prejudica a reflexão por parte daquele que adere aos termos impostos; b) o fato de o consumidor não receber um contrato escrito ou mesmo não ter a possibilidade de discutir as cláusulas contratuais com um representante da instituição financeira intensifica a necessidade de observância dos deveres de informação e cooperação por parte dessa última, posto que a não informação ou a informação confusa ou insatisfatória lesam o consumidor, sendo vedadas pelo Código de Defesa do Consumidor – CDC, bem como com a boa-fé objetiva e os seus deveres anexos.

A relevância e a atualidade do tema objeto do presente artigo ficam evidenciadas em razão da disseminação da oferta de crédito na sociedade de consumo brasileira, especialmente sob a forma do crédito pré-aprovado. Em que pese a importância do crédito para a própria sobrevivência em uma sociedade que se mostra cada vez mais complexa e desmaterializada, em que o consumo muitas vezes dita a própria posição da pessoa no mundo, sua oferta desordenada e sem limites acaba por gerar graves problemas sociais e econômicos, destacando-se o superendividamento da população.

O objetivo geral do presente estudo consistiu na análise dos contratos eletrônicos de mútuo celebrados pelo consumidor diretamente no caixa eletrônico das agências financeiras ou pela internet, destacando-se as características que marcam esta nova forma de contratação do crédito e sua posição perante a teoria contratual contemporânea.

Em relação aos objetivos específicos ou mediatos do presente trabalho, são eles: a) verificar a espécie contratual contemporânea que mais se adequa às

especificidades do crédito pré-aprovado; b) analisar em que medida os deveres de informação e cooperação das instituições financeiras precisam ser intensificados em razão contratação eletrônica do crédito.

Para que os objetivos propostos sejam alcançados, adotou-se o método dedutivo como método de abordagem. Ainda, este trabalho envolve o levantamento bibliográfico, com compilação e revisão rigorosa de material doutrinário em relação ao tema sob análise.

## **2 OS CONTRATOS NA CONTEMPORANEIDADE**

Os contratos que envolvem as relações de consumo passam a se destacar, principalmente pelas facilidades de contratação estabelecidas pelo mercado. De fato, a massificação das relações contratuais, oportunizada, principalmente, por meio dos contratos de adesão, permite que os fornecedores estabeleçam negociações com inúmeros consumidores, a partir do estabelecimento de cláusulas já previamente elaboradas ou criadas pelos primeiros.

No novo cenário pós-moderno, o Direito das Obrigações sofre uma grande transformação, de modo que as obrigações de dar, propiciadoras da acumulação de patrimônio, tão importantes para a já superada sociedade de produtores (BAUMAN, 2008, p. 43), acaba cedendo espaço para as obrigações de fazer, típicas da sociedade de consumo e de serviços que, embalada pela revolução tecnológica e informacional, destaca-se como o principal campo de negociações hodiernamente.

Os contratos bancários, por oportuno, correspondem a um dos principais exemplos desta nova sociedade de serviços, que tão bem caracteriza as relações negociais do século XXI. Com o presente estudo, analisou-se a posição dos contratos de mútuo eletrônico celebrados diretamente junto ao caixa eletrônico das instituições financeiras ou pela internet.

Neste sentido, importante será a análise da nova realidade contratual, já plenamente praticada no Brasil, em que se destacam os contratos de adesão e as relações negociais denominadas por Cláudia Lima Marques de contratos cativos de longa duração.

### **2.1 OS CONTRATOS DE ADESÃO**

Os contratos de adesão são aqueles formulados pelo fornecedor, demandando apenas a anuência do consumidor quanto aos seus termos. Ou seja, são contratos já previamente elaborados, que impossibilitam que “o outro parceiro (consumidor) possa discutir ou modificar substancialmente o conteúdo do contrato escrito” (MARQUES, 2011, p. 76).

São chamados “de adesão”, justamente porque ao consumidor resta apenas aceitar os termos que lhe são propostos, a fim de que a relação de consumo seja finalizada. De fato, esta forma de contratação acentua a vulnerabilidade dos

consumidores, sobretudo porque praticamente atende aos interesses exclusivos dos fornecedores.

Os contratos de adesão são massificados no mercado de consumo, posto serem ofertados à uma quantidade indeterminada de consumidores, tendo como forma de propagação a oferta geral ao público, ganhando destaque as técnicas de *marketing* e publicidade que visam estabelecer negociações com o maior número de pessoas.

O CDC conceitua o contrato de adesão em seu art. 54:

Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

§ 1º A inserção de cláusula no formulário não desfigura a natureza de adesão do contrato.

Este tipo de contrato certamente encontrou terreno fértil para prosperar na sociedade de consumo atual, marcada pela necessidade de facilitação das negociações perante um mercado extremamente acelerado, concorrido, informatizado e tecnológico. De fato, o estabelecimento prévio das cláusulas contratuais racionaliza a operação comercial, sobretudo diante da concorrência mercadológica típica das sociedades capitalistas e globalizadas. Todavia, o Direito não pode se omitir frente aos desafios impostos pelos tempos pós-modernos, sendo importante aqui o destaque de que as cláusulas dos contratos de adesão devem ser interpretadas em favor dos consumidores, especialmente quando ocorrerem dúvidas no texto elaborado pelo fornecedor de produtos ou serviços.

A fim de melhor situar o tema, cumpre analisar a posição que o empréstimo bancário eletrônico ocupa atualmente na sociedade de consumo, estabelecendo-se um paralelo com a necessidade de observação da boa-fé objetiva durante todas as fases de execução do negócio, em especial os deveres de cooperação e informação do fornecedor de serviços que, em determinados casos, justificará até mesmo a existência de um direito de renegociação a beneficiar o consumidor, ou até mesmo nulidade de eventuais cláusulas abusivas, quando forem praticados ilícitos, como a informação insuficiente, confusa, desnecessária (GHERSI, 2011, p. 55-60) ou omissa a respeito da real taxa de juros e encargos a incidir sobre as parcelas<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup>Em matéria jornalística publicada no site “O Globo”, especialistas constataram que vários bancos omitem taxas de juros e demais encargos quando se trata do contrato de empréstimo de crédito pré-aprovado. Ainda, destacou-se que as informações disponibilizadas ao consumidor são confusas, muitas vezes não ficando claro se o correntista está apenas simulando a contratação de um empréstimo ou efetivamente o fazendo. <http://oglobo.globo.com/economia/defesa-do-consumidor/credito-caixa-eletronico-esconde-armadilha-14249377>

## 2.2 OS CONTRATOS CATIVOS DE LONGA DURAÇÃO

Conforme visto acima, os contratos de adesão são formas estandardizadas de contratação, em que modelos contratuais são disponibilizados de maneira massificada no mercado, a fim de abarcar o maior número possível de consumidores. São contratos em que as cláusulas são pré-estabelecidas pelo fornecedor de serviços ou produtos, não possibilitando ao consumidor negociar os seus termos.

Em relação aos contratos cativos de longa duração, objeto de estudo da jurista Cláudia Lima Marques, além de normalmente utilizarem as técnicas dos contratos de massa em geral, são caracterizados por prolongarem-se no tempo, impondo ao consumidor uma condição de dependência em face do fornecedor. São contratos extremamente comuns nos dias atuais, em que sobressaem as prestações de serviços continuados, como os contratos de seguros, de assinatura de pacotes de telefonia, televisão, internet, enfim, serviços que se estendem no tempo sem necessariamente haver um termo final de encerramento do negócio jurídico.

A complexidade deste tipo contratual contemporâneo está justamente na posição de dependência ou catividade imposta ao consumidor, posto que a própria sobrevivência na sociedade de consumo hodierna está diretamente relacionada com a contratação desses novos serviços, que são cruciais para as inter-relações humanas, para o bem-estar das pessoas, para o trabalho, para o lazer, entre inúmeros outros motivos. Como exemplo, os contratos de plano de saúde, que por terem como objeto tema extremamente relevante para o ser humano, especialmente no Brasil, que convive com problemas estruturais graves no serviço público de saúde, trata-se de uma espécie contratual complexa, que impõe ao aderente uma intensa dependência em face do fornecedor do serviço.

