

The background of the cover features a pair of scales of justice and a wooden gavel, both rendered in a semi-transparent, light red color. The scales are positioned in the upper half, and the gavel is in the lower left. The overall background is a solid, deep red color.

Temas Contemporâneos do Direito 2018

Campus Soledade/RS

Marcio Renan Hamel (Org.)



A tarefa da construção do conhecimento científico é árdua e longa, considerando-se que em muitas ocasiões se pode facilmente ser vencido pela exaustão e pelo desânimo, em meio às atividades de pesquisa e organização do pensamento. O ensino jurídico no Brasil sofre profundas mudanças, levando-se em conta a imensa desigualdade e exclusão social experimentada pela maioria da sociedade brasileira, momento em que aumenta consideravelmente a função e a importância de um ensino humanístico na Ciência do Direito. Por outro lado, a pesquisa jurídica ainda se encontra aquém das investigações realizadas em várias outras áreas do conhecimento, sendo que também não ocupa lugar de destaque no fomento dos órgãos do país, ainda que o curso de Direito seja um dos mais procurados entre as universidades brasileiras. Há que se considerar, ainda, que aliado à pergunta sobre como pesquisar, também reside a dúvida sobre como apresentar os resultados obtidos. Desta forma, reveste-se de suma importância a criação de um espaço científico comprometido com a pesquisa jurídica desenvolvida pelo corpo docente e discente desta Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo – UPF, a partir de onde se origina o presente anuário/2018 da Faculdade de Direito. Com esta publicação inicia-se um novo tempo na sexagenária Faculdade de Direito da UPF, oportunizando-se aos professores e alunos a apresentação dos resultados de suas pesquisas científicas e trabalhos de conclusão de curso. O fortalecimento da pesquisa jurídica passa, sem dúvidas, pela viabilização dos seus resultados, porquanto, não há ciência longe do foro público da razão.



**Temas
Contemporâneos
do Direito 2018**

Temas Contemporâneos do Direito 2018

Campus Soledade/RS

Organizador:
Marcio Renan Hamel



Diagramação: Marcelo A. S. Alves

Capa: Carole Kümmecke - <https://www.behance.net/CaroleKummecke>

O padrão ortográfico e o sistema de citações e referências bibliográficas são prerrogativas de cada autor. Da mesma forma, o conteúdo de cada capítulo é de inteira e exclusiva responsabilidade de seu respectivo autor.



Todos os livros publicados pela Editora Fi estão sob os direitos da [Creative Commons 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR)
https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR



Associação Brasileira de Editores Científicos

<http://www.abecbrasil.org.br>

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

HAMEL, Marcio Renan (Org.)

Temas contemporâneos do Direito 2018: Campus Soledade/RS [recurso eletrônico] / Marcio Renan Hamel (Org.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2018.

294 p.

ISBN - 978-85-5696-537-0

Disponível em: <http://www.editorafi.org>

1. Filosofia; 2. Direito; 3. Filosofia do direito; 4. Direito contemporâneo; 5. Anuário; I. Título.

CDD: 340

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito 340

Sumário

Apresentação	9
Marcio Renan Hamel	
1.....	11
A (des) necessidade da figura do juiz das garantias no projeto do novo Código de Processo Penal	
Dara Victória SilvaBublitz	
2	37
A eutanásia à luz dos Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade	
Pâmela Ferreira	
3.....	61
A execução provisória da pena privativa de liberdade frente ao atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal	
Daiana Boccardi	
4.....	87
A importância do precedente judicial na reinterpretação do conceito de interesse recursal no Código de Processo Civil de 2015	
Maria Carolina Rosa de Souza	
5.....	111
Justiça Restaurativa como possibilidade de solução para os casos de cyberbullying entre crianças e adolescentes	
Elisângela Borges Partichelli	
6.....	137
Novas tecnologias e a informalidade no mercado laboral	
Fernando Santiago Giacobbo	

7	165
Lei aplicável ao contrato de consumo eletrônico internacional	
Manoela de Bitencourt	
8	197
O agente infiltrado à luz do direito processual penal brasileiro	
Roberto Júnior Dadalt	
9	219
O regime jurídico das medidas provisórias e o respeito aos sobreprincípios jurídicos	
Natan Fiúza Falcão; Edimara Sachet Risso	
10	247
Quotas de sociedades cooperativas: um estudo da possível penhorabilidade por entes externos à sociedade	
Charles Dallagnol; Roberto Carlos Gradin	
11	269
Uma abordagem acerca da (im) possibilidade de pagamento de diferença de classe no atendimento do sistema único de saúde, pautada pelos direitos fundamentais	
Flávio Loch; Julio Cesar Giacomini	

Apresentação

Marcio Renan Hamel¹

A tarefa da construção do conhecimento científico é árdua e longa, considerando-se que em muitas ocasiões se pode facilmente ser vencido pela exaustão e pelo desânimo, em meio às atividades de pesquisa e organização do pensamento. O ensino jurídico no Brasil sofre profundas mudanças, levando-se em consideração a imensa desigualdade e exclusão social experimentada pela maioria da sociedade brasileira, momento em que aumenta consideravelmente a função e a importância de um ensino humanístico na Ciência do Direito, além da própria importância do Direito para sociedades extremamente complexas.

Por outro lado, a pesquisa jurídica ainda se encontra aquém do estado alcançado pelas investigações realizadas em várias outras áreas do conhecimento, sendo que também não ocupa lugar de destaque no fomento dos órgãos do país, ainda que o curso de Direito seja um dos mais procurados entre as universidades brasileiras. Há que se considerar, ainda, que aliado à pergunta sobre como pesquisar, também reside a dúvida sobre como apresentar os resultados obtidos.

Pensar a pesquisa jurídica a partir de seus objetivos básicos, tais como a produção de novos conhecimentos científicos e a sua divulgação à comunidade acadêmica e profissional é um trabalho que exige comprometimento e ética, sem o que não se alcança a solidificação institucional da pesquisa e a excelência acadêmica. É objetivo deste anuário dar visibilidade às investigações acadêmicas

¹ Coordenador de Pesquisa FD – UPF

docentes e discentes, a fim de demonstrar as verificações teóricas e práticas da Ciência do Direito.

Reveste-se de suma importância a criação de um espaço científico comprometido com a pesquisa jurídica desta Faculdade Direito da Universidade de Passo Fundo – UPF, a partir de onde se origina o presente *Anuário 2018* da Faculdade de Direito. Com esta publicação inicia-se um novo tempo no Curso de Direito do Campus de Soledade, oportunizando-se aos professores e alunos a apresentação dos resultados de suas pesquisas científicas e trabalhos de conclusão de curso. O fortalecimento da pesquisa jurídica passa, sem dúvidas, pela viabilização dos seus resultados, porquanto, não há ciência longe do foro público da razão.

Por fim, cabe registrar o agradecimento aos autores e autoras que contribuíram para esta primeira edição, os quais não hesitaram em atender ao chamado desta Coordenação de Pesquisa e também da Direção da Faculdade, a fim de que a execução da proposta se realizasse. Com desejo de uma ótima leitura, a todos(as), muito obrigado!

A (des) necessidade da figura do juiz das garantias no projeto do novo Código de Processo Penal

Dara Victória SilvaBublitz¹

1 Introdução

Tal estudo surgiu da divergência doutrinária no que tange a forma adotada, atualmente pelo processo penal brasileiro. Essa divergência se encontra baseada na persecução penal, ou seja, no inquérito policial, pelo fato da legislação atual, não atender aos princípios previstos na Constituição Federal de 1988. Grande parte da doutrina entende que atualmente os magistrados estariam julgando as lides com base em convicções já formadas na fase investigatória.

A imparcialidade é o princípio que rege o sistema acusatório. Tal é o entendimento de grande parte da corrente doutrinária sobre o assunto, a qual entende como sendo este o sistema adotado na legislação brasileira, o sistema processual penal acusatório ou acusatório misto. Por tais fatos, é que se deve realizar, um estudo dos sistemas processuais penais e da persecução penal, pois, sua não compreensão obstaculiza o entendimento do todo ligado à figura do Juiz das Garantias.

¹ darabublitz@hotmail.com

Efetuada a análise do artigo 129 da Constituição Federal, esta adotou, mesmo que implicitamente, o sistema processual acusatório. Esse modelo atende aos princípios do contraditório e a ampla defesa, bem como adota a separação das incumbências de acusar, julgar e investigar. Porém, vem ocorrendo a violação do sistema acusatório, pois no momento em que não existe um modelo unificador no processo penal, direitos e garantias são violadas. Isso ocorre pelo fato de atualmente, a Constituição Federal, conforme supracitado, adotar um sistema acusatório e o Código de Processo Penal em sua estrutura, ter sido promulgado em 1941, época em que o procedimento era em grande parte realizado de forma inquisitorial.

Por estas e outras razões, é que foi desenvolvido pelo Congresso Nacional, o Projeto de Lei 156/2009, que trata do Novo Código de Processo Penal, buscando conciliar a Carta Magna com a legislação infraconstitucional. O projeto inovou em diversos pontos, principalmente na menção expressa da adoção do sistema acusatório no Brasil. Tudo objetivando deixar para trás qualquer resquício inquisitorial presente na legislação penal.

Como consequência da adoção desse sistema é que foi criada a figura do Juiz das Garantias, figura esta que vem com o intuito de conferir maior imparcialidade ao magistrado, buscando com que ele envolva-se o menos possível durante a fase investigatória para que não corra o risco de formar pré-conceitos por participar tão ativamente deste procedimento que antecede a ação penal.

2 Sistemas processuais penais

A palavra sistema é derivada do vocábulo grego *synistemi*, que quer dizer estar junto de e também do latim *sustematis*, que significa reunião, junção, que no passar dos anos da história da humanidade, seu usufruir contínuo caracterizou um alcance mais restrito, que faz menção à um modelo de ordem, organização. (TUCCI, 1986, p. 10).

De acordo com Rangel (2005 p. 45), sistema processual penal “é o conjunto de princípio e regras de um determinado ordenamento jurídico, de um determinado Estado, que em um determinado momento histórico estabelece as diretrizes para a aplicação do direito penal a cada caso concreto”. Nesse sentido, Andrade (2010, p.30) também diz:

Em geral, os autores em maior ou menor medida, também afirmam que os sistemas jurídicos estão formados pela reunião ou agrupamento de entes, conceitos, enunciados jurídicos, princípio gerais, normas ou regras jurídicas. Isso nos leva a constatar que, para que um sistema jurídico possa ser considerado como tal, faz-se necessária a presença de mais de um elemento – recebe esse elemento o nome que receber (princípio, norma, regra, etc.) -, já que somente um deles, de modo isolado, não será suficiente para a sua formação.

Desse modo, consegue-se definir sistema jurídico como sendo a associação ordenada de normas, conceitos, princípios e regras jurídicas, lançando esses elementos como dependentes do próprio sistema jurídico. A doutrina processualista verifica a existência de três sistemas processuais penais: o acusatório, o inquisitivo e o misto, que apresentam formas variadas em determinados países ou em momentos históricos, por exemplo, mas que lançam caminhos específicos que devem ser observados no processo penal que os adota.

A Constituição Federal não prediz categoricamente em seu texto que o processo penal deverá ser regido pelo sistema acusatório. Entretanto, não há dúvidas sobre que ele não advém da “lei”, mas sim, de uma análise da Constituição. Pois, considerando que a Constituição de 1988 prevê um projeto democrático de direito, impondo a valorização do homem e principalmente da dignidade da pessoa humana, características essenciais do sistema acusatório. Frisando-se que a passagem do sistema inquisitório para o acusatório, foi a passagem de uma época política autoritária

para um modelo democrático. Dessa forma, a democracia vigente deve compartilhar da mesma epistemologia do sistema processual. (LOPES Jr., 2010, p. 189).

2.1 Sistema acusatório

O Sistema acusatório tem origem advinda do Direito Grego e também do Direito Romano, surgiu com a eclosão do povo exercendo diretamente o papel de acusador e julgador nos crimes graves e de acusação privada nos crimes menos graves. Lopes Júnior (2009, p. 59) expõe as características do sistema acusatório no Direito Romano da Alta República da seguinte maneira:

a) a atuação dos juízes era passiva, no sentido de que ele se mantinha afastado da iniciativa e gestão da prova, atividades a cargo das partes; b) as atividades de acusar e julgar estão encarregadas a pessoas distintas; c) adoção do princípio *ne procedatiudexofficio*, não se admitindo a denúncia anônima nem processo sem acusador legítimo e idôneo; d) estava apenado o delito de denúncia caluniosa, como forma de punir acusações falsas e não se podia proceder contra réu ausente (até porque as penas são corporais); e) a acusação era por escrito e indicava provas; f) havia contraditório e direito de defesa; g) o procedimento era oral; h) os julgadores eram públicos, com os magistrados votando ao final sem deliberar.

Percebe-se, que o sistema acusatório mostra uma particularidade no que se refere à coleta de provas, sendo nele está estabelecido o contraditório e a ampla defesa. Também, está presente distintivamente as funções de acusar, defender e julgar. Assim, o sistema acusatório tem a clara distinção entre acusador e julgador, a acusação é munida de liberdade, ofendido ou qualquer outro agente tem seus direitos reconhecidos, prevalece a igualdade entre as partes do processo e a liberdade de defesa, o procedimento deve seguir o princípio da publicidade, o contraditório encontra-se presente, o julgador tem a alternativa de recusa, a produção de

provas segue sistema livre, o popular tem grande participação no processo penal e a liberdade é sempre a regra. (NUCCI, 2009, p. 74).

Bomfim (2009, p. 28-29) segue a mesma linha de raciocínio, pois, afirma que existe distinção entre as funções de acusar e julgar, exercendo-se a imparcialidade e, portanto, a aplicação do contraditório e a ampla defesa. Dessa forma, o sistema acusatório caracteriza-se basicamente na separação das funções de acusar e julgar. O processo normalmente é procedido em contraditório, no qual há a execução da ampla defesa, pois, o magistrado é em tese imparcial, assim, afastado das partes. Ambas as partes tem o direito à produção de provas, ajudando, de maneira ativa, na procura da verdade real. É obrigatória e pública a ação penal, costumando serem seus atos realizados de maneira imediata, oral e concentrada.

Efetivamente, o aspecto principal do sistema acusatório é aquele que mostra a presença de um acusador diverso do juiz da lide e que somente com a presença da figura de acusação cause o início do processo. Dessa forma, o juiz nunca agirá como acusador ou defensor no processo, mas sim, apenas como julgador.

2.2 Sistema inquisitório

A origem do nome dado ao sistema inquisitivo vem da Santa Inquisição – Tribunal Eclesiástico, que tinha como incumbência a investigação e punição dos hereges, pelos membros da igreja.

O sistema inquisitório tem como característica, concentrar o poder na figura do juiz, o qual, também atua como acusador. Isto é, ocorre a concentração das funções de acusar, defender e julgar no poder judiciário, nas mãos de uma única pessoa.

Tal sistema foi muito expandido pelo Direito Canônico através do Tribunal de Inquisição e, acolhido primeiramente pela Igreja, não de admitia o contraditório, sendo que o acusado, que se presumia já culpado, não merecia defesa. Se fosse inocente, o

inquisidor descobriria a verdade para absolvê-lo. Conforme a lição de Rangel (2010, p. 51):

O sistema inquisitivo surgiu nos regimes monárquicos e se aperfeiçoou durante o direito canônico, passando a ser adotado em quase todas as legislações europeias dos séculos XVI, XVII e XVIII. O sistema inquisitivo surgiu após o acusatório privado, com sustento na afirmativa de que não poderia deixar que a defesa social dependesse da boa vontade dos particulares, já que eram estes que iniciavam a persecução penal. O cerne de tal sistema era a reivindicação que o Estado fazia para si do poder de reprimir a prática dos delitos, não sendo mais admissível que tal repressão fosse encomendada ou delegada aos particulares.

Desse modo, havia uma grande extinção das garantias do acusado. Como já dito, a característica principal desse sistema é a concentração das funções de julgar, acusar e defender, concentrados em uma só figura. O inquisidor para buscar provas ao seu juízo já concebido, torturava, impunha castigos e diversas outras arbitrariedades. Como bem expôs Marques (1960, p.22), “o procedimento inquisitivo puro, antes que processo genuíno é forma autodefensiva da administração da justiça”.

Neste sistema, a confissão era a prova máxima e era suficiente para encerrar as investigações e ensejar a condenação do acusado, ainda, que este confessasse sob tortura, a confissão era o critério principal da sentença condenatória. No mesmo sentido, Capez (2005, p. 41) diz: “o réu é visto nesse sistema como mero objeto da persecução, motivo pelo qual práticas como a tortura eram frequentemente admitidas como meio para de obter a prova-mãe: a confissão”.

Outra característica importante é a atuação do juiz, que, segundo Lopes Jr. (2009, p. 63) “é livre para intervir, recolher e selecionar material necessário para julgar, de modo que não existem mais defeitos pela inatividade das partes e tampouco existe uma vinculação legal do juiz.” O juiz age desde o início da persecução criminal, elaborando todos os tipos de provas.

Com o sistema inquisitório, foi extinta a publicidade e a acusação. O agente suspeito de um delito era sujeitado a cinco tipos distintos de tortura durante o período de quinze dias, se porventura não assumisse a autoria do crime, era torturado e liberado. Aduz Lopes Jr. (2009, p. 67) que “em alguns casos a pena era de menor gravidade que as torturas sofridas”.

O inquisidor agia como parte no processo, acusava, dirigia, investigava e julgava. O acusado sofria inúmeras coações para que confessasse o crime. Tais abusos eram tanto, que mesmo em uma sentença que eximia o réu de culpa, o mesmo não era considerado como inocente, mas sim somente foi reconhecida a insuficiência probatória no processo. (KHALED JÚNIOR, 2010, p. 295).

2.3 Sistema misto

Tal sistema apareceu em 1808, depois da Revolução Francesa, com a decadência do sistema inquisitório e com o Código Processual Penal Francês. Tal sistema misturou o sistema acusatório e inquisitivo. A incumbência de acusar ainda encontra-se no poder do Estado, mas é realizado através de um intercessor, que não é o juiz. Aparece então o Ministério Público, que é definido por Lopes Jr. (2009, p. 69) como “uma parte fabricada”, pois foi criado pelo Estado com a incumbência de ser o órgão julgador.

O sistema misto se desenvolve em três fases distintas, dando-se a primeira inquisitorialmente, sendo integrada por uma investigação preliminar realizada pela polícia judiciária; a segunda integrada por uma instrução exercida pelo juiz ou pelo Ministério Público e por último a terceira fase do julgamento, onde se encontram todas as garantias do processo acusatório. (LOPES Jr., 2009, p. 68).

A primeira fase é voltada a investigação criminal, que ainda tem resquícios do sistema inquisitivo. Conforme Andrade (2010, p. 412), esse sistema foi criado para dar maior facilidade ao Estado em tomar atitudes frente às condutas criminosas. Essa fase

preliminar pode ser iniciada por meio de denúncia anônima, de ofício ou pela *notitia criminis*, preservando assim a sociedade. Desse modo, quanto aos meios de abertura do processo, o sistema misto detém os elementos do sistema inquisitivo.

Na fase de instrução, o magistrado, rompendo sua imparcialidade, procura indícios de autoria e materialidade do delito, tal fato ocorre sempre de modo obscuro. Já na fase do julgamento, encontra-se presente o contraditório e a ampla defesa. O processo corre de forma oral e observando sempre a publicidade dos atos.

Portanto, o sistema misto, busca a proximidade ao sistema acusatório, dando início à fase de julgamento com a apresentação da acusação. Percebe-se que está presente a figura de um acusador distinto do juiz, indispensável tanto para o início da fase de julgamento, quanto para o próprio processo.

Como explanado, o sistema misto veio como forma de substituir a irracionalidade do sistema inquisitivo, retendo as iniciativas oficiais das tarefas investigatória e acusatória. Portanto, formado a partir da fusão dos componentes presentes nos sistemas acusatório e inquisitivo.

2.4 Sistema adotado no Brasil

O Código de Processo Penal Brasileiro vigente, criado em 1941, foi fortemente embasado pelo Código Rocco, que seria o Código Processual italiano de 1930. Conforme traz Espíndola Filho, o Código italiano reflete um grande autoritarismo. Cabe analisar, que participou de sua redação Vincenzo Manzini, que foi um representante da escola técnico-jurídica, que enxergava o processo penal como um mero objeto de combate ao crime e não de garantias de direitos do cidadão frente à figura do Estado. (RODRIGUES, 2013, p. 02).

Para Vincenzo, conforme Espíndola Filho (1954), a presunção de inocência era uma catástrofe, pois, se existia uma

acusação contra determinada pessoa, isso era praticamente a certeza da autoria do delito, não tendo o porquê desse agente ser tratado como inocente.

Frente à presença autoritária e da premissa da presunção de culpa, atualmente, diversos artigos do Código de Processo Penal brasileiro encontram-se com princípios e direitos presentes ao longo dos anos e garantidos pela Constituição de 1988, conferindo com que não ocorra uma classificação doutrinária uníssona referente ao sistema processual penal adotado no Brasil. (RODRIGUES, 2013, p. 02).

Contudo, é válido frisar que cada sistema processual penal detém uma característica básica, que, por meio dela, se diferenciam dos demais, entretanto não existem mais na atualidade, sistemas puros. Dessa forma, Lopes Jr. (2010, p. 56) lesiona “a questão é, a partir do reconhecimento de que não existem mais sistemas puros, identificar o princípio informador de cada sistema, para então classificá-lo como inquisitório ou acusatório, pois essa classificação feita a partir do seu núcleo é de extrema relevância”.

Cabe comentar que a adoção do sistema acusatório pela Constituição de 1988 não é clara. Conforme (CHOUKR, 2010, p. 100) a doutrina é predominante em considerar que o sistema acusatório tem como característica a separação entre as figuras de acusação e jurisdição. Outrossim, no que se refere à logística da prova, ou seja, se as partes detém exclusividade acerca da mesma.

Nesta senda, o autor Lopes Jr. (2011, p. 438) argumenta que a Constituição adota, mesmo que não expressamente, o sistema acusatório “puro”, pois a atual Constituição expõe diversas garantias que são contrárias ao sistema inquisitório, tais como, o contraditório e a ampla defesa, a presunção da inocência, o devido processo legal e a publicidade e fundamentação nas decisões judiciais.

Porém, de maneira oposta, Nucci (2011, p. 122) debate que o no Brasil o sistema processual penal adotado, ainda que não

oficialmente, é o misto. Pois, se fosse seguido unicamente o exposto na Constituição Federal, o sistema adotado seria o acusatório. Mas o processo penal é orientado por um Código próprio, escrito sob uma visão inquisitiva. Desse modo, não se pode negar a fusão de duas ideias distintas, que formaram o sistema híbrido que existe hoje.

Ainda que não oficialmente, pode-se constatar que o sistema adotado no Brasil é o misto, havendo nele dois pontos principais: o constitucional e o processual. Se fosse seguido exclusivamente o previsto na Constituição, ter-se-ia um sistema acusatório. Acontece que o processo penal é orientado por um Código exclusivo, que foi feito sob olhar inquisitório no ano de 1941. (NUCCI, 2013, p. 129).

A Constituição de 1988 aplica um processo penal acusatório, com o contraditório e a ampla defesa, na equidade do juiz e outras características. Mas à frente de diversos vestígios inquisitórios, é importante filtrá-lo constitucionalmente, acerca de se realizar uma análise dos pontos que estão em desacordo com o princípio acusatório, pois seriam em sua essência, inconstitucionais. (NUCCI, 2015, p. 49).

Ainda, que existam diversas opiniões, é indubitável que no figurino adotado no Brasil as escassas características inquisitórias que ainda se fazem presentes acontecem na fase do inquérito policial, que, por si só, não é capaz de fundamentar uma condenação, pois nessa fase, predomina os elementos do sistema acusatório, garantindo o contraditório e a ampla defesa do réu.

3 Juiz das garantias

O Projeto do Novo Código de Processo Penal inova em diversos sentidos, buscando que o julgador envolva-se o menos possível na fase persecutória, ou seja, durante o inquérito policial. O fim de tais alterações é garantir a imparcialidade do juiz, para que este não fique atrelado a um pré-conceito formado durante a produção de provas no inquérito. Pois é nítida a desarmonia que

existe entre o Código Processual Penal, que foi promulgado em 1941, com a Carta Magna de 1988, sendo que, no decorrer dos últimos tempos aconteceram diversas mudanças legais visando readequar as normas, sendo uma importantíssima mudança a figura do Juiz das Garantias no Projeto do Novo Código de Processo Penal.

3.1 A (im)parcialidade do juiz durante o inquérito policial e a possível violação do sistema acusatório.

Cumprido, registrar a diferença entre a neutralidade e a imparcialidade. Conforme Bizzotto, Jobim e Eberhardt (2008, p. 20) a neutralidade trata da remoção do magistrado do mundo real, tratando-o como um ser que não utiliza suas experiências sociais nos julgamentos. Já a imparcialidade, leva em consideração todas estas experiências, e preza somente pela proibição do juiz de ter vínculos subjetivos ao processo, como por exemplo, um juiz que teve uma filha menor estuprada e recebe para julgamento um réu que estuprou uma criança.

No que se refere ao juiz no sistema processual, Rangel (2013, p. 19) considera que as principais figuras do processo são juiz, acusador e réu e que no momento em que o Estado incumbiu-se da atividade jurisdicional e apartou a acusatória, gerou um juiz que deve(ria) estar a par aos demais na ação. Assim, pode-se concluir que a sentença estaria alheia a defeitos sociais, sendo assim, acusador e réu, partes no processo e o juiz uma figura a parte.

Destarte, a Constituição Federal adota o princípio da imparcialidade do juiz, que o faz possuir neutralidade na hora de proferir seus julgamentos, tal neutralidade deve ser tanto objetiva, quanto subjetiva, devendo o julgador levar em consideração somente as provas que estiverem presentes nos autos (AVENA, 2010, p. 39). Este princípio encontra-se, mesmo que

implicitamente, na redação da CF/88, pois se atrela ao princípio do Juiz Natural²e também ao Pacto de São José da Costa Rica.

Conforme Rangel (2008, p. 20) um juiz imparcial acaba por garantir direitos constitucionais que dão segurança ao processo, acaba por dar segurança contra, por exemplo, coações políticas que porventura ameacem a perda de seu cargo, tendo assim o poder de afastar influências nas decisões que for proferir.

A doutrina encontra-se dividida entre a violação ou não do sistema acusatório no Processo Penal Brasileiro. Nesta senda, vindo a defender a violação do sistema, um dos argumentos utilizados é o de que o juiz produzindo prova de ofício durante a persecução penal estaria ficando automaticamente atrelado às provas produzidas, não tendo ele, como esquecer tais ações no momento de proferir uma sentença. Conforme Rangel (2008, p. 461) não existe a possibilidade de vislumbrar um magistrado alheio, que angaria provas na investigação, mas que não as soma na hora de dar uma sentença, levando assim, a se imaginar o juiz como um ser não humano, imune a qualquer influência de seus atos. Sendo assim, um ultraje à Constituição Federal que adota o sistema acusatório.

Ainda, a ação do magistrado no sistema acusatório tem que acontecer de forma imparcial, agindo como um julgador garantidor dos direitos fundamentais e das liberdades, mantendo-se o mais longe possível da produção de provas, devendo agir somente quando requisitado.

A doutrina explica que o agir de ofício do juiz na fase da persecução policial, afeta sua imparcialidade de forma discutível, pois tal imparcialidade não se trata das hipóteses de impedimento, suspeição e incompatibilidade, prevista no Código de Processo Penal que se sucedem de causas externas, mas sim de uma

²Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LIII – ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.

interferência interna, que atua na função concreta do julgador, tendo como consequência uma ofensa gravíssima ao sistema acusatório.

Conforme trata Oliveira (2009, p. 49) o magistrado não devia ter relação com o inquérito policial quando não fosse provocado até a fase instrutória processual. O juiz deveria agir somente quando houvesse risco ou ameaça à jurisdição penal ou de lesão a direitos fundamentais. Há também que se falar da violação do princípio do contraditório e da ampla defesa, pois o inquérito é um procedimento com características inquisitoriais, não tendo o acusado a oportunidade de defesa nesta fase, caracterizando assim sua inconstitucionalidade.

Com efeito, outro argumento utilizado para afirmar a inconstitucionalidade da produção de provas de ofício pelo juiz é a violação do disposto no artigo 129, I, da Constituição Federal³ que incumbe privativamente o Ministério Público como sendo o titular da ação penal pública, ou seja, trata da separação das funções de julgar e acusar, sustentando assim a defesa da inconstitucionalidade do elencado no art. 156, I, do Código de Processo Penal, pois desta forma o julgador apoderando-se da incumbência de acusar do Ministério Público.

De outra banda, há quem defenda, mesmo que em menor proporção, a constitucionalidade da produção de provas no inquérito policial pelo juiz. Conforme Silva (2008, p. 65) “a ampla maioria da doutrina e da jurisprudência abomina o fato do juiz sair de sua sala e buscar a produção de provas de ofício. Isso porque se afirma que a ação penal não será mais conduzida de forma imparcial”. O mais aduzido pela corrente defensora da constitucionalidade é que o artigo 156, inciso I, do Código de Processo Penal é um norteador do processo penal, que visa a busca pela verdade real no processo.

³ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei.

Dessa forma, o julgador não deveria ficar acomodado, aguardando somente as provas produzidas pelas partes, pois a busca pela verdade real seria mais importante e razoável para a sociedade, atuando, assim, da melhor forma que se possa alcançar.

Dessa forma, percebe-se que a doutrina defende que quando o magistrado produz provas de ofício durante o inquérito policial, não fere a Constituição e nem sua imparcialidade, pois está somente executando seu ofício de buscar a verdade dos fatos. Tal ação não é inconstitucional na forma do modelo acusatório, muito pelo contrário, ela acaba por atingir a busca pela verdade real, conforme almejado por nossa legislação quando introduziu o sistema da livre convicção. (SOUZA, 2009, p.102).

A produção de provas de ofício pelo juiz no inquérito policial, não coloca em cena na legislação atual um julgador inquisidor, uma vez que ele buscando a verdade no processo, está somente cumprindo sua função, estando assim, em harmonia com a Constituição Federal.

3.2 O juiz das garantias no novo código de processo penal

Uma comissão de juristas elaborou o Projeto visando à criação de um novo Código de Processo Penal, tal Projeto encontra-se em tramitação no Senado Federal: o Projeto de Lei do Senado nº 156/2009. Por meio do requerimento nº 227/2008, iniciaram-se os trabalhos de estudo da Reforma do Código de Processo Penal, que foi elaborada por um grupo de juristas que estudaram todas as hipóteses em curso no Senado que visavam alterar o Código e então montou um anteprojeto assinado pelo Presidente do Senado Federal, na época, Senador José Sarney.

O grupo de juristas responsável pela criação do Projeto levanta o conflito que diz respeito ao modelo normativo que adota a Constituição Federal e do Código de Processo Penal, com base no fundamento de que a Constituição atual dá ênfase a direitos e garantias fundamentais, enquanto o atual Código não acompanhou

esse objetivo. Resumidamente, a Carta Magna brasileira adota o sistema processual penal acusatório e o Código de Processo Penal adota traços do sistema inquisitivo e algumas vezes misto.

A maior inovação do Projeto é a figura do juiz das garantias, o qual atuará somente na fase investigatória. É um segundo juiz que estará presente no processo. Este julgador terá a função de monitorar a legalidade das investigações durante a realização do inquérito, tutelando sobre as garantias do agente submetido ao ato. Dessa forma, existem dois diferentes juízes, um responsável pela legalidade do inquérito policial, com exceção das infrações de menor potencial ofensivo, e outro que realiza o julgamento do processo, o que profere a sentença. Tal figura aparece com o objetivo principal de doar maior imparcialidade ao julgador do processo, que fica desatrelado a qualquer tipo de produção de provas realizadas durante a persecução penal investigatória⁴.

A exposição de alguns motivos mostra de forma clara a necessidade da Reforma e a implantação deste instituto. Segundo BRASIL (2009, p. 12):

⁴Art. 14 - O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhes especialmente: I - receber a comunicação imediata da prisão, nos termos do inciso LXII do art. 5º da Constituição da República; II - receber o auto da prisão em flagrante, para efeito do disposto no art. 543; III - zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido a sua presença; IV - ser informado da abertura de qualquer inquérito policial; V - decidir sobre o pedido de prisão provisória ou outra medida cautelar; VI - prorrogar a prisão provisória ou outra medida cautelar, bem como substituí-las ou revogá-las; VII - decidir sobre o pedido de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa; VIII - prorrogar o prazo de duração do inquérito, estando o investigado preso, em atenção às razões apresentadas pela autoridade policial e observado o disposto no parágrafo único deste artigo; IX - determinar o trancimento do inquérito policial quando não houver fundamentação razoável para sua instauração ou prosseguimento; X - requisitar documentos, laudos e informações da autoridade policial sobre andamento da investigação; XII - decidir sobre os pedidos de: a) interceptação telefônica ou do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática; b) quebra dos sigilos fiscal, bancário e telefônico; c) busca e apreensão domiciliar; d) outros meios de obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado. XIII - julgar o habeas corpus impetrado antes do oferecimento da denúncia; XIV - outras matérias inerentes às atribuições definidas no caput deste artigo. Parágrafo único. Estando o investigado preso, o juiz das garantias poderá, mediante representação da autoridade policial e ouvido o Ministério Público, prorrogar a duração do inquérito por período único de 10 (dez) dias, após o que, se ainda assim a investigação não for concluída, a prisão será revogada.

[...] há no processo penal brasileiro, uma convergência quase absoluta: a necessidade de elaboração de um novo código, sobretudo a partir da ordem constitucional da Carta da República de 1988. E sobram razões: históricas, quanto às determinações e condicionamentos materiais de cada época; teóricas, no que se refere à estruturação principiológica da legislação codificada; e práticas, já em atenção aos preceitos esperados de toda intervenção estatal. O Código de Processo Penal atualmente em vigor – Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941-, em todas essas perspectivas, encontra-se definitivamente superado. A incompatibilidade entre os modelos normativos do citado Decreto-lei nº 3689, de 1941, e da Constituição de 1988 é manifesta e inquestionável. E essencial. A configuração política do Brasil de 1940 apontava em direção totalmente oposta ao cenário das liberdades públicas abrigadas no atual texto constitucional.

Dessa forma, para que o sistema acusatório seja fixado em nosso ordenamento, e para que o julgador seja imparcial ao julgar o feito, deve ser realizada uma grande revisão sobre o trabalho dos juízes durante o inquérito policial, é necessária uma revisão do regramento atual. Nesse sentido, o seguinte texto foi inserido no novo Projeto do Novo Código de Processo Penal⁵, que versa sobre a proibição dos juízes que tenham participado na fase investigativa de atuar no processo. (SILVEIRA, 2011, p. 248-249).

Por conseguinte, conforme a comissão de juristas que elaborou o Projeto, os juízes que atuam na fase policial, quebram sua imparcialidade, princípio indispensável ao modelo acusatório. Ademais, consoante Moraes (2010, p.21-23), esquivar-se-ia o “inegável comprometimento de resultado e vinculação psicológica que o magistrado que atuou na investigação carrega para dentro da ação penal”.

Acerca do previsto no Projeto da nova legislação no que concerne ao juiz das garantias, deverá este ser prontamente

⁵Art. 17. O juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências do art. 15 ficará impedido de funcionar no processo.

comunicado pela autoridade policial da prisão de qualquer pessoa, devendo, ainda, encaminhar ao mesmo, conforme o artigo 26, inciso II, do Projeto, o auto de prisão em flagrante⁶. Dessa forma, o juiz das garantias vai conduzir a persecução penal, fiscalizando-a. Ainda, que ele acompanhe o decorrer do inquérito, ele não poderá requerer a abertura de investigação, nem mesmo diligências, ele irá agir simplesmente quando provocado.

Ainda, conforme o artigo 33 do Projeto do Novo Código de Processo Penal⁷ qualquer medida cautelar, pertinente à investigação, deverá ser decretada pelo juiz das garantias. Outrossim, a escolha desta figura é realizada conforme as regras de organização judiciária da União, dos Estados e do Distrito Federal. Além disso, o artigo 314 do projeto frisa que nos casos de ações em que a competência originária seja dos tribunais, as funções do juiz de garantias serão realizadas por membro do tribunal, que será eleito de maneira regimental e será impedido de atuar no processo como relator⁸.

Como se pode notar, o juiz das garantias vem para fortalecer o sistema acusatório previsto na Constituição Federal, pois com o tempo ele será o responsável pela mudança de princípios e valores, tendo a incumbência pertinente a todas as ações voltadas a tolher diligências investigatórias que coíbam as garantias individuais e fundamentais do investigado, evitando assim ações arbitrárias durante a persecução penal. (COUTINHO, 2010, p. 16-17).

⁶ Art. 26. Incumbirá ainda ao delegado de polícia: II – comunicar imediatamente a prisão de qualquer pessoa ao juiz das garantias, enviando-lhe o auto de prisão em flagrante em até 24 horas.

⁷ Art. 33. Os elementos informativos da investigação deverão ser colhidos na medida necessária à formação do convencimento do Ministério Público sobre a viabilidade da acusação, bem como à efetivação de medidas cautelares, pessoais ou reais, a serem decretadas pelo juiz das garantias.

⁸ Art. 314. Nas ações penais de competência originária, o procedimento nos tribunais obedecerá às disposições gerais previstas neste Código e no respectivo regimento interno e, especialmente, o seguinte: I – as funções do juiz das garantias serão exercidas por membro do tribunal, escolhido de forma regimental, que ficará impedido de atuar no processo como relator.

3.3 Limites e possibilidades da criação do juiz das garantias no novo código de processo penal

Como já visto, o principal argumento utilizado para justificar a inserção da figura do juiz das garantias no Código de Processo Penal, é o princípio da imparcialidade do julgador e o aprimoramento da atividade jurisdicional no campo penal. Contudo, a implantação deste instituto tem por consequência um desafio financeiro, orçamentário e operacional na atual situação do judiciário brasileiro. (ANDRADE, 2011, p. 74).

Cabe ressaltar, segundo Andrade (2011, p. 69), que grande parcela das comarcas brasileiras são pequenas, contando com apenas um único magistrado. A inserção do juiz das garantias nestes locais, se prevê, por questão de raciocínio lógico, a implantação de pelo menos um juiz a mais em cada uma destas comarcas. Somente, assim, seria possível se chegar a finalidade que busca o juiz das garantias, qual seja, a imparcialidade.

Tal aumento de magistrados nas pequenas comarcas seria possível com a criação de novas vagas para juízes, para que existisse número suficiente a dar conta das funções de juiz das garantias e juiz do processo. Porém, tal medida se torna inviável levando-se em consideração os escassos recursos que o Poder Judiciário possui e também levando em conta o previsto na Lei de Responsabilidade Fiscal. (NOGUEIRA, 2011, p. 3).

Para a superação de tal obstáculo o Projeto do Novo Código previu em seu artigo 678 uma escala de substituição⁹. Esta substituição se dá através na nomeação de juízes auxiliares ou a nomeação de um juiz excepcional que respondesse a várias comarcas que possuem somente um juiz, de forma a suprir a figura do juiz das garantias. (SILVEIRA, 2011, p. 91).

⁹Art. 678. Nas comarcas onde houver apenas um juiz, as normas de organização judiciária disciplinarão formas de substituição, de modo que seja observado a regra de impedimento do art. 17.

O tema, deixando de lado a busca pela maior imparcialidade do magistrado, é criticado por grande parte do corpo social jurista, com maior ênfase no que diz respeito às restrições operacionais e orçamentárias. Conforme a Nota Técnica 10/2010 publicada pelo Conselho Nacional de Justiça, a implantação da figura do juiz das garantias no Brasil é inoperável segundo tais razões:

O projeto, preocupando-se com a consolidação de um modelo acusatório, institui a figura do “juiz das garantias”, que será o responsável pelo exercício das funções jurisdicionais alusivas à tutela imediata e direta das inviolabilidades pessoais, sob duas preocupações básicas, segundo a exposição de motivos, a saber: a de otimizar a atuação jurisdicional criminal e a de manter distanciamento do juiz incumbido de julgar o processo. Contudo, a consolidação dessa ideia, sob o aspecto operacional, mostra-se incompatível com a atual estrutura das justiças estadual e federal. O levantamento efetuado pela Corregedoria Nacional de Justiça no sistema Justiça Aberta revela que 40% das varas de Justiça Estadual no Brasil constituem-se de comarca única, com apenas um magistrado encarregado da jurisdição. Assim, nesses locais, sempre que o único magistrado da comarca atual na fase do inquérito, ficará automaticamente impedido de jurisdicionar no processo, impondo-se o deslocamento de outro magistrado de comarca distinta. Logo, a adoção de tal regramento acarretará ônus ao já minguado orçamento da maioria dos judiciários estaduais quanto ao aumento do quadro de juízes e servidores, limitados que estão pela Lei de Responsabilidade Fiscal, bem como no tocante ao gasto com deslocamentos e diárias dos magistrados que deverão atender a outras comarcas. Ademais, diante de tais dificuldades, com a eventual implementação de tal medida, haverá riscos ao atendimento do princípio da razoável duração do processo, a par de um perigo iminente de prescrição de muitas ações penais. Também é necessário anotar que há outros motivos de afastamentos dos magistrados de suas unidades judiciais, como nos casos de licença, férias, convocações para Turmas Recursais ou para composição de Tribunais.

Nessa mesma linha de raciocínio, Andrade aduz sobre dois pontos importantes na crível regionalização do juiz das garantias.

Primeiro, no que diz respeito à distância e dificuldade de acesso entre as comarcas, o que obstaculizaria o princípio da celeridade processual. Pois é de conhecimento nacional a falta de infraestrutura no deslocamento nas estradas, principalmente na região Norte do país. Já o segundo ponto, trata do controle financeiro do Poder Judiciário, pois tanto a implantação da figura, quanto a regionalização prevista no artigo supracitado, geraria enormes gastos.

De outra senda, os escassos recursos, por si só, não são suficientes para a não implantação do instituto. Segundo Maya (2010, p.14) “deficiências estruturais não podem funcionar como justificativa para a prestação jurisdicional falha; ao contrário, a sua constatação deveria ser o primeiro passo de uma caminhada orientada a uma prestação jurisdicional efetiva”. No mesmo sentido é o entendimento do jurista Aury Lopes Junior, que refletindo sobre o tema, aduz que as posições contrárias à figura do juiz das garantias subsistem apenas na falta de base nacional, mas juridicamente não existem argumentos concretos que possam reprova-lo. (Lopes Jr., 2010, p. 7).

Do mesmo modo, Maya (2009, p. 9) ensina que o posicionamento usado para explicar a não existência da Defensoria Pública em alguns estados do país, o mesmo posicionamento acerca da superlotação dos presídios, é a carência de infraestrutura, que por não raras as vezes é utilizada como forma de justificar posicionamentos inquisitoriais no processo penal brasileiro. Sendo que o fato de grande parte das comarcas do país serem compostas por único magistrado, não serve de argumento passível de se considerar, deve servir para se buscar alcançar melhores condições processuais para uma prestação jurisdicional que funcione efetivamente.

Diante de todos estes desafios é que, atualmente, o Projeto de Lei do Novo Código de Processo Penal, não fixou nenhum prazo para a inserção do juiz das garantias nas comarcas que possuem

somente um juiz, situação esta, que mostra o obstáculo da implantação de tal figura. (Andrade, 2011, p. 71).

Acerca do manejo da investigação criminal e do cuidado com as garantias fundamentais, estas já são monitoradas pelo juiz, sendo que o que se busca com o juiz de garantias é conferir maior imparcialidade ao magistrado, sendo necessária a um julgamento com base em garantias processuais. Consoante PRADO (2006, p. 110/111) “não basta somente assegurar a aparência de isenção dos juízes que julgam as causas penais. Mais que isso, é necessário garantir que, independentemente da integridade pessoal e intelectual do magistrado, sua apreciação não esteja, em concreta comprometida em virtude de algum juízo a priori”.

Assim, o juiz das garantias vem, então, com o intuito de prevenir que arbitrariedades ocorram, monitorando, assim, a fase da persecução penal. Importante destacar que o juiz das garantias não irá presidir o inquérito policial, ele irá somente vigiar a legalidade de seus atos, levando em consideração os direitos e garantias do investigado.

4 Considerações finais

Com o intuito de criar-se a unificação entre a Constituição Federal 1988 e o Código de Processo Penal, se originou o Projeto do Novo Código de Processo Penal, com a implantação da figura do Juiz das Garantias. Tal instituto foi criado para servir como um aliado ao controle da legalidade durante a realização do inquérito policial, bem como está atrelado ao aprimoramento da ação jurisdicional, afastando o juiz que julga o processo, da fase de investigação, deixando está à encargo do Juiz das Garantias.

Frisou-se que o Juiz das Garantias foi criado com a finalidade de fixar o sistema acusatório no processo penal. Porém, a maior novidade está advinda no requisito da ação de dois magistrados atuantes no processo, objetivando-se que o juiz que acompanhou o

inquérito policial, não fique vinculado às provas produzidas em tal procedimento.

Obstante a ação do legislador seja digníssima, no sentido de proteger as garantias fundamentais dos indivíduos, conferindo maior imparcialidade às decisões dos magistrados, a atual situação do Judiciário brasileiro necessita de maior infraestrutura e recursos econômicos para implantar tal instituto. Como exemplo de uma grande dificuldade é a presença do Juiz das Garantias em comarcas que possuem apenas um julgador, inviabilizando, assim, sua presença.

Os juízes antes mesmo de serem julgadores, são seres humanos, dotados de sentimentos, vivências, traumas, fatos estes impossíveis de serem abandonados durante um julgamento. Assim, a não ser que os julgamentos sejam feitos por máquinas, é quase que impossível imaginar um julgador totalmente imparcial, nem mesmo o Juiz das Garantias está imune à vinculação ao inquérito policial. Portanto, na legislação já existem os casos de suspeição e impedimento, que existem com o intuito de não contaminar o juiz, e assim, garantir sua imparcialidade.

Assim, o presente trabalho seguiu o legislador no que tange a resguardar cada vez mais os direitos dos investigados, sem, contudo descartar que a figura do Juiz das Garantias ainda demanda diversos ajustes, principalmente no atinente às possibilidades de implantação do sistema proposto pelo Projeto de Lei do Senado 156/2009.

Referências

ANDRADE, Mauro Fonseca de. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. Curitiba: Juruá, 2010.

_____, Mauro Fonseca. **Juiz das garantias**. Curitiba: Juruá, 2011.

AVENA, Norberto. **Processo Penal Esquemático**. 2 ed. São Paulo: Método, 2010.

- BIZZOTTO, Alexandre; JOBIM, Augusto; EBERHARDT, Marcos. **Sistema Acusatório: (apenas) uma Necessidade do Processo Penal Constitucional**. In: AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (org.); CARVALHO, Salo de (org.). *A Crise do Processo Penal e as Novas Reformas de Administração da Justiça Criminal*. Porto Alegre: Notadez, 2008.
- BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BRASIL. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal. **Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal**. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2009. Acesso em 10/04/2018.
- CAPEZ, Fernando. **Manual de Processo Penal**. 12^a ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal: Comentários consolidados e crítica jurisprudencial**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do juiz no processo penal. In: _____. **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Código de Processo Penal brasileiro anotado**. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954.
- KHALED JR., Salah H. **A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013.
- LOPES Jr., Aury. **Breves considerações sobre a polimorfologia do sistema cautelar no PLS 156/2009 (e mais algumas preocupações...)**. Boletim IBCCRIM, ano 18, Edição Especial, agosto 2010.
- LOPES Jr., Aury. **Direito Processual penal e sua conformidade constitucional**. 4^a. ed. revisada e atualizada com as leis. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2009.

_____, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional.** 7ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MAYA, André Machado. **Outra vez sobre o juiz de garantias: entre o ideal democrático e os empecilhos de ordem estrutural.** Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 18, n. 215, out. 2010.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal.** Campinas: Bookseller: 1997.

MORAES, Maurício Zanoide de. **Quem tem medo do “juiz das garantias”?** Boletim IBCCRIM, São Paulo, a. 18, edição especial, ago. 2010.

NOGUEIRA, Carlos Frederico Coelho. **O aberrante “Juiz das Garantias” no Projeto do Novo Código de Processo Penal.** 2011. Disponível em: http://www.midia.apmp.com.br/arquivos/pdf/artigos/2011_juiz_garantias.pdf. Acesso em: 15 de maio de 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado.** 2 ed. São Paulo: RT, 2009.

_____, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e execução penal.** 10 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal.** 11. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais.** 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal.** 6. Ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2002.

_____, Paulo. **Direito Processual Penal.** 15. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

_____, Paulo. **Direito processual penal.** 18. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010.

RODRIGUES, Martina Pimentel. **Os sistemas processuais penais. Revista Jus Navigandi.** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/26262>>. Acesso em: 28/10/2017.

SILVA, Ivan Luís Marques da. **Reforma Processual Penal de 2008.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. **O juiz das garantias entre os caminhos da reforma do Código de Processo Penal. Processo Penal, Constituição e Crítica** - Estudos em Homenagem ao Dr. Jacinto Nelson de Miranda. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011.

SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Manual da Prova Penal Constitucional Pós-Reforma de 2008.** Curitiba: Juruá, 2009.

TUCCI, Rogério Lauria. **Princípio e regras orientadoras do novo processo penal brasileiro.** Rio de Janeiro: Forense, 1986.

A eutanásia à luz dos Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade

Pâmela Ferreira¹

1 Introdução

O ponto central do presente artigo é demonstrar as limitações legais e estatais do direito à morte digna, sob o viés dos Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade. A importância desse estudo, encontra respaldo na ampla divergência acerca do assunto, de modo que ainda não há um entendimento pacificado em relação à eutanásia no Brasil.

Para uma melhor compreensão do tema, em um primeiro momento, serão abordados os conceitos de eutanásia, distanásia e ortotanásia, bem como suas aceitações ou proibições no âmbito jurídico. Ademais, será realizada uma análise da vida além dos preceitos biológicos, envolvendo a importância de possíveis testamentos vitais, já que a morte deve ser encarada como fator natural.

Na sequência, serão tratados os temas referentes aos desafios da Bioética, conceituando seus aspectos e averiguando a obrigação de cuidar até o fim da vida, demonstrando a importância dos cuidados paliativos, chegando ao impasse da morte digna ou da preservação da vida de maneira meramente quantitativa.

¹ 145468@upf.br

Posteriormente, serão observados os conceitos dos Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade. Por fim, utilizando-se de todos os preceitos decorridos anteriormente, será examinado o direito à morte digna, fazendo uma equiparação de que se existe um direito à vida digna, deve existir também o direito de morrer dignamente.

Em se tratando de eutanásia, um tema bastante polêmico, é difícil chegar a um consenso do que é certo ou errado, visto que existe uma série de fatores que envolvem a sua prática. Fato é que, a omissão do Estado não a tipificando, e a ação de punir todos aqueles que ajudam um enfermo a pôr fim a sua vida por piedade, faz com que milhares de pessoas sejam submetidas a uma vida apenas quantitativa. Busca-se, portanto, a análise de até que ponto é correto o Estado impor ao cidadão até quando ele deve viver.

Distinção sobre eutanásia, distanásia e ortotanásia

O termo “eutanásia” é derivado do grego (*eu* = boa, *thánatos* = morte) ou seja, é a morte suave, sem dor. Para Lopes, Lima e Santoro (2012), deve ser compreendida como o ato de tirar a vida de outra pessoa que se encontra diante de uma doença incurável, por piedade ou a seu pedido, para que sejam sanadas as fortes dores e sofrimentos pelos quais o paciente está exposto.

Portanto, ainda no entendimento de Lopes, Lima e Santoro (2012), o que dá motivação para o autor da eutanásia é a sua compaixão pelo próximo, elemento essencial da prática e cujo qual não se deve falar em eutanásia na sua ausência. Desse modo, se não houver piedade, não se tem que tratar como eutanásia, mas sim como homicídio.

Apesar de haver outras classificações referentes ao conceito de eutanásia, existem duas mais importantes que se operam de acordo com o modo de execução, são elas: a eutanásia ativa e a eutanásia passiva. A eutanásia ativa é aquela que acontece através

de uma ação e subdivide-se em ativa direta e ativa indireta. Carvalho (2001, p. 23) em vista disso relata que:

A eutanásia por comissão, ou *eutanásia ativa*, é a eutanásia propriamente dita, que se efetiva através da realização de atos para ajudar a morrer, eliminando ou aliviando o sofrimento do doente. Observando-se o fim perseguido pelo autor, a eutanásia ativa subdivide-se em eutanásia ativa *direta*, quando o objetivo maior é o encurtamento da vida do paciente mediante atos positivos (ajudar a morrer); e eutanásia ativa *indireta*, na qual há uma dupla finalidade: aliviar o sofrimento do doente e ao mesmo tempo abreviar seu tempo de vida, que é feito daquele primeiro objetivo principal (v. g., a administração de morfina tem reflexos prejudiciais à função respiratória, e em altas doses pode acelerar a morte).

Já a eutanásia passiva, segundo Carvalho (2001), é aquela decorrente de uma omissão e sempre será voluntária e direta. Em outras palavras, esse tipo de eutanásia é decorrente do fato de não fazer uso de tratamentos médicos úteis que seriam capazes de prolongar a vida de uma pessoa, o que acaba levando à antecipação da morte do paciente.

Dessa forma, pode ser percebido que há uma diferenciação e oposição em relação aos meios e aos fins em que se chegam com a prática dessas determinadas classes de eutanásia.

Já a distanásia, (do grego *diz* = afastamento, e *thanátos* = morte) apesar de não possuir uma definição absoluta, é caracterizada pela adoção de medidas terapêuticas por vezes excessivas, que não direcionarão para a cura, mas para o sofrimento do enfermo. Não por outro motivo, acaba recebendo também os nomes de “obstinação terapêutica” e “futilidade médica”. Assim sendo, Carvalho (2001, p. 25) explica que:

[...] a distanásia deve ser entendida como o ato de prostrar o processo de falecimento iminente em que se encontra o paciente terminal, vez que implica um tratamento inútil. Trata-se aqui da atitude médica que, visando salvar a vida do moribundo,

submete-o a grande sofrimento. Não se prolonga, destarte, a vida propriamente dita, mas o processo de morrer. É comum o emprego das expressões “obstinação terapêutica” (*l’acharnement thérapeutique*) e “futilidade médica” (*medical futility*) para identificar a distanásia.

Conforme preceitua Pessini (2007), o posicionamento clássico da medicina é o de que jamais se deve abandonar um paciente, de modo que nenhuma intervenção pode ser considerada fútil ou inútil, ou seja, enquanto houver o mínimo resquício de vida, ainda é preciso que haja tentativas de salvá-la. Entretanto, surge o debate de quais seriam os limites para continuar tratamentos em pessoas que já não tem como se manterem vivas. Nesse sentido, afirma Pessini (2007, p. 150):

[...] não é digno nem prudente continuar agredindo a pessoa doente quando praticamente não existe mais possibilidade de continuar a viver. Afirma-se que não é o mesmo ajudar a viver quem está vivendo e impedir de morrer quem está morrendo. Surgiram expressões para nomear toda essa problemática, entre outras a de “obstinação terapêutica”. Nem tudo o que é tecnicamente possível é eticamente correto, e a luta pela vida deve levar em conta alguns limites racionais e humanos, para além dos quais se compromete a dignidade humana.

Portanto, diante de um método inconsistente, que apenas adiará o inevitável, causando fortes consequências para o paciente, não pode ser considerada digna a preservação de uma vida apenas de maneira quantitativa, deixando de lado os interesses e a vontade do próprio ser humano.

Em suma, no entendimento de Lopes, Lima e Santoro (2012, p. 64), a distanásia é quando o médico precisa buscar medidas fúteis e desproporcionais, que levarão o paciente a um tratamento atroz e infame, prolongando a vida de maneira exclusiva à quantidade e não à qualidade propriamente dita. Afirmam ainda que trata-se de um processo que vai contra a dignidade da pessoa

humana, que é o fundamento do Estado Democrático de Direito (LOPES; LIMA; SANTORO, 2012, p. 64).

Por fim, a ortotanásia (do grego *orthós* = normal, correta e *thánatos* = morte) segundo Lopes, Lima e Santoro (2012, p. 64) pode ser classificada como um meio termo entre a eutanásia e a distanásia, ou seja, entre o ato de encurtar a vida pela prática da primeira ou prolongá-la fazendo uso da segunda, existe ainda uma terceira conduta, chamada ortotanásia.

Na concepção de Lopes, Lima e Santoro (2012) a ortotanásia é entendida quando, diante de iminente e inevitável morte, o médico suspende a realização de atos que não servirão para prolongar a vida do paciente e passa a oferecer-lhe os cuidados paliativos propícios para que venha a falecer de forma digna. É, portanto, a “conduta correta do médico ante a morte, que ocorrerá no momento próprio, respeitando-se a dignidade do ser humano, já que o paciente não será submetido a uma verdadeira tortura terapêutica”. (LOPES; LIMA; SANTORO, 2012, p. 65)

Da mesma forma, afirma Pessini (2007, p. 227) que “a ortotanásia procura respeitar o bem-estar global da pessoa e abre pistas para as pessoas garantirem a dignidade no seu viver e no seu morrer”. Ainda conforme Pessini (2007, p. 228):

A ortotanásia permite ao doente que já entrou na fase final e aos que o cercam enfrentarem a morte com certa tranquilidade, porque, nesta perspectiva, a morte não é uma doença a curar, mas sim algo que faz parte da vida. Uma vez aceito esse fato que a cultura ocidental moderna tende a esconder e negar, abre-se a possibilidade de trabalhar com as pessoas a distinção entre curar e cuidar, entre manter a vida quando este é o procedimento correto e permitir que a pessoa morra quando sua hora chegou.

Então, a ortotanásia não deve ser vista apenas como o fato de suspender um tratamento doloroso que busca a cura de qualquer maneira, mas sim como o aceite de que a morte é algo natural à

espécie, propiciando assim o alívio necessário para que se morra da maneira mais correta (LOPES; LIMA; SANTORO, 2012, p. 65).

3 Aspectos jurídico-penais da eutanásia

Conforme preceitua Lopes, Lima e Santoro (2012) via de regra não é função da Constituição Federal determinar quais serão os comportamentos classificados como uma infração penal, motivo pelo qual não se estabelece de forma expressa qual o tratamento jurídico será tomado em relação à eutanásia, até porque nem mesmo o Código Penal prevê uma conduta específica no que concerne a tal prática. Nesse sentido, o que coube à Constituição foi determinar a proteção da vida e da dignidade humana.

Para Canotilho (2013), essa proteção está elencada não somente no direito à vida digna, mas também à proibição de tortura e tratamentos cruéis ou degradantes, pois tanto a integridade física, quanto a integridade psíquica são fatores importantes. Sendo assim, afirma Canotilho (2013, p. 251):

O tema referente à proibição de tortura e de tratamento cruel ou degradante está diretamente ligado ao direito à vida e, como consequência, como direito à integridade física e mental. Não se pode perder de vista que a configuração da tortura não compreende apenas a violência física, mas também a psíquica, fortalecendo a ideia de que o direito à vida engloba, além da integridade física, a integridade psíquica (CANOTILHO, 2015).

Nesse aspecto, Canotilho (2013) ainda defende que é preciso um certo equilíbrio entre a vida e a efetiva dignidade humana, pois cada vez mais esses dois “valores” vêm sendo relacionados um com o outro, de modo que muito se fala em vida digna.

Ou seja, mesmo que a vida inegavelmente esteja em posição de superioridade, a própria Constituição confirma que não se trata de um direito absoluto, visto que em situações excepcionais, o bem jurídico vida cede em relação a outros bens jurídicos, como por

exemplo, a pena de morte prevista em caráter de exceção no art. 5º, XLVII, a) da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Além disso, o próprio Código Penal prevê a admissão do homicídio quando diante de estado de necessidade, conforme art. 24 ou legítima defesa, prevista no art. 25, sem esquecer ainda, a realização de certas formas de aborto, previstas no art. 128, I e II), todos do CP. (BRASIL, 1940).

Quando se fala em eutanásia, boa parte dos doutrinadores brasileiros entendem se tratar de um homicídio com diminuição de pena, pois o autor age com piedade, configurando estar impelido por relevante valor moral, o que mesmo assim não justifica a impunibilidade ou o perdão judicial. Dessa forma, o posicionamento de Cezar Roberto Bitencourt é citado por Lopes, Lima e Santoro (2012, p. 69):

Quanto à eutanásia ativa direta e a passiva, grande parte da doutrina penal brasileira entende tratar-se de homicídio com diminuição de pena. Cezar Roberto Bitencourt defende que o autor da eutanásia deverá ter sua pena diminuída por estar impelido por relevante valor moral em face de sua compaixão ou piedade ante o irremediável sofrimento da vítima. (BITENCOURT, 2008 *apud* LOPES; LIMA; SANTORO, 2012, p. 69)

Nesse mesmo sentido, preceituam ainda Lopes, Lima e Santoro (2012), a eutanásia ativa direta ou a eutanásia passiva encontram sustento facultativo apenas na causa especial de diminuição de pena, prevista no artigo 121, §1º, do Código Penal, mas não fazem jus à impunibilidade ou até mesmo ao perdão judicial.

A consequência disso, é que tanto a eutanásia ativa direta quanto a eutanásia passiva são tidas como condutas criminosas. O elemento objetivo do tipo penal, previsto no crime de homicídio do artigo 121 do Código Penal é a conduta de matar alguém, ou seja, a conduta incriminada é a de eliminar a vida de pessoa humana.

Sendo assim, diante de ambas as formas de eutanásia, é mister que se tenha uma ação ou omissão de um autor, ações essas que, na sua ausência, não teriam posto fim à vida de outrem e que por isso são consideradas “crime”. (LOPES; LIMA; SANTORO, 2012).

3.1 A importância de possíveis testamentos vitais

Para Dworkin (2003, p. 252), o fato de os médicos disporem de uma tecnologia capaz de manter vivas por semanas ou até mesmo por anos, pessoas que já estão diante da morte, altamente sedadas ou ligadas a múltiplos aparelhos sem os quais elas perderiam grande parte das funções vitais, é algo que aterroriza a todos de uma forma ou de outra. Por isso, hoje todos os estados norte-americanos reconhecem alguma espécie de orientação adiantada, é o caso dos “testamentos de vida” ou das “procurações para a tomada de decisões em questões médicas”. Enquanto o primeiro é o documento pelo qual se deixa estipulado que determinados procedimentos médicos não devem ser utilizados para que a própria pessoa se mantenha viva, o segundo diz respeito aos documentos que deixarão uma terceira pessoa encarregada de tomar decisões sobre a vida ou a morte do signatário, quando este já não possuir mais as condições de decidir por si só. (DWORKIN, 2003, p. 252).

Ademais, a inexistência de regras sobre a validade de um testamento vital no Brasil deixa brechas para que o mesmo possa ser aceito, se levado em conta os princípios da Dignidade da Pessoa Humana, da Autonomia e da proibição do tratamento desumano. Nesse sentido, explica Dadalto (2014, p. 179):

Os princípios constitucionais da Dignidade da Pessoa Humana (art. 1º, III) e da Autonomia (princípio implícito no art. 5º), bem como a proibição de tratamento desumano (art. 5º, III), são arcabouços suficientes para a defesa do testamento vital, vez que o objetivo deste instrumento é possibilitar ao indivíduo dispor

sobre a aceitação ou recusa de tratamentos em caso de terminalidade.

Nesse sentido, Dall’Agnol (2004) defende que a eutanásia não deve ser vista como algo anormal ou contrária a qualquer religião, pois se houvessem ideias menos aterrorizantes sobre a morte, com certeza haveria uma legislação mais definida no que tange à eutanásia. Assim sendo, Dall’Agnol (2004, p. 181) explica que:

A boa morte (eutanásia), a morte escolhida, não deve ser vista como algo antinatural ou contrária às leis divinas. Se tivéssemos uma atitude menos mistificadora perante a morte, então poderíamos ter uma legislação mais clara nesse aspecto. Por exemplo, para evitar que pessoas cheguem a ficar em estado de coma, vegetando e não vivendo dignamente, sem ter manifestado claramente o que elas pensam sobre a melhor forma de morrer, deveria existir um sistema de identificação e documentação da pessoa física que esclarecesse suas opiniões e sua forma preferida de por fim à vida. Esse processo deveria ser público para que se evitasse tanto que os interesses familiares se sobreponham aos da pessoa em questão quanto a possível manipulação médica.

Deste modo, seria assegurado ao cidadão uma garantia de que a sua vontade seria obedecida pelo Estado diante de um sofrimento que é só seu, que não cabe a mais ninguém. Portanto, levando em conta que o bem jurídico dos seres humanos é a vida, e essa vida não deve ser entendida tão somente como a biológica, pois abrange um sentido bem mais amplo, será o respeito à vida digna que garantirá os direitos fundamentais relacionados a ela.

4 Bioética e cuidados paliativos

Tendo sua origem através do médico cancerologista americano Van Rensselaer Potter, o termo bioética foi utilizado pela primeira vez em 1971 no livro *Bioethics: the science of*

survival: perspectives in biology and medicine, o que tornou o termo mundialmente conhecido. Conforme Selli (2003, p.58), “bioética é um termo composto que aproxima e une duas realidades e dois conceitos: a vida – *bios* e a ética ou moral – *ethos*”.

Foi o amplo avanço da tecnologia, principalmente no que concerne à possibilidade do ser humano poder intervir de várias maneiras no tempo de duração da vida de outrem, que trouxe consigo uma série de questões éticas, dando origem à Bioética. Nesse sentido, afirma Carvalho (2001, p. 71):

Os avanços tecnológicos experimentados pelas ciências biológicas e da saúde nesse último quarto de século deram origem à Bioética. A nova ciência surgiu como resultado das implicações éticas que se seguiram à crescente capacidade do homem de influenciar na duração e na qualidade de sua vida, seja através de transplantes de órgãos, da engenharia genética ou de meios extraordinários de prolongamento do período vital. A Bioética, destarte, vem mediar o complexo relacionamento entre ciência e ética, com o intuito maior de proteger a dignidade da pessoa humana e sua sadia qualidade de vida.

Pode-se dizer, então, que a bioética consiste na solução encontrada para enfrentar os problemas impostos pelos avanços técnicos e científicos, buscando uma análise crítica e moral acerca dos mesmos. Nesse sentido, afirma Bittar (2010, p. 159), que “a bioética é uma resposta pragmática a um contexto de mutações em que o ser humano se vê exposto à ganância intelectual, técnica e econômica do próprio homem.”

É notório que com a capacidade de prolongar de maneira artificial a vida de pacientes que se encontram com graves doenças incuráveis, o poder do médico aumentou muito no que tange ao tempo e à forma de morrer.

Muitas vezes, diante de situações onde só será possível adiar aquilo que é inevitável, o médico se depara com a obrigação de manter o enfermo vivo a qualquer custo, utilizando de todos os

meios legítimos que possuí, mesmo que isso gere fortes dores e ainda mais sofrimento ao paciente. É nesse aspecto que entra em conflito o dever de cuidar até o último momento da vida, através de cuidados paliativos ou permitir que o enfermo tenha uma morte digna.

Conforme preceitua Pessini (2007), a expressão “paliativa” é derivada do termo latino *pallium*, que quer dizer “manta” ou “coberta”. Sendo assim, quando se está diante de uma causa que não poderá ser curada, os sintomas serão “tapados” ou “cobertos” através de procedimentos próprios. Nas palavras de Pessini (2007, p.209) “o tratamento paliativo está fundamentalmente preocupado com o controle da dor e dos outros sintomas”, ou seja, não se busca nem o aceleração, nem o adiamento da morte, que é um fator normal da vida.

Os cuidados paliativos são, portanto, todos aqueles cuidados que dão garantia ao paciente em estado terminal, de que terão qualidade de vida até a hora da morte, pois inevitavelmente ela chegará. Nesse viés, afirma Dadalto (2014, p. 39) que “assegurar que essa passagem ocorra de forma digna, com cuidados e buscando o menor sofrimento possível, é missão daqueles que assistem aos enfermos portadores de doença em fase terminal”.

Por outro lado, segundo o entendimento de Beauchamp e Childress (2002, p. 236) “o tratamento não é obrigatório quando não oferece benefício ao paciente por ser inútil ou despropositado.” Para eles, um tratamento que não terá a menor chance de ser eficaz, é algo que deve ser visto como opcional.

Nesse sentido Pessini (2007) afirma que no decorrer de uma enfermidade onde já não exista mais possibilidade de cura e quando já se está diante de uma morte inevitável, existem circunstâncias em que estabelecer o prolongamento da vida não é aconselhável. Adiar o inevitável, prolongando a vida a todo custo pode ser desumano para os pacientes. Em outras palavras, a responsabilidade do médico não fica adstrita a sustentar a vida, mas abrange também o dever de oferecer cuidados paliativos nos

casos em que manter a vida não é mais razoável. Ainda no entendimento de Pessini (2004), quando um tratamento torna-se não razoável não quer dizer que todo o tratamento será interrompido, mas sim que há uma certa mudança de objetivos de tratamento, ou seja, manter a vida já não seria mais o principal propósito, mas o alívio e cuidados humanos seriam as maiores preocupações.

5 Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade

Com o decorrer dos anos, cada vez mais surgem conflitos entre princípios e normas do ordenamento jurídico. Por isso, o Estado brasileiro acabou por utilizar dois princípios que são levados em conta para a tomada das decisões mediante essas divergências. São eles: o princípio da razoabilidade e o princípio da proporcionalidade, que agem como instrumento de limitação dos excessos e abusos do Estado.

Dessa forma, em se tratando de eutanásia, surge o questionamento: diante da iminência e inevitabilidade da morte, não caberia ao Estado aplicar a razoabilidade e proporcionalidade a cada caso concreto, evitando aumentar o sofrimento do paciente exposto a tratamentos contra sua vontade proporcionando-lhe o direito de morrer a própria morte?