Em relação aos contratos de empréstimo bancário celebrados por meio eletrônico, questiona-se: seriam eles contratos cativos de longa duração? Com efeito, ao aderir às condições para a contratação do crédito pré-aprovado, é comum que o consumidor assuma prestações que se estenderão durante muitos meses ou anos, o que certamente configura uma forma de contratação a longo prazo. Com efeito, em poucos minutos o consumidor pode adquirir um crédito e se responsabilizar durante três, quatro, cinco ou mais anos para quitá-lo, o que corresponde à uma tomada de decisão complexa, que precisa ser bem refletida para evitar problemas futuros.

No entanto, o fato de os contratos sob análise apresentarem um termo final, ou seja, uma data futura e pré-determinada que corresponda necessariamente ao fim da obrigação, impede sua classificação como um contrato cativo de longa duração. Certamente, o consumidor encontra-se em posição de forte dependência em relação ao fornecedor, principalmente porque se trata de uma espécie contratual que pode se prolongar durante anos. Todavia, a posição de catividade não é tão intensa como nos contratos que não apresentam um termo

final, estendendo-se indefinidamente no tempo.

Porém, mesmo não sendo um contrato cativo de longa duração, o empréstimo eletrônico oferecido pelas agências financeiras de maneira alguma pode ser praticado de forma irresponsável, sem a observância da boa-fé objetiva e dos consectários deveres anexos, sobretudo os deveres de informação e cooperação.

### **3 O CONTRATO DE EMPRÉSTIMO BANCÁRIO ELETRÔNICO**

O contrato de empréstimo bancário celebrado diretamente nos caixas eletrônicos das agências financeiras ou pela internet corresponde a um típico contrato eletrônico (PINHEIRO, 2016), posto que toda operação é realizada eletronicamente, sem que o consumidor tenha qualquer contato com algum representante do fornecedor do serviço. Popularmente conhecido por “CDC automático” ou “empréstimo pré-aprovado, esta forma de mútuo tem se disseminado no mercado, sendo amplamente ofertada ao público por todas as instituições financeiras com atuação no país.

Uma das características mais marcantes da globalização da economia corresponde à diminuição de custos, podendo ser ela obtida pela automatização dos serviços, encurtamento do tempo despendido para a finalização das negociações, entre outras medidas. Em relação ao empréstimo pré-aprovado, que sequer necessita da participação de um funcionário do fornecedor do serviço e pode ser contratado em questão de minutos, inegavelmente se torna ele um imenso atrativo de negócio para as instituições financeiras, que acabam ofertando esse serviço no mercado por meio das técnicas de propaganda e *marketing*, em que serão abordadas a quantidade de parcelas que poderão ser escolhidas (muitas vezes “a perder de vista”), bem como os valores que poderão ser efetivamente emprestados.

No caso, para facilitar ainda mais o procedimento, a instituição financeira oferece uma quantidade determinada de crédito já pré-aprovado para o consumidor, que ao utilizar o terminal eletrônico ou navegar pelo aplicativo para realizar suas operações bancárias, acabará tomando ciência da possibilidade de contratar o empréstimo, que normalmente é ofertado com dizeres do tipo: “crédito fácil”, “crédito rápido”, “crédito disponível”, entre outros.

De fato, a contratação se mostra extremamente simplificada e facilitada, posto que “poupa” o consumidor de enfrentar filas para conversar frente a frente com um funcionário autorizado pela agência bancária, de ter que assinar um contrato físico contendo as cláusulas do negócio jurídico firmado, evitando ainda eventuais transtornos e desconfortos quanto à possível não aceitação do pretendido crédito pelo consumidor por parte da instituição financeira.

Tratando sobre a nova realidade contratual nas relações de massa perante a sociedade de consumo hodierna, com apoio na doutrina estrangeira, Cláudia

Lima Marques traça um interessante diagnóstico das formas de negociação que tem ganhado destaque no século XXI, em que não mais se convive com tratativas travadas entre pessoas, mas sim com máquinas, por meio de um simples click com um mouse, em que as imagens ou ícones substituem as próprias palavras que tradicionalmente dão forma aos contratos (2011, p. 87). Enfim, trata-se da era da desmaterialização, do avanço do comércio eletrônico e da informação, em que o tempo da negociação necessita ser drasticamente reduzido, a fim de não prejudica-la:

Um contrato “desumanizado”, que beira a autossuficiência do declarado e é “construído” de forma unilateral e prévia no *site* eletrônico ou na máquina colocada em um corredor da escola, autossuficiência da predisposição declarativa ou material formulada por um fornecedor que não mais se conhece, também despersonalizado e reconhecido talvez apenas pela marca, também um símbolo. (MARQUES, 2011, p. 73).

Todas essas características evidenciam que a sociedade de consumo, aliado ao permanente aprimoramento tecnológico, paradoxalmente, tendem a tornar a vida ainda mais complexa. Se em um primeiro momento as “facilidades” vendidas ao consumidor visam à eliminar entraves para o consumo, na prática, muitas vezes elas acabam por torná-lo dependente de um modo de vida insustentável, não saudável, causador de problemas graves, como por exemplo, o endividamento excessivo.

Com efeito, é justamente esse o caso do contrato de empréstimo bancário celebrado diretamente no caixa eletrônico da instituição financeira. Ao ser oferecido, normalmente assim que a tela inicial é acionada ou estrategicamente quando o consumidor realiza o pagamento de títulos, os bancos notoriamente se valem de técnicas de sedução publicitária, que são extremamente atrativas para o homem comum, sobretudo porque a principal mensagem transmitida é de que o crédito disponibilizado se relaciona diretamente com a felicidade daquele que o contrata. É comum a existência de campanhas publicitárias que utilizam imagens de famílias felizes, de dinheiro em espécie, de pessoas realizando viagens, enfim, inúmeras formas de tocar o íntimo do consumidor que são transmitidas na própria tela do caixa eletrônico ou do celular, muitas vezes quando a pessoa realmente precisa de dinheiro para quitar dívidas ou realizar seus projetos de vida.

O consumidor que, em regra, é um sujeito vulnerável em relação ao fornecedor, no momento em que anui às condições e regras do crédito pré-aprovado, poderá contrair um empréstimo sem efetivamente discutir minimamente as cláusulas contratuais com um funcionário da instituição financeira, não tendo acesso imediato ao contrato celebrado e ainda poderá não ter condições de raciocinar a respeito da forma como a taxa de juros e demais encargos influenciarão no valor total contratado.

Por oportuno, a própria maneira como ocorre a contratação já indica certa pressão para que o consumidor aperte a tecla que confirma a contratação, sobretudo porque o procedimento eletrônico não permite um tempo maior de reflexão, posto que se houver um mínimo de demora, o próprio caixa eletrônico ou o aplicativo do celular encerra a utilização do sistema, fazendo com que todas as informações preenchidas sejam perdidas. Nesse sentido, muitas vezes preocupado em concluir o procedimento no exíguo tempo ofertado, o consumidor acaba por concordar com os termos impostos, mesmo que as condições lhe sejam prejudiciais.

Ainda, registre-se que não raras vezes, as instituições financeiras acabam utilizando essa forma simplificada de contratação para a prática de abusos e ilícitos, principalmente a venda casada de seguros e a omissão do valor real da taxa de juros e demais encargos. Outras vezes, as informações disponibilizadas na tela do caixa eletrônico são insuficientes para que o consumidor tenha uma real noção dos valores que está contratando, seja porque as condições são transmitidas de maneira confusa ou são mesmo deliberadamente omitidas. Nesses casos, a resposta aos abusos cometidos vem do próprio art. 46 do CDC, que determina a desconsideração dos contratos que impossibilitam o conhecimento do consumidor a respeito das cláusulas que os regem<sup>4</sup>.

Neste tipo de negociação, não há como negar a necessidade de aplicação do art. 54 do CDC, tendo em vista que ao consumidor não é dado discutir as cláusulas e condições da contratação. Nesse sentido, deve-se garantir ao consumidor que as cláusulas contratuais que implicarem limitação ao exercício de seus direitos devam ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão<sup>5</sup>.

Não há dúvidas que o crédito é um instrumento importantíssimo para o desenvolvimento da economia nacional. Com efeito, a própria democratização do crédito no Brasil a partir do final da década de 1990 deu oportunidade para que setores historicamente menos favorecidos da sociedade brasileira pudessem de fato ingressar na sociedade de consumo e assim viver com mais dignidade. No entanto, o quadro abusivo da oferta de crédito vivenciado hodiernamente acabou por evidenciar um problema socioeconômico gravíssimo, qual seja o endividamento da população, que em casos mais graves (como o superendividamento) resulta no empobrecimento e aumento da desigualdade social no país.