5.1 Princípio da razoabilidade

Preceitua Oliveira (2017), que o princípio da razoabilidade teve surgimento no direito norte-americano, através do progresso jurisprudencial da cláusula do devido processo legal, através da qual foi destituída sua característica meramente procedimental, que visava basicamente as garantias processuais, para a inclusão da forma substantiva, que buscava proteger as liberdades e os direitos do cidadão em face dos abusos estatais.

Trata-se, conforme entende Marinela (2017, p. 98) de um “princípio implícito no texto constitucional e expresso na lei ordinária, especificadamente no art. 2º da Lei n.9.784/99, que define as regras sobre processos administrativos.”

É um grande limitador dos excessos do Estado, que visa proteger dos direitos tidos como fundamentais. Sendo assim, para Oliveira (2017, p. 43):

[...] o princípio da razoabilidade vem sendo utilizado como forma de valoração pelo Judiciário da constitucionalidade das leis e dos atos administrativos, consubstanciando um dos mais importantes instrumentos de defesa dos direitos fundamentais.

É através da razoabilidade que é imposto ao Estado o dever de seguir métodos racionalmente admissíveis, estabelecendo um parâmetro com o senso comum, não legitimando as condutas que não são coerentes com a situação fática. Nesse sentido explica Mello (2014, p. 111):

Enuncia-se com este princípio que a Administração, ao atuar no exercício de discricção, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosa das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida. Vale dizer: pretende-se colocar em claro que não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas – e, portanto, jurisdicionalmente invalidáveis –, as condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva e da discricção manejada.

A finalidade de tal princípio não é a substituição daquilo que a lei impõe pela vontade do julgador, mas sim enfatizar que ele é o responsável por coibir possíveis excessos estatais. Sendo assim, consoante entendimento de Marinela (2017, p. 96) “a lei não protege, não encampa condutas insensatas, portanto, terá o

administrador que obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal.”

Sendo assim, conforme entende Nohara (2017), a razoabilidade busca um parâmetro aceitável entre os meios e os fins, visando estabelecer um meio-termo que não gere excessos nem carências, mas resguarde a sensata relação entre as situações.

Segundo Barchet (2016) o princípio da razoabilidade é visto de maneira unânime como o mais inexorável limitador das competências discricionárias da Administração, e deve ser utilizado quando o julgador entende que determinado ato é descabido.

Em suma, no entendimento de Marinela (2017) pode-se dizer que é através desse princípio que se faz uma análise de conformidade dos atos exercidos pelo Poder Público em face aos valores da Constituição e do ordenamento jurídico, visando o Direito justo.

5.2 Princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade, segundo preceitua Oliveira (2017) teve seu início nas teorias jusnaturalistas dos séculos XVII e XVIII, mais especificamente quando foi identificada a subsistência de alguns direitos inerentes ao indivíduo e contrariável ao Estado. Ele foi aplicado de maneira inicial no Direito Administrativo, mas fazendo-se uso do Direito Comparado, pode ser visto como um princípio intrínseco, sendo assim, ainda no entendimento de Oliveira (2017, p. 43):

Aplicado inicialmente no âmbito do Direito Administrativo, notadamente no ‘direito de polícia’, o referido princípio recebe, na Alemanha, dignidade constitucional, quando a doutrina e a jurisprudência afirmam que a proporcionalidade seria um princípio implícito decorrente do próprio Estado de Direito.

Para Mello (2014), mencionado princípio é atrelado à concepção de não trazer benefício algum, mas apenas um prejuízo

fútil aos direitos de cada pessoa, fazendo com que as medidas descabíveis que buscam os resultados almejados sejam incompatíveis com a situação jurídica de cada qual.

Assim, é preciso analisar cada caso de maneira especial, visando o equilíbrio entre os meios e os fins, de modo que não se exija um sacrifício unilateral. Nesse sentido, preceitua Marinela (2017, p. 98):

O princípio da proporcionalidade exige equilíbrio entre os meios de que se utiliza a Administração e os fins que ela tem que alcançar, segundo padrões comuns da sociedade em que se vive, analisando sempre cada caso concreto. A atuação proporcional da autoridade pública exige também uma relação equilibrada entre o sacrifício imposto ao interesse de alguns e a vantagem geral obtida, de modo a não tornar a prestação excessivamente onerosa para uma parte.

Tal princípio, consoante dispõe Nohara (2017) é desdobrado ainda em três subprincípios, quais sejam: a adequação, que é considera a capacidade que o meio tem de atingir o objetivo estimado; a necessidade ou exigibilidade, que pressupõe os questionamentos inerentes às limitações do meio que foi adotado em relação aos direitos fundamentais; e a proporcionalidade em sentido estrito, concernente à sensata paridade entre bens e valores, entre os limites do direito e a situação concreta.

Na concepção de Oliveira (2017), apesar das divergências em relação ao entendimento de que os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade têm ou não diferenciação, vem se destacando a ideia de fungibilidade entre eles, pois ambos tem relação com as noções de igualdade, justiça material e racionalidade, gerando assim, a proibição de abusos por parte do Estado.

No mesmo sentido, defende Mello (2014) que mencionados princípios não podem ser confundidos de total maneira, visto que a proporcionalidade merece sua própria ênfase, embora trate-se de aspectos característicos da razoabilidade.

Apesar de a Lei nº 9.784/99 mencionar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade de forma separada, é mister dizer que o último nada mais é do que uma característica especial do primeiro. Assim entende Di Pietro (2017, p. 111):

Embora a Lei nº 9.784/99 faça referência aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, separadamente, na realidade, o segundo constitui um dos aspectos contidos no primeiro. Isto porque o princípio da razoabilidade, entre outras coisas, exige **proporcionalidade** entre os meios de que se utiliza a Administração e os fins que ela tem que alcançar. E essa proporcionalidade deve ser medida não pelos critérios pessoais do administrador, mas segundo padrões comuns na sociedade em que vive; e não pode ser medida diante dos termos frios da lei, mas diante do caso concreto.

Sendo assim, é possível dizer, consoante a concepção de Nohara (2017) que a maior parte da doutrina entende a razoabilidade e a proporcionalidade como princípios inseparáveis.

6 Limites de intervenção do estado no direito de morrer dignamente

Primeiramente, é necessário enfatizar que em um Estado Democrático de Direito, o direito penal deve ser visto como um último recurso para proteção dos bens jurídicos, ou seja, a intervenção do Estado através do direito penal deve ser a menor possível. Segundo Paschoal (2015, p. 11) “é por isso que se diz direito penal mínimo (mínimo necessário) e princípio da mínima intervenção.”

O Estado tem o dever de garantir a ordem social, através da sua função legitimadora, que nos casos que tangem à criminalidade, quer dizer que devem ser aplicadas as penas ou medidas de segurança apenas em últimos casos, e dentro dos limites que lhe são impostos, já que a intervenção do Estado institui sempre uma violência. Sendo assim, entende Busato (2017, p. 03):

O papel legitimador que corresponde ao Estado é o de preservar essa ordem social, e para tanto, no caso da criminalidade, ou seja, em último caso, empregar o instrumento coativo mais forte de que dispõe, que é a pena ou a medida de segurança. Convém lembrar, contudo, que o Estado não é absolutamente livre para fazer uso desse poder de castigar através do emprego da lei. Sua tarefa legislativa (criminalização primária), e de aplicação da legislação (criminalização secundária), encontram-se limitadas por uma série de balizas normativas formadas por postulados, princípios e regras, tais como a legalidade, a necessidade, a imputação subjetiva, a culpabilidade, a humanidade, a intervenção mínima, e todos os demais direitos e garantias fundamentais como a dignidade da pessoa humana e a necessidade de castigo.

É nesse aspecto que cabe ressaltar o entendimento de Paschoal (2015), onde tentando visar a mínima intervenção do Estado, é necessário que o legislador obedeça também ao princípio da fragmentariedade, pois em determinados casos, mesmo que um bem seja digno de proteção do direito penal, nem sempre lhe é cabível o uso desse ramo do direito.

A fragmentariedade deve ser utilizada segundo uma apreciação lógica diante do fato, de modo que essa própria intervenção não seja ainda mais gravosa que a falta dela. Desse modo, entende Pacelli (2017, p.87):

Ora, se a intervenção penal deve ser mínima, segundo uma valoração racional quanto à importância e à necessidade de tutela penal de determinados bens jurídicos, é preciso, então, que o universo das incriminações somente incida de modo fragmentário, isto é, sobre apenas alguns daqueles bens (jurídicos). E não só. Que incida apenas quando se tratar de danos de maior gravidade, na medida em que a própria intervenção penal é também, por ela mesma, igualmente grave. O que nem de longe implicará qualquer recusa à sua necessidade, quando destinada à proteção de bens jurídicos essenciais à coexistência - tutela penal dos direitos fundamentais - contra

ações e condutas tendentes à produção de danos mais graves e relevantes.

Para Busato (2017, p.04) as questões relacionadas ao emprego de penas “devem vir à tona em contraste com os resultados práticos que resultam de seu emprego”, de modo que a utilização da pena não seja desproporcional ao fato em si.

É fato que a morte é um processo natural da vida, do qual nenhum ser humano conseguirá escapar, não importa quão grande seja o avanço da tecnologia. É nesse sentido que Diniz (2006, p. 410) defende que “o ser humano pode ser curado de uma doença mortal, mas não de sua mortalidade”.

A polêmica diante da situação de morrer com dignidade, faz com que seja mister uma profunda reflexão acerca desses problemas, que envolvem, sobretudo, aspectos ético-jurídicos. Assim, ainda segundo Diniz (2006, p. 380) “os pontos polêmicos levantados só poderão ser solucionados adequadamente se o direito positivo passar a enfrentá-los com prudência objetiva, fazendo prevalecer o bom-senso para a preservação da dignidade humana.”

Conforme Diniz (2006), pessoas que se encontram em um estado de agonia afirmam que no momento em que se está diante de uma morte iminente e inevitável, o fato de optar pela morte mais fácil e mais célere ao invés de uma morte demorada e cruel, nada mais é que um direito humano de escolha.

A compaixão pelo próximo é um dos mais fortes argumentos daqueles que se posicionam a favor da eutanásia, isso porque é através dela que será possível evitar que o enfermo seja submetido a fortes dores contra sua vontade. Dores essas que somente ele pode sentir. É nesse sentido que Rachels (2014, p. 334):

O argumento mais poderoso para defender a eutanásia é o argumento da compaixão. Ele também é um argumento excepcionalmente simples, ao menos em geral, que defende um ponto não complicado. Pacientes doentes terminais, algumas vezes, sofrem de dores tão terríveis que estão além da

compreensão daqueles que não as experimentaram. Seu sofrimento pode ser tão terrível que nós nem gostamos de ler ou pensar sobre ele; recuamos mesmo de descrever uma tal agonia. O argumento da compaixão sustenta que a eutanásia é justificada porque providencia o fim de tal dor.

Rachels (2014) ainda relata o caso de Stewart Alsop, que morreu no ano de 1975 acometido por um tipo raro de câncer. Alsop era um renomado jornalista que, apesar de não ter enfatizado a eutanásia no decorrer de sua vida, passou a aprová-la depois de passar algum tempo dividindo um quarto de hospital com outro enfermo, que também sofria de câncer terminal. Após presenciar todo o sofrimento pelo qual passava o colega de quarto e presenciando o tormento tanto do enfermo, quanto de sua esposa, o jornalista deixou claro que nenhuma pessoa que tenha o mínimo de piedade deixaria um ser vivo martirizar-se daquela maneira, sem finalidade alguma. Por isso, Rachels (2014, p. 338) preceitua os motivos que justificavam a eutanásia no caso de Jack:

Primeiro, e mais importante, teria sido do próprio interesse de Jack, visto que teria providenciado a ele uma morte mais fácil e melhor, sem dor. (Quem, dentre nós, escolheria a morte de Jack, se pudesse escolher no lugar uma morte rápida e sem dor?) Segundo, teria sido no melhor interesse da esposa de Jack. Seu sofrimento vendo-o sofrer sem poder ajudar deve ter sido quase insuportável. Terceiro, o melhor interesse dos empregados do hospital teria sido atendido, visto que, se a morte de Jack não tivesse sido prolongada, eles poderiam ter voltado sua atenção a outros pacientes que poderiam ter ajudado. Quarto, outros pacientes teriam se beneficiado, visto que os recursos médicos não teriam sido usados por mais tempo na manutenção triste e sem sentido da existência física de Jack.

Segundo entende Pessini (2007) é dever do médico cuidar mesmo quando curar já não é mais possível, sendo que o uso da tecnologia para manter uma pessoa viva é analisado sob o aspecto do sentido cristão da vida, sofrimento e também da morte.

Conforme Dadalto (2014), o direito à dignidade humana é assegurado pelo Brasil, enquanto Estado Democrático de Direito, e essa dignidade deve ser analisada sob aspectos amplos, de modo que a liberdade e a dignidade não sejam vistas como menos importantes do que a vida. Surge, nesse contexto, as controvérsias entre os aspectos religiosos nos quais a maioria das pessoas busca respaldo para a condenação da eutanásia, conforme preceitua Dadalto (2014, p. 48):

[...] se percebe que grande parte da sociedade brasileira é pautada por valores religiosos, segundo os quais a vida é valor supremo e apenas Deus tem o direito de cessá-la. Entretanto, como já mencionado, vive-se no Brasil sob o Estado Democrático de Direito, modelo que preserva a pluralidade de objetos de vida e, sob este viés, argumentos morais e religiosos devem ser mitigados do âmbito jurídico.

Em concordância Lopes, Lima e Santoro (2012, p. 34) defendem que “a Constituição de 1988 estabelece que o Estado brasileiro é laico, uma vez que há total separação entre os fundamentos do Estado e das religiões.”

Ademais, cabe ressaltar ainda que a liberdade é atrelada à dignidade, e as questões sobre a vida e a morte dão ensejo a fortes discussões no sentido do direito de decidir sobre o fim da própria vida. Uma Constituição que impõe ao cidadão o dever de se manter vivo, mesmo contra suas vontades e liberdades individuais, não pode ser vista como democrática. Nesse sentido, Dworkin (2003, p. 342) preceitua:

Insistimos na liberdade porque prezamos a dignidade e a colocamos em seu centro o direito à consciência, de modo que um governo que nega esse direito é totalitário por mais livres que nos deixe para fazer escolhas menos importantes. E por honrarmos a dignidade que exigimos a democracia, e, nos termos em que definimos esta última, uma Constituição que permita que a maioria negue a liberdade de consciência será inimiga da democracia, jamais sua criadora.

Em suma, consoante preceitua Gozzo (2012), ao reconhecer o indivíduo como um ser responsável e moral, deve ser ofertado a ele ou a seu responsável o direito de decidir em quais circunstâncias a vida deverá ser prolongada, da mesma forma que pode decidir sobre sua abreviação.

7 Considerações finais

O objetivo do presente estudo foi analisar a utilização dos Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade em relação ao direito de uma morte digna, através da eutanásia, dentro dos parâmetros abordados pelo campo da Bioética.

Primeiramente, após a análise dos conceitos de eutanásia, distanásia e ortotanásia, foi possível verificar as divergências de cada uma delas, buscando elucidar que entre encurtar a vida pela prática da primeira ou prolongá-la fazendo uso da segunda, existe ainda uma terceira conduta que constitui um meio termo entre ambas. Logo depois, pode-se perceber a necessidade de certo equilíbrio entre a valoração da vida em seus fatores tão somente biológicos e a efetiva dignidade humana, enfatizando a importância de possíveis testamentos vitais, responsáveis por esclarecer qual a vontade do indivíduo diante de situações em que não possa mais expressar suas escolhas.

Em seguida, adentrando o campo da Bioética, apontou-se os principais desafios em relação ao amplo avanço tecnológico, capaz de manter uma pessoa viva artificialmente durante muito tempo. Nesse viés, ficou notório o conflito entre cuidar até o último momento através de tratamentos que não direcionarão para a cura, senão para maiores sofrimentos ou permitir que seja feita a vontade do enfermo, exercendo seu direito a uma morte digna.

Por fim, buscou-se preceituar a definição dos Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade, demonstrando que existem limites na intervenção do Estado, de modo que essa interferência

não deve se sobrepor à vontade de um paciente com doença terminal ou em estado vegetativo irreversível. Sendo assim, analisou-se a possibilidade de estabelecer a eutanásia como uma excludente de antijuricidade, visto que não existem direitos absolutos e por esse motivo a vida, embora essencial, em determinados casos pode ceder em relação a outros direitos fundamentais.

Conclui-se, portanto, pela possibilidade de diante da prática da eutanásia existir a previsão de uma excludente de antijuricidade, e não apenas uma causa privilegiadora dentro do homicídio. Ora, se o elemento essencial de tal prática é a compaixão pelo próximo, não se tem motivos para punir aquele que ajuda o enfermo a seu pedido. Ademais, o Estado não deve subordinar o cidadão a continuar vivendo uma vida sem dignidade, exposto a sofrimentos degradantes contra sua própria vontade.

Referências

- BARCHET, Gustavo. **Direito administrativo**. 3. Rio de Janeiro: Método, 2016.
- BEAUCHAMP, Tom Lamar; CHILDRESS, James Franklin. **Princípios de ética biomédica**. São Paulo: Edições Loyola, 2002. Tradução Luciana Pudenzi
- BITTAR, Eduardo Carlos Bianc. **Curso de Ética Jurídica: ética geral e profissional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil**. Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 12 de nov. 2017.
- BRASIL. **Decreto - Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 12 de nov. 2017.
- BUSATO, Paulo César. **Direito penal, v.1** : parte geral. 3. Rio de Janeiro: Atlas, 2017.

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- CARVALHO, Gisele Mendes de. **Aspectos jurídico – penais da eutanásia**. São Paulo: IBCCRIM, 2001.
- DADALTO, Luciana. **Testamento vital**. 3. São Paulo: Atlas, 2014.
- DALL’AGNOL, Darlei. **Bioética: princípios morais e aplicações**. Rio de Janeiro: DP&A, 2004. 197 p. ISBN 8574903213
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito: Atualizado conforme o Novo Código Civil (Lei n. 10.406/2002) e a Lei n. 11.105/2005**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- DWORKIN, Ronlad. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, 362 p. ISBN 8533615604
- GOZZO, Débora. **Bioética e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- LOPES, Antonio Carlos; LIMA, Carolina Alves de Souza; SANTORO, Luciano de Freitas. **Eutanásia, Ortotanásia e Distanásia: Aspectos médicos e jurídicos**. São Paulo: Atheneu, 2012.
- MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 11. São Paulo: Saraiva, 2017.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 31. ed. Sao Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2014.
- NOHARA, Irene Patrícia. **Direito administrativo**. 7. Rio de Janeiro: Atlas, 2017.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo**. 5. Rio de Janeiro: Método, 2017.
- PACELLI, Eugênio. **Manual de direito penal : parte geral**. 3. Rio de Janeiro: Atlas, 2017.

PASCHOAL, Janaina Conceição. **Direito penal** : parte geral. 2. São Paulo: Manole, 2015.

PESSINI, Leocir. **Distanásia**: até quando prolongar a vida? 2. ed. São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2007. 431 p. (Enfoques e perspectivas) ISBN 97885150240001

RACHELS, James. **A coisa certa a fazer**: leituras básicas sobre filosofia moral. 6. Porto Alegre: AMGH, 2014.

A execução provisória da pena privativa de liberdade frente ao atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal

Daiana Boccardi¹

1 Introdução

A possibilidade de execução provisória da pena é um tema que gerou e ainda gera muita polêmica entre doutrinadores e legisladores, haja vista o conflito existente com a Constituição Federal, mais especificamente, com o princípio constitucional da presunção de inocência ou não culpabilidade, o qual se encontra expressamente previsto no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal de 1988.

A liberdade, direito fundamental de todo cidadão, é de suma importância na Constituição Federal, onde, em regra, o Estado não pode privar a liberdade de alguém. Contudo, há exceções quanto à liberdade, as quais se encontram expressamente previstas em lei. Desse modo, o legislador limitou o direito de punir, implantando no sistema o princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade como um direito fundamental, previsto no rol das garantias constitucionais.

¹ daianaboccardi@hotmail.com

Do ponto de vista jurídico, esse tema é relevante, pois a Constituição Federal no seu art. 5º, inciso LVII garante que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença condenatória. Porém, na decisão do HC 126.292/SP, o Supremo Tribunal Federal decidiu que a execução da sentença penal após confirmação da condenação em 2º grau de jurisdição, mesmo que pendente de recurso, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não-culpabilidade.

Desse modo, tem-se, em tese, a colisão da presente decisão com o princípio constitucional da presunção de inocência ou não culpabilidade, eis que o Supremo Tribunal Federal entende que não fere tal princípio a execução provisória da pena privativa de liberdade, podendo o acusado ser recolhido à prisão, logo após a confirmação de sentença condenatória em 2º grau de jurisdição, mesmo que pendente de recurso, ou seja, independentemente de trânsito em julgado.

Nesse sentido, o presente estudo tem como objetivo discutir a (in)constitucionalidade da execução provisória da pena privativa de liberdade, mesmo que pendente de julgamento algum recurso, a luz do princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade, buscando identificar seus reflexos no ordenamento jurídico brasileiro. O problema jurídico do presente tema baseia-se basicamente na legalidade da execução da pena diante do novo entendimento proferido.

2 Espécies da pena de prisão (prisão pena e prisão cautelar-provisória

A prisão pena é aquela que decorre de uma sentença condenatória transitada em julgado que impôs pena privativa de liberdade. Essa prisão se coaduna com o princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade, previsto no artigo 5º, inciso, LVII, da Constituição Federal “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Ou seja, após o

trânsito em julgado da sentença condenatória, deve o réu cumprir a pena em regime no qual sua liberdade seja cerceada temporariamente. O acompanhamento da prisão-pena é realizado pelo juiz da Vara de Execuções Criminais (MAGNO, 2012, p. 516-517).

Já a prisão cautelar-provisória, também chamada de provisórias, processuais ou prisão cautelaré aquela que ocorre antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, isto é, antes do reconhecimento judicial da culpa do acusado. Por esse motivo, deve ser usada somente em casos excepcionais, lembrando sempre que a prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória é exceção, a regra é a liberdade (MAGNO, 2012, p. 517).

A seguir, analisar-se-á cada uma das espécies de prisão cautelar provisória; iniciando pela Prisão em Flagrante.

A Prisão em Flagrante consiste na prisão independente de requerimento, do indivíduo que é surpreendido cometendo, ou logo após ter cometido, um crime ou uma contravenção. É considerado a “certeza visual do crime”. Trata-se de uma medida restritiva de liberdade, possui natureza cautelar e processual (CAPEZ, 2008, p. 255).

Conforme Marcão (2012,p. 57), é o delito que está sendo ou que acabou de ser cometido; logo, exige-se que alguém por ter assistido o fato, possa atestar a ocorrência dele, fazendo uma ligação com quem venha a ser surpreendido na prática do ato. Pode-se configurar flagrante delito, o indivíduo que é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração, bem como daquele que é encontrado, logo depois, em situação que faça presumir ser o autor da infração.

Conforme os ensinamentos de Lopes Jr.(2014, p. 825)o juiz, em até 24 (vinte e quatro) horas após a efetiva prisão do flagrado, deverá receber o auto de prisão em flagrante e decidir, conforme o artigo 310, do Código de Processo Penal, entre o relaxamento, a conversão da prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do artigo 312 Código de Processo Penal, e

se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão, ou a concessão da liberdade provisória com ou sem fiança. Vale ressaltar que o juiz irá converter a prisão em flagrante em preventiva, somente se não se mostrar adequada ou suficiente a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, visto que o *status libertatis* (estado de liberdade) é a regra, e a prisão é exceção.

Quanto as espécie da prisão em flagrante, estas, subdividem-se em flagrante próprio ou real, impróprio, presumido ou ficto, provocado, esperado, forjado ou retardado.

O flagrante próprio ou real é aquele onde o agente é surpreendido cometendo a infração, ou quando acaba de cometê-la (artigo 302, inciso I e II do Código de Processo Penal); o agente deve ser encontrado imediatamente após o cometimento da infração penal, isso sem qualquer intervalo de tempo (CAPEZ, 2008, p. 256).

Já o flagrante impróprio, também chamado de irreal ou quase-flagrante,este ocorre quando o agente é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido, ou qualquer outra pessoa, em situação que se presume ser o autor da infração (artigo 302, inciso III do Código de Processo Penal). A perseguição deve ser ininterrupta e seguir-se logo após a prática da infração penal (MARCÃO, 2012, p. 71-72).

O flagrante presumido ou ficto,por sua vez, é o mais frágil e difícil de se legitimar, isso porque, para que ocorra, é necessário a presença de três elementos, quais sejam: a) encontrar (atividade), b) logo depois (temporal), c) presunção de autoria (objetos do crime). Ou seja, efetiva-se quando o agente é preso logo depois de cometer a infração, com as armas, objetos do crime, que façam presumir ser ele o autor da infração (artigo 302, inciso IV do Código de Processo Penal).

O flagrante provocado, este, caracteriza-se quando o agente é induzido ou instigado à prática do crime, então, a autoridade policial ou terceiro tomam as providências necessárias para que o

agente seja surpreendido na flagrância da execução, frustrando-se ou impossibilitando-se a consumação do delito. Como teve iniciativa por parte do provocador, não há crime nesse flagrante, conforme a Súmula 145 do Supremo Tribunal Federal² (MUCCIO, 2012, p. 104), a qual menciona que no haverá crime quando for provocado ou induzido o flagrante pela polícia.

Já no flagrante esperado, a única atividade do policial ou de um terceiro, consiste em aguardar o momento do cometimento do crime, sem que haja qualquer induzimento ou instigação. Logo, o agente comete o crime e, portanto, poderá ser efetuada a sua prisão em flagrante (CAPEZ, 2008, p. 258).

O flagrante forjado, também denominado de flagrante fabricado, maquinado, neste caso, não há crime algum, no qual, algum terceiro ou a autoridade policial, por meio de seus agentes, “plantam” provas contra o suposto autor do crime, que, se realmente fossem verdadeiras, haveria crime e responsabilização. Entretanto, neste caso não há crime algum, é crime inexistente, razão pela qual, o agente não será responsabilizado (MUCCIO, 2012, p. 106-107).

Por fim, como última subdivisão das espécies de flagrante, temos o flagrante retardado, previsto no art. 2º, inciso II, da Lei 9.034/95, Lei do Crime Organizado. Esta hipótese de flagrante consiste em retardar, aguardar o melhor momento para efetuar a prisão em crimes praticados por organizações criminosas, a fim de obter mais provas ou até mesmo identificar o maior número de criminosos, isso, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz. Esse flagrante é totalmente válido, nos termos das Leis n. 12.850/13 e 11.343/2006 (CAPEZ, 2008, p. 258).

A prisão preventiva trata-se de uma medida acauteladora, pois, ainda não há uma condenação, ou seja, a sentença ainda não

² Súmula 145 STF: Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação.

transitou em julgado, logo, o suposto réu não é considerado culpado já que não houve o trânsito em julgado, trata-se apenas de uma medida de natureza cautelar, visando assegurar a harmonia da ordem social ou da ordem econômica, para conveniência da instrução criminal, bem como, para assegurar a efetiva aplicação da lei penal. Como o processo encontra-se em andamento, onde o réu ainda não é considerado culpado, em virtude do princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade (artigo 5º, inciso LVII, CF), tal medida somente deve ser aplicada se não for suficiente a aplicação de outra medida cautelar (parágrafo 6º, artigo 282 Código de Processo Penal); caso contrário, estar-se-ia antecipando uma pena ao suposto réu, referente a um crime que sequer sabe-se se o mesmo realmente é o efetivo autor (MARCÃO, 2012, p. 127).

Ainda, não se exige uma prova definitiva quanto a existência ou autoria do crime, por isso, a prova que decretar a prisão deve ser suficiente para reconhecer a prática de um delito e quem foi seu autor. Quando se fala em autoria, é necessário que se tenha indícios suficientes para que leve a um juízo de probabilidade de que a pessoa contra qual está se decretando a preventiva, é a autora do fato delituoso. Logo, não caberá preventiva quando a prova indicar apenas uma suspeita, ou quando não se tem prova da ocorrência do delito (MUCCIO, 2012, p. 523).

O artigo 312 do Código de Processo Penal³ nos traz as hipóteses em que pode ser decretada a prisão preventiva. É importante frisar que é exigido o exato preenchimento dos requisitos do artigo 313 do Código de Processo Penal para decretação da medida acautelatória. É requisito de admissibilidade da prisão preventiva, que a conduta imputada ao acusado constitua crime doloso, preenchido esse requisito, a medida será possível nos crimes dolosos que sejam punidos com pena máxima superior a 4 (quatro) anos, em

³ Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

caso de reincidência do agente, bem como, se o crime envolver violência doméstica e familiar(BONFIM, 2016,p. 604).

As medidas cautelares diversas da prisão estão expressamente previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal, conforme se fizer necessário, pode o juiz aplicá-las cumulativamente, dentre elas, temos o comparecimento periódico em juízo, proibição de acesso ou frequência a determinados lugares, proibição de manter contato com alguma pessoa, proibição de se ausentar da Comarca, recolhimento domiciliar durante a noite, suspensão no exercício de função pública, internação provisória do acusado, fiança nas infrações que a admitem e monitoração eletrônica.

Ademais, quem possui legitimidade para decretar a prisão preventiva é tão somente o juiz, que deve fazê-la através de decisão devidamente fundamentada, conforme o princípio da motivação das decisões judiciais (art. 315 do CPP), não basta simplesmente o juiz decretar a prisão indicando as razões do parecer apresentado pelo Ministério Público (CAPEZ, 2008, pág. 274). Conforme o art. 5º, LXI, da Constituição Federal, “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente...”.

Aprisão temporária encontra-se regulada pela Lei nº 7.960/1989. É uma prisão cautelar de natureza pré-processual, acontece somente durante o inquérito policial, é admitida em relação a determinados tipos de crimes previstos expressamente em lei, que, sem a prisão, não teria tanto êxito na produção e colheita das provas, bem como, esclarecimentos sobre a identificação do investigado. Tem por finalidade tão somente a custódia do investigado para fins de investigações (MARCÃO, 2012,p. 208).

A prisão temporária caberá somente nos casos previstos no artigo 1º da Lei 7.960/1989; assim, deve a prisão ser imprescindível para as investigações, quando o indiciado não tiver residência fixa ou não for possível esclarecer sua identidade, ou, até mesmo quando houverem fundadas razões, podendo a prisão

ser decretada em alguns crimes específicos previstos na lei (BRASIL, 1989).

Ademais, a prisão temporária pode ser decretada em face de representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público, não podendo o juiz decretá-la de ofício. Caso haja representação da autoridade policial, primeiramente o juiz ouvirá o Ministério Público. Feita a representação, o juiz terá vinte e quatro horas para prolatar o despacho, decretando ou não a prisão temporária, com seus devidos fundamentos. Assim, a prisão temporária somente pode ser decretada pelo juiz, após representação (CAPEZ, 2008, p. 277).

Conforme o artigo 2º da referida lei, a prisão temporária terá prazo de cinco dias como regra, já o prazo especial é de trinta dias para crimes hediondos, na prática de tortura, no tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e no terrorismo. A prorrogação é admitida uma única vez, não podendo ser superior ao prazo previsto em lei. No entanto, pode ser inferior, dependendo da conveniência. Vencido o prazo, o indiciado deve ser colocado imediatamente em liberdade, se não for decretada a prisão preventiva (MUCCIO, 2012, p. 503).

No curso da prisão temporária, a mesma pode ser revogada de ofício pelo juiz, ou a requerimento da parte, a revogação torna-se pertinente no momento em que não estão mais presentes os motivos que ensejaram a prisão, a qual não se faz mais necessária para as investigações do inquérito policial (MUCCIO, 2012, p. 506).

A prisão domiciliar está prevista na Lei 12.403, de 4 de maio de 2011, que introduziu o instituto da prisão cautelar domiciliar como substitutiva da prisão preventiva. Está previsto expressamente no Código de Processo Penal em seus artigos, 317 e 318. Este instituto, basicamente: a) restringe cautelarmente a liberdade do indivíduo preso em razão da decretação de prisão preventiva, mas, sem submetê-lo ao sistema carcerário; b) trata de maneira particularizada situações que fogem da normalidade dos casos e que, por isso, estão a exigir, por questões humanitárias e de

assistência, o arrefecimento do rigor carcerário; c) reduzir o contingente carcerário, especialmente no que diz respeito aos presos cautelares; e,d) reduzir as despesas do Estado advindas de encarceramento antecipado(MARCÃO, 2012,p. 138). Permite ainda, dentre outras vantagens, o respeito à integridade física e moral dos presos, conforme previsto na Constituição Federal, artigo 5º, XLIX.

Havendo prova idônea nos autos, comprovando os requisitos autorizadores para substituição da prisão preventiva em domiciliar, os quais encontram-se claramente expostos no artigo 318 do Código de Processo Penal⁴, quais sejam, sendo o agente maior de 80 (oitenta) anos, extremamente debilitado, imprescindível aos cuidados de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência, gestante, mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos, ou, homem, desde que seja o único responsável pelos cuidados de filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos, assim, comprovado algum destes requisitos, desde já, deverá o juiz proceder a substituição. Importante mencionar que o rol do referido artigo é taxativo, não permitindo extensões. (MUCCIO, 2012, p. 560).

Feita a análise sobre as espécies das penas de prisão, faz-se importante realizar uma abordagem específica acerca da prisão preventiva, bem como seus requisitos para decretação.

⁴ Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:

I - maior de 80 (oitenta) anos;

II - extremamente debilitado por motivo de doença grave;

III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;

IV - gestante;

V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos;

VI - homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.

Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo.

3 Execução penal

A denominada Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal – LEP), surgiu com a finalidade de fazer o réu cumprir a sentença penal condenatória ou absolutória imprópria (aquela que impõe medida de segurança). Importante mencionar que se deve observar conjuntamente com a Lei de Execução Penal, a Constituição Federal de 1988 e o Código de Processo Penal, para que possa ser feita uma construção lógica acerca do processo penal até a sua execução.

Iniciado um processo criminal, este passará por todas as fases, até chegar ao momento da prolação da sentença, onde o juiz prolata uma sentença absolutória ou condenatória, pondo fim ao processo de conhecimento. Após, o réu é intimado da sentença, abrindo-se prazo para recursos. Caso haja inconformismo do réu, poderá recorrer, possibilitando o direito ao duplo grau de jurisdição. Com o trânsito em julgado da sentença condenatória, seja porque houve o esgotamento de todas as vias recursais, ou porque o réu não apresentou recurso, ou, ainda, tenha sido negado provimento ao seu apelo, a sentença se torna título executivo judicial, passando-se então do processo de conhecimento ao de execução, momento em que o condenado irá cumprir a pretensão punitiva do Estado, onde será imposta a ele, a pena privativa de liberdade, restritiva de direitos e/ou pecuniária (NUCCI, 2017, p. 957).