Com efeito, ao propor limites à oferta de crédito pré-aprovado, o presen-

---

<sup>4</sup> Art. 46. Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.

<sup>5</sup> Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

[...]

§ 4º As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão.

te estudo visa destacar a importância dos deveres de informação e cooperação da instituição financeira quando celebra esse tipo de contratação. Pode-se dizer que a exigência em relação aos citados deveres deve ser ainda mais rigorosa, de modo que abusos e ilícitos praticados deverão ensejar a própria nulidade do negócio jurídico pactuado (ou ao menos das cláusulas abusivas), em que uma das partes – o consumidor – notoriamente tem sua vulnerabilidade agravada em razão de todas as peculiaridades destacadas que cercam o tipo de contrato sob análise.

Com isso, o presente artigo não pretende defender o fim dos contratos celebrados diretamente nos caixas eletrônicos, pois se trata de uma modalidade de contratação amplamente disseminada no mercado e utilizada por praticamente todas as instituições financeiras. Ademais, se houver uma maior cooperação por parte da agência bancária, não há como negar que o empréstimo pré-aprovado de fato pode poupar tempo e se tornar uma ferramenta importante para o consumidor.

### **3.1 A INTENSIFICAÇÃO DOS DEVERES DE INFORMAÇÃO E COOPERAÇÃO EM FACE DO CRÉDITO PRÉ-APROVADO**

A difusão da boa-fé objetiva na doutrina e legislação brasileira pode ser considerada uma contribuição do direito germânico, notadamente do BGB de 1900. Mesmo que durante a vigência do Código Civil de 1916 não houvesse a disposição expressa do instituto, importantes juristas, como Clóvis do Couto e Silva, já debatiam sobre o papel desempenhado pelo princípio, principalmente em relação ao aspecto hermenêutico-interpretativo.

Todavia, registre-se que a aceitação incontestada da boa-fé objetiva no Brasil enquanto norma pode ser atribuída ao CDC. Com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, a boa-fé objetiva ganha a condição de cláusula geral, sendo expressamente positivada nos arts. 113, 187 e 422.

A força normativa é o diferencial do princípio da boa-fé, que por estar incutido no próprio sistema jurídico, corresponde a um modelo objetivo de conduta a ser seguido pelos sujeitos contratantes, denotando a necessidade de que esses últimos ajam com ética e lealdade desde o nascedouro da obrigação até o seu término<sup>6</sup>.

Neste sentido, assume relevância a boa-fé objetiva, sobretudo em razão dos denominados deveres anexos que a acompanham. É dizer, se a parte devedora deve adimplir a obrigação principal, todos aqueles que de alguma forma se

---

<sup>6</sup>Por oportuno, convém registrar neste momento a imprescindível e atual noção da “obrigação como processo”, pensamento este desenvolvido por importantes juristas, como Heinrich Siber e Karl Larenz, tendo sido difundido no Brasil por Couto e Silva. Com efeito, a noção estanque da obrigação, correspondente ao cumprimento exclusivo da prestação principal, não mais está de acordo com os valores que norteiam a ordem jurídica. Portanto, trabalhar a obrigação como processo representa reconhecer que a obrigação é formada por um conjunto de situações, compreendendo direitos, deveres e fases, que quando unidos, conferem unidade ao negócio jurídico pactuado.

relacionam com o negócio jurídico devem agir com boa-fé em sentido objetivo, ou seja, devem comprimir com a prestação principal e respeitar os deveres anexos que decorrem do mencionado princípio.

É neste contexto que o presente estudo pretende destacar a importância de se intensificar a observância dos deveres de informação e cooperação das agências financeiras em relação aos contratos bancários celebrados diretamente no caixa eletrônico dos bancos.

Conforme estudo elaborado pela jurista Clarissa Costa de Lima, na França, o formalismo informativo assume grande importância nas relações de consumo, sobretudo em face dos contratos bancários, em que há exigência legal expressa de o banco informar em um documento escrito a taxa de juros praticada. Ademais, a fim de propiciar uma melhor oportunidade de reflexão por parte do consumidor, há a necessidade do fornecedor do crédito realizar uma oferta prévia, com validade de 15 dias (LIMA, 2009, p. 9-31).

No Brasil, em relação aos contratos bancários que envolvam o fornecimento de crédito, o art. 52 do CDC informa expressamente como o dever de informação por parte da instituição financeira deve ser observado. Veja-se:

Art. 52. No fornecimento de produtos ou serviços que envolva outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor, o fornecedor deverá, entre outros requisitos, informá-lo prévia e adequadamente sobre:

- I - preço do produto ou serviço em moeda corrente nacional;
- II - montante dos juros de mora e da taxa efetiva anual de juros;
- III - acréscimos legalmente previstos;
- IV - número e periodicidade das prestações;
- V - soma total a pagar, com e sem financiamento.

Do teor do dispositivo supra, depreende-se que as exigências dispostas nos incisos deverão ser observadas antes mesmo do contrato ser efetivamente assinado pelas partes. Ademais, é notória a preocupação do legislador em destacar a importância que a informação assume no contexto dos contratos que envolvem o fornecimento de crédito.

Observe-se que a Resolução nº 3.517, de 2007 do Conselho Monetário Nacional regulamentou o dever de informações sobre o Custo Efetivo Total (CET) no contrato, conforme se vislumbra de seu art. §1<sup>o</sup>, no qual o as instituições financeiras se veem obrigadas a informar o custo total da operação de

---

<sup>7</sup> Art. 1º As instituições financeiras e as sociedades de arrendamento mercantil, previamente à contratação de operações de crédito e de arrendamento mercantil financeiro compessoas naturais e com microempresas e empresas de pequeno porte de que trata a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, devem informar o custo total da operação, expresso na forma de taxa percentual anual, calculada de acordo com a fórmula constante do anexo a esta resolução.

§ 1º O custo total da operação mencionado no caput será denominado Custo Efetivo Total (CET).

§ 2º O CET deve ser calculado considerando os fluxos referentes às liberações e aos pagamentos previstos,

crédito, inclusive considerando serviços de terceiros, tributos, tarifas, seguros e outras despesas cobradas do cliente. No art. 2º, por seu turno, a referida resolução prescreve que o tomador deve estar ciente dos fluxos considerados no cálculo da CET, bem como taxa percentual anual, inclusive com a apresentação de uma planilha informando essas condições.

Para o microempreendedor, empresas de pequeno porte e pessoas naturais, a informação do CET deve conter a taxa anual de juros, inclusive nas peças publicitárias, conforme dispõe o art. 3º, parágrafo único, da mesma resolução.

A resolução nº 4.197 do CMN, por seu turno, destaca em seu art. 1º e parágrafo único a necessidade de apresentação de planilha ao consumidor de forma prévia, contemplando todas as informações atinentes aos juros cobrados e o Custo Efetivo Total do contrato sobre a operação, explicitando os valores em reais que deverão ser pagos pelo consumidor. Apesar de essas resoluções explicitarem os deveres de cooperação e informação que as instituições financeiras devem cumprir, não há nenhuma previsão sobre a sanção em caso de descumprimento no bojo dessas resoluções. No caso dos contratos de mútuo eletrônico sob análise, que sequer contempla o fornecimento de um contrato escrito ao consumidor, questiona-se se o dever de informação é de fato observado nos moldes preceituados pelo CDC, que além da exigência da informação ser prévia, também determina que seja adequada, como vimos acima.

Com efeito, conforme já destacado nos tópicos anteriores, a peculiaridade que envolve o empréstimo pré-aprovado, qual seja o fato de o procedimento ser realizado em um equipamento eletrônico localizado nas dependências do banco ou no aplicativo do celular, apoiando-se em atrativos publicitários que visam estimular o consumidor a realizar a contratação em poucos minutos, certamente agrava a vulnerabilidade desse último, o que por si só já indicaria a necessidade de intensificação dos deveres de informação e cooperação por parte da instituição financeira.