Conforme Nunes (2013, p. 28), são três as finalidades da pena, a repressão, a prevenção ao crime e a recuperação do condenado. No entanto, a lei penal exerce uma função repressora e preventiva ao crime. Nas palavras de Nunes: (2013, p. 29)

De conformidade com as atuais normas penais brasileiras, pune-se alguém que cometeu um delito não só com a finalidade de reprimir a ação delituosa, mas, também, para servir de intimidação (prevenção) e, acima de tudo, com o condão de recuperar o criminoso. Todos sabemos que a pena não vem intimidando, a repressão ao crime deixa muito a desejar e a

reintegração social do criminoso é uma utopia. Quando concluímos que cerca de 85% dos criminosos que cumprem pena de prisão voltam a delinquir, é porque essa prisão que está aí precisa ser repensada, uma vez agonizando a cada dia que passa.

Segundo Marcão (2017, p. 28), a referida lei adotou a teoria mista ou eclética, onde, o objetivo da pena não é tão somente a prevenção, mas também a humanização. Em busca da ressocialização, se faz necessário proporcionar condições para a harmônica reintegração social do condenado, bem como do internado.

A Lei de Execução Penal (LEP) efetivamente judicializou a execução penal reconhecendo direitos aos condenados, como às assistências em favor dos presos, estabelecendo infrações disciplinares, disciplinando competências para o juiz da execução e aos demais órgãos pertencentes ao processo da execução, onde há o regramento da progressão do cumprimento das penas privativas liberdade, livramento condicional, saídas temporárias e o *sursis*, dispondo ainda sobre os tipos de estabelecimentos penais, prevendo a remição pelo trabalho, e, ainda, disciplinando o cumprimento das medidas de segurança (AMARAL, 2013).

Conforme expressamente previsto no artigo 32 do Código Penal, as penas são: privativas de liberdade, restritivas de direitos e multa.

Quanto às penas privativas de liberdade, estas podem ser de reclusão, detenção ou prisão simples, conforme explícito no artigo 33 do Código Penal, “a pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado” (BRASIL, 1940). Segundo Nucci (2017, p. 355), a pena de prisão simples é destinada as contravenções penais, logo, não pode ser cumprida em regime fechado, ela comporá apenas regime semiaberto e aberto, já a pena de reclusão é destinada para crimes mais graves e a detenção é reservada para crimes mais leves.

Quanto as penas restritivas de direito, estas vêm previstas expressamente no artigo 43 do Código Penal, são elas: prestação pecuniária, perda de bens e valores, limitação de fim de semana, prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana (BRASIL, 1940). Para que haja a substituição da pena privativa de liberdade para restritiva de direitos, devem ser preenchidos os requisitos subjetivos e objetivos previstos em lei (MARCÃO, 2017, p. 409).

Quanto a pena de multa, o procedimento para executá-la, vem previsto nos artigos 164 à 170 da Lei de Execução Penal. Vale ressaltar que a Lei 9.268/1996, deu nova redação ao artigo 51 do Código Penal, onde, a partir de então, a pena de multa passou a ser considerada como dívida de valor, para fins de execução (MARCÃO, 2017, p. 442). Trata-se de uma sanção penal, a qual consiste no pagamento de uma determinada quantia em pecúnia, fixada em lei, destinada ao Fundo Penitenciário, estas, decorrem de crimes previstos no Código Penal ou em leis especiais (NUCCI, 2017, p. 405).

3.1 Execução provisória da pena privativa de liberdade

Dá-se o trânsito em julgado da sentença no momento em que não há mais possibilidades de recurso, ou seja, esgotam-se todas as vias recursais, ou, até mesmo decorre o prazo previsto em lei para interposição de recursos.

Havendo um inconformismo com a sentença poderá a parte inconformada utilizar-se das vias recursais para uma possível reforma da sentença. No momento em que se esgotam todas as vias recursais, ou, a parte não interponha o recurso no prazo previsto em lei, ocorrerá o trânsito em julgado da sentença, não podendo mais se falar em reforma, já que se torna coisa julgada.

A coisa julgada, prevista na Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso XXXVI, possui a seguinte redação: “a lei não prejudicará

o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” (BRASIL, 1988). Da mesma forma, a Lei de Introdução ao Código Civil, em seu art. 6º, parágrafo 3º, define como coisa julgada “a decisão judicial de que já não caiba recurso” (BRASIL, 1942). Dessa forma, conclui-se que a coisa julgada penal formal veda que a sentença seja impugnada, tornando-a imutável (LAVOURA, 2013, p. 205).

Diante disso, assim que concretizada a coisa julgada sobre uma sentença penal condenatória ou absolutória, permitirá o avanço para a fase da execução da sanção penal ou da medida de segurança imposta. (LAVOURA, 2013, p. 205). Nos termos do artigo 1º da Lei de Execução Penal: “A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado” (BRASIL, 1984). Desse modo, o objetivo da execução penal é tornar efetivo o comando judicial da sentença penal condenatória proferida, impondo ao acusado uma pena privativa de liberdade, restritiva de direitos, ou multa, ou, impor uma medida de segurança (AVENA, 2017, p. 03).

Os pressupostos essenciais para o início da execução da pena privativa de liberdade, vêm previstos no artigo 105, *caput*, da Lei de Execução Penal⁵. Em regra, deve haver uma sentença penal condenatória transitada em julgado (o título judicial) e, se o réu estiver ou vier a ser preso, o juiz ordenará a expedição da guia de recolhimento, possibilitando, então, o início da execução. Ausente quaisquer desses requisitos, o processo de execução não poderá ser iniciado, pela falta dos pressupostos processuais (NUNES, 2016, p. 239).

Em regra, sabe-se que para a execução da pena, pressupõe-se primeiramente que haja o trânsito em julgado de uma sentença condenatória, tanto para defesa, quanto para a acusação. No

⁵ Art. 105. Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução.

entanto, a exceção reside aqui mesmo, pois, há a possibilidade de que o réu comece a cumprir sua pena provisoriamente, ou seja, antes do trânsito em julgado da sentença, quando ainda pendente de recurso. Fala-se em execução provisória porque ainda não ocorreu o trânsito em julgado, não havendo que se falar em coisa julgada (MARCÃO, 2008, p. 20-21). Por muito tempo considerou-se possível a execução provisória da pena quando, contra uma decisão condenatória, fosse interposto um recurso com efeito suspensivo, como, por exemplo, recurso extraordinário e especial. Entendia-se que, se o recurso interposto não suspendia o efeito principal da condenação, que seria o cumprimento da pena, esta poderia ser imediatamente executada, ordenando-se, então, a prisão imediata do réu (AVENA, 2017, p. 201).

Nesse sentido, a Súmula 267 do Supremo Tribunal de Justiça⁶ dispõe que a interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória, não obsta a prisão. Assim, percebe-se que, conforme a redação inclusive sumulada pelo STJ, torna-se permitida a prisão do réu mesmo quando pendente de julgamento de recurso, desde que esse não tenha efeito suspensivo. Entretanto, esse entendimento sumulado perde forças, tendo em vista a grande probabilidade de violação ao princípio da presunção de inocência.

Contudo, ao passar do tempo, essa decisão veio perdendo força até o momento em que houve um julgamento pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal do Habeas Corpus 84.078/MG, que, na ocasião fora proferido o entendimento pelo Relator Ministro Eros Grau, no sentido de que: (AVENA, 2017, p. 200)

ofende o princípio da não culpabilidade a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, ressalvada a hipótese de prisão cautelar, desde que

⁶ Súmula 267 STJ: A interposição de recurso sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão.

presentes os requisitos autorizadores previstos no art. 312 do Código de Processo Penal.

Entretanto, no julgamento do Habeas Corpus 126.292/SP, pelo Relator Ministro Teori Zavascki, o Supremo Tribunal Federal deliberou no sentido da viabilidade da execução provisória da pena após a confirmação da sentença condenatória em Segundo Grau de jurisdição, não implicando ofensa ao princípio constitucional da presunção de inocência. Insta salientar que a presente orientação foi reafirmada em 11/11/2016 pelo Plenário virtual do Supremo, em julgamento do Recurso Extraordinário 964.246/SP (AVENA, 2017, p. 200).

4. A execução provisória da pena de prisão e a violação do princípio da presunção de inocência

No presente tópico, será analisada a constitucionalidade da execução provisória da pena privativa de liberdade frente ao posicionamento de diversos juristas e doutrinadores. Pode-se observar duas correntes, uma que apoia o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, já a outra, que entende totalmente inconstitucional a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado, pois afronta a Constituição Federal de 1988, dentre outros princípios. Nesse viés, a possibilidade de execução provisória da pena gerou e ainda gera muita polêmica tendo em vista o conflito existente entre o princípio da presunção de inocência e o princípio da efetividade das decisões condenatórias.

Primeiramente será analisado quem defende a presunção de inocência, conforme [Piloni \(2013\)](#), quem a defende, diz que a Constituição é clara ao expressar em seu artigo 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença condenatória” (BRASIL, 1988) e, por estar expressamente previsto na Constituição Federal, fere o princípio constitucional da presunção de inocência ou não-culpabilidade. Conforme ensina

Paulo Rangel, **uma coisa é a certeza da culpa, outra, bem diferente, é a presunção da culpa.**

Segundo Borges D`Urso (2017), tal princípio está entre as principais garantias constitucionais, ao estabelecer que todo e qualquer acusado deve ser considerado inocente até a decisão final, contra a qual não caiba mais recurso, independente da acusação que lhe seja imputada. Em outros termos, ninguém poderá ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Assim, conforme a referida norma constitucional, tem-se claro que o estado de inocência deve perdurar até a sentença penal condenatória transitada em julgado. Esta é uma regra garantidora do Estado Democrático de Direito, que o acusado responda seu processo em liberdade. Como toda regra comporta exceção, aqui, não sendo diferente, eventualmente o acusado poderá ser preso, desde que presentes os requisitos previstos nos artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal, por óbvio, a prisão do acusado não lhe antecipa sua culpa. Ademais, a prisão deve perdurar somente o tempo em que estiverem presentes os requisitos, pois a liberdade individual é o bem maior garantido constitucionalmente.

Destarte, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, da Organização das Nações Unidas, prevê em seu artigo 11, parágrafo 1º, que:

Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa. (BRASIL, 1948).

Conforme Garcez (2016), pode e deve ser feita uma interpretação evolutiva do Direito, ao passar do tempo:

Não há problema algum em realizar-se uma interpretação evolutiva do direito, pelo contrário, isso é extremamente

recomendável para evitar a fossilização das normas e a aplicação de interpretações anacrônicas, divorciadas dos novos tempos. O problema, neste caso, é que a norma constitucional é “expressa e clara” ao estabelecer o momento em que a presunção de inocência deve ser derrubada, qual seja, com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Conforme explica Welsch (2008), é necessário que exista um equilíbrio entre os princípios da instrumentalidade, efetividade e celeridade com a razoável duração do processo. Nesse sentido:

Relativamente à importância dos princípios da instrumentalidade, efetividade e celeridade na concretização do acesso à justiça e na duração razoável do processo, é preciso destacar que os mesmos não podem criar óbices ao estabelecimento da segurança jurídica. Nessa ponderação, é necessário que exista um equilíbrio, uma harmonia entre tais princípios de modo que se alcance a efetividade e celeridade sem injustificado prejuízo à segurança jurídica (contraditório e ampla defesa) (WELSCH, 2008).

Segundo Garcez (2016), a decisão proferida no HC 126.292/SP está de acordo com as diretrizes internacionais, já que praticamente todos países ocidentais adotam o sistema do duplo grau de jurisdição, no entanto, não está de acordo com a Constituição Federal. Ademais, sendo um Estado Democrático de Direito, as principais regras que devem ser adotadas são as da Constituição. Outrossim, considerando a criminalidade e a impunidade que muito se percebe no País, principalmente os crimes de colarinho branco, pessoas da alta classe da sociedade que a lei parece não atingir, admite-se que o espírito da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal pode até estar correto, no entanto, não se pode deixar de reconhecer que, ao agir assim, a Suprema Corte esqueceu da sua missão, qual seja, ser a guardiã da Constituição.

Muitos alegam que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal está certa, haja vista que os réus usam demais os

recursos, tudo com o fim de impossibilitar o trânsito em julgado e atingir a prescrição da pretensão punitiva pelo Estado, gerando a impunidade que muito se observa no País. No entanto, se há recursos previstos em lei, por certo é para serem usados e que a lei também prevê filtros para o uso recursal, como para recursos extraordinários, onde deve haver repercussão geral para sua interposição, bem como a possibilidade de decisão democrática no recurso especial quando a tese já está firmada em sentido contrário do pretendido (BOTTINI, 2016).

Para [Bitencourt \(2016\)](#), o Supremo Tribunal Federal não é o dono da Constituição, e, tampouco, tem o direito de reescrever o que vinha sendo afirmado nos últimos 25 anos, onde acabou por criar uma enorme insegurança jurídica na sociedade brasileira, já que as garantias constitucionais estão flagrantemente violadas. Com a nova decisão, segundo Bitencourt, aproximadamente um terço dos condenados, provavelmente inocentes, irão cumprir pena indevidamente. O que aconteceu foi um retrocesso histórico, onde o STF ignorou os princípios e garantias previstos na Constituição, bem como nos Tratados de Direitos Internacionais.

De outro lado, aqueles que defendem a posição do Supremo Tribunal Federal, afirmam que a decisão foi justa, haja vista que anteriormente, era preciso esperar passar pelas quatro instâncias (Vara, TJ, STJ e STF) para que, finalmente, houvesse o trânsito em julgado, onde, por óbvio, os réus que possuíam maior poder econômico acabavam sendo beneficiados, já que podiam custear ótimos advogados para interpor os mais diversos recursos até a última instância, adiando a decisão final. Até alcançar o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória, poderiam passar 12, 15, 20 anos, onde, na maioria das vezes, acarretava a perda do direito de punir do Estado, pela ocorrência da prescrição. Enquanto isso os mais pobres, que não possuem recursos financeiros, muitas vezes, nem recorriam até as instâncias superiores, começando a cumprir a pena desde logo (FREITAS, 2016).

Freitas (2016), destacou ainda que é preciso pensar na família das vítimas, esperar em torno de 15, 20 anos para talvez ver o réu cumprir uma pena, seria pedir-lhes demais. Frisou estar correta a decisão do Supremo Tribunal Federal, que restaurou o equilíbrio entre o direito à liberdade e a eficiência.

Para o Promotor de Justiça do Estado de São Paulo, Barbosa (2016), a decisão do Supremo Tribunal Federal é justa e coerente, até porque país nenhum no mundo adota o entendimento de que a presunção de inocência se encerra somente com o trânsito em julgado, após o esaurimento das quatro instâncias.

Conforme Gomes (2016), a criminalidade é praticada por todas as classes sociais, no entanto, muito se observa quanto aos privilégios aos cidadãos da classe nobre da sociedade, onde se percebe a impunidade gerada quanto a estes. Assim, para Gomes, há dois sistemas mundiais para derrubar a presunção de inocência, qual seja, o trânsito em julgado e o duplo grau de jurisdição. No primeiro sistema, somente após alcançar o trânsito em julgado final, ou seja, somente após esgotados todos os meios de recursos (ordinários e extraordinários), a pena poderia ser executada. No segundo sistema, através do duplo grau de jurisdição, seria feita uma análise dupla dos fatos, provas e direito, em 1ª e 2ª instância, assim, sendo confirmada a sentença penal condenatória pelo segundo grau, se começaria a cumprir a pena, expedindo-se, desde logo, o mandado de prisão.

Assim, resta evidente que não é e está longe de se tornar um tema pacífico pelos doutrinadores, já que de um lado há quem defende a presunção de inocência e de outro, quem garante que haverá maior efetividade dar início a execução da pena após a confirmação de sentença condenatória pelo 2º grau de jurisdição, haja vista que somente eram beneficiados os réus que possuíam maior poder econômico para pagar bons advogados para interpor inúmeros recursos extraordinários, o que muitas vezes acarretava na perda do direito de punir, com a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do Estado.

Diante de todo o exposto, perfeitamente demonstrado que a execução antecipada da pena ofende o princípio constitucional da presunção de inocência, ferindo os direitos e garantias expressamente previstos em lei, o que acaba se tornando uma grande ameaça à sociedade. Não bastasse a decisão do STF ser totalmente contrária a Constituição Federal, esta, vai de encontro também com o restante da legislação, vez que o art. 105 da Lei de Execuções Penais e o artigo 283 do Código de Processo Penal, também exigem o trânsito em julgado da sentença penal condenatória para executar a pena de prisão. Outrossim, não há o que se olvidar que a impunidade continua crescendo cada vez mais no País, mas não é passando por cima da Constituição Federal, que se obterá um processo mais célere e justo. Ademais, faz-se de suma importância referir que, a execução provisória da pena, acarretará uma maior superlotação nos presídios, os quais já se encontram superlotados. Com a nova decisão do Supremo Tribunal Federal, pode-se imaginar como ficarão daqui pra frente, potencializando a ineficácia da função ressocializadora e pedagógica da pena.

5 Considerações finais

Assim, após a análise de todo o estudo feito, pode-se chegar a conclusão de que a prisão antecipada, pendente de julgamento de recurso, é manifestamente inconstitucional, vez que atenta ao princípio da presunção de inocência ou não-culpabilidade, bem como da dignidade da pessoa humana, pois o acusado é compelido a cumprir uma pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, antes de ter uma decisão definitiva.

A Constituição Federal é clara em seu artigo 5º, inciso LVII ao prever que ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado, aliás, não admite interpretação alguma, devendo ser cumprido tal preceito constitucional. Não obstante, o restante da legislação também reforça esse preceito constitucional, no artigo 105 da Lei de Execução Penal e no artigo 283 do Código de

Processo Penal, os quais são taxativos e exigem o trânsito em julgado da sentença penal condenatória para que o indivíduo possa ser recolhido à prisão, admitindo-se a exceção, no entanto, quanto a prisão preventiva, que, preenchidos seus requisitos, o indivíduo pode ser preso preventivamente, mas não como forma de cumprimento de pena e sim para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, requisitos estes, previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal, afora essa exceção, exige-se o trânsito em julgado para expedição da guia de recolhimento para execução da pena.

Assim, analisando-se toda legislação pertinente, tem-se que a decisão do Supremo Tribunal Federal é totalmente inconstitucional, vez que vai de encontro com os preceitos e garantias constitucionais. Admite-se que o processo penal brasileiro necessita sim de maior efetividade, celeridade e eficácia nas decisões judiciais, e a sociedade também clama por justiça, no entanto, não é antecipando a execução da pena do indivíduo, ignorando os preceitos e normas constitucionais que dará maior efetividade nas decisões, isso acarretará maior insegurança, vez que um indivíduo que se encontra cumprindo pena provisória, e, ao final é absolvido, evidente que o tempo perdido não lhe será devolvido, não há indenização que pague a liberdade que foi tirada de um indivíduo inocente.

Ademais, como consequência mediata do início do cumprimento da pena antecipada, terá a superlotação nos presídios, onde ficarão abarrotados de presos, alguns, injustamente, já que após o 2º grau de jurisdição, se confirmada a condenação, poderá se expedir a guia de recolhimento da execução ao condenado em segunda instância, mesmo que pendente de recurso. Ainda, é preciso admitir que a condição em que os presídios se encontram hoje é extremamente precária, sem a mínima infraestrutura para acolher a enorme quantidade de

presos e, como consequência da nova decisão do Supremo Tribunal Federal, só tende a piorar ainda mais.

Apesar de o Estado possuir o dever de punir, ou seja, ser o detentor do *ius puniendi*, ele deve o fazer observando todos direitos e garantias constitucionais previstos em lei, pois, evidente que pior que um criminoso solto, é um inocente preso.

Por fim, conclui-se o presente trabalho ressaltando que a execução provisória da pena privativa de liberdade é uma medida extremamente inconstitucional, e, para garantir maior celeridade e efetividade nas decisões, deve o Estado encontrar outra maneira que busque não ferir os direitos e garantias de todos cidadãos.

Referências

- AMARAL, Claudio do Prado. **Artigo: Evolução histórica e perspectivas sobre o encarcerado no Brasil como sujeito de direitos.** 2013. Disponível em: <<http://www.gecap.direitorp.usp.br/index.php/2013-02-04-13-50-03/2013-02-04-13-48-55/artigos-publicados/13-artigo-evolucao-historica-e-perspectivas-sobre-o-encarcerado-no-brasil-como-sujeito-de-direitos>>. Acesso em: 09 nov. 2017.
- AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Execução Penal.** 4. Ed. São Paulo: Método, 2017. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530974961/cfi/6/10!/4/2/4/2@0:0>>. Acesso em: 01 mar. 2018.
- BARBOSA, Renato Kim. **A impunidade e o alcance do princípio da presunção de inocência.** Conjur em 02 de março de 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mar-02/impunidade-alcance-principio-presuncao-inocencia>>. Acesso em: 04 maio 2018.
- BITENCOURT, Cezar Roberto; BITENCOURT, Vania Barbosa Adorno. **Em dia de terror, Supremo rasga a Constituição no julgamento de um HC.** Conjur em 18 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-fev-18/cez-ar-bittencourt-dia-terror-stf-rasga-constituicao>>. Acesso em: 05 maio 2018.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547203146/cfi/98!/4/2@100:0.00>>. Acesso em: 17 fev. 2018.

BORGES D'URSO, Luiz Flávio. **ARTIGO: Em defesa a presunção de inocência**. 2007. Disponível em:<<http://www.oabsp.org.br/sobre-oabsp/palavra-do-presidente/2007/artigo-em-defesa-da-presuncao-de-inocencia>>. Acesso em: 09 abr. 2018.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **O retorno da execução provisória da pena: os porretes de Eros Grau**.Conjurem 23 de fevereiro de 2016. Disponível em:<<https://www.conjur.com.br/2016-fev-23/direito-defesa-retorno-execucao-provisoria-pena-porretes-eros-grau>>. Acesso em: 06 maio 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de out de 1988. Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 26 nov. 2017

_____. **Lei Federal n. 2.848**, de 07 de dez de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 25 fev. 2018.

_____. **Lei Federal n. 7.210**, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm>. Acesso em: 08 abr. 2018.

_____. **Lei Federal n. 4.657**, de 04 de setembro de 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 08 abr. 2018.

_____. **Lei Federal n. 7.960**, de 21 de dezembro de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7960.htm>. Acesso em: 02 dez. 2017.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 15. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FREITAS, Vladimir Passos de. **Supremo restaura equilíbrio ao determinar execução provisória da pena**.Conjur em 21 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-fev-21/segunda>>

[leitura-stf-restaura-equilibrio-determinar-execucao-provisoria-pena](#)>.

Acesso em: 06 maio 2018.

GARCEZ, William. **A presunção de inocência na visão do STF: O julgamento do HC 126.292.** 2016. Disponível em: <<https://delegadowilliamgarcez.jusbrasil.com.br/artigos/308531136/a-presuncao-de-inocencia-na-visao-do-stf-o-julgamento-do-hc-126292>>. Acesso em: 06 maio 2018.

GOMES, Luiz Flávio. **Execução provisória da pena. STF viola Corte Interamericana. Emenda Constitucional resolveria tudo.** 2016. Disponível em: <<https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/307339417/execucao-provisoria-da-pena-stf-viola-corte-interamericana-emenda-constitucional-resolveria-tudo>>. Acesso em: 03 maio 2018.

LAVOURA, Éric. **A coisa julgada penal e seus limites objetivos.** São Paulo: Atlas, 2013. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522480623/cfi/4!/4/4@0.00:0.00>>. Acesso em: 21 jan. 2018.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal.** 11. Ed. São Paulo: Saraiva 2014.

MAGNO, Levy Emanuel. **Curso de Processo Penal.** São Paulo: Atlas 2013

MARCÃO, Renato. **Lei de Execução Penal anotada.** 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547203870/cfi/4!/4/4@0.00:0.00>>. Acesso em: 05 mar. 2018.

_____. Renato (Bianchini, Luiz Flávio Gomes). **Col. Saberes do Direito 9 - Execução Penal.** 1. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502174122/cfi/3!/4/4@0.00:0.00>>. Acesso em: 18 mar. 2018.

_____. Renato. **Prisões Cautelares, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Restritivas.** 2. Ed. São Paulo: Saraiva 2012. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502155367/cfi/3!/4/4@0.00:0.00>>. Acesso em: 30 nov. 2017

MUCCIO, Hidejalma. **Prática de Processo Penal.** 6. Ed. São Paulo: Método 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal.** 13. Ed. Rio de Janeiro: Forense 2017.

_____. Guilherme Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 14. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

NUNES, Adeildo. **Da Execução Penal**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. Disponível em <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5009-5/cfi/5!/4/4@0.00:0.00>>. Acesso em: 3 fev. 2018.

_____. Adeildo. **Comentários à Lei de Execução Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2016. Disponível em <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530973476/cfi/6/4!/4/2/4@0:0.00>>. Acesso em: 3 fev. 2018.

PILONI, Caroline de Paula Oliveira. **Princípio da não-culpabilidade: aspectos teóricos e práticos**. 2013. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/25467/principio-da-nao-culpabilidade-aspectos-teoricos-e-praticos>>. Acesso em: 08 abr. 2018.

WELSCH, Gisele Mazzoni. **A Razoável Duração do Processo (art. 5º, LXXVIII da CF/88) como garantia constitucional no sistema brasileiro e argentino**. 2008. Disponível em: <<http://www.giselewelsch.com.br/static/arquivos-publicacoes/Artigo%201%20-%20Razoavel%20Duracao%20do%20Processo%20no%20sistema%20brasileiro%20e%20argentino.pdf>>. Acesso em: 07 maio 2018.

A importância do precedente judicial na reinterpretação do conceito de interesse recursal no Código de Processo Civil de 2015

*Maria Carolina Rosa de Souza**

1 Introdução

O direito processual civil está passando por intensas transformações, especialmente com o advento do Código de Processo Civil de 2015 que pretende instituir uma nova cultura no ordenamento jurídico brasileiro. Apegado à tradição jurídica da *civil law*, o diploma processual inova ao estabelecer um sistema de precedentes judiciais no processo civil, visando à efetiva vinculação das razões de decidir apresentadas pelas Cortes Supremas às decisões prolatadas pelas instâncias inferiores. Diretamente relacionado à segurança jurídica e à isonomia dos julgamentos, o precedente judicial altera o olhar sobre o ordenamento jurídico e impõe a revisitação de determinados procedimentos e conceitos tradicionalmente implantados no processo civil.

É o que ocorre quando o sistema recursal é analisado especialmente no que refere ao requisito de admissibilidade dos

* Doutoranda na Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS, 2013. Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade Meridional - IMED, 2010. Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de Passo Fundo - UPF, 2007. Docente na Universidade Passo Fundo - UPF. Advogada integrante da banca Carles de Souza Advogados Associados. E-mail: mariacsouza@upf.br

recursos denominado de interesse recursal. Com efeito, implementa-se o pressuposto de interesse recursal quando a parte recorrente é vencida na ação, ou seja, quando a decisão lhe acarreta efetivo prejuízo, evidenciando-se a utilidade do recurso na busca por uma decisão mais favorável. Entretanto, considerando a relevância da fundamentação judicial para a criação dos precedentes judiciais, questiona-se acerca da possibilidade de o recorrente, vencedor na demanda, apresentar impugnação à decisão pleiteando tão somente o reexame de sua fundamentação.

Diante deste cenário, no presente artigo busca-se analisar a importância do precedente judicial na reinterpretação do requisito de interesse recursal, elementar para a admissão do recurso, diante da limitação de interposição do recurso somente à parte vencida na demanda. Estruturado em três tópicos, o artigo aborda, inicialmente, a finalidade dos precedentes judiciais e a força vinculante de seus fundamentos para, após, apresentar o requisito de admissibilidade de interesse recursal, com enfoque na sua tradicional conceituação e nos entendimentos doutrinários modernos acerca do tema. Por fim, pretende-se concluir pela manutenção do conceito de interesse recursal já consagrado no sistema ou pela sua reinterpretação, ampliando o significado de seus elementos.

2 Breve histórico e finalidade dos precedentes judiciais

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe para o ordenamento jurídico processual uma série de inovações voltadas, especialmente, para a efetiva satisfação do direito posto em causa e garantia da segurança jurídica às decisões judiciais, promovendo a isonomia nos julgamentos a partir das decisões proferidas pelas Supremas Cortes. De fato, afirma Donizetti que “há alguns anos o Brasil vem anunciando um novo Direito Processual, que coloca em destaque a atuação paradigmática dos órgãos jurisdicionais, notadamente dos tribunais superiores” (2017 p. 1). Dentre as

novidades apresentadas, destacam-se as regras dispostas nos artigos 926 e 927 do diploma processual civil que introduzem no sistema jurídico os precedentes judiciais.

Inspirados na tradição jurídica do *common law*, em que as decisões são proferidas com fundamento na jurisprudência criada a partir de casos anteriores, os precedentes judiciais devem se coadunar ao ordenamento jurídico brasileiro, embora a sua tradição estar embasada, principalmente, na cultura da *civil law*. Aliás, ambas as culturas jurídicas prezam pela segurança jurídica e isonomia dos julgamentos: enquanto a cultura da *civil law* prezava pela “estrita aplicação da lei e optou relacionar diretamente a igualdade à rigorosa aplicação legal, fato que gerou historicamente um intenso processo de codificação do direito e limitação do papel do juiz na interpretação” (GALIO; LAMY, 2016, p. 216-217); a cultura da *common law* “se desenvolveu pela aplicação de precedentes judiciais oriundos de casos concretos anteriores. É originário de regras não escritas, que foram criadas inicialmente por juízes ingleses e lapidadas ao longo do tempo, baseado no direito costumeiro e na continuidade” (GALIO; LAMY, 2016, p. 218).

No que tange à introdução na *civil law* das diretrizes da tradição da *common law*, importante destacar que não se trata de uma substituição no referencial cultural do ordenamento jurídico brasileiro, mas sim, do acolhimento de um novo mecanismo que visa a assegurar a igualdade nos julgamentos; a segurança jurídica ao sistema, por meio da previsibilidade das decisões; o afastamento de demandas temerárias; bem como a celeridade processual e a efetividade do Direito. Para Câmara, “o que se tem no Brasil é a construção de um sistema de formação de decisões judiciais com base em precedentes adaptado às características de um ordenamento de *civil law*” (2016, p. 428), o que significa dizer que o “nosso ordenamento, indiscutivelmente, está em nítida mudança, abandonando um pouco das clássicas premissas do sistema da *civil law*, rendendo-se às influências da teoria do *stare decisis*” (LOURENÇO, 2017, p. 1). Da lição de Lipiani depreende-se que “as

noções de que o direito legislado é suficiente à preservação da igualdade e da segurança jurídica e de que ao juiz não cabe interpretar o direito, mas somente aplicar o texto legislado ao caso concreto [...] foram superadas” (2017, p. 1). É nessa esteira que o Código de 2015 busca apresentar instrumentos capazes de efetivar as garantias processuais destacadas na Constituição Federal.

Com efeito, a teoria do *stare decisis* “constitui uma norma que densifica a segurança jurídica e promove a liberdade e a igualdade em uma ordem jurídica que se serve de uma perspectiva lógico-argumentativa da interpretação” (MITIDIERO, 2016, p. 94), opondo-se à atuação judicial afastada da interpretação da norma e focada na mera aplicação da lei ao fato. Primando pela segurança jurídica e isonomia dos julgamentos, o *stare decisis* apresenta-se em duas dimensões: na dimensão horizontal, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal possuem a função de uniformizar e manter estável a ordem jurídica, obrigando os seus julgadores a aplicarem os seus próprios precedentes; e na dimensão vertical, as Cortes de Justiça e os julgadores de primeira instância estão obrigados a aplicar os precedentes das Cortes Supremas (MITIDIERO, 2016). Sendo assim, o *stare decisis* deve ser aplicado a “todos os casos em que houver identidade entre as demandas, a partir da premissa de que causas iguais merecem soluções idênticas. Portanto, havendo identidade de causas, haverá vinculação ao precedente, como forma de garantir isonomia jurisdicional” (GALIO; LAMY, 2016, p. 215).

A estruturação de um ordenamento jurídico baseado na vinculação das instâncias inferiores aos fundamentos apresentados nas decisões proferidas pelas Cortes Supremas, no intuito de uniformização de entendimentos para as ações idênticas, é medida que se impõe e encontra amparo nos precedentes judiciais.

Na medida em que o Estado Constitucional está fundamentado na segurança, na confiança e na igualdade, ensinam Marinoni e Mitidiero que “tendo em conta a necessidade de coerência inerente a toda e qualquer ordem jurídica, é *imperioso*

que se reconheça força vinculante aos fundamentos determinantes das decisões judiciais” (2010, p. 164). Tais fundamentos judiciais decorrem “do deslocamento de uma perspectiva cognitivista [...] para uma perspectiva adscritivista da interpretação (em que se reconhece que os juízes concorrem para definição do significado do direito)” (MITIDIERO, 2016, p. 95). Nesse sentido, há uma “*alteração do referencial* da segurança jurídica: não mais apenas a *estática declaração* da lei ou dos precedentes, mas a *dinâmica reconstrução* da relação entre a lei, a doutrina e os precedentes a partir de parâmetros racionais de justificação” (MITIDIERO, 2016, p. 95).

O precedente, na lição de Câmara, “é um pronunciamento judicial, proferido em um processo anterior, que é empregado como base da formação de outra decisão judicial, prolatada em processo posterior” (2016, p. 427-428), isto é, “sempre que um órgão jurisdicional, ao proferir uma decisão, parte de outra decisão, proferida em outro processo, empregando-a como base, a decisão anteriormente prolatada terá sido um *precedente*” (CÂMARA, 2016, p. 427-428). Ensina Lourenço que o precedente judicial encontra-se na fundamentação das decisões e é originado nas normas gerais criadas a partir de casos concretos, composto tanto dos aspectos fáticos de um caso concreto quanto dos motivos judiciais declinados para aquele julgamento (2017).

Para Didier Jr., Braga e Oliveira, o precedente “é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos” (2016, p. 455). Leciona Mitidiero que os precedentes emanam sempre das Cortes Supremas e “são *razões generalizáveis* que podem ser identificadas a partir das decisões judiciais. O precedente é formado *a partir* da decisão judicial e colabora de forma contextual para a *determinação* do direito e para a sua *previsibilidade*” (2016, p. 96). A caracterização do precedente é ratificada por Galio e Lamy:

precedente pode ser definido como a decisão extraída de um caso particular, cuja essência legal passe a orientar ou mesmo vincular decisões posteriores em casos idênticos ou análogos; consiste, assim, na decisão passada utilizada para fundamentar um caso presente, em razão do convencimento provado pela qualidade da fundamentação dessa decisão passada ou em razão da previsão da natureza de precedente, atribuída pelo rol do art. 927 do CPC de 2015. [...] Este valor de precedente só lhe é atribuído se, historicamente, ele for utilizado na argumentação das partes e na fundamentação de novas decisões (2016, p. 214).

Percebe-se, então, que os precedentes judiciais podem ser compreendidos como “julgamentos proferidos em procedimentos previstos em lei voltados a formação de um precedente, apto a expressar o entendimento do Tribunal sobre uma questão de direito e a ser aplicado nos demais casos que envolverem a mesma matéria” (MONNERAT, 2016, p. 140). Nesse passo, ressalta-se que para que uma decisão seja constituída em precedente é preciso que “enfrente todos os principais argumentos relacionados à questão de direito posta na moldura do caso concreto” (MARINONI; MITIDIERO, 2010, p. 165).

Desse modo, pode-se concluir que o conceito de precedente encerra algumas características: é qualitativo, na medida em que apenas as razões de ordem jurídica, necessárias e suficientes para o exame do caso concreto são qualificadas como precedentes, sendo que a argumentação secundária exposta na decisão não se valida como precedente; é material, porque requer um caso concreto – um fato particularizado – para ser analisado em seus aspectos fáticos-jurídicos; e é funcional uma vez que o precedente se origina da interpretação que o Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça darão à questão controvertida e a norma a ela aplicada (MITIDIERO, 2016).

Então, embora importado da cultura jurídica da *common law* para uma tradição jurídica apegada à codificação do direito, em que a decisão judicial é fruto da aplicação da letra da lei ao caso

concreto e que as decisões em casos idênticos, proferidas anteriormente, não são consideradas no julgamento posterior, o precedente judicial representa um novo enfoque a ser dado na tradição jurídica brasileira. De fato, a valorização dos precedentes é necessária para “viabilizar um processo mais ágil, justo e equo, possibilitando, naqueles processos que discutam causas idênticas já pacificadas pelos tribunais, cortes procedimentais e repetição do entendimento consagrado” (MONNERAT, 2016, p. 139).

Objetivando tornar o Direito previsível e prestigiar as razões de decidir - o fundamento das decisões, o precedente judicial ganha destaque na medida em que prima pela interpretação judicial e utilização das razões de decidir de julgamentos já proferidos em igual circunstância ao caso concreto. A finalidade do sistema de precedentes é “oferecer soluções semelhantes para questões que possuam o mesmo fundamento jurídico, evitando, assim, a utilização excessiva de recursos e o aumento na quantidade de demandas” (DONIZETTI, 2017, p. 1). Sendo assim, o acolhimento de um sistema processual assentado nos precedentes judiciais “faz com que a decisão judicial tenha importância que ultrapassa o limite das partes do processo e atinge todos os jurisdicionados, já que se sujeitarão à aplicação do mesmo precedente, se participarem de demanda com objeto semelhante” (LIPIANI, 2017, p. 1).

Portanto, o sistema de precedentes judiciais trazido pelo Código de Processo Civil de 2015, além de impactar positivamente na tradição jurídica da *civil law*, agregando a ela a utilização das razões de decidir de julgamentos anteriores para embasar a decisão de casos análogos futuros, ratifica a efetivação de garantias do jurisdicionado, especialmente a da segurança jurídica, mediante a previsibilidade das decisões e a de isonomia nos julgamentos proferidos.

3 Os precedentes judiciais e a força vinculante de seus fundamentos

Nos termos da lição de Didier Jr., Braga e Oliveira, ao proferir uma decisão, o juiz cria uma norma de caráter geral, resultado da interpretação do caso concreto e sua relação com o direito positivado, podendo ser aplicada em situações futuras concretas que se assemelhem à original e que se caracteriza como a ‘razão de decidir’, alocada na fundamentação judicial; e uma norma de caráter individual, que decide a situação específica posta em causa e está alocada no dispositivo da decisão e que possui o potencial para ser alcançada pela coisa julgada (2016). As normas geral e individual produzem efeitos e, segundo Lourenço, “enquanto a norma individualizada possui apenas efeitos *inter partes*, a norma geral, utilizada como precedente, possui efeitos *erga omnes*, independentemente de manifestação judicial, podendo qualquer um ser beneficiado ou prejudicado” (2017, p. 1).

Em ambos os casos, a fundamentação é elemento de destaque na norma criada. Com efeito, é imprescindível que se realize uma ligação direta entre os fatos envolvidos no exame da causa e a tese jurídica a ser nele aplicada tendo em vista a capacidade de generalização da norma, já que “a fundamentação será a norma geral, um modelo de conduta para a sociedade, principalmente para os indivíduos que nunca participaram daquele processo, e para os demais órgãos do Judiciário, haja vista ser legitimante da conduta presente” (LOURENÇO, 2017, p. 1).

Desse modo, não basta que a decisão judicial seja mero indicativo de artigos de lei e conceitos abstratos, sem a demonstração da interligação entre eles e o fato proposto. Ela deve “expor os elementos fáticos e jurídicos em que o magistrado se apoiou para decidir. Na fundamentação das decisões judiciais o juiz deve identificar exatamente as questões que reputou como essenciais ao deslinde da causa, notadamente a tese jurídica escolhida” (DONIZETTI, 2017, p. 1).

O precedente judicial, por sua vez, origina-se na norma de caráter geral proferida pelo julgador e que se encontra na fundamentação judicial, já que o que compõe o precedente, de fato, é a ‘*ratio decidendi*’, ou seja, a argumentação motivadora daquela decisão. Para Galio e Lamy, “a *ratio decidendi* constitui a essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto (rule of law)” (2016, p. 216). Dessa forma, a vinculação está na razão de decidir: as “razões de decidir do precedente é que operam a vinculação: extrai-se da *ratio decidendi*, por *indução*, uma regra geral que pode ser aplicada a outras situações semelhantes. Da solução de um caso concreto (particular) extrai-se uma regra de direito que pode ser generalizada” (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 460). Nesse ponto, destaca-se a reflexão manifestada por Mitidiero:

ser fiel ao precedente significa respeitar as razões *necessárias e suficientes* empregadas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça para solução de determinada *questão* de um caso. Significa, portanto, respeito à *ratio decidendi*, isto é, às *razões necessárias e suficientes* constantes da *justificação judicial* ofertadas pelas Cortes Supremas para solução de determinada questão de um caso (2016, p. 96-97).

Os precedentes dividem-se em duas espécies: o precedente vinculante ou persuasivo, que deve ser obrigatoriamente aplicado pelo órgão jurisdicional e o precedente não vinculante ou argumentativo, que deve ser considerado pelo órgão jurisdicional, mas não é de utilização obrigatória, podendo ser afastado por decisão judicial que justifique a sua não aplicação ao caso em julgamento (CÂMARA, 2016). Será vinculante “quando tiver eficácia vinculativa em relação aos casos que, em situações análogas, lhe forem supervenientes. [...] é dizer, em que a *ratio decidendi* contida na fundamentação de um julgado tem força vinculante” (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 468-469).

Com efeito, “o art. 927 do CPC inova ao estabelecer um rol de precedentes obrigatórios, que se distinguem entre si pelo seu procedimento de formação” (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 474). De acordo com Monnerat, conclui-se da referida norma “que a existência de um dos pronunciamentos nele arrolados influenciam diretamente no *conteúdo da decisão judicial* dos demais processos que versem sobre o tema já sumulado ou consagrado em um dos precedentes ali identificados” (2016, p. 139). Dessa forma, enquanto o precedente vinculante possui eficácia normativa e, por isso, deve ser obrigatoriamente observado; o precedente não vinculante serve para direcionar o convencimento do julgador, sendo que quanto mais alta a hierarquia do julgador que o proferiu a decisão, maior será a sua força de persuasão (LOURENÇO, 2017).

A esse respeito, cumpre ressaltar os termos do artigo 926 do Código de 2015 ao determinar que os Tribunais estão obrigados a uniformizar a sua jurisprudência, mantendo-a estável, íntegra e coerente. Ao tempo em que o dever de uniformização da jurisprudência “pressupõe que o tribunal não pode ser omissor diante de divergência interna, entre seus órgãos fracionários, sobre a mesma questão. O tribunal tem o dever de resolver essa divergência, uniformizando o seu entendimento sobre o assunto” (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 487); a obrigação de manter estável a jurisprudência determina que “qualquer mudança de posicionamento (superação, *overruling*) deve ser justificada adequadamente, além de ter sua eficácia modulada em respeito à segurança jurídica (dever de estabilidade)” (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 488). Outrossim, é necessário que aos precedentes seja dada publicidade, ou seja, “não basta garantir que as decisões judiciais (e demais atos do processo) sejam públicas. É necessário que se reconheça que essas decisões são fonte de precedentes com força jurídica, para que se lhe dê uma publicidade adequada” (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 488).

Nem todos os fundamentos apresentados na decisão são essenciais à formação do precedente, compondo a ‘razão de decidir’ e à aplicação ao caso concreto. Existem argumentos secundários, que não produzem impacto direto no caso, chamados de *obter dictum*. Tal fundamentação, por não ser essencial, não vira precedente, na medida em que “pode ter sido utilizado por argumentação tangenciando o ponto central, portanto, mencionado de passagem, lateralmente, consubstanciando juízos acessórios, prescindíveis para o deslinde da controvérsia” (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 488). Nesse passo, o *obter dictum* é dispensável para a fundamentação e conclusão da decisão, já que é caracterizado como o “argumento jurídico, consideração, comentário exposto apenas de passagem na motivação da decisão, que se convola em juízo normativo acessório, provisório, secundário, [...] que não tenha influência relevante e substancial para a decisão” (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 489).

Outrossim, os precedentes judiciais não podem ser aplicados a todo e qualquer caso indistintamente, devendo ser consideradas todas as particularidades da questão posta em causa no intuito de que se verifique se o caso paradigma é semelhante ou não à situação objeto de exame. É nesse sentido o alerta de Donizetti: “os precedentes vinculantes não devem ser aplicados de qualquer maneira pelos magistrados. Há necessidade de que seja realizada uma comparação entre o caso concreto e a *ratio decidendi* da decisão paradigmática” (2017, p. 1).

Nesse passo, deve-se realizar uma distinção entre a questão a ser julgada e a decisão paradigma: havendo identidade entre elas, aplica-se o precedente judicial; havendo distinção, aplica-se o mecanismo denominado de ‘distinguishing’. Com efeito, “a distinção serve justamente para mostrar que não há analogia possível entre os casos, de modo que o caso está fora do âmbito do precedente” (MITIDIERO, 2016, p. 101). Conforme Didier, Braga e Oliveira,

fala-se em *distinguishing* (ou *distinguish*) quando houver *distinção* entre o caso concreto (em julgamento) e o paradigma, seja porque não há coincidência entre os fatos fundamentais discutidos e aqueles que serviram de base à *ratio decidendi* (tese jurídica) constante no precedente, seja porque, a despeito de existir uma aproximação entre eles, alguma peculiaridade no caso em julgamento afasta a aplicação do precedente (2016, p. 504).

Destaca-se, segundo Mitidiero, que “se há semelhanças relevantes entre os casos, aplica-se o precedente. A ausência de aplicação do precedente ao caso – ou a aplicação de precedente diverso daquele que é o apropriado – constitui um equívoco de julgamento” (2016, p. 118-119).

A técnica da distinção não pode ser confundida com a técnica de superação do precedente, chamada ‘*overruling*’, que se caracteriza pela revogação do entendimento vinculado no precedente judicial, o que deve ser realizado de forma argumentativa no sentido de esclarecer os motivos pelos quais aquele precedente deve ser definitivamente afastado (LOURENÇO, 2017). A superação do precedente na sua totalidade, “constitui um poder dado apenas aos órgãos que foram encarregados da sua formulação mediante um complexo encargo argumentativo, que envolve a demonstração do desgaste do precedente no que tange à sua congruência social e consistência sistêmica” (MITIDIERO, 2016, p. 101). Assim, conforme Donizeti, “o precedente é revogado, superado, em razão da modificação dos valores sociais, dos conceitos jurídicos, da tecnologia ou mesmo em virtude de erro gerador de instabilidade em sua aplicação” (2017, p. 1).

Evidencia-se, portanto, que a essência do precedente judicial encontra-se na sua fundamentação, composta pelas razões de decidir de determinado caso, devendo constar especificamente o texto normativo relacionado aos fatos concretos colocados em debate. Existindo outra demanda semelhante àquela já julgada, é possível a aplicação do precedente judicial. Não sendo o caso, pode-se utilizar da distinção para afastar o precedente daquele caso ou

da superação, caso em que o precedente deve ser eliminado definitivamente por estar ultrapassado diante da dinamização da sociedade.

4 O interesse recursal como requisito de admissibilidade dos recursos

O sistema recursal possui a relevante função no ordenamento jurídico de garantir a observância do princípio do duplo grau de jurisdição e a efetivação da segurança jurídica, colocando à disposição do litigante meios de impugnação das decisões judiciais proferidas, objetivando tanto o seu reexame quanto a adequação da aplicação e interpretação das normas jurídicas. Com efeito, os meios de impugnação subdividem-se em recursos e em ações autônomas de impugnação, sendo o primeiro, que interessa ao debate proposto, conceituado como “o remédio tendente a provocar, dentro do mesmo processo, a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração de uma decisão judicial” (MOREIRA, 2010, p. 25).

As espécies recursais constantes no sistema são taxativas e prescindem do preenchimento de requisitos para que sejam utilizadas pelo legitimado a recorrer. De fato, extrai-se da lição de Moreira que o recurso deve ser apreciado sob duas perspectivas: a da admissibilidade e a do mérito. A primeira serve para analisar o preenchimento de requisitos para recorrer impostos pela lei e a segunda para realizar o exame do mérito objeto da impugnação. O juízo de admissibilidade é sempre preliminar ao juízo de mérito e este somente ocorrerá se o primeiro for positivo. Os pressupostos gerais de admissão dos recursos dividem-se entre aqueles relativos à existência do direito de recorrer - como o cabimento do recurso interposto, a legitimidade do recorrente, o interesse na interposição de recurso e a inexistência de fato que impeça ou extinga o direito de recorrer da parte; bem como aqueles referentes ao exercício de tal direito - como a interposição

tempestiva do recurso, a observância da regularidade formal da espécie recursal e o pagamento do preparo do recurso interposto (2010). Dentre os requisitos de admissão do recurso, destaca-se o interesse recursal, tema central do presente artigo.

Tradicionalmente, o recorrente possui interesse em recorrer quando são congregados dois elementos independentes, mas complementares: a utilidade e a necessidade do recurso. Para Assis, “o interesse em impugnar os atos decisórios acudirá ao recorrente quando visar à obtenção de situação mais favorável do que a plasmada no ato sujeito ao recurso e, para atingir semelhante finalidade, a via recursal se mostrar caminho necessário” (2012, p. 170), isto é, “o interesse em recorrer conjuga estes dois fatores: o provimento do recurso deve propiciar uma situação mais vantajosa ao recorrente (utilidade) e, para isso, o recurso deve ser o único meio possível (necessidade)” (ALVIM, 2012, p. 827). A compreensão da utilidade do recurso e da sua necessidade é imprescindível para o entendimento do interesse recursal como pressuposto para a admissão da impugnação interposta.

Verifica-se a utilidade quando “o recorrente possa esperar, em tese, do julgamento do recurso, situação mais vantajosa, do ponto de vista prático, do que aquele em que o haja posto a decisão impugnada” (MOREIRA, 2010, p. 117), razão pela qual deve existir “*sucumbência*, isto é, gravame, prejuízo, causado pela decisão que se pretende recorrer, pois, do contrário, inexistirá interesse em interpor recurso daquela decisão” (ALVIM, 2012, p. 828). Há necessidade “desde que o recurso seja o único meio de que dispõe o interessado para atacar a decisão recorrida ou, ainda, desde que o interessado possa receber o benefício almejado por outro meio que não o recurso” (ALVIM, 2012, p. 828); ou seja, haverá necessidade quando ao recorrente “lhe seja preciso usar as vias recursais para alcançar esse objetivo”. Para Nery Jr., “deve o recorrente ter *necessidade* de interpor o recurso, como único meio de obter, naquele processo, o que pretende contra a decisão impugnada. [...]”

Quanto à *utilidade*, a ela estão ligados os conceitos mais ou menos sinônimos de *sucumbência*, *gravame*, *prejuízo*” (2004, p. 315).

O interesse em recorrer é conceituado “como a utilidade do recurso interposto. É que através do recurso deve o recorrente postular decisão capaz de lhe proporcionar *situação jurídica mais favorável* do que aquela que lhe é proporcionada pela decisão recorrida” (CÂMARA, 2016, p. 497). O doutrinador indica que o recurso deve ser necessário e adequado, desdobrando o interesse recursal em interesse-necessidade e interesse-adequação. Configura-se o interesse-necessidade quando o recurso é o único mecanismo de que o recorrente dispõe para impugnar a decisão pleiteando o seu reexame; e caracteriza-se o interesse-adequação quando o recurso interposto é o legalmente determinado para impugnar aquela espécie de decisão, sem prejuízo das regras relativas à convertibilidade e fungibilidade dos recursos (CÂMARA, 2016).

Depreende-se do exposto que a sucumbência ou gravame da parte recorrente está inserida no requisito de interesse recursal, caracterizando a utilidade do recurso, já que “apenas possui interesse juridicamente relevante a pessoa que tenha sido ofendida pela decisão impugnada, ainda que de forma discreta” (PORTO, USTÁRROZ, 2011, p. 95). A utilidade resta configurada quando a decisão proferida gera prejuízo à parte, levando-a a pretender situação mais vantajosa no processo, através da interposição de recurso.

Nesse ponto, ressalta-se que o artigo 996 do Código de Processo Civil, mantendo a regra inscrita no artigo 499 do diploma de 1973, indica como legitimado a recorrer a parte ‘vencida’, fazendo alusão expressa à existência de prejuízo, de sucumbência, para que o recorrente seja legítimo à impugnação.

Entretanto, a regra deve ser interpretada de forma não restritiva, na medida em que o “adjetivo deve ser entendido como abrangente de quaisquer hipóteses em que a decisão não tenha proporcionado à parte, ao ângulo prático, *tudo* que lhe era lícito

esperar, pressuposta a existência do feito” (MOREIRA, 2010, p. 117). É no mesmo sentido a lição de Assis, ao lecionar que a expressão ‘parte vencida’ é antiquada:

embora o interesse em recorrer se origine, de fato, relativamente aos pronunciamentos desfavoráveis emitidos em resposta à iniciativa das partes, revela-se manifesta a insuficiência da diretriz presa unicamente a este lado da questão. [...] a utilidade ultrapassa os limites formais que lhes impõe a ideia de sucumbência formal. Ela se configura em qualquer caso de melhoria por força da interposição do recurso próprio (2012).

Assim, evidencia-se que o interesse recursal configura-se pelo binômio necessidade-utilidade, sendo que o recurso deve ser interposto quando houver sucumbência da parte, sendo ele o único meio cabível para a impugnação daquela decisão da qual se discorda. Ademais, diretamente relacionada à sucumbência da parte está a sua legitimidade para recorrer, na medida em que o Código de Processo Civil legitima a interposição de impugnação à parte ‘vencida’, ou seja, somente pode recorrer o litigante que sofrer prejuízos com a decisão. Nesse sentido, conclusão lógica é a de que a fundamentação da decisão não pode ser objeto de impugnação se o recorrente não tiver sido sucumbente na demanda, ou seja, não é dado ao vencedor interpor recurso para pleitear o reexame dos fundamentos decisórios porque a decisão, no todo, não lhe causa prejuízo.

Ocorre que a fundamentação das decisões passou a ter destaque no cenário do sistema recursal, seja em razão da normatização dada à fundamentação das decisões judiciais no Código de Processo Civil de 2015, seja em virtude da existência dos precedentes judiciais no ordenamento jurídico brasileiro, também objeto de inovação no referido diploma processual. Desse modo, questiona-se acerca da obrigatoriedade de existência da sucumbência (prejuízo) na decisão para que haja interesse recursal, considerando a relevância da fundamentação decisória,

especialmente quando o litigante entende que aquela fundamentação não é a mais adequada ao seu caso, em que pese o resultado positivo da ação para si.

A respeito do reexame da fundamentação apresentada na decisão, ressalta Assis que “a irrecorribilidade do provimento assenta na tutela válida e eficaz conferida ao vencedor. Só cabe recurso do vencido” (2012, p. 176). Isto é, a parte vencedora na demanda não possui interesse recursal para buscar a rediscussão da fundamentação decisória, posto que a “discrepância total ou parcial entre os argumentos deduzidos pelas partes, [...] e a motivação do ato decisório nenhum efeito prático produzem fora do processo – portanto, inexistente razão plausível para o vencedor recorrer” (2012, p. 176). Para Alvim, “como regra geral, não há interesse em recorrer dos fundamentos da decisão, devendo o recurso atacar a parte dispositiva da decisão. Isso salvo algumas exceções [...]” (2012, p. 828). No mesmo sentido, Didier Jr. e Cunha afirmam que “não se pode recorrer apenas para discutir o fundamento da decisão; é preciso discordar da conclusão a que chegou o órgão jurisdicional. Não há utilidade na discussão sobre os fundamentos, sem alterar a conclusão” (2013, p. 54). O entendimento é ratificado por Neves, ao afirmar que

a doutrina tradicionalmente estuda o fenômeno do interesse de agir à luz da existência de sucumbência, o que geraria a necessidade na utilização do recurso. Essa associação decorre da concepção de que não deve existir recurso sem um prejuízo, um gravame, geradora pela decisão. Como o termo sucumbência deve ser entendido como frustração de uma expectativa inicial, resta claro que, havendo sucumbência no processo, terá havido o gravame ou a lesão exigida para a interposição do recurso (2010, p. 577-578).

Entretanto, em que pese a determinação legal e a manifestação doutrinária, é imperioso que o requisito de admissibilidade do interesse recursal seja repensado diante da

relevância da fundamentação (razão de decidir) das decisões judiciais justamente por se constituir na essência do precedente judicial, que será aplicado a casos idênticos futuros. Considerando que as razões de decidir é que constituem o precedente judicial, não é justo que o jurisdicionado não possa ter interesse no seu reexame, mesmo que a decisão não tenha lhe causado prejuízo, já que ela será objeto de novas aplicações judiciais.

Nessa esteira, novos entendimentos doutrinários surgem no sentido de alargar o conceito de interesse recursal, especialmente no que tange ao elemento utilidade, a fim de permitir que o vencedor possa impugnar a decisão judicial somente no que refere à fundamentação judicial apresentada.

Assevera Lipiani que ao jurisdicionado deve ser possibilitada a intervenção judicial tanto na formação do dispositivo da decisão, mas também na fundamentação da decisão, interferindo na formação da razão de decidir do precedente judicial, justamente por ele se constituir em fonte da norma a ser adotada nos casos futuros, servindo de comportamento do jurisdicionado a partir de então (2017). Dessa forma, a utilidade em recorrer resta mantida “ainda que inexista pretensão de alteração do dispositivo, mas exista possibilidade de alteração da fundamentação da decisão, se tal mudança for mais benéfica para o recorrente, seja por evitar a formação de um novo precedente ou por ensejar a superação do precedente existente” (LIPIANI, 2017, p. 1).

Na mesma esteira, da lição de Didier Jr. e Cunha extrai-se o entendimento de que é “possível conceber, conseqüentemente, a existência de interesse recursal limitado à discussão do precedente, que se encontra na fundamentação, independentemente da impugnação da norma jurídica individualizada, que se encontra no dispositivo” (2013, p. 55). Assim,

a regra de que o recurso da parte vencedora é inadmissível deixa de existir: o recurso de qualquer das partes tem, em regra, aptidão para admissibilidade, desde que o resultado prático

advindo com a reforma, seja do dispositivo, seja da fundamentação da decisão, traga maior vantagem à parte que pretende recorrer (LIPIANI, 2017, p. 1).

A esse respeito, interessante destacar a existência do chamado ‘caso Embraer’ para exemplificar a necessidade de alargamento do tradicional conceito emprestado ao interesse recursal, coadunando-o aos novos preceitos no ordenamento jurídico brasileiro. No caso, a empresa Embraer procedeu a uma demissão coletiva de seus funcionários em virtude da crise econômica mundial e, em razão das substanciais consequências da atitude empresária, o assunto foi levado à discussão na Justiça do Trabalho, especialmente sob os fundamentos de que as demissões seriam abusivas e lesariam a boa-fé objetiva dos funcionários. Em sede recursal, o Tribunal Superior do Trabalho afastou a abusividade das dispensas e a afronta à boa-fé dos demitidos, firmando a premissa de que para os casos futuros seria obrigatória uma negociação coletiva para a dispensa em massa de trabalhadores.

Veja-se. A Embraer foi vencedora na demanda. Contudo, a fundamentação judicial apresentada não contempla os seus interesses, uma vez que impõe à empresa a obrigatoriedade de negociação coletiva para as futuras demissões. Por essa razão, e objetivando a rediscussão, tão somente, do fundamento judicial, a Embraer interpôs recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal. A Corte Suprema, por sua vez, ao invés de inadmitir o recurso pela ausência de interesse recursal (elemento utilidade não configurado, por inexistir prejuízo), validou a sua admissão, em que pese não ter sido vencida na ação. A intenção da empresa Embraer era, justamente, a de alterar o precedente judicial que havia sido criado – obrigatoriedade de negociação coletiva para as demissões futuras –, blindando a empresa de que outros casos se propagassem, evitando a formação de um precedente desvantajoso para o jurisdicionado.

Portanto, o referido caso concreto serve de referência para uma reinterpretação do conceito de interesse recursal, especialmente diante da transformação do ordenamento jurídico brasileiro com o acolhimento dos precedentes judiciais em sua cultura de *civil law*.

5 Considerações finais

Não resta dúvida de que o Código de Processo Civil de 2015 propõe o lançamento de um olhar inovador para o ordenamento jurídico e um repensar de seus procedimentos e conceitos fundamentais. A introdução dos precedentes judiciais no sistema mexe com a cultura jurídica brasileira e, principalmente, modifica a forma de o jurisdicionado e o operador do direito encarar o processo e respeitar a hierarquia das decisões judiciais. Nessa esteira, analisando especificamente o sistema recursal percebe-se que o interesse recursal, requisito de admissibilidade dos recursos, encontra-se em desalinhamento com a proposta essencial dos precedentes de valorização das razões de decidir dos julgamentos.

Tradicionalmente, o interesse recursal configura-se pelo binômio necessidade e utilidade do recurso, sendo o recurso necessário quando não houver outro meio para a impugnação da decisão e caracterizando-se como útil quando o recurso puder melhorar a situação do recorrente no processo. Ocorre que, em virtude da relevância a que fundamentação judicial é galgada, questiona-se sobre a possibilidade de o recorrente apresentar impugnação somente para buscar a modificação das razões de decidir do julgamento, sem que isso altere a sua posição já validada como vencedora da demanda.

Ora, tradicionalmente, o interesse recursal, sob a perspectiva da utilidade, é claro ao determinar que somente terá interesse o jurisdicionado que for sucumbente, prejudicado com a decisão, do que decorre a possibilidade de somente a parte vencida na demanda poder recorrer da decisão, vedando-se ao vencedor da

demanda a interposição de recurso, mesmo que contrário à fundamentação judicial apresentada.

Contudo, diante da importância do precedente judicial no ordenamento jurídico, fazendo com que os fundamentos das decisões proferidas pelas Cortes Supremas vinculem as decisões proferidas nas instâncias inferiores, aliado ao fato de que tal vinculação é obrigatória no sistema, impõe-se a reinterpretação do conceito de interesse recursal, especificamente quanto à utilidade do recurso, posto que não mais se coaduna ao sistema processual ditado pelo Código de 2015. Desse modo, não se trata de promover uma nova conceituação de interesse recursal, mas sim, de apresentar uma interpretação diferenciada para este requisito de admissibilidade dos recursos, principalmente quanto à utilidade da impugnação.

Assim, justamente porque a fundamentação (razão de decidir) é o vetor primordial para uma cultura jurídica amparada nos precedentes judiciais, o interesse recursal deve manter-se compreendido por meio do binômio necessidade e utilidade do recurso, alargando-se o entendimento de utilidade do recurso. Estará preenchido o elemento da utilidade do recurso tanto quando a parte é vencida na ação e pretende a impugnação para buscar uma melhoria na sua situação processual; quanto quando, embora vencedora, pretenda a modificação da fundamentação utilizada, pelo fato de ser ela a base do precedente judicial futuro, a ser aplicado nos casos análogos. Nesse sentido, mesmo que o jurisdicionado obtenha uma decisão favorável a si no processo (dispositivo positivo), no intuito de validar um fundamento que entende necessário para que a razão de decidir do precedente seja mais vantajoso, poderá ele interpor recurso contra a decisão, imbuído de interesse recursal para tanto.

Portanto, imprescindível que o requisito de interesse recursal, necessário à admissão dos recursos, seja reinterpretado de forma a ampliar o espectro de sua utilidade, congregando tanto ao vencedor quanto ao vencido a possibilidade de impugnar a

decisão, mesmo que apenas pugnando pelo reexame da sua fundamentação judicial.

Referências

ALVIM, Eduardo Arruda. *Direito processual civil*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2016.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. vol. 3. 11.ed. Salvador: Jus Podivm, 2013.

_____; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. vol. 2. 11.ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

DONIZETTI, Elpídio. *A força dos precedentes no novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.elpiodonizetti.jusbrasil.com.br>. Acesso em 15 de março de 2017.

GALIO, Morgana Henicka; LAMY, Eduardo. Considerações iniciais sobre os precedentes e sua fundamentação no CPC de 2015. In: LAMY, Eduardo. *Aspectos polêmicos do novo CPC*. vol. 2. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

LIPIANI, Júlia. *Reconstrução do interesse recursal no sistema de força normativa do precedente*. Disponível em: <http://www.civilprocedurereview.com>. Acesso em 15 de março de 2017.

LOURENÇO, Haroldo. *Precedente judicial como fonte do Direito: algumas considerações sob a ótica do novo CPC*. Disponível em: <http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br>. Acesso em 15 de março de 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: críticas e propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

- MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. O precedente qualificado no processo civil brasileiro. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; OLIVEIRA, Pedro Miranda de. (Org.). *Panorama atual do novo CPC*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. Edição revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- NERY JR., Nelson. Teoria geral dos recursos. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 2.ed. São Paulo: Método, 2010.
- PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. *Manual dos recursos cíveis*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

Justiça Restaurativa como possibilidade de solução para os casos de cyberbullying entre crianças e adolescentes

Elisângela Borges Partichelli¹

1 Introdução

Com a implementação de novas tecnologias o sistema penal contemporâneo não conseguiu acompanhar a evolução tecnológica, assim, não oferece soluções eficazes na resolução de conflitos virtuais, contudo, nota-se que a violência no ciberespaço é cada vez mais frequente e produz efeitos devastadores e incalculáveis, isso devido ao raio de extensão infinitamente maior do que a agressão física é capaz de atingir e ainda a rapidez que as notícias se propagam.

Dessa forma, há possibilidade de discussão de novos modelos de justiça criminal, um modelo mais humano para operar na justiça penal, ou seja, a Justiça Restaurativa, que se caracteriza como alternativa na resolução de conflitos. Nesse novo ramo do Direito busca-se regular relações entre indivíduos, utilizando técnicas de negociação, mediação, arbitragem e conciliação, focando, principalmente, na participação da vítima, no diálogo,

¹ 143877@upf.br

reparação dos danos causados, responsabilização do ofensor não o excluindo, e ainda restaurar os relacionamentos rompidos.

Diante desse cenário, o presente trabalho tem por objetivo principal tratar da violência entre crianças e adolescentes no meio virtual, prática conhecida como cyberbullying. Traçou-se um plano de ação para impedir o aumento e continuidade do ciclo de violência. Além disso, vê-se possível a resolução do conflito de uma forma mais plena, de modo a incentivar o convívio pacífico entre as partes envolvidas na alteração, proporcionando um estado de paz social.

2 Violência no âmbito escolar

A violência escolar se manifesta das mais diversas maneiras, chegando a se expandir para fora do ambiente escolar, conforme disserta Nunes:

A escola é palco de uma diversidade de conflitos, entre os quais os de relacionamento, pois nela convivem pessoas de variadas idades, origens, sexos, etnias e condições socioeconômicas e culturais. Assim, todos na escola devem estar preparados para o enfrentamento da heterogeneidade, das diferenças e das tensões próprias do relacionamento escolar, que muitas vezes podem gerar dissenso, desarmonia e até desordem. Vários são os fatores que os desencadeiam entre os alunos na convivência escolar: a rivalidade entre grupos; as disputas de poder; a busca de afirmação pessoal; as resistências às regras; os desentendimentos e as brigas; o bullying; os conflitos de interesses; os namoros; as perdas de bens escolares; os assédios; o uso de espaços e bens; a falta de processos para a construção de consensos; as necessidades de mudanças; a busca por novas experiências; as reações a manifestações de injustiça, entre outras².

² NUNES, Antonio Ozório. **Como restaurar a paz nas escolas: um guia para educadores**. São Paulo: Contexto, 2011, p. 16.

É indiscutível, que a educação reflete expressamente na vida dos estudantes, portanto as instituições de ensino têm um papel importantíssimo na inclusão de crianças e adolescentes, pois é fundamental promovê-la. Nas instituições onde a violência se mostra cada vez mais presente, é necessário adotar novas alternativas na resolução do conflito.

Segundo Abramovay, “ao atingir a escola, a violência trouxe reflexões de toda ordem, mas seus efeitos podem ser sentidos ou percebidos especialmente nas relações sociais e no aprendizado”³.

Quando se detecta um problema do âmbito escolar, busca-se a responsabilização do autor do fato por meio da punição, esse tipo de procedimento não tem apresentado resultados positivos, visto que não previne futuros conflitos, nem restaura os relacionamentos prejudicados, e conseqüentemente acaba aumentando ainda mais o ciclo da violência. Contudo, os princípios restaurativos podem ser utilizados para solucionar vários tipos de conflitos, inclusive os que surgem nas escolas.

Ainda sobre esta complementação do sistema de resoluções de conflito:

Pelos recursos tradicionais, um aluno que pratica uma infração é punido, mas essa punição não provoca, em geral, uma reflexão sobre as causas que estão na origem do conflito. Através das práticas restaurativas, ao contrário, as partes são ouvidas e podem atacar as causas do conflito, restabelecendo o diálogo e prevenindo comportamentos semelhantes no futuro⁴.

3 Cyberbullying

O termo cyberbullying surgiu da expressão bullying, que segundo a Lei nº 13.185/2015⁵ é a palavra utilizada para descrever

³ ABRAMOVAY, Miriam. **Cotidiano das escolas: entre violências**. Brasília: UNESCO, 2006, p. 44.

⁴ NUNES, 2011, p. 45-46.

⁵ BRASIL, Lei n. 13.185 de 6 de novembro de 2015. Lei do Bullying.

“todo ato de violência física ou psicológica, intencional e repetitivo, que ocorre sem motivação evidente, praticado por indivíduo ou grupo, contra uma ou mais pessoas, com o objetivo de intimidá-la ou agredi-la, causando dor e angústia à vítima, em uma relação de desequilíbrio entre as partes envolvidas.”

A expressão *cyberbullying*, segundo Belsey pode ser definido como “a prática que envolve o uso de tecnologias da informação e comunicação para dar apoio a comportamentos deliberados, repetidos e hostis praticados por um indivíduo ou grupo com a intenção de prejudicar outrem”⁶.