Importa ressaltar que o judiciário, ao analisar questões atinentes à ausência de informações, não costuma “punir” a instituição financeira, isto é, a jurisprudência não aplica sanções pelo descumprimento do dever de informação. A exemplo do afirmado veja-se o que diz a súmula 530 do Superior Tribunal de Justiça (STJ):

**Súmula 530** - Nos contratos bancários, na impossibilidade de comprovar a taxa de juros efetivamente contratada - por ausência de pac-

---

incluindo taxa de juros a ser pactuada no contrato, tributos, tarifas, seguros e outras despesas cobradas do cliente, mesmo que relativas ao pagamento de serviços de terceiros contratados pela instituição, inclusive quando essas despesas forem objeto de financiamento.

§ 3º No cálculo do CET não devem ser consideradas, se utilizados, taxas flutuantes, índice de preços ou outros referenciais de remuneração cujo valor se altere no decorrer do prazo da operação, os quais devem ser divulgados junto com o CET.

§ 4º O CET será divulgado com duas casas decimais, utilizando-se as Regras de Arredondamento na Numeração Decimal (NBR5891), estabelecidas pela Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT.

tuação ou pela falta de juntada do instrumento aos autos -, aplica-se a taxa média de mercado, divulgada pelo Bacen, praticada nas operações da mesma espécie, salvo se a taxa cobrada for mais vantajosa para o devedor. (Súmula 530, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 13/05/2015, DJe 18/05/2015)

Convém observar que, nem mesmo o CDC, em seu art. 54 e §§, prevê qual seria o tipo de sanção para o descumprimento do dever de informação, sendo certo que, pelo entendimento jurisprudencial colacionado, não haveria qualquer tipo de prejuízo à instituição por descumprir com seus deveres de informação e cooperação. Não obstante a isso, o art. 56<sup>8</sup> do mesmo diploma legal institui algumas sanções pelo desrespeito às suas normas, que variam da multa (inciso I) à imposição de contrapropaganda (inciso XII), passando até mesmo pela suspensão temporária da atividade (inciso VII).

O art. 66 do mesmo diploma legal, inclusive prevê infração de natureza criminal no caso de omissão de “informação relevante sobre a natureza, característica, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia de produtos ou serviços”, prevendo pena de detenção de três meses a um ano e multa.

Desta forma, chega-se à proposta do presente artigo, que basicamente visa à promoção do crédito responsável, sobretudo em um país como o Brasil, que já vem convivendo com o grave problema do superendividamento de relevante parcela da população. A presente sugestão corresponde a uma possibilidade de convivência do empréstimo pré-aprovado juntamente com a observância dos deveres de informação e cooperação, visto que se trata de uma prática já amplamente aceita e praticada na atual sociedade e consumo.

Nesse sentido, uma proposta, talvez mais efetiva, para a garantia de atendimento aos deveres de informação e cooperação em relação aos contratos de mútuo bancário realizados eletronicamente, seria a verificação do cumprimento do dever de informação, com a necessidade de envio de um documento por meio eletrônico ou mesmo através de um extrato impresso no próprio caixa eletrônico contendo todas as informações exigidas pela legislação e pelos órgãos reguladores (no caso, o Banco Central do Brasil), de forma simples e compreensível ao consumidor sobre o produto ou serviço contratado. Em caso de constatação de descumprimento desse dever de informação (cujo ônus deve ser atribuído à instituição financeira por força do art. 6º, VIII, do CDC), a referida instituição deve sofrer algum tipo de sanção, seja com o estabelecimento de multas administrativas (art. 56, do CDC) ou revertidas em favor do consumidor (art. 6º, VI, do CDC). Assim, não é difícil observar que o cumprimento desses deveres não depende de uma legislação específica, mas apenas de uma guinada hermenêutica, sobretudo se utilizando das normas gerais de defesa do consumidor de modo a se coibir e reparar as práticas abusivas no tocante à omissão de

---

<sup>8</sup>Art. 56. As infrações das normas de defesa do consumidor ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes

informações que possam levar o consumidor ao superendividamento, criando, dessa forma, um problema social, que extrapola o âmbito do contrato firmado entre as partes.

## 4 CONCLUSÃO

Na sociedade de consumo pós-moderna, o crédito passa a ser considerado condição de possibilidade para o funcionamento adequado da economia, de modo que é o próprio Poder Público quem incentiva sua concessão. No entanto, o uso irresponsável do crédito tem sido um dos principais dilemas enfrentados pelo direito hodiernamente, fazendo-se necessário o estabelecimento de limites.

Com efeito, o presente artigo visou analisar o contrato de empréstimo bancário celebrado pelo consumidor diretamente no caixa eletrônico da agência financeira ou pelo aplicativo do celular, que consiste em uma modalidade de contratação denominada crédito pré-aprovado, prescindindo da assinatura de um contrato físico e até mesmo da participação de um funcionário do banco, que pode ser concluído em poucos minutos a partir de poucos cliques ou toques em um equipamento eletrônico.

O negócio jurídico supra insere-se na nova realidade contratual massificada e despersonalizada, em que se destacam os contratos de adesão e os contratos cativos de longa duração. Conforme visto, o crédito pré-aprovado é um típico negócio materializado por cláusulas elaboradas exclusivamente pelo fornecedor de crédito, posto que o consumidor não assina um contrato físico, mas apenas concorda com as condições impostas pela instituição financeira.

Tal forma de contratação agrava a vulnerabilidade do consumidor, principalmente em razão das técnicas de publicidade que são normalmente utilizadas para seduzir e cativar o correntista a realizar o empréstimo. Ademais, a própria limitação da possibilidade de reflexão por parte do consumidor constitui um fato problemático, haja vista que a noção de crédito responsável relaciona-se diretamente com a adequada ciência das taxas de juros, encargos e das demais cláusulas do negócio jurídico firmado.

---

sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas:

I - multa;

II - apreensão do produto;

III - inutilização do produto;

IV - cassação do registro do produto junto ao órgão competente;

V - proibição de fabricação do produto;

VI - suspensão de fornecimento de produtos ou serviço;

VII - suspensão temporária de atividade;

VIII - revogação de concessão ou permissão de uso;

IX - cassação de licença do estabelecimento ou de atividade;

X - interdição, total ou parcial, de estabelecimento, de obra ou de atividade;

XI - intervenção administrativa;

XII - imposição de contrapropaganda.

A constatação a que se chega é de que os deveres de informação e cooperação devem ser intensificados em relação a esta modalidade de contratação, visto que a prática tem demonstrado que o procedimento realizado exclusivamente em um dispositivo eletrônico pode não propiciar informações adequadas a respeito de cláusulas importantes do negócio jurídico, podendo, inclusive, omitir informações que futuramente prejudicarão o consumidor.

Nesse sentido, os tribunais devem se atentar para as normas gerais que protegem o direito à informação devido aos consumidores, realizando uma interpretação no sentido de sancionar as instituições financeiras que descumprem esses deveres, seja com a aplicação de multas no âmbito administrativo, seja com a reparação dos danos causados ao consumidor pela falta de informações claras e precisas no momento da contratação, conforme previsão expressa do Código de Defesa do Consumidor.

Enfim, conforme exposto no início, o artigo sob análise aborda os dilemas da pós-modernidade e da sociedade de consumo hodierna sob uma perspectiva otimista, qual seja a de que o Direito do Consumidor, instrumentalizado pelo CDC, corresponde a um conjunto de normas de ordem pública a tutelar as relações de consumo.

## REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo**: a transformação das pessoas em mercadoria. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BRASIL. Lei Federal 8.078 de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre o Código de Defesa do Consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 12 set.1990.

BRASIL, Conselho Monetário Nacional (CMN). Resolução n. 3.517 de 6 de dezembro de 2007. Dispõe sobre a informação e a divulgação do custo efetivo total correspondente a todos os encargos e despesas de operações de crédito e de arrendamento mercantil financeiro, contratadas ou ofertadas a pessoas físicas. **Diário Oficial da União**, Brasília, 10 dez. 2007.

BRASIL, Conselho Monetário Nacional (CMN). Resolução n. 4.197 de 15 de março de 2013. Dispõe sobre medidas de transparência na contratação de operações de crédito, relativas à divulgação do Custo Efetivo Total (CET). **Diário Oficial da União**, Brasília, 18 mar. 2013.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (STJ). Súmula 530. Segunda Seção. **Diário de Justiça Eletrônico**, 18 maio 2015.