Por ser uma forma de violência virtual, os agressores se utilizam de meios tecnológicos, que chegam a contaminar milhões de pessoas através da web:

O *cyberbullying* pode ir de um e-mail ameaçador, um comentário ofensivo, um boato maledicente publicado de forma aberta numa comunidade virtual até uma perseguição que ultrapassa o mundo do teclado e vai para o universo físico. As formas são variadas, assim como os conteúdos. A intenção é sempre a mesma: desestabilizar a vítima⁷.

Essa prática também é conhecida como coerção cibernética ou, abuso online, continua Savazoni com seu entendimento: “[...] é algo que está acima da ‘encheção de saco’. O *cyberbullying* é um ato criminoso, cruel e, sobretudo, covarde, enquadrado na mesma categoria da tortura psicológica com agravantes de humilhação social”⁸.

O *cyberbullying* compreende as agressões e humilhações que acontecem no meio virtual (ciberespaço), o que as permite alcançar um raio de extensão infinitamente maior do que o *bullying* direto (que é quando há participação imediata da vítima no lugar da

⁶ BELSEY, B. *Cyberbullying.org*, 2003. Disponível: <http://www.cyberbullying.org/>.

⁷ SAVAZONI, R. *Para entender a Internet. NãoZero*. 2009, p. 62.

⁸ SAVAZONI, 2009, p. 62.

violência), tornando-se imensuráveis os danos causados ao ofendido.

Desta maneira, verifica-se que a “Internet não é simplesmente uma rede que interliga as informações do mundo. Ela conecta todas as pessoas reais junto com suas personalidades irreais, perfis virtuais e doenças mentais”⁹.

Para Silvana Drumond Monteiro,

[...] o ciberespaço é um ambiente que nos permite inúmeras possibilidades de mundo “real”. Podemos afirmar que se trata de um local real, porém não físico. É um ambiente onde pessoas do mundo todo podem interagir sem estar, de fato, presentes. É um novo espaço de comunicação, representação e interação. O termo ciberespaço, em sua etimologia, já nos propõe essa nova noção: cyber-espaço, ou seja, um espaço diferente, cibernético, com novas possibilidades e implicações¹⁰.

Como as agressões acontecem no mundo virtual, por muitas vezes o agressor consegue manter o anonimato, e isso gera ao agente uma tendência à irresponsabilidade graças à sensação de liberdade oriunda da grande probabilidade de que as ações cometidas não serão punidas. Como na grande maioria dos casos os perfis utilizados são falsos. Atualmente já existe um processo que permite encontrar e localizar a fonte (detecção do número do IP do computador que foi utilizado), mas é um procedimento demorado, causa mais desgaste emocional a vítima e a sua família, aumentando expressivamente os danos sofridos e a dor da incerteza do futuro.

Segundo Maria Tereza Maldonado “[...] o silêncio encoraja o agressor a ser mais violento. Principalmente no cyberbullying, em que o covarde se esconde no anonimato da rede”¹¹.

⁹ SAVAZONI, 2009, p. 62.

¹⁰ MONTEIRO, Silvana Drumond. O Ciberespaço: o termo, a definição e o conceito. In: **Revista de Ciência da Informação**, Londrina: Revista de Ciência da Informação, v. 8, n. 3, jun. 2007, p. 01.

¹¹ MALDONADO, Maria Tereza. **A face oculta: uma história de bullying e cyberbullying**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 72.

O agressor se utiliza do potencial da tecnologia para espalhar informações, fotos, vídeos, entre outras coisas com o intuito de causar sofrimento à vítima. Porque, além, do mais a facilidade e acessibilidade do meio virtual é imensamente maior que no mundo real, pois pode realizar as agressões em qualquer horário, tornando a perseguição quase ininterrupta. A pessoa agredida se torna involuntariamente um personagem ‘público’, sujeito a novos ataques de diversos agressores e espectadores, o que aumenta a gravidade do ato praticado.

As vítimas têm medo de serem punidas ou censuradas, por esse motivo não comentam sobre as agressões que sofrem no ciberespaço com familiares, os quais podem associar erroneamente essa ocorrência à imprudência dos filhos no uso dos meios de comunicação tecnológica. É muito difícil que os ofendidos denunciem o ofensor, pois temem que a represália aumente, que os familiares os deixem sem o uso desses meios, mas quando decidem denunciar, desempenham um papel de grande importância, porque são responsáveis pela apuração dos fatos para que o agressor possa ser punido.

É evidente que o uso dos meios e dos recursos tecnológicos são utilizados para diversas finalidades. Conforme Tognetta, L.R.; Bozza:

Essa nova realidade de relações interpessoais, explicitadas pelas inúmeras formas de relacionamento virtual, tem sido alvo de investigações que nos trazem à tona um novo desafio contemporâneo que é compreender as manifestações violentas nesse meio¹².

Este tipo de violência, ultrapassa o limite de tempo e local, os lugares antes considerados protegidos e seguros para as crianças e

¹² TOGNETTA, L.R.; BOZZA, Thais Leite. **Cyberbullying: quando a violência é virtual – Um estudo sobre a incidência e sua relação com as representações de si em adolescentes**. In: GUIMARAES, Áurea M.; PACHECO E ZAN, Dirce Djanira. Anais do I Seminário Violar: Problematicando juventudes na contemporaneidade. Campinas, SP: FE/UNICAMP, 2012, p. 11.

adolescentes, passou a ser invadido, o que aumenta o alcance das agressões sobre a vítima.

Segundo o Conselho Nacional de Justiça:

Uma das formas mais agressivas de bullying, que ganha cada vez mais espaços sem fronteiras é o cyberbullying ou bullying virtual. Os ataques ocorrem por meio de ferramentas tecnológicas como celulares, filmadoras, máquinas fotográficas, internet e seus recursos (e-mails, sites de relacionamentos, vídeos). Além de a propagação das difamações ser praticamente instantânea o efeito multiplicador do sofrimento das vítimas é imensurável¹³.

E levando em consideração que bilhões de pessoas tem acesso à internet, seria praticamente impossível calcular a repercussão e o número que espectadores atingidos, sendo assim, o dano e a exposição a violência são extremamente maiores. É muito frequente ter espectadores se tornando coautores no cyberbullying, o que cria um vínculo com a responsabilização do delito, os participantes podem vir responder perante a lei.

Segundo doutrinador Neto¹⁴ o Cyberbullying é intensificado pelo uso da Internet, principalmente pelas crianças e adolescentes, que são os principais alvos e agentes dessa prática, os quais não tiveram orientação ética e legal na utilização de recursos tecnológicos, ausência de limites, a insensibilidade, a insensatez, os comportamentos inconsequentes, a dificuldade de empatia, a certeza da impunidade e a falsa crença da não identificação.

Conforme dados informados por Neto, o bullying é mais frequente entre os menores com idades entre 11 e 13 anos. Ele também aponta que:

“Nos casos em que alunos armados invadiram as escolas e atiraram contra colegas e professores, cerca de dois terços desses jovens eram vítimas de bullying e recorrem às armas para

¹³ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Bullying: cartilha 2010 - justiça nas escolas*. Brasília 2010.

¹⁴ NETO, Aramis A. SAAVEDRA Lúcia H. *Diga não ao bullying*. Rio de Janeiro, ABRAPIA, 2004.

combater o poder que os sucumbia. As agressões não tiveram alvos específicos, sugerindo que o desejo era “matar a escola”, local onde diariamente todos os viam sofrer e nada faziam para protegê-los¹⁵.

O perfil mais comum entre as vítimas são: crianças e adolescentes inseguras, tímidas, com dificuldade de comunicação; os que se destacam na escola como ótimos alunos, acabam estimulando os ataques.

Para Fante¹⁶ e Silva¹⁷, a vitimização também está ligada ao cyberbullying que é a violência que acontece dentro do meio virtual. As autoras, coincidindo em suas formulações, caracterizam três tipos de vítimas:

- 1) Vítimas típica: apresenta dificuldade de socialização, sua conduta habitual é pacífica, no que se refere ao infanto-juvenil entra o preconceito, discriminação e negação das diferenças; com os adultos, normalmente, se materializa pela disputa do poder, dominação dos seus iguais.
- 2) Vítima provocadora: seu comportamento provocador atrai agressões que, na maioria das vezes, não sabe lidar com elas; e, mormente, causa tensão no ambiente em que se encontra.
- 3) Vítima agressora: é a que reproduz os maus tratos sofridos em uma pessoa mais fraca, é uma forma de compensação pelo seu sofrimento, esse comportamento é o disseminador da conduta cyberbullying.

Os espectadores também são fundamentais, visto que contribuem para a continuidade do conflito; existem os que não realizando as agressões, mas acabam influenciando seu

¹⁵ NETO, 2004, p.

¹⁶ FANTE, Cleo. **Fenômeno Bullying: Como prevenir a violência nas escolas e educar para a paz**. 1ª ed. Verus. São Paulo, 2005.

¹⁷ SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **Bullying: Mentos Perigosas nas Escolas**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010, p. 188.

seguimento, transformam-se em coautores¹⁸; por outro lado existem os que tem acesso, mas não ajudam a repassar algo contra vítima só que também não denunciam as agressões.

Segundo Silva A existem três grupos distintos de espectadores:

- 1) Espectadores passivos (são os que testemunham a agressão, mas por medo absoluto não fazem nada).
- 2) Espectadores ativos (são os que ‘dão apoio moral’ ao agressor com incentivos apesar de não se envolverem diretamente).
- 3) Espectadores neutros (são os que “por uma questão sociocultural não demonstram sensibilidade pelas situações de bullying que presenciam, [...] são acometidos por uma ‘anestesia emocional’”¹⁹).

É importante destacar que muitas pessoas enfrentam as consequências trazidas pelo cyberbullying e que elas são extremamente perigosas, podendo deixar sequelas para o resto da vida da vítima.

Em todos os âmbitos, há necessidade de atenção e cuidado com relação as vítimas, o cyberbullying gera consequências devastadoras, pois afetar a vida psicologicamente, podendo acarretar depressão, falta de atenção na escola, isolamento, baixa autoestima, insegurança e em casos mais graves podem levar a pessoa a cometer suicídio.

Para Silva A,

Dentre estas consequências destacam-se: medo, angústia, pesadelos, falta de vontade de ir à escola ou rejeição da mesma (porque na maioria da vezes a violência que aparece no meio virtual se estende ao mundo real), ansiedade, dificuldades de relacionamento interpessoal, dificuldade de concentração, diminuição do rendimento, dores de cabeça, dores de estômago e

¹⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**, v.1: parte geral. 23. São Paulo Saraiva 2016 1 recurso online ISBN 9788547215927, p. 571 e 572.

¹⁹ SILVA, 2010, p. 46.

dores não especificadas, mudanças de humor súbitas, falta de apetite ou apetite voraz, insônias, ataques de pânico, abuso de álcool e/ou estupefacientes, automutilação e stress²⁰.

O dano causado a vítima é de difícil reparação, isso se deve a natureza não patrimonial dos direitos envolvidos, no entanto há que se pensar em formas alternativas que preservem a integridade e o sentido do direito. Nestes termos não cabe à sociedade eliminar a prática do ato ilícito, mas garantir formas dialógicas para resolver os conflitos gerados.

Medidas preventivas são as melhores opções para evitar a ocorrência do cyberbullying, a prevenção deve ser realizada pelas escolas, instituições de ensino e principalmente pelos pais, com a finalidade de orientar no sentido de conscientizá-los sobre o uso correto dos meios eletrônicos. Assim, é importante detalhar os limites do uso da tecnologia e as consequências das condutas praticadas no meio virtual.

Se a justiça comum for acionada, os indivíduos menores sofrerão medidas socioeducativas previstas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, mas sabemos que o atual sistema brasileiro não reintegra o infrator a sociedade, muito pelo contrário, ele marginaliza o indivíduo, tanto que não respeita os direitos humanos.

Para Fante existem algumas sugestões que podem prevenir o cyberbullying:

- Educar as crianças e os adolescente sobre como usar as ferramentas tecnológicas do meio virtual e como se comunicar através elas de forma ética, responsável e segura.
- Mostrar as crianças e aos adolescentes os riscos de postarem fotografia, vídeos e outros dados pessoais no ciberespaço, pois podem ser utilizados por qualquer pessoa para praticar atos de cyberbullying.

²⁰ SILVA, 2010, p. 61.

- Pais e educadores devem prestar atenção no comportamento de seus filhos e educandos e no que lhes dizem sobre casos de cyberbullying, não devem se limitar a subestimar, criar falsos sentimentos de segurança ou até ignorar as situações que lhe são reportadas pode fazer com que essas situações se agravem.
- Não se ajuda uma vítima castigando-a, se a criança for vítima de cyberbullying, não lhe tire o direito de acesso aos meios de comunicação e informação.
- É importante fazer com que a vítima tenha certeza que você vai fazer o possível para solucionar o caso.
- Monitorar a utilização das tecnologias da informação e comunicação, buscar posicionar o computador em locais não isolados, preferindo os locais de mais circulação da casa. Também tem a opção de instalar programas de controle, tendo acesso a todos os endereços visitados²¹.

A implementação de programas para combater a violência no ciberespaço, pode melhorar a vida de muitas crianças e jovens que sofrem em silêncio, pois ficam com vergonha e medo de denunciar. Devido a isso, muitas vezes são submetidos a situações horríveis, pois ficam impossibilitados de se defenderem.

O mundo contemporâneo requer a participação das crianças, jovens e adultos na luta de combate ao cyberbullying. Silva à vista disso:

As gerações mais novas têm uma vida digital, além da vida real, que faz parte de sua conduta e da construção do seu conhecimento. Sendo assim, os educadores precisam se adequar, jamais permitindo que uma criança ou adolescente seja objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, conforme o art. 5º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), disposto na lei 8.069, de 13 de julho de 1990. É importante instruir os alunos para que tenham uma conduta virtual ética e usem a internet com moderação e limites é a melhor maneira de evitar que corram riscos neste

²¹ FANTE, 2005, p. 40-45.

ambiente. Dessa forma, eles poderão se proteger do Cyberbullying²².

Por fim, cabe abordar a importância de se utilizar de todos os esforços cabíveis para coibir as práticas do cyberbullying, pois normalmente as vítimas se sentem insegurança, com medo e acabam não denunciando as agressões sofridas, frente a isso o Brasil avançou bastante, pois as vítimas começaram a denunciar.

4 Justiça restaurativa: um novo paradigma para a resolução de conflitos

A Justiça Restaurativa é uma técnica de resolução de conflitos, que utiliza conjuntamente a arbitragem, a mediação e a conciliação para tentar dirimir o conflito existente entre os envolvidos. Busca por meio de um diálogo a aproximação da vítima e do agressor, para restabelecer a paz social. A participação ativa no procedimento faz com que os participantes passem a “sentir a justiça”.

Segundo Zehr a justiça restaurativa é definida como:

A Justiça Restaurativa é um processo para envolver, tanto quanto possível, todos aqueles que têm interesse em determinada ofensa, num processo que coletivamente identifica e trata os danos, necessidades e obrigações decorrentes da ofensa, a fim de promover o restabelecimento das pessoas e endireitar as coisas, na medida do possível²³.

Esse método de resolução de conflitos é realizado por um ou mais mediadores, embora seja um instrumento eficaz ninguém pode ser forçado a participar, tem que ser um procedimento

²² SILVA, Elenice da. **Combate ao bullying por meio de princípios e práticas da justiça restaurativa**. 1. ed. Curitiba: InterSaberes, 2017, p. 58-59.

²³ ZEHR, Howard. **Justiça restaurativa: teoria e prática**. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athenas, 2012, p. 49.

voluntário adotado pelas partes. O importante é atingir o resultado restaurativo e chegar a um acordo, atendendo todas as necessidades dos envolvidos e a reintegração social entre eles.

A visão e a prática da Justiça Restaurativa são compostas por vários valores fundamentais que distingue a justiça restaurativa dos mais diversos métodos utilizados para a resolução de conflitos. O autor Zehr destaca os mais importantes desses valores:

A **Participação** dos afetados pelo crime, que passam a adotar uma postura ativa e decisória. O **Respeito** pelos valores do ser humano, independentemente de sua origem cultural, racial, social, religiosa etc. **Honestidade** no falar e agir, sem ocultar sentimentos pessoais de honra ou desonra, raiva ou alegria, provocados pelo fato criminoso. **Humildade** no reconhecimento da falibilidade e vulnerabilidade do ser humano. **Interconexão** dos laços sociais e reconhecimento de todos os envolvidos no conflito como membros de uma rede de relacionamento, num processo comunitário. **Responsabilidade** das partes por suas condutas e reflexão sobre as consequências delas decorrentes, em especial daquele que executou o ato criminoso. O **Empoderamento** das partes para livre manifestação de sua vontade e seus interesses. **Esperança** de cura para as vítimas, a esperança de mudança para os infratores e a esperança de maior civilidade para a sociedade²⁴.

Os valores supracitados são fundamentais para que os círculos e reuniões tenham caráter verdadeiramente restaurativo, os procedimentos devem enfatizar a importância desses valores e adaptá-los conforme o local e contexto. Tais valores podem ser prejudicados por meio de uma relação conflituosa, por isso os processos restaurativos presam por manter e restabelecer todos os valores, prejudicados ou não, durante a realização das etapas do procedimento.

²⁴ ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: Um novo foco sobre o crime e a justiça**. São Paulo: Palas Athena, 2008, p. 95.

Para adotar a justiça restaurativa, as pessoas envolvidas devem ser informadas adequadamente sobre seu funcionamento e suas implicações, dependendo da aceitação consensual para ser colocada em prática.

É impossível a prática da Justiça Restaurativa se não houver voluntarismo das partes, uma vez que essa é uma das características que distinguem o processo Reintegrativo da Justiça Penal Tradicional. Inclusive, mesmo após iniciado o processo restaurativo, os mediadores podem revogar o consentimento exaurido anteriormente e, ato contínuo, desistirem da tentativa de reparação sem quaisquer prejuízos para posteriores atos processuais no âmbito da Justiça Penal Tradicional²⁵.

Os princípios restaurativos podem ser utilizados em todos os tipos de conflitos, inclusive nos que surgem no meio virtual. Conforme Zehr:

A Justiça Restaurativa parte de três princípios fundamentais: I) O crime causa um dano às pessoas e às comunidades; II) Causar um dano acarreta uma obrigação; III) A obrigação principal é reparar o dano.²⁶

É importante a aplicação da justiça restaurativa porque ela não busca somente resolver o conflito, mas a solução mais adequada ao caso de forma que as partes envolvidas tenham os valores que foram prejudicados, reconstruídos. Trazendo também a possibilidade de o agressor tomar conhecimento do sofrimento que ocasionou a vítima, podendo vir a se sensibilizar ao saber das consequências que está produzindo a vida de outra pessoa.

Em relação às práticas, para Tello, as formas mais conhecidas de Justiça Restaurativa são:

²⁵ SANTOS, Lucas Nascimento. **Justiça Restaurativa e princípio da presunção de inocência: a possibilidade de uma coexistência harmoniosa.** (Dissertação do Mestrado em Direito – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2013, p. 142). Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/11321>. Acesso em 24 de março de 2018.

²⁶ ZEHR, 2008, p. 170-172.

I) Mediação vítima-ofensor, que consiste no encontro entre vítima e ofensor; II) Conferências familiares – nesses encontros, além da vítima e do ofensor, se incluem os familiares ou pessoas de apoio do ofensor e da vítima e os demais que tendem a participar na qualidade de agentes do Estado como a polícia e assistentes sociais; III) Círculos, além de incluir a vítima e o ofensor, seus respectivos familiares e apoios, estão abertos a qualquer pessoa representativa da comunidade que tenha um interesse em envolver-se no assunto. Os membros do sistema judicial também podem participar²⁷.

Zehr²⁸ cita duas necessidades muito importantes para as vítimas que são negligenciadas, a de informação – que é quando a vítima precisa ter conhecimento dos fatos e também quais as consequências resultante do ato lesivo, as respostas devem ser obtidas direta ou indiretamente com o agressor - e a de empoderamento – com o delito, a vítima sente não ter mais controle de seu corpo, sonhos e bens, segundo o autor, o envolvimento da pessoa ofendida no processo pode ser uma forma de ela retomar o controle e o senso de poder.

É necessário estimular o infrator para que o mesmo compreenda que seus atos trazem consequências à sociedade e ao ofendido, então deve assumir sua responsabilidade, porém sem esquecer as necessidades que possui, como “a. Cura dos males que contribuíram para o comportamento lesivo; b. Oportunidades de tratamento para dependências químicas e/ou outros problemas; e c. Aprimoramento de competências pessoais”²⁹.

A Organização das Nações Unidas editou a Resolução nº 12, de 24 de julho de 2002, para estimular os países a adotarem práticas restaurativas, conforme dita seu preâmbulo, que:

²⁷ TELLO, Nancy F. **A justiça restaurativa: um programa integral de atenção e prevenção do delito.** In: Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal, São Paulo, nº 52, out./nov. 2008, p. 203-205.

²⁸ ZEHR, 2012, p. 25 e 26.

²⁹ ZEHR, 2012, p. 28.

[...] essa abordagem [restaurativa] propicia uma oportunidade para as vítimas obterem reparação, se sentirem mais seguras e poderem superar o problema, permite os ofensores compreenderem as causas e consequências de seu comportamento e assumir responsabilidade de forma efetiva, bem assim possibilita à comunidade a compreensão das causas subjacentes do crime, para se promover o bem estar comunitário e a prevenção da criminalidade³⁰.

Leonardo Sica³¹ sustenta que “a construção de um novo paradigma de justiça penal (a justiça restaurativa, baseada na mediação penal) pode colaborar para a efetiva transição para o Estado Democrático de Direito”.

Pelo exposto, a Justiça Restaurativa não foi idealizada para substituir o moderno processo penal, nem como a causa para extinguir as penas de aprisionamento. Pelo contrário ela foi criada a partir do momento em que se reconheceu a necessidade de suprir as falhas e ineficiências do sistema punitivo, o que possibilitou a construção de um novo paradigma, uma alternativa mais eficiente à solução dos conflitos.

4.1 Implementação da justiça juvenil restaurativa

A Justiça Juvenil Restaurativa é uma maneira de compreender e afrontar crianças e adolescentes que estão em conflito com a lei, busca promover a participação de todos sujeitos envolvidos na violência, procurando reparar todo o dano e o sofrimento causado.

Brancher, é a favor da implementação de práticas restaurativas destinadas aos adolescentes em conflito com a lei, e esclarece que:

³⁰ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, Resolução nº 12 de 24 de julho de 2002.

³¹ SICA, Leonardo. **Justiça restaurativa e mediação penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

Além da liberação das cargas emocionais plasmadas pela vivência do evento traumático, o que por si só já as validaria, as práticas restaurativas proporcionam a aprendizagem vivencial dos valores que mobilizam: solidariedade, tolerância, respeito, acolhimento, empatia, perdão. Esse modelo de relacionamento ético, se assimilado na infância e na juventude, acompanhará o sujeito ao longo de toda a sua existência, permitindo que o reproduza a cada situação da vida em que se veja novamente em conflito. A projeção dessa oportunidade de transformar conflitos e violências em aprendizagens em valores humanos representa a semeadura de um novo futuro para as novas gerações³².

As práticas restaurativas são utilizadas com o intuito de promover a responsabilização dos jovens envolvidos no conflito, faz com que o agressor tome conhecimento do dano que ocasionou através de seu comportamento. E para a utilização dessas práticas é necessário que vítima e agressor se submetam voluntariamente ao procedimento, da mesma maneira a ação de reparação da vítima e da comunidade precisa ser realizada de forma voluntária.

Nesse sentido, Howard Zehr ensina que:

Nos casos em que for indicado, trabalha-se com a vítima e o ofensor em separado e, depois, havendo consentimento para que continue o processo, acontece um encontro ou diálogo entre os dois, organizado e conduzido por um facilitador treinado que orienta o processo de maneira equilibrada³³.

Os adolescentes precisam passar pelo processo de individualização e pela formação de identidade e personalidade, durante essa etapa o adolescente sofre muito tensão, pois perceber que não é mais criança e não se constituiu como adulto, o que pode desencadear atos de violência e rebeldia. Nesse caminho, as

³² BRANCHER, Leoberto. **Manual de Práticas Restaurativas**, PNUD, 2006, p. 24.

³³ ZEHR, 2008, p. 40.

práticas restaurativas buscam inserir vítima e agressor em programas de assistência pessoal e social.

Aguiar observa que a Justiça Restaurativa promove:

A participação autônoma, responsável e democrática das partes; a legitimação das pessoas como seres humanos capazes de resolverem suas questões; o fortalecimento das relações humanas; o sentimento de pertencimento, na medida em que oferecem às pessoas oportunidades de serem ouvidas e de manifestarem-se diretamente sobre o que ouviram; a possibilidade de conversarem de forma organizada sobre suas diferentes versões, percebendo que não há uma única verdade; a abertura de novas perspectivas para a resolução de seus conflitos que, dentre outros benefícios, contribuem para uma cultura de parceria e de construção de uma sociedade mais pacífica, humana e justa³⁴.

Os sujeitos envolvidos no conflito recebem apoio psicológico, orientações e atenção de profissionais especializados, muitas vezes a justiça restaurativa é a única forma de reconciliação entre as vítimas e os agressores e também é a única que busca a reintegração positiva à sociedade.

A justiça Restaurativa propaga a democracia, igualdade, respeito e participação, aonde, mais do que o educador aprender com o educando, toda a comunidade aprender com as mediações restaurativas, uma valorosa troca de conhecimento. Quando os conceitos de Justiça Restaurativa são trabalhados nas instituições de ensino servem também para a educação dos estudantes, educação direcionada para a cidadania e a formação para a vida em sociedade. As práticas restaurativas podem inclusive serem aplicadas aos atos infracionais praticados por crianças e adolescentes no ciberespaço.

³⁴ AGUIAR, Carla Zamith Boin. **Mediação e Justiça Restaurativa: A Humanização do Sistema Processual como forma de Realização dos Princípios Constitucionais**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 142.

5 Justiça restaurativa como uma possível abordagem contra o cyberbullying

Chega-se finalmente ao cerne do presente trabalho o estudo da possível implementação das práticas restaurativas nos casos de cyberbullying entre crianças e adolescentes.

O cyberbullying, como elucidado anteriormente consiste na prática de condutas violentas contra alguém através da internet ou de outro meio tecnológico, as vítimas são intimidadas e até mesmo humilhadas no meio virtual. A identificação dos agressores é mais difícil, porque podem praticar as agressões virtuais de forma anônima nas diversas redes sociais, através de e-mails ou de torpedos com conteúdos ofensivos e caluniosos.

Como nos revela Bozza & Tognetta, são utilizados computadores e dispositivos móveis para a prática do cyberbullying:

Os autores intimidam suas vítimas através de dois principais artefatos: computadores e telefones celulares. Por meio da internet, agressores podem enviar mensagens abusivas, obscenas ou difamadoras via e-mail, em sites de relacionamento ou utilizando se de programas de mensagens instantâneas. Mensagens agressivas e fotos podem também ser enviadas através dos telefones celulares³⁵.

A proposta apresentada de implementação dos métodos restaurativos nos casos de cyberbullying entre crianças e adolescentes tem como intuito principal trazer à tona, os males que as agressões dos ofensores causam sobre a personalidade da criança e do adolescente - vítimas do cyberbullying - o sofrimento causado. A justiça restaurativa nesse ponto propõe a compreensão das razões que levaram o indivíduo a praticar as agressões, trazendo aos envolvidos a oportunidade de participarem

³⁵ TOGNETTA, L.R.; BOZZA, 2012, p. 5.

diretamente na resolução do conflito e também de expor suas necessidades subjetivas.

Aplicando-se essas concepções como princípios norteadores do presente trabalho, vê-se como hipótese para os casos de cyberbullying envolvendo crianças e adolescente, a aplicação das técnicas alternativas de resolução de conflitos (Práticas Restaurativas).

A Justiça Restaurativa tem a capacidade de estimular a relação de companheirismo entre os jovens, pois alguns indivíduos podem se sentirem alienados e desesperados. Nos casos em que é possível identificar o agressor as práticas são aplicadas por meio do emprego de círculos que facilitem o diálogo e possibilitem a compreensão dos indivíduos de suas angústias, carências e necessidades. As partes compreendidas no conflito – crianças e adolescentes – tem o acompanhamento de uma equipe multidisciplinar de facilitadores do diálogo.

Conforme Morrison³⁶: “Um dado relevante para o presente estudo é a redução dos sintomas nas desordens do stress pós-traumático para as vítimas que participaram de círculos de justiça restaurativa”.

As partes passam a participar ativamente dos procedimentos voltados à tomada das decisões, há o interessante viés de que as partes passam a “sentir a Justiça”, é possível lidar com a violência sem retribuir com violência, em oposição ao que ocorre no sistema retributivo que a vítima quase nunca participa do processo e o ofensor é punido, sem nenhuma possibilidade de ressocialização. A adoção das práticas restaurativas é algo que merece atenção e acredita-se possível, diante a já demonstrada eficácia nos projetos piloto implantados no Brasil.

³⁶MORRISON, Brenda. **Justiça Restaurativa nas Escolas**. In: Bastos, Márcio Thomaz; Lopes, Carlos e Renault, Sérgio Rabello Tamm (Orgs.). *Justiça Restaurativa: Coletânea de Artigos*. Brasília: MJ e PNUD, 2005, p. 21-22. Disponível em: www.justica21.org.br/interno.php?ativo=BIBLIOTECA. Acesso em 30/04/2018.

Muitos autores defendem que o sistema penal de justiça ideal é a combinação dos modelos de justiça, pois a Justiça Restaurativa traz como benefício a diminuição no contingente de presos e, conseqüentemente, a melhora significativa dos estabelecimentos prisionais. Assim, a Justiça Restaurativa parte do viés de que o mesmo ato que causa o sofrimento da vítima, afeta o próprio autor e a comunidade, provocando uma diversidade de danos, para Brandão a justiça restaurativa é vista como uma Justiça Criminal participativa:

Em se tratando dos procedimentos, destaca-se o ritual solene e público da Justiça Retributiva, com indisponibilidade da ação penal, contencioso, contraditório, linguagem e procedimentos formais, autoridades e profissionais do Direito como atores principais, processo decisório a cargo de autoridades (policial, promotor, juiz e profissionais do Direito) contrapondo-se assim ao ritual informal e comunitário, com pessoas envolvidas, com oportunidade, voluntário e colaborativo, procedimento informal com confidencialidade, vítimas, infratores, pessoas da comunidade como atores principais, processo decisório compartilhado com as pessoas envolvidas (multidimensionalidade) típico da Justiça Restaurativa³⁷.

Esse método de abordagem autoriza que as pessoas afetadas pela prática da infração ou da contravenção possam compartilhar seus sentimentos e experiências, podendo assim expressar seus desejos sobre como suprir suas necessidades. Ao oferecer uma oportunidade para as vítimas alcançarem a reparação, se sentirem mais seguras e, assim, poderão superar o problema, esta metodologia permite aos ofensores compreenderem os efeitos e conseqüências geradas por seu comportamento e a oportunidade de assumirem a responsabilidade de forma efetiva. Possibilita,

³⁷ BRANDÃO, Delano Câncio. **Justiça Restaurativa no Brasil: Conceito, críticas e vantagens de um modelo alternativo de resolução de conflitos**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 77, junho de 2010. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7946. Acesso em: 20/04/2018.

ainda, que as pessoas alheias ao fato entendam os motivos que levaram a pessoa a praticá-lo, para se promover o bem-estar entre os membros da comunidade e a prevenção da criminalidade.

Nota-se que as medidas socioeducativas previstas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente não são efetivas no momento de solucionar conflitos, pois demonstram graves falhas, então entende-se como viável a utilização das técnicas restaurativas para os casos que envolvem os adolescentes infratores e nos que acontecem no meio escolar e no meio virtual. O ordenamento jurídico brasileiro precisa cada vez mais de meios alternativos para a resolução de conflitos.

Nesse contexto, a Justiça Restaurativa pode ser aplicada em inúmeros meios sociais, dentre eles, as escolas. Modificando o método de resolução de conflito, a instituição passa a utilizar as práticas restaurativas, combatendo a repressão, reduzindo o número de futuros conflitos e ensinando novas maneiras de relações sociais embasadas no diálogo. Conforme disserta Nunes:

O enfrentamento repressivo pela forma violenta é substituído por forma não violenta de resolução através das práticas restaurativas, que acabam se transformando em ações pedagógicas, como realmente deve ser feito na escola, que é um local de socialização e de aprendizado de uma cultura da paz³⁸.

Por fim, conclui-se que a justiça restaurativa pode ser um instrumento de enorme utilidade, para minimizar os danos causados pelo sistema de justiça penal brasileiro, o procedimento fortalecerá os direitos de cidadania e democracia, trazendo um sistema de justiça mais acessível aos cidadãos.

6 Considerações finais

³⁸ NUNES, 2011, p. 21.

Conclui-se que a Justiça Restaurativa é um instrumento eficaz na resolução de conflitos decorrente do ciberespaço entre crianças e adolescente, pois é capaz de realçar a autonomia e a liberdade atribuída aos envolvidos. Dessa forma, sustenta-se que o modelo restaurativo, sendo aplicado em complementação ao sistema de justiça atual - não vem para substituir o sistema vigente e sim para ser aplicado conjuntamente - visto que pode constituir um importante instrumento para a construção de uma justiça participativa que opere real transformação, com soluções compartilhadas e para uma nova forma de promoção dos direitos humanos e da cidadania, da inclusão e da paz social com dignidade.

Entender e aplicar os Métodos Restaurativos é a principal maneira de alcançar a solução dos conflitos de forma pacífica e restauradora, não priorizando apenas a um ressarcimento em valores, mas sim, uma restauração na relação entre os envolvidos, bem como, nas causas do conflito e o que ele gerou, chegando à cultura de paz desejada.

Então constata-se que a utilização dos métodos restaurativos só tem a acrescentar e a enriquecer as relações entre os participantes do círculo. Essa metodologia acabou trazendo ao ordenamento jurídico brasileiro uma nova alternativa de resolução de conflitos, que produz resultados admiráveis, principalmente, por ser um procedimento que baseia todo seu trabalho e desenvolvimento no diálogo orientado.

Esse novo sistema não será meramente punitivo, sem expectativa que ressocialização, será um sistema participativo, já que é um procedimento baseado no diálogo, que busca a reintegração do infrator na comunidade e a reparação dos danos sofridos, tanto pela vítima, quanto pelo ofensor, reduzindo as consequências e os impactos sobre os cidadãos.

Portanto, é completamente possível a aplicação de um sistema misto, pois isso torna o processo mais humano, o que acaba aumentando significativamente a chance de crianças e adolescentes - que estão em pleno desenvolvimento e em processo

de formação da personalidade – não sofram danos, tanto morais, simbólico, material e psicológicos.

Referências

ABRAMOVAY, Miriam. **Cotidiano das escolas: entre violências**. Brasília: UNESCO, 2006.

AGUIAR, Carla Zamith Boin. **Mediação e Justiça Restaurativa: A Humanização do Sistema Processual como forma de Realização dos Princípios Constitucionais**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 142.

BELSEY, B. **Cyberbullying.org**, 2003. Disponível: <http://www.cyberbullying.org/>. Acesso em 24/04/2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**, v.1: parte geral. 23. São Paulo Saraiva 2016 1 recurso online ISBN 9788547215927, p. 571 e 572.

BRANCHER, Leoberto. **Manual de Práticas Restaurativas**, PNUD, 2006, p. 24.b

BRANDÃO, Delano Câncio. **Justiça Restaurativa no Brasil: Conceito, críticas e vantagens de um modelo alternativo de resolução de conflitos**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 77, junho de 2010. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7946. Acesso em: 20/04/2018.

BRASIL. Estatuto da criança e do adolescente: Lei federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990.

BRASIL, Lei n. 13.185 de 6 de novembro de 2015. Lei do Bullying.

BRASIL, Secretaria Especial dos Direitos Humanos; BRANCHER, Leoberto; SILVA, Susiâni (Coord.). **Justiça para o século 21: instituindo práticas restaurativas: semeando justiça e pacificando violências**. Porto Alegre: Nova Prova, 2008. 227 p. ISBN 9788589344425

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Bullying: cartilha 2010 - justiça nas escolas**. Brasília 2010.

FANTE, Cleo. **Fenômeno Bullying: Como prevenir a violência nas escolas e educar para a paz.** 1ª ed. Verus. São Paulo, 2005.

MALDONADO, Maria Tereza. **A face oculta: uma história de bullying e cyberbullying.** São Paulo: Saraiva, 2009, p. 72.

MONTEIRO, Silvana Drumond. O Ciberespaço: o termo, a definição e o conceito. In: **Revista de Ciência da Informação**, Londrina: Revista de Ciência da Informação, v. 8, n. 3, jun. 2007. Disponível em <http://dgz.org.br/juno7/Art_03.htm> Acesso em: 22/04/2018.

MORRISON, Brenda. **Justiça Restaurativa nas Escolas.** In: Bastos, Márcio Thomaz; Lopes, Carlos e Renault, Sérgio Rabello Tamm (Orgs.). **Justiça Restaurativa: Coletânea de Artigos.** Brasília: MJ e PNUD, 2005, p. 21-22. Disponível em: www.justica21.org.br/interno.php?ativo=BIBLIOTECA. Acesso em 30/04/2018.

NETO, Aramis A. SAAVEDRA Lúcia H. **Diga não ao bullying.** Rio de Janeiro, ABRÁPIA, 2004.

NUNES, Antonio Ozório. **Como restaurar a paz nas escolas: um guia para educadores.** São Paulo: Contexto, 2011.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, Resolução nº 12 de 24 de julho de 2002.

SANTOS, Lucas Nascimento. **Justiça Restaurativa e princípio da presunção de inocência: a possibilidade de uma coexistência harmoniosa.** (Dissertação do Mestrado em Direito – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2013, p. 142). Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/11321>. Acesso em 24 de março de 2018.

SAVAZONI, R. **Para entender a Internet. NãoZero.** 2009, p. 62.

SICA, Leonardo. **Justiça restaurativa e mediação penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **Bullying: Mentos Perigosas nas Escolas.** Rio de Janeiro: Objetiva, 2010, p. 188.

SILVA, Elenice da. **Combate ao bullying por meio de princípios e práticas da justiça restaurativa**. 1. ed. Curitiba: InterSaberes, 2017, p. 58-59.

TELLO, Nancy F. **A justiça restaurativa: um programa integral de atenção e prevenção do delito**. In: Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal, São Paulo, nº 52, out./nov. 2008, p. 203-205.

TOGNETTA, L.R.; BOZZA, Thais Leite. **Cyberbullying: quando a violência é virtual – Um estudo sobre a incidência e sua relação com as representações de si em adolescentes**. In: GUIMARAES, Áurea M.; PACHECO E ZAN, Dirce Djanira. Anais do I Seminário Violar: Problematizando juventudes na contemporaneidade. Campinas, SP: FE/UNICAMP, 2012, p. 11.

ZEHR, Howard. **Justiça restaurativa: teoria e prática**. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athenas, 2012, p. 49.

ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: Um novo foco sobre o crime e a justiça**. São Paulo: Palas Athena, 2008, p. 95.

Novas tecnologias e a informalidade no mercado laboral

Fernando Santiago Giacobbo¹

Introdução

A parametrização da esfera informal não é tarefa simples, perduram distintas conceituações para o que vem a ser este setor. Por a legislação brasileira, trabalhadores legalmente registrados são aqueles que possuem a carteira de trabalho registrada, o que gera benefícios como seguro desemprego, descanso semanal, contribuição para a seguridade social, e a ter uma retribuição no caso de demissão, licença maternidade.

Por essa perspectiva, os trabalhadores que vão estar na informalidade são aqueles que não possuem registro, ou seja, aqueles que teriam por direito o dever de ter carteira de trabalho assinada, mas não têm. De acordo com a Organização Internacional do Trabalho (OIT), em um setor informal ainda são anexadas pessoas sem remuneração e os trabalhadores que optaram por serem independentes.

Para embasar os fundamentos do presente estudo, é apresentada uma pesquisa bibliográfica de caráter descritivo, buscando elencar as bases teóricas acerca do direito do trabalho.

¹ fernandogiacobbo@hotmail.com

Por esse caminho de estudo, chega-se à fase da tecnologia nos dias de hoje. Importante frisar que essas fases não se sucederam de forma simétrica, indicando que o final de uma fase exterminasse com a outra, mas sim que nas fases atuais permanecem manifestações das fases passadas, sob o prisma de que o trabalho é tão antigo quanto o próprio homem e suas invenções tecnológicas e robóticas.

1 As relações de trabalho na contemporaniedade

Não é possível percorrer os caminhos do direito sem antes passar-se pelo prisma político, econômico, histórico, filosófico. O direito não só influencia como também é influenciado. Desta forma, mais especificamente, o direito do trabalho não pode ser perquirido sem antes passar pelo crivo da sua história.

A partir disso, busca-se não estudar o passado laboral, mas sim sua formação e desenvolvimento até se chegar a maturidade e passar pelas transformações passadas, presentes e futuras, as quais assombram o direito do trabalho. Assim, esse estudo não se prenderá ao direito trabalhista estático, mas sim a um direito do trabalho que evolui a cada dia, consequência da descontrolada globalização, advinda com a tecnologia das máquinas.

1.1 A Breve história da relação de trabalho

O Direito do Trabalho tem origem nas relações sociais, especialmente no conflito entre o capital e o trabalho. Surgiu com a sociedade industrial e o trabalho assalariado. Sua história começa a nascer na Inglaterra, em meados do século XVIII, com passagem da manufatura à indústria mecânica, com a primeira fase da revolução industrial (1760-1860) (NUNES et al., 2005).

A introdução de máquinas fabris multiplica o rendimento do trabalho e aumenta a produção global. A Inglaterra adianta sua

industrialização em 50 anos em relação ao continente europeu e sai na frente na expansão colonial (MARQUES; ABUD, 2013).

Diante a criação das máquinas e ferramentas que causaram uma revolução vantajosa para um desenvolvimento tecnológico. A mecanização se diferencia na indústria têxtil e na mineração, as indústrias começam a gerar em série e surge a indústria pesada (aço e máquinas), a invenção das grandes embarcações e locomotivas a vapor acelera o fluxo das mercadorias (REIS et al., 2014, p. 17).

O novo sistema industrial transforma as relações sociais e cria duas novas classes sociais, fundamentais para a operação do sistema. Os empresários (capitalistas), que são os proprietários dos capitais, prédios, máquinas, matérias-primas e bens produzidos pelo trabalho, e os operários, proletários ou trabalhadores assalariados que possuem apenas sua força de trabalho e a vendem aos empresários para produzir mercadorias em troca de salários (MARTINS, 2012, p. 64).

1.2 Relação de trabalho x relação de emprego

Tanto a relação de trabalho como a de emprego são modalidades de relação jurídica, em outras palavras, é uma circunstância da vida social onde o Direito busca disciplinar, atribuindo a uma pessoa em sentido jurídico de um direito individual e impondo a outra o dever ou uma sujeição”. Sua estrutura é constituída de sujeitos, objeto, causa e garantia (sanção) (FARECHE, 2011, s/p).

Nesse cenário, acredita-se que a empresa como constituição social, instituição responsável pela manutenção do equilíbrio entre as forças econômicas, isto é, em uma teoria funcional é o “sujeito” responsável pela condição social e pela segurança do empregado em seu ambiente (COSTA, 1991, p. 15).

Essa relação possui natureza contratual, uma vez que é determinada pelo contrato de trabalho. Os principais elementos da relação de emprego gerada pelo contrato de trabalho são: a

Pessoalidade e a Remuneração. Onde o empregado, pelo contrato de trabalho, é credor da remuneração e devedor da prestação de trabalho subordinado, isto é, da atividade executada sobre ordens do outro contraente (empregador). Em um sentido amplo, empregado é todo aquele que livremente e em virtude de um contrato, presta à outra pessoa, física ou jurídica e com caráter profissional, serviços em troca de um salário (OLIVEIRA, 2011, p. 16).

Assim sendo, a concepção da relação de trabalho, pode ser ponderada com um gênero. Nas palavras de Sussekind (2005, p. 63), tal definição torna-se ampla, uma vez que congrega todo contrato de atividade, que o alicerce da sua conceituação é a própria pessoa do trabalhador, independentemente da modalidade do serviço prestado.

Por outro lado, conforme afirma Fareche (2011), tal fato, apresenta amplas visões, em que o direito material somente se aplica aos casos concretos. Nesse ponto, a CLT, desde a sua redação original previa a ação do direito comum, como fonte subsidiária ao direito do trabalho, especialmente nas questões em que não for incompatível com os princípios fundamentais trabalhistas; e isso é corretamente aplicável a legislação comum por juízes do trabalho, desde que seja relacionada a solução do caso concreto e, não seja conflitante com os princípios fundamentais do Direito do Trabalho.

1.3 Relação de emprego

A coexistência social constitui, de maneira inevitável, a criação de uma espécie de associação entre os sujeitos conviventes, visando à satisfação de necessidades diferentes, não fundamentalmente jurídicas. Quando, entretanto, uma específica relação social está implantada em uma estrutura normativa, funda-se uma relação jurídica (MARTINEZ, 2012, p. 125).

Marques e Abud (2006) definem que o empregador é a pessoa física ou jurídica que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços. É qualquer

ente dotado ou não de personalidade jurídica, podendo ser também uma sociedade de fato ou irregular, não registrada.

O conceito de empregador é totalmente relacionado ao de empregado. Não há elementos fático-jurídicos específicos do empregador, a não ser como sujeito de direito que possui empregados sob as suas ordens. Diz-se que empregador é a empresa e não seus titulares. Desse modo, compõem a empresa todos os bens que a ela pertencem, seus estabelecimentos, que são as unidades de produção, seu nome, suas relações com terceiros e toda a estrutura burocrática (diretoria, sócios). (MARQUES; ABUD, 2006, p. 26).

Costa (1991) considera a empresa como organismo social, verdadeira instituição responsável pela manutenção do equilíbrio entre as forças econômicas, isto é, em uma teoria funcional é o “sujeito” responsável pela condição social e pela segurança do empregado em seu ambiente.

O empregador, conforme define o dispositivo consolidado (art. 2º), é a empresa tomadora de serviço, ou, por equiparação, aqueles, pessoas físicas, que são beneficiados pelo trabalho prestado. Cabe a ele organizar, administrar ou controlar o trabalho que deve ser feito com o objetivo de melhor administrar as empresas. (COSTA, 1991, p. 15).

Desta forma, Marques e Abud (2006) referem que essa condição, assim como o da personalidade, tem valor apenas para o trabalhador, ou seja, o empregado. Ao empregado confere executar seu trabalho de acordo com as regras estabelecidas pelo empregador, visto que coloca sua mão-de-obra a disposição dele, o qual dirige o trabalho dizendo o que e como fazer.

O poder diretivo, para Nascimento (2008) consiste na faculdade, para o empregador, de determinar as normas, de caráter prevalentemente técnico, às quais o trabalhador deve subordinar-se no cumprimento de sua obrigação.

Marques e Abud (2006) referem que o poder de direção do empregador decorre da subordinação do empregado e tem natureza jurídica de direito potestativo. Manifesta-se pelo poder de organização, de controle e disciplinar.

1.4 Critérios formadores da relação de emprego

A relação de emprego caracteriza-se por alguns atributos especiais, que decorrem dos elementos de pessoalidade e onerosidade, nessa relação entre privados e particulares.

1.4.1 Pessoalidade

No ato da contratação e um empregado, consideram-se algumas características pessoais o mesmo para que venha desempenhar suas funções. Neste contexto, o contrato de trabalho é celebrado *intuitupersonare* em relação ao empregado. É uma relação personalíssima e, por conta disso, a prestação de serviço precisa ser cumprida pessoalmente (JÚNIOR, 2012, p. 269). Ou seja, ao ser contratado, o empregado no exercício de suas funções não pode ser substituído por outra pessoa quando não puder comparecer ou prestar seus serviços, estando sujeito a pena de descaracterização do emprego.

1.4.2 Onerosidade

Reiterando o quanto antes sustentado, a onerosidade é a figura jurídica que caracteriza o trabalho remunerado, ou seja, existe uma contraprestação; o que distingue, deste modo, o trabalho remunerado do trabalho voluntário. Tendo-se em mente, de outra parte, que o “critério da onerosidade não conferido pela efetiva percepção do salário (critério objetivo), mas pelo *animus* do trabalhador em percebê-lo (critério subjetivo)” (CAIRO JUNIOR, 2012, p. 270).

É importante destacar que o “trabalho”, tem por desígnio a estabilidade e o sustento humano, enquanto as demais prestezas em sentido estrito, têm outras finalidades, como as que buscam experiência profissional, no decorrer de um estágio e a manifestação de beneficência na prestação de serviços voluntários (MARTINEZ, 2012, p.126). Assim, faz-se necessário abordar a definição do pleno emprego.

2 Do contrato de trabalho

À luz da Constituição Federal e do novel Código Civil, assume um papel importante na construção da sociedade de um país. Por esse motivo é que se pode afirmar que o contrato não mais “faz lei” somente entre as partes; pelo contrário, tem uma função social, que transcende ao objeto principal pactuado. O presente capítulo abordará o contrato de trabalho, desde a concepção do trabalho como função social, proteção e princípios elencados na Legislação vigente.

2.1 Função social do trabalho

O Estado tem a função de proporcionaros direitos comuns a todos e que, de temposa história do Direito do Trabalho traz a abordagem social, econômica e política que foram regulamentadas em todos os segmentos da sociedade, como um direito inerente a toda pessoa humana sem exceção, é notório observar que a legislação possui uma adição de princípios, prerrogativas e regulamentações que tratam do trabalho como um fator essencial em sua funcionalidade como elemento de inserção social.

Com essa premissa, compete ao Estado assegurar a todos os seus cidadãos as possibilidades de acesso ao bem-estar social, quer por meio de uma política de acesso ao trabalho, educação, saúde, moradia e demais direitos fundamentais (DELGADO, 2016, p. 80).

O Estado Social buscou conferir prestações positivas para os cidadãos e, por imediato, minimizar as desigualdades sociais e econômicas, conforme as suas necessidades, e não de acordo com suas capacidades. Nesse sentido, o direito passa a perceber o ser humano em sua singularidade, em suas particularidades, noção esta, justificadora pautados na obrigação de promover a justiça social (GOMES, 2001, p. 131). Assim, o contrato de trabalho insere-se na máxima da *pacta sunt servanda* encontra óbice na supremacia do interesse público e no interesse social.

Os direitos sociais são direitos coletivos, no sentido de sua titularidade pertencer à coletividade de pessoas, e não, ao indivíduo isoladamente considerado. Assim, quando se cogita do trabalho como direito social não significa que cada indivíduo tenha direito para si de obter do Estado um emprego ou cargo ou função pública, mas sim, que a coletividade de trabalhadores tem direito de esperar que o Estado adote políticas públicas e medidas econômicas que estimulem a geração de emprego e renda, uma vez que os direitos sociais são exercidos “através ou por meio do Estado, e não direitos contra o Estado”.

Também no Direito do Trabalho, ramo do Direito Privado, a análise do contrato individual de trabalho, que consubstancia e concretiza a relação de emprego, merece atenção no tocante à função social do pacto *juslaborativo*. Isto porque muito se discute – mas pouco se escreve – sobre qual seria ou em que repousaria a função social do contrato individual do trabalho. As normas estabelecidas como bem público reúnem características peculiares em que os acordos – expressos ou tácitos – dizem respeito à ordem interna e ao regimento da sociedade, sendo estabelecidos com a finalidade de harmonizar o convívio – teoricamente de forma igualitária (MARTINS, 2012, p. 64).

2.2 Proteção constitucional

A Constituição da República de 1988 alinha nos arts. 6º a 11, logo em seguida aos direitos e deveres individuais e coletivos, os direitos sociais e os direitos dos trabalhadores como capítulo dos direitos e garantias fundamentais.

No art. 6º referenciado acham-se os direitos sociais (educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, e assistência aos desamparados), de titularidade variada, conforme a destinação que lhes é dada pelo próprio texto constitucional, isto é, àqueles que precisarem das prestações focalizadas: às mães, às crianças e aos desamparados, ou, mesmo, a “todos”.

Os direitos ordenados nos arts. 7º a 11, da Constituição, tem por utilidade, especificamente, aos trabalhadores urbanos e rurais, que são seus titulares, inclusive para reivindicação e fruição individual, considerados os sujeitos obrigados à sua satisfação.

Esses direitos constituem um elenco mínimo de direitos fundamentais dos trabalhadores, como se depreende do próprio texto do caput do art. 7º da Constituição, integrando-se e complementando-se pelos tratados e convenções internacionais adotados pelo Brasil e pelas leis nacionais.

2.3 Princípio da dignidade humana

A dignidade da pessoa humana: concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. De acordo com Moraes (2004), esse fundamento afasta a ideia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos

direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

Em suas considerações, Sarlet (2011) descreve que: somente a partir do reconhecimento e da consagração dos direitos fundamentais pelas primeiras Constituições é que assume relevo a problemática das assim denominadas “gerações” (ou dimensões) dos direitos fundamentais, visto que umbilicalmente vinculada à transformações geradas pelo reconhecimento de novas necessidades básicas, de modo especial em virtude da evolução do Estado Liberal (Estado formal de Direito) para o moderno Estado de Direito (Estado social e democrático [material] de Direito).

As diversas dimensões que marcam a evolução do processo de reconhecimento e afirmação dos direitos fundamentais revelam que estes constituem categoria materialmente aberta e mutável, ainda que seja possível observar certa permanência e uniformidade nesse campo, como ilustram os tradicionais exemplos do direito à vida, da liberdade de locomoção e de pensamento, dentre outros tantos que aqui poderiam ser citados. A razão dessa impressão é que a norma da dignidade da pessoa humana é tratada, em parte, como regra e, em parte, como princípio; e também pelo fato de que, para o princípio da dignidade humana, existe um amplo grupo de condições de precedência, nas quais há um alto grau de segurança acerca de que, de acordo com elas, o princípio da dignidade da pessoa precede aos princípios opostos (SARLET, 2011.p. 53).

Assim, o referido autor, cita que absoluto não é o princípio da dignidade humana, mas a regra, que, devido a sua abertura semântica, não necessita de uma limitação com respeito a nenhuma relação de preferência relevante. Para Pereira (2006), se a dignidade é hoje um princípio constitucional, isso é resultado de uma conquista histórica. É o reconhecimento de que não importam quais sejam as circunstâncias ou qual o regime político, todo ser humano deve ter reconhecido pelo Estado o seu valor como pessoa, e a garantia, na prática, de uma personalidade que não deve ser

menosprezada ou desdenhada por. Os princípios constitucionais, especialmente o do Estado Democrático de Direito, o da preservação da dignidade da pessoa humana e o da igualdade substancial servem de parâmetro para a garantia dos direitos fundamentais de todos os cidadãos.

2.4 O princípio da proteção

O princípio da proteção é um dos fundamentos guia do direito do trabalho, tendo como objetivo encontrar a igualdade material e preservar o elemento mais frágil na relação de trabalho. Tendo a responsabilidade de equilibrar a vantagem econômica que o empregador possui sobre o empregado.

Tem-se como regra que se deve proporcionar uma forma de compensar a superioridade econômica do empregador em relação ao empregado, dando a este último superioridade jurídica, tal superioridade é conferida ao empregado no momento em que se dá ao trabalhador a proteção que lhe é dispensada por meio da lei (MACHADO, 2005, s/p).

O princípio fundamental do direito do trabalho é o protetor, que de acordo com Jorge Neto e Cavalcante (2012, p. 119) para tutelar o trabalhador, o qual, conforme o elo mais frágil da relação de emprego e na relação com o empregador, principalmente porque este pode se utilizar do seu poder de comando e poderio econômico para se aproveitar da mão de obra do trabalhador, proporcionando-lhe o exercício do trabalho em condições semelhantes ao da escravidão e, assim, sem direitos trabalhistas.

Tal primazia consubstancia-se em um elemento basilar orientador do direito do trabalho, funda-se em um acolhimento primado a uma das partes da relação de emprego, o trabalhador. Seu fundamento está absolutamente ligado à razão de ser do direito do trabalho, especialmente em nivelar desigualdades.

No mesmo argumento, Ipojucan Demétrius Vecchi (2009) menciona que:

Razão de ser do direito do trabalho, o princípio da proteção nada mais é do que o reconhecimento de que a igualdade formal entre contratantes desiguais faz do que gerar injustiças e impor ao contratante vulnerável ou hipossuficiente condições contratuais prejudiciais. Assim, tendo como propósito nivelar a desigualdade material entre patrões e empregados, por meio de uma desigualdade jurídica, busca a efetivação da igualdade substancial. Além disso, entendemos que o princípio da proteção é onde mais se materializa, no campo do trabalho, o princípio da dignidade da pessoa humana (2009, p.324-325).

Desta maneira, o princípio da proteção deve ser aplicado de acordo com a análise do caso, pois em certos cenários o elo mais frágil da relação de trabalho não é o empregado, e sim o empregador. (MARTINS, 2014, p.72).

O princípio da proteção busca um equilíbrio a relação que existe entre o trabalhador e o empregador. O objetivo é garantir ao trabalhador hipossuficiente (parte mais fraca desta relação) uma superioridade ou igualdade jurídica que seja capaz de garantir meios destinados a aplicar os direitos mínimos que estão na legislação trabalhista. Não obstante, não é aplicado na área probatória, ou seja, ao avaliar uma prova, o juiz não deverá aplicar este princípio de forma favorecedora ao trabalhador. No campo probatório, podemos dizer que o princípio que busca o equilíbrio entre as partes é o da primazia da realidade.

Desse modo, Rodriguez (2000), esclarece o significado deste princípio:

O princípio de proteção atribui ao critério fundamental que norteia o Direito do Trabalho, pois este, em oposto a inspirar-se num escopo de igualdade, corresponde ao designio de constituir um acolhimento preferencial a uma das partes: o trabalhador. Enquanto no direito comum existe uma contínua inquietação que parece garantir a igualdade jurídica entre os contratantes, no Direito do Trabalho, sendo a preocupação fundamental a de proteger uma das partes com o objetivo de, mediante essa

proteção, obter uma igualdade substancial e apropriada entre as partes (2000, p.83).

Considerado, por muitos, como a razão de ser do Direito do Trabalho, eis que sintetiza a ontologia juslaboral, conferindo-lhe a distinção peculiar de ramo novo e autônomo do direito, como se infere da sua gênese, Nasceu da necessidade de se transformar a liberdade e igualdade formais nas relações de trabalho entre empregados e empregadores em liberdade e igualdade reais, o que se tornou possível mediante a técnica de contrabalançar a debilidade econômica dos trabalhadores com privilégios jurídicos, em outras palavras, com proteção legal (SILVA; 2004, p. 94). Seu objetivo corresponde na produção de uma igualdade material por meio de leis protecionistas para com os mais fracos. Nisto, revela o compromisso desta disciplina jurídica com a igualdade substancial.

O fato de reconhecimento do equilíbrio entre empregado e empregador traz à tona a mobilidade da aplicação do princípio, de forma que não beneficie a aplicação no caso concreto. Freitas traz o entendimento de que:

É, pois, nesse espaço que se observa a importância de uma análise a respeito do princípio protetor e sua relação com a decorrência da flexibilização, evidenciando que os princípios, ainda que não sejam normas, são sustentação e orientação ao ordenamento por elas formado, eis que “vêm antes, durante e depois da norma a) fundamentando a sua criação; b) atuando em cima do texto normativo para moldá-lo a cada realidade concreta e c) como um sendeiro luminoso, orientando a sua projeção futura.” (FREITAS, 2007, p.58-59).

A regra da norma mais favorável não afeta a hierarquia das normas, mas a preleção de sua aplicação; não modifica a ordem rigorosa em que as normas se colocam e que tem sua cúspide na Constituição, mas que, com respeito a essa hierarquia e sem alterá-la, determina qual, em caso de coexistência e colisão de normas,

deve ser aplicada no caso concreto, e esta é a mais proveitosa para o trabalhador.

2.5 O trabalho como um direito fundamental

Uma grande parcela dos direitos dos trabalhadores são direitos fundamentais, sendo assim imperioso a sua compreensão para uma correta interpretação jurídica. Bem expresso por Delgado (2010, p. 76), quando se refere ao Direito do Trabalho, que expressando que os Direitos Humanos recebem dimensão social, evoluem respeitando e expandindo a dimensão da liberdade, intangibilidade física e psíquica do homem, assegurando seguramente o indivíduo ao meio econômico e social, seus direitos e garantias jurídicas regulamentadas pela legislação trabalhista.

Com isso, o renomado doutrinador Canotilho, leciona que “podem ser designados como direitos fundamentais todos os direitos ou garantias nomeados e especificados no instrumento constitucional” (CANOTILHO, 2002). Num enfoque mais filosófico, há quem diga que os direitos fundamentais almejam criar e manter condições para uma vida livre e com dignidade humana, sendo que nessa perspectiva o homem é o centro das atenções da atuação estatal (BONAVIDES, 2009).

Os Direitos Fundamentais versam em instrumentos de proteção do indivíduo frente à atuação do Estado, coordenado e regulamentado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no qual estão elencados os direitos e deveres individuais e coletivos, podendo considerar que estes não se delimitam, tampouco à CF ou à sua contemporaneidade.

Segundo Bonavides (2009, p. 64) são resultado dos problemas criados pela ideologia liberal, se lá se desejava um Estado ausente e não interventista, aqui se cobra uma atuação estatal buscando-se alcançar a tão sonhada igualdade material. Tem-se por direitos fundamentais de segunda dimensão “os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos

coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social” (p.64-65).

Os direitos fundamentais atuam de forma vinculativa frente as pessoas físicas, jurídicas e mesmo entes despersonalizados, aqueles que não são dotados de poder estatal e nem beneficiados de alguma forma. Isto é, cada sujeito em uma relação com outro indivíduo não estatal poderá valer-se de um direito fundamental. Assim sendo, a percepção de uma total separação entre sociedade e Estado, assim como a compreensão de que os direitos fundamentais só seriam oportunos nas relações indivíduo-Estado, é produto da visão liberal exclusivista dos direitos fundamentais, que acabou por conferir um aspecto reducionista dos direitos fundamentais. Em decorrência, por esta visão alterada nas relações privadas apresentavam valor a plena liberdade e igualdade, ensejo pela qual não teria a necessidade da confluência dos direitos fundamentais (VECCHI, 2014, p. 236-238).

Souza (2009, p. 128), assegura que a CF/1988 categoricamente exibiu (artigo 5º, parágrafo 1º) que os princípios que determinam os direitos e garantias fundamentais têm atenção contígua. Isto tem sido respeitado, pela lei majoritária, como um irrefutável condicionamento em benefício de uma eficácia direta das normas de direitos fundamentais, na significação de que todos os órgãos estatais estão compelidos a garantir a maior incontestabilidade e proteção admissível aos direitos fundamentais.

Schulte sustenta que, se um particular, no exercício de um direito fundamental, viola o direito fundamental de outro particular, e a atuação do primeiro não era obedecida em legislação infraconstitucional, sua ação transgressora deve ser considerada como consentida pelo Estado (2003, p. 284).

2.6 O princípio da vedação do retrocesso social

Entende-se que do princípio da democracia econômica e social aponta a proibição de retrocesso social, também designada

como proibição de “contrarrevolução social” ou da “evolução reacionária”.

Na seara dos direitos humanos, o “efeitocliquet”, denota que os direitos não podem retroagir, sendo efetivo unicamente avançar na proteção dos indivíduos. Significa que é inconstitucional qualquer comedimento predisposto a revogar os direitos sociais já fundamentados, sem a criação de outros meios alternativos capazes de equilibrar a anulação desses benefícios (CANOTILHO, 2002, p. 336).

Em nosso país o Brasil, a expressão está intimamente ligada ao princípio de vedação ao retrocesso, inserido implicitamente na Constituição de 1988, por consequência do Princípio da Justiça Social, tendo em vista que este engloba uma gama de diversos princípios. O Princípio da Justiça Social exige dos órgãos estatais uma conduta que seja pautada na Justiça Social, isto é, todas as leis, decretos e atos administrativos devem ter vínculo a este princípio.

Com isto, editadas as normas infraconstitucionais, seus direitos serão incorporados ao patrimônio das pessoas. Assim, a eficácia vedativa do retrocesso impede que o legislador revogue essas normas infraconstitucionais concretizadoras de tais Princípios sem a edição de legislação alternativa equivalente. Caso ocorra alguma violação resultará em flagrante inconstitucionalidade.

Cumprido destacar ainda, que por se tratar de um princípio implícito na Constituição, na doutrina existem posições diversas a respeito da proibição do retrocesso ou do regresso (efeito cliquet), tendo em vista que as vantagens sociais conquistadas não podem ser perdidas, as garantias não podem regredir.

3 Informalidade no mercado laboral a partir das novas tecnologias

Como antes já mencionado, o direito não é possível se vislumbrar, sem a concepção política, econômica, histórica,

filosófica a, pois o direito não só influencia como também é influenciado.

Neste fulcro, Vecci (2004), refere que desde sua criação o direito do trabalho passou e está passando por reflexões. Ainda ao longo da história da humanidade, o trabalho tem sido encarado de forma evolutiva, pois passou da sociedade primitiva, para a era do trabalho escravo, após veio o servilismo, na idade média falava-se em corporações de ofício, até chegar à era do vapor, e às grandes transformações na energia, comunicação, transporte, que só fora ocorrer após a revolução industrial.

Assim, Rocha e Gombar (2004), explicam que:

Ao longo da história da humanidade, variando com o nível cultural e com o estágio evolutivo de cada sociedade o trabalho tem sido percebido de forma diferenciada. Ele é tão antigo quanto o ser humano antes da era industrial, o ritmo do corpo era compatível com o ritmo econômico, pois a produção era artesanal e dependia apenas do artesão. Mais tarde, com o advento das máquinas e com o nascimento da indústria as formas de trabalho foram abaladas por novos parâmetros comportamentais (ROCHA; GOMBAR, 2004, p. 51-52).

Dessa forma, como ocorreu no passado através da evolução questiona-se, se o emprego que nasce de uma relação entre empregado e empregador, que tem uma prestação de serviço ou uma obrigação de prestar, que seja não eventual e pessoal, que tenha remuneração e seja subordinado, possa estar chegando ao fim. Abrindo assim novas possibilidades da “relação de trabalho” pois novas formas de trabalho foram surgindo, consequência atual, condiz sobre que rumo o emprego irá tomar no futuro.

Daí o questionamento: qual o futuro do emprego frente a crescente informalidade no mercado de trabalho. Nessa senda, Rifkin, ao percorrer o assunto menciona:

Subitamente, em todo o mundo, homens e mulheres perguntam, se existe para eles algum papel que possam desempenhar no

novo futuro que se abre para a economia global. Trabalhadores com anos de estudos habilidades e experiência enfrentam a perspectiva muito real de serem declarados excedentes pelas novas forças de automação e informação, o que há alguns anos nada mais era do que um debate exotérico entre intelectuais em pequenos números de escritores sociais em torno do papel da tecnologia na sociedade, agora é o centro de discussões acirradas entre milhões de trabalhadores. Eles se perguntam se serão os próximos a serem substituídos pelas máquinas inteligentes (RIFKIN, 2001, p.12).

Assim sendo, respeitando os direitos expressos em nossa constituição, sociais, culturais, e principalmente direitos humanos, terá a possibilidade a mudança de padrão da relação de emprego e trabalho mesmo sabendo-se que o trabalho nunca chegara ao fim, mas sim o emprego que anda para o seu fim diante a crescente informalidade do mercado laboral e a desenfreada transformação tecnológica. Pelo ponto de vista, referido por Rifkin, sobre questão ainda não resolvida, é quando seres humanos serão deixados para trás nesta etapa final da jornada industrial e que tipo de mundo os que chegarem ao outro lado (RIFKIN, 2001, p.310). Nesse sentido, evidencia-se a crescente informalidade no mercado de trabalho

3.1 Direito do trabalho e a era tecnológica

As primeiras elucidações que delinearão o Direito do Trabalho, remontam de um tempo onde o capital e o trabalho foram as fundamentais forças para a produção de riquezas do mundo. Regressando no tempo, a constituição deste pilar iniciou com a Revolução Industrial, quando os meios de produção principiaram a se desarticular das mãos dos trabalhadores (artesãos), para serem empregados em maior escala por nas indústrias fabris, na qual detinham o produto final e o lucro.

Sendo assim, uma grande e longa trajetória histórica se seguiu. Não obstante da parente robustez, as forças deste baluarte

- o capital e o trabalho - sempre interagiram e com uma visível demarcação divisional, e em consequência, permanente conflito. Foi a partir dos movimentos de classes, especialmente da classe de trabalhadores, que emergiram protestos contra a desigualdade, condições desumanas das forças de trabalho, bem como os direitos e a representatividade social, destes grupos (PICON; ANTUNES; DUARTE, 2013).

Por outra via, tais conflitos da época, geraram reflexões éticas concernentes ao custo humano do contexto industrial, fazendo com que, ao final da primeira guerra mundial, os direitos que foram reivindicados pelos trabalhadores fossem reconhecidos pela Liga das Nações no Tratado de Versalhes (1919), junto aos propósitos dos governos de empenharem-se na busca de um maior equilíbrio econômico e da paz social (PICON; ANTUNES; DUARTE, 2013).

3.2 A informalidade do mercado de trabalho

No mercado de trabalho, a informalidade tem se destacado de forma marcante em nosso país nas últimas décadas, e foi a partir de 1970 que este setor começou a ser alvo de estudos, quando diversos autores buscaram caracterizar a situação do mercado de trabalho brasileiro (NORONHA, 2003).

A informalidade constitui um cenário de grande importância a ser estudado e defini-la não é tarefa fácil, pois “prevalece uma intensa divergência em torno das referências teóricas que dão suporte às interpretações sobre a condição do trabalho não-formal.” (POCHMANN, 1998, pág. 195).