GHERSI, Carlos Alberto. Derecho e información. **Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil**. vol. 8/2011, p. 55-60, out.2011. Disponível em <www.revistadostribunais.com.br.> Acesso em 11/11/2016.

LIMA, Clarissa Costa de. **O dever de informação nos contratos de crédito ao consumo em direito comparado francês e brasileiro**: a sanção para a falta de informação dos juros remuneratórios. Revista de Direito do Consumidor, v. 69, 2009.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARQUES, Cláudia Lima. **Sociedade de informação e serviços bancários**: primeiras observações. Revista de Direito do Consumidor, v. 39, 2001.

PINHEIRO, Patrícia Peck Garrido. **Contratos digitais ou eletrônicos**: apenas um meio ou uma nova modalidade contratual? Revista dos Tribunais, vol. 966/2016, p. 21 – 40, Abr / 2016.



## CAPÍTULO 11

### RECURSO ESPECIAL Nº 1.737.428/RS: BREVES COMENTÁRIOS SOBRE A ILEGALIDADE DA COBRANÇA DA “TAXA DE CONVENIÊNCIA”

Pedro Augusto de Oliveira Santos Malagoli<sup>1</sup>  
Gustavo Ferreira Santos<sup>2</sup>

#### 1 INTRODUÇÃO

Em março de 2019, ao julgar o Recurso Especial nº 1.737.428/RS (REsp 1.737.428/RS), o colegiado da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) suscitou um interessante debate no meio do direito consumerista e demais áreas jurídicas afins que se interseccionam com os princípios e regras que regem a defesa do consumidor.

O citado órgão desse Tribunal reconheceu como abusiva a “taxa de conveniência” cobrada pelo *síte* Ingresso Rápido, valor exigido do consumidor à parte da quantia já paga pela entrada do espetáculo artístico-cultural, pelo que se condenou o fornecedor em danos materiais correspondentes à restituição de todos os consumidores que tiveram exigida a mencionada “taxa” por ocasião da compra dos ingressos, estabelecido como marco temporal os últimos 05 (cinco) anos.

Na esteira desse julgado, a Fundação PROCON-SP notificou pouco mais de duas dezenas de empresas de todo o Estado que vendem ingressos pela internet, a fim de que suspendam a cobrança desse valor a mais adimplido pelos consumidores (PROCON-SP, 2019).

Representantes do setor de *e-ticketing* receberam com preocupação a decisão do REsp 1.737.428/RS, na medida que, segundo dados da Associação Brasileira de Venda de Ingressos (ABREVI), trata-se de um mercado que movimenta cerca de R\$ 10 bilhões ao ano (VICENTINI, 2019).

Sem sombra de dúvida, está-se diante de uma sentença com efeitos diretos e indiretos nos eventos culturais e com impactos significativos no empreendedorismo em geral. Dessa forma, o propósito deste artigo é analisar a (i) legalidade da “taxa de conveniência” tendo como ponto de partida a decisão proferida no REsp 1.737.428/RS.

A fim de se alcançar esse objetivo, emergem as seguintes indagações como norte do estudo apresentado: sob a égide do microssistema de proteção e defesa do consumidor, a cobrança da famigerada “taxa de conveniência” é uma prática legal ou ilegal? Tal valor repassado aos consumidores conforma-se aos princípios e regras que tutelam o direito consumerista ou se revela um ato

<sup>1</sup> Advogado Municipal do PROCON de Uberlândia – MG. Especialista em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus. E-mail: adv.pedroaugusto@gmail.com

<sup>2</sup> Advogado Municipal do PROCON de Uberlândia – MG. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia. E-mail: gustavo.ferreirasantos@yahoo.com.br

abusivo por parte do fornecedor?

Primeiramente, propôs-se a traçar um breve panorama do litígio levado à apreciação do Poder Judiciário e a delinear a diretriz argumentativa da Ministra Relatora Nancy Andrighi relativamente à “taxa de conveniência (Capítulo Segundo “Do entendimento firmado pela 3ª Turma do STJ em relação à ‘taxa de conveniência’ (REsp 1.737.428/RS)”).

O capítulo seguinte cuidou de analisar a “taxa de conveniência” à luz das normas consumeristas e, também, para contribuir com o debate suscitado pelo julgamento do REsp 1.737.428/RS, anotar algumas considerações em relação aos argumentos esposados pela Ministra relatora do caso (Capítulo Terceiro “Da incompatibilidade da ‘taxa de conveniência’ com os preceitos tutelares da ordem jurídica de consumo”).

Partiu-se de uma perspectiva dogmática e de um procedimento eminentemente teórico e se adotou um método de abordagem que propiciasse a formulação de uma hipótese geral (método indutivo), haja vista a ampla repercussão causada pelo julgamento do REsp 1.737.428/RS.

Com efeito, a decisão colegiada do STJ sobre a “taxa de conveniência” peca por alguns de seus fundamentos, contudo acerta em reconhecê-la abusiva e sem fundamento que a justifique. De fato, tal valor a mais cobrado do consumidor é uma medida ilegal, pois transfere o risco do negócio ao consumidor, porém não configura venda casada, conforme preconizado pela 3ª Turma.

Ao fim e ao cabo, feita a análise da mencionada “taxa” à luz do microssistema tutelar dos consumidores, verifica-se que a cobrança dessa “conveniência” penaliza aquele que interage em um mercado globalizado e virtual e escolhe consumir eletronicamente.

## **2 DO ENTENDIMENTO FIRMADO PELA 3ª TURMA DO STJ EM RELAÇÃO À “TAXA DE CONVENIÊNCIA” (RESP 1.737.428/RS)**

No ano de 2013, a Associação de Defesa dos Consumidores do Rio Grande do Sul (ADECONRS) ajuizou uma Ação Coletiva em face do fornecedor Ingresso Rápido Promoção de Eventos Ltda, que foi distribuída à 16ª Vara Cível do Foro Central de Porto Alegre, no Estado do Rio Grande do Sul.

A sentença de primeiro grau, proferida nos idos de 2014, foi de parcial provimento e reconheceu como prática ilegal a cobrança da “taxa de conveniência” pelo simples fato de se oferecer a aquisição de ingressos por meio da internet. Submetida ao duplo grau de jurisdição, a mencionada decisão mencionada foi, em dezembro de 2015, reformada à unanimidade pela 16ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS). Os desembargadores deram provimento ao recurso de apelação apresentado pelo fornecedor Ingresso Rápido e julgaram improcedente a Ação Coletiva.

Em sequência, no ano de 2016, a ADECONRS interpôs Recurso Es-

pecial (REsp 1.737.428/RS), o qual foi distribuído à Ministra Nancy Andrighi, da 3ª Turma do STJ. No julgamento do dia 12 de março de 2019, a eminente Ministra Relatora conheceu em parte do recurso aviado pela Associação sul-rio-grandense e, nesse ponto, deu-lhe provimento, sendo seguida pelos Ministros Paulo de Tarso Sanseverino e Moura Ribeiro. Restaram vencidos os Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva e Marco Aurélio Bellizze, apenas quanto aos efeitos de repercussão nacional da decisão.

Acerca do tema deste trabalho, o extenso e meticuloso voto da Ministra Nancy Andrighi foi, basicamente, estruturado sobre três premissas: (i) prática de venda casada e (ii) transferência indevida de risco da atividade e (iii) responsabilidade pela remuneração de terceiros intermediários.

A colegialidade do Tribunal Superior julgou como prática abusiva a cobrança de “taxa de conveniência”, na modalidade de venda casada (art. 39, inciso I, do CDC), devido ao fato de ela representar uma quebra da autonomia da vontade, reforçando, em última análise, a lógica (tacanha, sem dúvida) de que, ao consumidor, não é dado definir **“com quem, o que, quando e, especialmente, quanto pagar por um produto ou serviço”** (BRASIL, 2019, p. 11. Grifo no original). De acordo com os Ministros, o que consumidor deseja, na verdade, é adquirir o produto final, que é o ingresso (principal), contudo ele é obrigado a contratar um serviço secundário, dispensável, que é o *e-ticket*, configurando-se a venda casada, ou *tying arrangement*.

Chamou-se atenção, ainda, para o fato de ser uma venda casada indireta, também nomeada de “às avessas” ou dissimulada, na medida em que o consumidor fica adstrito a um único fornecedor, já que as produtoras e promotoras de eventos estipulam, a seu exclusivo critério, quem será o fornecedor do ingresso eletrônico.

A 3ª Turma destacou, por outro lado, não obstante a licitude das operações vinculadas, desde que proporcionais e de efetiva vantagem ao consumidor, que no caso concreto há a prática abusiva de venda casada também pela recusa de se vender diretamente o produto (art. 39, inciso IX, do CDC). Com efeito, o consumidor somente consegue adquirir o ingresso pela internet se contratar o serviço desse tipo de fornecedor, o que, de igual forma, restringe a sua liberdade de escolha, por haver um terceiro indesejado na transação.

De fato, a fim de preservar a boa-fé e a liberdade contratual dos consumidores, os incumbentes, ao optarem por submeter os ingressos à venda terceirizada em meio virtual (da internet), devem oferecer ao consumidor diversas opções de compra em diversos sítios eletrônicos, caso contrário, a liberdade dos consumidores de escolha da intermediadora da compra é cercada, limitada unicamente aos serviços oferecidos pela recorrida, de modo a ficar configurada a venda casada, ainda que em sua modalidade indireta ou “às avessas”, nos termos do art. 39, I e IX, do CDC. (BRASIL, 2019, p. 19).

Avançando sobre o objeto do estudo, fez-se um paralelo entre a “taxa de conveniência” e a comissão de corretagem (art. 725, do Código Civil), pelo que o colegiado retomou o julgamento do Recurso Especial nº 1.599.511/SP, no qual ficou decidido que é lícita a assunção, pelo consumidor, da dívida do incumbente com o corretor, desde que previamente informado. Destacou-se que, no caso concreto,

[...] não há declaração clara e destacada de que o consumidor está assumindo um débito que é de responsabilidade do incumbente – produtor ou promotor do espetáculo cultural – não se podendo, nesses termos, reconhecer a validade da transferência do encargo (assunção de dívida pelo consumidor), conforme definido em caso análogo submetido ao rito dos recursos especiais repetitivos. (BRASIL, 2019, p. 20).

De outro norte, a Ministra Relatora Nancy Andriighi ressaltou que vender ingresso para um evento é atividade típica do fornecedor, sendo, pois, um risco da sua própria atividade. Nesse sentido, o custo básico do bilhete deve levar em consideração o lucro que se espera obter e todo o investimento despendido.

Portanto, “é impossível conceber a realização de espetáculo cultural cujo propósito seja a obtenção de lucro por meio do acesso do público consumidor sem que a venda do ingresso integre a própria escala produtiva e comercial do empreendimento.” (BRASIL, 2019, p. 15). Sendo, pois, a venda do bilhete a fase principal da cadeia produtiva, esta deve ser oferecida tanto pelas promotoras e produtoras do empreendimento quanto por empresas especializadas.

Para o colegiado do STJ, o Tribunal gaúcho olvidou as comodidades dos fornecedores, que, na prática, são gozadas em uma proporção muito maior pelos organizadores dos eventos, vez que alcança um número infinitamente maior que pelo meio presencial, privilegiando somente os seus interesses e em um menor prazo possível:

[...] esses fornecedores [promotores e produtores de eventos culturais], em vez de oferecer os ingressos dos espetáculos que produzem e promovem em meio virtual (*internet*) por conta própria – situação na qual teriam que arcar com os custos de divulgações e segurança das transações – terceirizam a atividade por meio da atuação da recorrida [Ingresso Rápido], que é remunerada por taxa paga pelos consumidores.

Ao assim procederem, os fornecedores transferem aos consumidores parcela considerável do risco do empreendimento compreendido nessa fase da atividade produtiva, pois os serviços a ela relacionados, remunerados pela ‘taxa de conveniência’, deixam de ser arcados pelos próprios fornecedores. (BRASIL, 2019, p. 19).

Foi salientado que, na prática, a comodidade do consumidor é fictícia, pois o fornecedor impinge a este “optar” entre tentar a sorte em um ponto físico (enfrentando fila, com gastos a mais de transporte e risco inclusive de ter esgotado os ingressos com as vendas online) ou pagar 18% a mais pelo ingresso (“taxa de conveniência”).

Fato é que a 3ª Turma do STJ reconheceu a vulnerabilidade do consumidor que adquire ingressos pela internet, dado que são os fornecedores em geral quem ditam as regras do mercado, como o valor dos produtos e dos serviços e, principalmente, a fixação da margem de lucro. Isso revela uma posição de superioridade entre as partes, que fica ainda mais patente quando se garante a remuneração da “taxa de conveniência” independentemente do direito de arrendimento previsto no art. 49 do CDC.

E mais, na opinião dos Ministros, violou-se a boa-fé objetiva (art. 4º, inciso III, do CDC) à medida que o fornecedor Ingresso Rápido descumpriu as recíprocas expectativas de condutas éticas, de lealdade e justiça das cláusulas contratuais, sendo certo que o consumidor que opta por adquirir o ingresso pela internet tem o direito básico: à informação adequada (art. 6º, inciso III, do CDC); à proteção contra métodos comerciais coercitivos ou desleais, assim como contra práticas ou cláusulas abusivas (art. 6º, inciso IV, do CDC); à modificação de cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais (art. 6º, inciso V, do CDC).

Em resumo, a 3ª Turma do STJ fixou entendimento de que

deve ser reconhecida a abusividade da prática da venda casada imposta ao consumidor em prestação manifestamente desproporcional, devendo ser admitido que a remuneração da recorrida [Ingresso Rápido] mediante a ‘taxa de conveniência’ deveria ser de responsabilidade das promotoras e produtoras de espetáculos culturais, verdadeiros beneficiários do modelo de negócio examinado nos autos, com a conseqüente condenação da recorrida [Ingresso Rápido] em danos materiais, correspondentes ao ressarcimento aos consumidores dos valores cobrados a título de taxa de conveniência nos últimos 5 (cinco) anos. (BRASIL, 2019, p. 21).

Feitos, portanto, um breve resumo da lide e a síntese do voto condutor do julgamento do REsp 1.737.428/RS no que diz respeito à “taxa de conveniência”, passa-se, pois, a examinar a legalidade ou ilegalidade da cobrança de tal valor repassado ao consumidor à luz do microsistema de tutela consumerista.

### 3 DA INCOMPATIBILIDADE DA “TAXA DE CONVENIÊNCIA” COM PRECEITOS TUTELARES DA ORDEM JURÍDICA DE CONSUMO

Conforme pontuado nas linhas anteriores, ao que se extrai do acórdão proferido pela 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp 1.737.428/RS, o reconhecimento da abusividade da “taxa de conveniência” asse-ntou-se, basicamente, nas seguintes premissas: **(i)** a aquisição de ingressos condicionada à contratação do serviço de intermediação prestado por terceiros caracteriza a “venda casada” de que trata o art. 39, incisos I e IX, do CDC; **(ii)** a comercialização de bilhetes, atividade inerente à promoção de eventos e cujo custo compõe o preço final dos ingressos, representa risco próprio do negócio, não podendo ser transferido ao consumidor vulnerável; e **(iii)** a remuneração de intermediários, por meio da referida “taxa”, caberia aos organizadores de espetáculos artístico-culturais, vez que são os verdadeiros beneficiários do modelo de disponibilização de entradas pela internet e, na prática, atuam como incumbentes, à semelhança do que ocorre nos contratos de corretagem.

É possível observar que os fundamentos determinantes utilizados pelo colegiado do STJ no controle de legalidade da “taxa de conveniência” dizem respeito, em essência, às normas protetivas de consumo e, de fato, assim não poderia deixar de ser. É que, longe de dúvidas, a relação jurídica derivada da comercialização e distribuição de ingressos on-line subordina-se aos preceitos e diretrizes protetivas do Código de Defesa do Consumidor, qualificando-se o adquirente como consumidor, em conformidade com a teoria finalista consagrada em seu art. 2º, e o mantenedor/desenvolvedor do *site* ou aplicativo como fornecedor, a teor do artigo 3º.

Isso posto, para adequada compreensão do presente estudo, convém destacar que a defesa do consumidor, com a promulgação da Constituição da República de 1988, foi alçada, de forma inédita e a um só tempo, a direito fundamental e princípio conformador da ordem econômica, de acordo com o art. 5º, inciso XXXII e art. 170, inciso V.

O direito do consumidor no Brasil, portanto, reconhece sua matriz normativa *a partir do e no* texto constitucional, tendo o legislador constituinte não apenas lhe atribuído o *status* de direito e princípio fundamental, mas também determinado a produção de um sistema legal de tutela, que garantisse o *dever positivo de proteção* estabelecido pela Constituição.

Rizzatto Nunes, no mesmo sentido, assevera que

o princípio do protecionismo inaugura o sistema da lei consumerista. Ele decorre diretamente do texto constitucional, que estabelece a defesa do consumidor como um dos princípios gerais da atividade econômica (inciso V do art. 170) e impõe ao Estado o dever de promover tal defesa (inciso XXXII do art. 5º). (NUNES, 2015, p. 168)

O Código de Defesa do Consumidor, portanto, surge a partir de expreso mandamento constitucional<sup>3</sup> e materializa, como instrumento normativo, o compromisso assumido pelo Estado brasileiro em dar adequada e efetiva proteção ao consumidor.

Assim, tendo em conta o dever que lhe foi imposto pela Constituição, o legislador ordinário, ao elaborar o CDC, qualificou-o como uma lei de ordem pública e interesse social, instituindo, em favor do consumidor, um regime legal dirigente e protetivo, cujas disposições são inderrogáveis, ou seja, se impõem mesmo contra a vontade dos sujeitos envolvidos na relação de consumo. Por se tratar de lei que dá concretude a um direito fundamental, de valoração constitucional, o Código retira a autonomia privada das partes em relação à possibilidade de afastar sua aplicação diante de uma situação de consumo.

Nesse sentido, afirma-se que “a determinação da lei como de *ordem pública*, revela um *status* diferenciado à norma que [...] embora não a torne hierarquicamente superior às demais, lhe outorga um *caráter preferencial*” (MIRAGEM, 2016, p. 68).

Em termos de garantia de direitos, coube ao CDC estatuir, em favor do consumidor vulnerável, alguns direitos ditos essenciais ou básicos, tal como a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações, a efetiva proteção contra métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem assim contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços (art. 6º, II e IV).

Feitas essas considerações, retoma-se a análise do Recurso Especial objeto deste estudo. De início, chama-se a atenção para o que constitui a principal tese fixada pela colegialidade do STJ a respeito da ilegalidade da “taxa de conveniência”.

Restou assentado pela 3ª Turma que

A venda do ingresso para um determinado espetáculo cultural é parte típica e essencial do negócio, risco da própria atividade empresarial que visa o lucro e integrante do investimento do fornecedor, compondo, portanto, o custo básico embutido no preço. (BRASIL, 2019, p. 04)

De fato, em se tratando de organização e produção de espetáculos culturais, é razoável afirmar que os custos com a venda e distribuição dos respectivos ingressos compõem (ou deveriam compor) – juntamente com os valores despendidos para contratação das atrações artísticas, locação do espaço etc. –, o preço final que é exigido dos consumidores. Trata-se, como bem asseverado pela Ministra Nancy Andrighi, de ato ou etapa essencial da atividade empresarial desenvolvida, revelando-se, pois, como um risco próprio a que se submetem os fornecedores desse segmento.

---

<sup>3</sup> Art. 48. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.

Em sendo assim, mostra-se lícita a conclusão de que os ônus – econômicos, sobretudo – decorrentes da contratação de vendedores, próprios ou terceirizados, como ocorre com os *sites* especializados, não podem ser atribuídos aos consumidores, adquirentes dos ingressos, sob pena de uma indevida transferência dos riscos inerentes à atividade desenvolvida pelos organizadores de eventos.

A “taxa de conveniência” é, portanto, representativa dessa realocação ilícita dos riscos do negócio e sua cobrança, em face do consumidor, encerra franco atentado aos princípios do equilíbrio contratual, da boa-fé objetiva e da transparência, todos abarcados, explícita ou implicitamente, pelo regramento do Código de Defesa do Consumidor<sup>4</sup>.

Sobre a boa-fé objetiva, uma observação: sabe-se que, enquanto parâmetro normativo para apuração da abusividade de condutas ou práticas no plano dos atos jurídicos, ela tem assumido indiscutível relevância no âmbito das relações consumeristas, diante da presumida assimetria existente entre o fornecedor e o consumidor vulnerável.

Por consequência, as noções de equidade, tutela e cooperação, que dela derivam, são reforçadas nas tratativas de consumo, assegurando, no plano fático-contratual, que tanto o consumidor, quanto o fornecedor tenham suas expectativas resguardadas contra comportamentos abusivos ou atos desleais e inesperados.

A **boa-fé objetiva**, portanto, desempenha, dentre outras, as funções de **(i)** conformação da autonomia dos contratantes aos ditames da **eticidade e justiça contratual** (função de controle) e **(ii)** geração de deveres jurídicos secundários, anexos ou (co)laterais (função criativa ou de prestação), impostos aos contratantes com vistas ao adimplemento de suas obrigações em um ambiente de **plena informação, probidade, mútua consideração e respeito**, evitando-se o abuso e, como dito, a frustração das expectativas legítimas dos iguais titulares de direitos fundamentais.

Em continuidade, no que toca às vantagens decorrentes da venda on-line de ingressos, entendeu a 3ª Turma do STJ, corretamente, que, se existem algumas comodidades para o consumidor, tais como a rapidez e segurança da transação, além da desnecessidade de deslocamento até um dos pontos de venda físico, elas são superadas, sem dúvida alguma, pelos benefícios de que acabam desfrutando o fornecedor de evento.

Além de possivelmente representar uma redução nos gastos com pessoal e manutenção de bilheterias físicas, a venda pela internet, sem dúvida alguma, é capaz de alcançar um número muito maior de consumidores, se comparada com a venda por meio presencial, fazendo com que, em pouco tempo, seja

---

4 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:

[...]

vendida grande parte dos ingressos e obtido o retorno dos investimentos feitos pelos organizadores do espetáculo.

A conveniência da venda virtual, portanto, é toda dos fornecedores, não podendo ser o consumidor onerado pela mera disponibilização dos ingressos na internet, ausente qualquer vantagem que se verifique exclusivamente em seu favor. Trata-se de um imperativo decorrente da necessidade de preservação da equivalência material entre as partes.

Além disso, os produtores e organizadores dos espetáculos, ao se valem de *sites* e aplicativos desenvolvidos por terceiros para venda e distribuição online de ingressos, qualificam-se, a exemplo do que se dá no contrato de corretagem, como incumbentes, cabendo-lhes a obrigação de remunerar os respectivos intermediários.

Os Ministros da 3ª Turma do STJ, mais uma vez de maneira acertada, reconheceram a identidade entre a intermediação na venda de ingressos pela internet e o contrato de corretagem (que nada mais é do que uma espécie de intermediação), para atribuir aos produtores e organizadores de eventos a responsabilidade pelo pagamento dos serviços prestados, porquanto são eles quem efetivamente se vinculam aos mantenedores dos *sites* e aplicativos.

Na corretagem, convém lembrar, uma pessoa, não ligada a outra em virtude de mandato ou de prestação de serviços, obriga-se, sem qualquer relação de dependência, a obter para outrem um ou mais negócios, conforme as instruções recebidas e mediante remuneração (arts. 722 e seguintes do Código Civil).

Trata-se, como dito, de hipótese equivalente ao que se dá quando, sob as condições previamente estipuladas pelos fornecedores de espetáculos, ocorre a venda de ingressos pela internet em *sites* geridos por terceiros. Aqueles, incumbentes, estes desempenhando o papel de corretores.

Assim, a remuneração das plataformas on-line, por meio da “taxa de conveniência”, deve recair sobre aos organizadores do evento, pois incumbentes e verdadeiros beneficiários do modelo de disponibilização de entradas pela internet.

Tendo em mente tais considerações e lançando os olhos para a última tese fixada pelo STJ de que se ocupará neste estudo, qual seja, a de que a aquisição de ingressos pela internet condicionada à contratação do serviço de intermediação configura uma espécie de “venda casada”, ainda que “indireta, dissimulada ou às avessas”, fazem-se oportunas algumas ressalvas.

No tocante às práticas abusivas dispostas, de maneira exemplificativa, no Código, estabeleceu-se o absoluto repúdio, no seio da ordem jurídica consumerista, a comportamentos que fragilizam ou se mostram incompatíveis com a boa-fé objetiva, os fins sociais assumidos pelos contratos de consumo e com os

---

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

valores que dão contorno à noção de ordem pública.

Nos dizeres de Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, “prática abusiva (*lato sensu*) é a desconformidade com os padrões mercadológicos de boa conduta em relação ao consumidor” (GRINOVER *et al*, 2017, p. 375).

Quando se trata da denominada “venda casada”, o que se pretende evitar, basicamente, é a injusta limitação da liberdade de escolha de que dispõe consumidor, seja condicionando o fornecimento de um produto ou serviço à aquisição de um outro produto ou serviço, este último dispensável, irrelevante para ele (art. 39, I, CDC), seja impondo-lhe um intermediário, sem respaldo legal, para que realize a compra de um produto ou a contratação de um serviço (art. 39, IX, CDC).

No julgamento do REsp 1.737.428/RS, todavia, não parece ter sido suficientemente apontada a ocorrência de qualquer das espécies de “venda casada”.

Ao admitir que o interessado pode adquirir os ingressos sem que esteja sujeito ao pagamento da “taxa de conveniência”, bastando, para tanto, que se dirija a um dos pontos de venda físico do produtor ou organizador do evento, ou mesmo havendo a opção de mais de uma empresa de *e-ticket*, o próprio colegiado do STJ acabou por reconhecer que não há, propriamente, o condicionamento do fornecimento de um serviço (atração artístico-cultural) à contratação de um outro serviço (intermediação on-line), motivo pelo qual parece razoável afastar a caracterização da prática abusiva prevista no art. 39, inciso I, do CDC.

Igualmente, ao traçar um paralelo entre a intermediação ocorrida na venda de ingressos pela internet e o contrato de corretagem, equiparando produtores e organizadores de eventos a incumbentes/comitentes, carece de sentido impedir-lhes de definir, a seu exclusivo critério, quem serão seus representantes ou “corretores”. Sob suas orientações e no seu interesse, os *sites* e aplicativos atuarão na busca por interessados em adquirir os ingressos.

Não se trata, portanto, de impor ao consumidor a contratação de um intermediário indesejado e desnecessário, como consta da vedação do art. 39, inciso IX, do CDC, mas sim de, em reforço ao que já foi defendido anteriormente, uma transferência indevida dos custos e riscos do negócio.

Feitas as considerações que se reputam essenciais para adequada compreensão do tema, em especial, para constatação da incompatibilidade da “taxa de conveniência” com o microsistema de tutela do consumidor, é preciso dizer que, por limitações próprias desse breve ensaio, algumas questões trazidas no julgamento do REsp 1.737.428/RS, de igual relevância e que, de fato, demandariam o aprofundamento do debate, deixaram de ser abordadas, mas, certamente, inspirarão novos estudos.

É o caso da controvérsia a respeito do prazo prescricional fixado para reembolso dos consumidores lesados e da “crise de constitucionalidade” que possivelmente afetará as leis dos Estados do Rio de Janeiro (Lei nº 6.103, de 08 de dezembro de 2011) e de Alagoas (Lei nº 7.686, de 23 de janeiro de 2015), que disciplinam e autorizam a cobrança da “taxa de conveniência”.

Em conclusão, respondendo as indagações formuladas na introdução deste trabalho, tem-se que a cobrança da “taxa de conveniência” qualifica-se como ato flagrantemente incompatível com os preceitos do CDC, portanto, ilegal, vulnerando, sobremaneira, os princípios e regras do sistema de proteção dos consumidores, nomeadamente a boa-fé objetiva e equivalência contratual.

## 4 CONCLUSÕES

A 3ª Turma do STJ, ao julgar o REsp 1.737.425/RS, reconheceu como abusiva (ilegal, por conseguinte) a cobrança da “taxa de conveniência”, pelo simples fato de se disponibilizar a compra de ingressos por meio virtual, na medida em que se afigura uma prática de venda casada e ao mesmo tempo em que transfere, indevidamente, para o consumidor todo o risco da atividade típica de organizar um evento cultural.

Sob a perspectiva do Direito do Consumidor, constata-se que a cobrança “taxa de conveniência”, tal como se dá atualmente, é absolutamente incompatível com os preceitos normativos e diretrizes de tutela constantes do CDC, pois atentatória da boa-fé objetiva e da igualdade entre consumidor e fornecedor.

No entanto, do entendimento fixado pelo colegiado do STJ, concorda-se com a tese de que transferência indevida de risco da atividade e, por outro lado, discorda-se do argumento de venda casada (indireta).

Com efeito, o preço final do evento cultural disponibilizado ao consumidor já é (ou deveria ser) composto pelos custos suportados pelos fornecedores com a venda e distribuição dos ingressos, junto com as demais despesas que perfazem a produção e organização do espetáculo. Cobrar, portanto, um valor a parte sob o pretexto de que o consumidor seria o beneficiado pela venda online é repassar-lhe, ilicitamente, o ônus da atividade comercial.

De outro norte, se o próprio colegiado do STJ reconhece que há a possibilidade de se adquirir ingresso on-line sem que haja o pagamento da “taxa de conveniência”, o reconhecimento da prática da venda casada não se sustenta. Assim, repita-se, a cobrança pela intermediação do bilhete de entrada para o evento cultural não caracteriza a venda casada, mas sim a transferência indevida dos custos e riscos do negócio empreendido pelos fornecedores da área.

Nada obstante, trata-se de uma punição (não tão) velada ao consumidor que opta por estabelecer relações de consumo por meio eletrônico, o que reforça ainda mais a sua vulnerabilidade nesse tipo de cenário mercadológico, pois só faz aumentar a discrepância entre consumidores e fornecedores.

Longe de ser uma tentativa voluntarista de intervenção estatal na atividade econômica e de repreender o lucro, inviabilizando-se, assim, todo um nicho de mercado, ou ainda de corroborar o encarecimento dos ingressos de entretenimento. A análise da legalidade da referida “taxa” contribui com o debate acerca da proteção consumerista e, por conseguinte, repele as análises (econômico-concorrenciais) um tanto quanto alarmistas e fatalistas que se têm feito a

respeito do entendimento esposado pela 3ª Turma do STJ.

Apesar de vulnerável, o consumidor não pode ser menosprezado e ter esvaziada a sua autonomia da vontade. Deve-se respeitá-lo, não importa o meio pelo qual se escolheu consumir (modelos tradicionais ou não de mercado), afinal, como bem asseverou Jonh F. Kennedy, todos nós somos consumidores, por definição.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Direito do Consumidor. **Recurso Especial** nº 1.737.428, da 16ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 15 de março de 2019. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1737428&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 08 mai. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988.

BRASIL. **Lei 8.078**, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.

BRASIL. **Lei 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

NUNES, Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

GRINOVER, A.P. et al. **Comentários brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 11. ed. rev., atual. e reformulada. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PROCON-SP notifica 21 empresas de venda de ingressos para suspenderem cobrança de taxas de conveniência. **G1 São Paulo**, São Paulo, 14 mar. 2019, Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2019/03/14/procon-sp-notifica-21-empresas-de-venda-de-ingressos-para-suspenderem-cobranca-de-taxas-de-conveniencia.ghtml>>. Acesso em: 19 maio 2019.

VICENTINI, Rodolfo. Abrevin alerta que ainda não é possível pedir devolução de taxa de conveniência. **Universo Online**, São Paulo, 15 mar. 2019. Disponível em: <<https://entretenimento.uol.com.br/noticias/redacao/2019/03/15/abrevin-alerta-que-ainda-nao-e-possivel-pedir-devolucao-de-taxas-de-conveniencia.htm>>. Acesso em: 30 abr. 2019.





Esperamos que esse livro contribua para o debate político e filosófico sobre a educação. Afirmamos que caso seja infringido qualquer direito autoral, imediatamente, retiraremos a obra da internet. Reafirmamos que é vedada a comercialização deste produto.

Formato 15,5 x 23 cm

1ª Edição Julho de 2019

### **Navegando Publicações**



NAVEGANDO

[www.editoranavegando.com](http://www.editoranavegando.com)

[editoranavegando@gmail.com](mailto:editoranavegando@gmail.com)

Uberlândia – MG

Brasil







NAVEGANDO