Diante da crise no capitalismo mundial na década de 90, que forçou as empresas a realizarem uma grande mudança e reestruturação produtiva e redução de custos, deixaram de ser assegurados o desenvolvimento sustentável e os direitos sociais dos trabalhadores. Sendo assim, por questão de sobrevivência, os trabalhadores passaram a buscar novas formas de vender sua força

de trabalho, dada a existência de um elevado índice de desemprego, surgindo a informalidade como uma nova forma de organização de trabalho (SANTOS, 2006).

A informalidade sugere a ruptura dos laços de contratação e regulação da força de trabalho, tal como se estruturou a relação capital e trabalho especialmente ao longo do século XX, sob a vigência taylorista-fordista, quando o trabalho regulamentado tinha prevalência sobre o desregulamentado (ANTUNES, 2012).

Neste setor, os trabalhadores estão submetidos a sucessivos contratos temporários, não possuem estabilidade e nem registro m carteira de trabalho, podendo acontecer tanto fora quanto dentro de empresas, e assim os sujeitos são “inseridos nas atividades que requerem baixa capitalização, buscando obter uma renda para consumo individual e familiar, e encontram-se fora da proteção conferida pelo vínculo empregatício. Nessa atividade, vivem de sua força de trabalho, podendo se utilizar do auxílio de trabalho familiar ou de ajudantes temporários” (ALVES e TAVARES, 2006).

Nota-se neste setor informal, a existência de profissionais “menos estáveis”, com pouco conhecimento profissional e trabalhista, desenvolvendo suas atividades no setor de prestação de serviços (pedreiros, costureiras, vendedores ambulantes, diaristas, jardineiros, etc).

Há também os trabalhadores “instáveis” na informalidade, os quais são requisitados com frequência nos mesmos locais de trabalho, sendo remunerados temporariamente e também por produção (carregadores, freteiros, entre outros)

O modo de entrada no mercado informal pode ser de forma involuntária, uma entrada indiretamente, como também de forma voluntária, acontece que muitas pessoas escolhem o mercado de trabalho informal como forma de vida e não como momento a espera de oportunidades no mercado formal.

3.3 O direito do trabalho e a nova era tecnológica

A nova era tecnológica é uma grande conquista que remete a uma nova realidade, e com ela, surgiram ferramentas que facilitam o trabalho e progresso da sociedade. Com a nova era tecnológica, surgem novas relações de trabalho, surgindo novos empregos e erradicando alguns em função da substituição por máquinas e computadores. Porém, é preciso cuidado com o impacto que esta nova era pode causar, principalmente, no mercado laboral.

Santos (1997) ressalta que a nova era tecnológica trouxe o aumento da produtividade através do uso de novos aparelhos., através das novas tecnologias de informação e comunicação, como a internet, permite-se a superação das paredes de escritórios, permitindo ampliar novas formas de trabalho.

Entretanto, a polêmica que tem borbulhado em torno da recente alteração do artigo 6º da CLT parece um tanto além do necessário, ainda que reflita um novo olhar do Direito sobre a transformação do mercado de trabalho.

A lei 12.551, publicada em 15 de dezembro de 2011, deu a seguinte redação ao mencionado dispositivo

Art. 6º - Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado à distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego. Parágrafo único. Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio. [CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO]

A ideia do legislador foi dar licitude a situação dos "trabalhadores home office" – garantindo o reconhecimento de vínculo empregatício e direitos por eles a ser percebidos – igualando os efeitos jurídicos do trabalho de telecomunicação

pessoal. O artigo de lei foi colocado na introdução da CLT, pois serão determinados padrões do que é trabalho, emprego e quem são empregados e empregadores.

Apesar das várias formas tecnológicas e principalmente a revolução informática, o legislador achou de muita importância inserir na CLT, sobre a duração de trabalho no rol das exceções estabelecidas pelo art. 62 desse Diploma Legal.

Desta forma, por expressa disposição legal introduzida pela Lei da Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/17), os teletrabalhadores não têm direito à remuneração pelas horas trabalhadas além das quarenta e quatro semanais, bem como ao adicional noturno, repouso semanal remunerado, intervalo intrajornada e Inter jornada.

A respeito das devidas horas extras para os empregados de quem a jornada não é fiscalizada pela empresa. Apesar de não ter como calcular, pela facilidade e flexibilização na admissão, que a presença não é exigida, o tempo total trabalhado, gastado com cada ocupação, e o tempo livre de que fez uso o trabalhador, justapor o artigo 62 da CLT. O elo entre o devido empregado registrado pela CLT, no entanto está configurado e garantido. As empresas assim tem garantindo os abusos com seus empregados, colocando assim regras de horas, trabalhos e horas extras na hora da contratação.

Trabalhador convencional tem a situação diferente, que fica na sede da empresa e, posteriormente após sua exaustiva jornada de trabalho é contatado para resolver problemas via rede de transmissão (telefones, e-mails, "smartphones", "tablets", etc). Fica claro que o regime de horas extras, essencialmente se verificada pelo habito da prática. E cabe ao empregado em caso de ação judicial, provar a as horas extras alegadas.

A grande preocupação que assusta as empresas – e que os Tribunais do Trabalho terão que considerar – é o extraordinário aumento no número de ações buscando o recebimento de horas extras, onde uma das principais provas são os e-mails (ou outro meio de comunicação), e demonstrado em juízo como as horas de

trabalho executadas. Eis que surge um problema, e como saber se o trabalhador precisava trabalhar em regime de sobre jornada ou se, utilizando ferramentas tecnológicas ardilosas, e agindo de má fé emitiu as mensagens propositalmente de correio eletrônico, constituindo uma prova em seu benefício.

Considerações finais

Definir um fenômeno consiste na atividade intelectual de aprender e desvelar seus elementos componentes e o nexo lógico que os mantém integrados. Definição é, pois, a declaração da estrutura essencial de determinado fenômeno, com seus integrantes e o vínculo que os preserva unidos.

Este estudo objetivou a compreensão da lei laboral regulamentadora das relações de trabalho em um contexto geral, a qual demonstra que o direito do trabalho é muito maior que a legislação trabalhista, que deve estar em permanente mudança, para assegurar a real dignidade do trabalhador e assegurar seus reais direitos.

O direito do trabalho é atingido por alterações econômicas, políticas e sociais que têm causado um impacto gigantesco nas condições de vida daqueles que vivem do trabalho. As inovações tecnológicas tem provocado um processo de corrosão das estruturas políticas e jurídicas, privilegiando os aspectos econômicos da produção ligados aos interesses do capitalismo transnacional, viabilizando o trabalho informal.

Ora, que com o a vinda de uma nova revolução industrial e na CLT fundada na globalização tecnológica, o mundo do trabalho vem sofrendo constantes mudanças, acrescentando o número de desempregados cada vez mais, e direcionando esses trabalhadores para as atividades informais, que cresce de forma acentuada, de modo que muitos trabalhadores acabam afastados da proteção do direito do trabalho

Analisando a evolução do trabalho humano e de sua regulamentação, podemos fazer uma conclusão de que precisamos de uma nova reforma no que tange o direito de proteção do trabalhador. E a sociedade brasileira ainda se encontra marcada por relações de produção baseadas no trabalho informal.

Por todo o exposto, a regulamentação e uma melhor interpretação de uma nova realidade trabalhista que escape dos contornos rígidos da subordinação doutrinária e jurisprudencial é o remédio jurídico para alargar a proteção da legislação trabalhista, trazendo para formalidade uma significativa parcela de trabalhadores que hoje estão excluídos dessa proteção trabalhista.

Com a nova reforma trabalhista há um pensamento que circula no país que se o empresário gera emprego a CLT oferece um grande obstáculo a isso. É uma lei velha, de outro tempo, da época do Estado Novo, quando Vargas flertava com o fascismo e usou esse mecanismo para reforçar o Estado paternalista que representava. Mas não esqueçamos que há apenas alguns anos o Brasil esteve bem perto de atingir o pleno emprego com as mesmas leis trabalhistas que temos.

Muitos alegam que a CLT é de outra época, que vivemos uma era de desaparecimento do trabalho e a reforma só regulamenta o que já existe, nenhum deles vive a precarização que ela impõe aos trabalhadores. Uma coisa é pensar que a CLT precisa ser modernizada, outra coisa é tratar como modernização uma reforma que claramente fragiliza os trabalhadores, lhes retira direitos e regulamenta sua submissão a condições aviltantes de trabalho.

A CLT pode ser de outra época, mas sua importância se deve ao fato de no Brasil nunca ter existido um Estado de bem-estar que atuasse pela redução do abismo social entre ricos e pobres, bem como promover qualidade de vida com investimentos em serviços públicos eficientes.

Ao contrário, nossos ciclos de crescimento econômico sempre foram sugados por crises, arrochos salariais, inflação,

disparadas do desemprego e perdas do poder aquisitivo da mão de obra assalariada.

Com tudo isso, a concentração de renda continua a ser uma realidade alarmante no país. Uma vez aprovada, a reforma trabalhista, lei 13.467/2017, já é possível constatar que também representa a supressão de qualquer perspectiva de construção de um modelo social pautado no bem-estar.

A reforma fragiliza muito o trabalhador ao colocá-lo inteiramente na dependência de negociações diretas, que, na prática, dá ao empregador uma autonomia colossal para impor condições de trabalho degradantes. Ela aprofunda o abismo entre capital e trabalho de forma que não víamos desde a promulgação da CLT. Ela não é uma modernização, mas um retrocesso de proporções homéricas, principalmente, visto do ângulo de que no Brasil, não se tem condições possíveis para que possa prevalecer totalmente a autonomia da vontade do trabalhador, precisamos do Estado para condições mínimas do bem-estar social.

Referências

BOMFIM, Rosildo da Luz. *Controversias sobre a nova lei de terceirização*. Rio de Janeiro, 2008.

BONAVIDES, P. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL. *Consolidação das Leis do Trabalho – CLT*. Decreto-lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 16 set. 2017.

_____. *Tribunal Superior do Trabalho*. Súmula 212. 2003. Disponível em: <www.jurisway.org.br>. Acesso em: 08 abr. 2017.

_____. *Nova cartilha esclarecedora sobre a lei do estágio*. Ministério do Trabalho e do Emprego. 2008. Disponível em: <<http://www.agiel.com.br/manuais/cartilha-mte-estagio.pdf>>. Acesso em: 12 mar. 2018.

CAIRO JÚNIOR, J. *Curso de direito do trabalho*. 7ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2012.

CANCLINI, N. G. *Diferentes, desiguais e desconectados: mapas da interculturalidade*. Rio de Janeiro: Ed. UFRJ, 2005.

CANOTILHO, J. J. Gomes Canotilho. *Direito constitucional e a teoria da constituição*. 7ª Edição, São Paulo, 2002.;

CASSAR, V. B. *Direito do trabalho*. 4 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

COSTA, M. V. A. da. *O direito do trabalho na constituição de 1988: doutrina, legislação e jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS- DUDH. Artigo 23. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 16 mar. 2018.

DELGADO, M. G. *Poder, democracia e empresa*. São Paulo: LTr, 2010.

_____. *Curso de direito do trabalho*. 15ª ed. São Paulo: LTr, 2016.

FARACHE, J. A. C. *Relação de trabalho x relação de emprego: breves notas sobre o tema*. 2011. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/rela%C3%A7%C3%A3o-de-trabalho-x-rela%C3%A7%C3%A3o-de-emprego-breves-notas-sobre-o-tema>>. Acesso em: 20 mai. 2018.

FREITAS, J. M.de. *Validade da transação na alteração do contrato de trabalho*. Passo Fundo: Universidade de Passo Fundo, 2007.

IBGE (2018)Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br>> Acesso em: 19 mai.2018.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: Atlas, 2012.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KEYNES, John Maynard Keynes. *A teoria geral do emprego*. 1ª Ed. Reino Unido: Saraiva, 1936.

KON, A. *Pleno emprego no Brasil: interpretando os conceitos e indicadores*. Revista Economia & Tecnologia (RET), vol. 8, nº 2, p. 5-22, Abr/Jun, 2012. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/ret/article/viewFile/28159/18699>>. Acesso em: 20 mai. 2018.

LEVY, P. *Cibercultura*. Rio de Janeiro: Ed. 34, 2000.

LOGUERCIO, J. E. *Contrarreforma trabalhista lei nº 13.467/2017 – estratégia sindical*. Disponível em: <<http://fepesp.org.br/sites/default/files/noticias/anexos/selection.compressed-ilovepdf-compressed-32-61.pdf>>. Acesso em: 13 mai. 2018.

_____, S. P. *Direito do trabalho*. 31ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MIRANDA, J. *Manual de direito constitucional*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra, 1996

MISSIO OREIRO, José Luis Loureiro. *Uma perspectiva Keynesiana*. São Paulo 2016.

_____, José Luis Loureiro *Equilíbrio com pleno emprego e equilíbrio com desemprego em um contexto de preços e salários flexíveis: o debate entre Keynes e os (neo) clássicos*. 2006. In: KON, A. *Pleno emprego no Brasil: interpretando os conceitos e indicadores*. Revista Economia & Tecnologia (RET), vol. 8, nº 2, p. 5-22, Abr/Jun, 2012.

MORAES, A. de. *Direito Constitucional*. 15ª edição atualizada. São Paulo: Atlas. 2004.

NASCIMENTO, A. M. *Curso de direito do trabalho*. 23ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2008.

NUNES, T. S; et al. *Divulgação do assédio moral no trabalho na Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)*. 2005. Disponível em: http://www.inpeau.ufsc.br/wp/wp-content/BD_documentos/coloquio10/194.pdf. Acesso em: 03 mar. 2018.

OLIVEIRA NETO, P. E. V. de. *Campo de aplicação do direito do trabalho – sujeitos: empregado e empregador*. Revista de Direito, Ano 11, Número 15, 2011. Disponível em: http://www.anchieta.br/unianchieta/revistas/direito_new/pdf/direito15_1.pdf. Acesso em: 20 mai. 2018.

OLIVEIRA, Cinthia Machado; DORNELES, Leandro do Amaral D. *Direito do trabalho*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011.

PEDREIRA, P. *O teletrabalho*. Revista LTR. São Paulo: LTR, v. 64, n.5, p. 583-597, maio, 2000.

PEREIRA, R. da C. *Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey. 2006.

REALE, Miguel Reale. *Direito e da Historia*. São Paulo. 3ª edição de 2002.

REBELO, G. *Teletrabalho e privacidade*. 1. ed. Lisboa: RH, 2004.

RIFKIN, Jeremy. *O fim dos empregos*. São Paulo: M. Books, 2004

Lei aplicável ao contrato de consumo eletrônico internacional

Manoela de Bitencourt¹

1 Introdução

O fenômeno da globalização propiciou o surgimento de novas tecnologias as quais diminuíram a distância entre as pessoas no mundo inteiro por meio de computadores e da internet, verificando-se as chamadas as relações virtuais. A tendência é a substituição gradativa do meio físico pelo virtual ou eletrônico. O avanço da informática possibilitou o processamento e troca de informações de uma maneira muito rápida, ocorrendo a virtualização das relações entre os indivíduos.

Dessa forma, a internet criou um espaço ilimitado, sem limites geográficos e ideológicos, até mesmo, um “lugar” insubordinado, no qual constantes direitos são violados como a privacidade da pessoa, lugar onde crimes são cometidos, surgindo, grandes discussões no direito acerca dessa nova realidade, razão pela qual propõe-se, com o presente estudo, analisar essas implicações da informática bem como se o Direito passou a ter um novo ramo capaz de regular essas questões que surgem com esse novo espaço chamado virtual.

¹ manoelab@upf.br

Nesse contexto, surge o comércio eletrônico internacional, qual seja a internet como instrumento de vendas para as empresas a nível internacional, bem como um instrumento de compra para os consumidores em nível global. A relação jurídica havida entre um consumidor global, de uma nacionalidade, que anseia por produtos cada vez mais sem nacionalidade única, os adquire por meio da rede mundial de computadores.

Diante desse cenário, o presente estudo tem por objetivo analisar a lei aplicável ao contrato de comércio eletrônico internacional, levando em consideração a disciplina de Direito Internacional Privado, que é a responsável pela solução dos conflitos de leis no espaço, bem como o Direito do Consumidor Brasileiro, seus aspectos, suas características e suas implicações nessa seara internacional a que o consumidor se submete quando compra em horizontes desconhecidos.

2 Comércio eletrônico

Segundo Antonia Espíndola Longoni Klee:

A globalização e o comércio internacional decorrentes do desenvolvimento cultural, social e econômico da humanidade suscitam preocupações. Um dos desdobramentos mais emblemáticos da globalização é a criação da internet, fenômeno que une a comunidade global em um mundo virtual, por meio da comunicação facilitada pela rede internacional, que extinguiu espaço, conforme declarou Jayme, e representou uma verdadeira ruptura com o passado. Essa comunicação facilitada pela internet determina uma maior vulnerabilidade daqueles que se comunicam. Entre eles, encontram-se os consumidores, que se relacionam com fornecedores de produtos e serviços, celebrando contratos, vinculando-se pela internet, que é um novo ambiente de relacionamento interpessoal².

² KLEE. Antonia Espíndola Longoni. O Diálogo das Fontes nos Contratos pela Internet: do Vínculo Contratual ao Conceito de Estabelecimento Empresarial Virtual e a Proteção do Consumidor. In:

Com o mercado de consumo, em razão da globalização, a nível internacional, a internet surge como instrumento de marketing e vendas para as empresas transnacionais, além de meio de compra para os consumidores globais. Diante desse cenário, nasce um consumidor brasileiro exigente e que se torna cada vez mais global, o qual anseia por produtos cada vez mais sem nacionalidade única e os adquire por intermédio da rede mundial de computadores³.

O comércio eletrônico, para Salib:

É uma modalidade de compra a distância, na qual são recebidas e transmitidas informações por meio eletrônico. [...] o comércio realizado por intermédio da internet, tendo em vista a amplitude que ela apresenta, possibilitando inúmeros tipos de transações, tanto na compra e venda, como na prestação de serviços⁴.

2.1 B2B e o ciberespaço

Segundo Alexandre Atheniense,

a internet é a maior rede de sistemas computadorizados do planeta. Sob o prisma técnico, consiste num sistema de computadores conectados entre si, ligados constantemente, compartilhando informações e serviços em diversos países simultaneamente⁵.

Compreende-se que o virtual é real, só não é físico. Verifica-se, que ocorre a virtualização de uma solução gera um outro problema, transformando a atualidade inicial em caso particular de

MARQUES, Cláudia Lima. **Diálogo das Fontes**: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 400-402.

³ SALIB, Marta Luiza Leszczynski. **Contratos e a tutela do consumidor no comércio eletrônico internacional**. Curitiba: Juruá, 2014.

⁴ SALIB, 2014, p. 72.

⁵ ATHENIENSE, Alexandre. **Internet e o Direito**. Belo Horizonte: Inédita, 2000. p. 21.

uma problemática mais geral. Segundo Lévy⁶, “a virtualização é um dos principais vetores da criação de realidade”.

A ferramenta da computação utilizada juntamente com a internet revela o chamado mundo digital e, este, por sua vez, serve de armazenamento e gerenciamento de dados e informações, bem como instrumento de comunicação, por meio da rede mundial de computadores. Essa comunicação de dados entre equipamentos informáticos distantes uns dos outros revela a chamada telemática e o conjunto desses equipamentos e meios de comunicação recebem a denominação de sistema teleinformático⁷.

Segundo Silvana Drumond Monteiro,

o ciberespaço é um ambiente que nos permite inúmeras possibilidades de mundo “real”. Podemos afirmar que se trata de um local real, porém não físico. É um ambiente onde pessoas do mundo todo podem interagir sem estar, de fato, presentes. É um novo espaço de comunicação, representação e interação. O termo ciberespaço, em sua etimologia, já nos propõe essa nova noção: cyber-espaço, ou seja, um espaço diferente, cibernético, com novas possibilidades e implicações⁸.

Joan Mayans conceitua ciberespaço como:

Um tipo de espaço social criado de forma artificial, *informaticamente*, baseado em fluxos de informação (cibernéticos) em formato digital, que é experimentada pelos usuários de forma híbrida ou *ciborg*, é dizer, através de uma mescla de seu corpo físico (orgânico) e das diferentes máquinas e tecnologias que o levam ali. O ciberespaço, ou, falando com mais propriedade, os ciberespaços aos quais estamos nos referindo, são, pois, os entornos interativos e multipessoais utilizados (habitados) e criados pelos usuários das diversas tecnologias que

⁶ LÉVY, Pierre. **O que é o virtual?** Traduzido por Paulo Neves. São Paulo: Editora 34, 1996. p. 18.

⁷ PIMENTEL, Alexandre Freire. **O direito cibernético**: um enfoque teórico e lógico-aplicativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 40.

⁸ MONTEIRO, Silvana Drumond. O Ciberespaço: o termo, a definição e o conceito. In: **Revista de Ciência da Informação**, Londrina: Revista de Ciência da Informação, v. 8, n. 3, jun. 2007, p. 01.

permitem a interconexão entre ordenadores ou similares. (VERSÃO LIVRE)⁹ ¹⁰

O Direito tem sua aplicação no espaço e no tempo. Quanto ao espaço, tem-se uma relativização, tendo em vista que é virtual. Nessa linha de raciocínio, discorre Pinheiro:

[...] na Internet, muitas vezes não é possível reconhecer facilmente de onde o interlocutor está interagindo. Muitos sites têm determinação “.com”, sem o sufixo de país (por exemplo, sem o “.br” em seguida) o que teoricamente significa que estão localizados nos Estados Unidos. Só que vários deles apenas estão registrados nos Estados Unidos e não tem nenhuma existência física nesse país. Uma tendência mundial é assumir definitivamente o endereço eletrônico como localização da origem ou efeito do ato. Assim, se uma empresa brasileira registra um site como “.com”, em vez de “.com.br”, pode ter de se sujeitar às leis de diversos países no caso de questões jurídicas internacionais.¹¹

Sobre o que é o virtual, convém destacar os ensinamentos de Rob Shields:

Os dicionários definem o virtual na vida cotidiana como ‘aquilo que é tão em essência mas não tanto assim’. Assim, falamos de tarefas que são ‘virtualmente completas’. Mais filosoficamente, o virtual capta a natureza das atividades e objetos que existem, mas

⁹ MAYANS, Joan. Ciberespacio: notas para la utilización de un concepto analítico en ciencias sociales. In: ALVES, Giovanni; MARTINEZ, Vinicio (Org.). **Dialética do Ciberespço**: Trabalho, Tecnologia e Política no Capitalismo Global. Bauru: Document Arminda, 2002, p. 33.

¹⁰ [...] un tipo de espacio social creado de forma artificial, informáticamente, basado en flujos de información (cibernéticos) en formato digital, que es experimentada por los usuarios de forma híbrida o ciborg, es decir, a través de una mezcla de su cuerpo físico (orgánico) y de las diferentes máquinas y tecnologías que lo llevan allí. El ciberespacio, o, hablando con más propiedad, los ciberespacios a los que nos estamos refiriendo, son pues, los entornos interactivos y multipersonales utilizados (habitados) y creados por los usuarios de las diversas tecnologías que permiten la interconexión entre ordenadores o similares.

¹¹ PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 39.

não são tangíveis, não são ‘concretos’. O virtual é real, mas não concreto. (VERSÃO LIVRE)^{12 13}

Ademais, ensina Hardt:

O possível nunca é real, mesmo que possa ser atual; no entanto, enquanto o virtual possa não ser atual, ele não é menos real. Em outras palavras, existem várias possibilidades contemporâneas (atuais), das quais algumas possam ser realizadas no futuro; em contraste, virtualidades são sempre reais (no passado, em memória) e podem tornar-se atualizadas no presente. (VERSÃO LIVRE)^{14 15}

Segundo Antonia Espíndola Longoni Klee:

A internet é uma rede mundial de computadores operada por pessoas que interagem e se comunicam trocando entre si, em tempo real, mensagens, arquivos de textos, de dados e de imagens. Uma vez utilizada pelas empresas, a internet possibilitou a negociação sem fronteiras, tanto na relação entre empresas (business to business – B2B), quanto na relação entre empresas e consumidores (business to consumer – B2C)¹⁶.

Nesse contexto, convém fazer uma diferenciação entre contratos internacionais de consumo e contratos internacionais de comércio. Para Marta Luiza Leszczynski Salib, “os contratos internacionais de comércio caracterizam-se pela relação “B to B”

¹² SHIELDS, Rob. **The virtual**. Nova York: Routledge, 2003, p. 02.

¹³ *Dictionaries define the virtual in everyday life as ‘that which is so in essence but not actually so’. Thus we speak of tasks which are ‘virtually complete’. More philosophically, the virtual captures the nature of activities and objects which exist but are not tangible, not ‘concrete’. The virtual is real but not concrete.*

¹⁴ HARDT, Michael. **An Apprenticeship in Philosophy**. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1993, p. 16.

¹⁵ *The possible is never real, even though it may be actual; however, while the virtual may not be actual, it is none the less real. In other words, there are several contemporary (actual) possibilities of which some may be realized in the future; in contrast, virtualities are always real (in the past, in memory) and may become actualized in the present.*

¹⁶ KLEE, 2012, p. 402-403.

(*Business to Business*), ou seja, as duas partes que se relacionam são empresários, profissionais, que negociam com fins comerciais¹⁷.

Continua a autora:

Os contratos de consumo internacionais, ao contrário, geralmente são descontínuos, não apresentando longa duração. A relação, neste caso, é “B to C” (*Business to Consumer*), ou seja, de um lado temos um comerciante, e de outro, um consumidor como destinatário final de produto ou serviço¹⁸.

Assim, essa relação B2C, a qual interessa ao presente estudo, é aquela estabelecida entre empresas e consumidores, consistindo uma relação de consumo pela via eletrônica.

O contrato eletrônico é considerado forma de contratação à distância. Segundo Rogério Montai de Lima, “contrato eletrônico pode ser modalidade de contratação a distancia entre presentes, quando a aceitação é feita logo após a oferta (por exemplo, por meio de uma conversa online), ou entre ausentes, quando a proposta é feita via e-mail ou similar¹⁹”.

Sobre a aplicação da legislação brasileira aos contratos de consumo realizados na internet, Antonia Espíndola Longoni Klee:

A legislação brasileira já existente de proteção e defesa do consumidor é plenamente aplicável aos contratos eletrônicos celebrados entre consumidores e fornecedores, uma vez que a internet não é uma nova fonte de obrigações, nem criar um novo tipo contratual, mas é outro meio através do qual o consumidor pode se relacionar com os fornecedores de produtos e serviços. Com a utilização da internet, o fornecedor vai ao encontro do consumidor, utilizando-se, muitas vezes, dos contratos de adesão e dos contratos à distância, mediante técnicas de comunicação

¹⁷ SALIB, 2014, p. 48.

¹⁸ SALIB, 2014, p. 49.

¹⁹ LIMA, Rogério Montai de. **Relações contratuais na Internet e Proteção Jurídica do Consumidor**. São Paulo: Nelpa, 2008, p. 53.

por computadores, e-mail e páginas na internet. Ressalta-se que o campo de análise se restringirá às relações estabelecidas entre consumidor pessoa física e fornecedor, que também são chamadas de relações business to consumer, ou, simplesmente, B2C²⁰.

Antonia Espíndola Longoni Klee acerca do contrato eletrônico e do estabelecimento empresarial afirma que:

O contrato eletrônico representa o vínculo estabelecido entre consumidor e fornecedor por meio eletrônico, na internet; A manifestação da vontade do consumidor é objetivada e transmitida por meio eletrônico. O contrato é típico da sociedade de consumo, o meio é que é diferente. Esse vínculo tanto pode ser estabelecido mediante a troca de e-mails, como mediante a aceitação em bloco das cláusulas do contrato de adesão elaborado pelo fornecedor e disponibilizado à aceitação do consumidor no site. A manifestação da vontade, no caso dos contratos de adesão, é realizada por meio do click, que é a aceitação do contrato de adesão em meio eletrônico. Importante ressaltar que, mesmo não havendo legislação específica para regulamentar a proteção do consumidor que contrata por meios eletrônicos, o consumidor está amparado pela legislação já existente, qual seja, a Constituição da República de 1988, o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. Ademais, a fim de garantir a tutela da confiança depositada pelos consumidores na realização dos negócios celebrados por meio da internet, deve-se lançar mão do princípio da boa-fé objetiva e dos deveres anexos de lealdade, informação, transparência, esclarecimento, veracidade, honestidade e probidade²¹.

O comércio eletrônico realizado na sociedade pós-moderna possui um facilitador, que é a internet e, em razão disso, proporciona uma contratação de massa. Como a internet é um meio amplificador e difusor de informações no mercado de consumo, o que possui baixo custo, as empresas têm por objetivo

²⁰ KLEE, 2012, p. 405-406.

²¹ KLEE, 2012, p. 427-428.

atingir um número infinito de consumidores e utilizam cada vez mais esse meio para atingir tal finalidade.

Os contratos de consumo internacional são espécie do gênero “contratos internacionais” possuem os mesmos requisitos dos contratos tradicionais para adquirirem validade: autonomia da vontade, consensualismo, força obrigatória e boa-fé²².

Sobre desterritorialização, ciberespaço, meio virtual e eletrônico, destaca-se o entendimento de Cláudia Lima Marques:

A estes fenômenos de desterritorialização e desregulamentação, se junta o da velocidade e da aqui denominada ubiqüidade (capacidade de estar ao mesmo tempo em dois lugares) do meio. O tempo virtual é um outro tempo, assim como a net é um espaço original. Com estas características, o Direito Internacional privado e suas conexões territoriais estão sendo desafiados, chegando alguns autores a ironizar: "Welcome internet - goodbye, conflict of laws?"²³.

Continua a autora:

A maior tendência da internet é para a globalização, justamente, porque, no meio eletrônico, desaparecem os limites (borders) estatais e territoriais. O mundo eletrônico (Cyber World) teve como efeito a desterritorialização ou, para muitos, a desnacionalização dos negócios jurídicos. No Cyberspace, a noção de soberania clássica (estatal-jurídica ou política), isto é, fazer leis, impor leis e julgar as condutas, rendendo efetivas as leis postas pelo Estado (enforceability) diminui sua força (ou mesmo desaparece, para alguns). É bastante difícil tornar efetiva a regulamentação estatal ou assegurar competência das jurisdições estatais na internet²⁴.

²² SALIB, 2014, p. 50.

²³ MARQUES, Cláudia Lima. Proteção do consumidor no comércio eletrônico e a chamada nova crise do contrato: por um direito do consumidor aprofundado. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: RT, vol. 2, p. 827-884, abr. 2011b, p. 21.

²⁴ MARQUES, 2011b, p. 21.

2.2 Contrato de consumo internacional

O consumo por meio eletrônico em nível internacional atrai os consumidores por diversas razões. Nesse contexto, cumpre ressaltar as palavras de Cláudia Lima Marques:

O parceiro-consumidor é atraído ou por métodos agressivos de marketing (por exemplo, telemarketing, teleshopping, vendas emocionais de time-sharing para turistas) ou por preços reduzidos (descontos, redução nos tributos, envio gratuito etc.), pelo senso de aventura (por jogos, apostas, prêmios) ou por sua própria ignorância quanto às dificuldades nas transações transnacionais (parco conhecimento da língua para entender a oferta ou a publicidade, mito da qualidade superior dos produtos importados, produtos-novidade desconhecidos em países emergentes, falta de conselhos jurídicos ou de um departamento jurídico para a negociação, confiança que a marca terá serviços pós-venda em seu país etc.). As regras do comércio internacional, as regras de direito internacional privado, em geral, estão construídas sobre a base do profissionalismo e especialidade dos parceiros envolvidos, a fim de proteger quem vende, quem fornece o produto e o serviço, e não aquele que apenas paga (comprador, recebedor do serviço, "consumidor")²⁵.

Sobre o consumo internacional:

As outras especificidades são o pequeno valor, a massificação e a difícil reexecução. O consumo internacional é hoje um fenômeno de massas, basta pensar no turismo sazonal, no time-sharing, com seus círculos de trocas internacionais, nos pacotes turísticos para grandes festas, nos transportes aéreos, nos cruzeiros marítimos etc. Individualmente considerado, o contrato internacional de consumo tem, porém, pequeno valor, seja para a economia de um país ou de um fornecedor. Esse pequeno valor dificulta em muito o acesso à Justiça, faz com que a lide fique

²⁵ MARQUES, Cláudia lima. A insuficiente proteção do consumidor nas normas de direito internacional privado - da necessidade de uma convenção interamericana (cidip) sobre a lei aplicável a alguns contratos e relações de consumo. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: RT, vol. 2, p. 1097-1157, abr. 2011a, p. 03-04.

reprimida, dificulta que o consumidor assuma gastos exagerados, seja para reclamar, para procurar novamente o fornecedor, para fazer valer sua garantia etc. O consumo internacional ainda possui uma última especificidade, que lhe é comum com os serviços em geral, sua reexecução, em caso de frustração das expectativas do contratante-consumidor é bastante dificultosa. Em caso de turismo, reedição de algo, uma excursão, dias de férias em praia poluída, recuperação do conforto de um hotel em país distante e assim por diante, é tarefa quase impossível e a resposta será apenas econômica, com as perdas e danos respectivas. Em matéria de contratos a distância, a eventualidade da perda de tempo, da perda de uma chance e de danos morais anexos à má-execução do contrato internacional de consumo também são quase uma constante, o melhor é prevenir os danos ou minimizá-los, caso contrário a resposta será apenas econômica, com as perdas e danos respectivas²⁶.

Sobre a desterritorialização do ciberespaço, Cláudia Lima Marques:

Com essa ubiqüidade, não sabemos ao certo onde ocorrerá a negociação virtual e a contratação virtual, tudo acontece no Cyberspace! O meio eletrônico também modifica os conceitos de tempo real, impondo o tempo virtual, e de território, impondo a rede global como "lugar do contrato", em contrato já denominado de desterritorializado, internacional ou nacional conforme as partes, não conforme o lugar da conclusão do negócio (art. 9º, § 2º da Lei de Introdução do Código Civil, de 1942), pois as ofertas nos sites são "globais" em rede e não encontram mais limites territoriais ou nacionais²⁷.

Discorre-se na doutrina e na jurisprudência a questão da lei aplicável ao contrato, uma vez que muitos destes fornecedores "eletrônicos" localizam-se no exterior.

Segundo Fernando Sérgio Tenório de Amorim,

²⁶ MARQUES, 2011a, p. 04.

²⁷ MARQUES, 2011b, p. 22.

O comércio eletrônico, em especial os contratos de compra e venda de produtos e mercadorias firmados pela internet, desenvolve-se num ambiente inteiramente novo e, por isso mesmo, infenso à clássica delimitação e localização dos negócios jurídicos em bases territoriais geograficamente definidas. Não se pode afirmar categoricamente que tais contratos são celebrados entre presentes ou entre ausentes, ou ainda que a contratação se realiza no domicílio ou residência do proponente ou que o contrato reputar-se-ia firmado no local de residência do aceitante²⁸.

Amorim explica que:

[...] o contrato eletrônico não será necessariamente um contrato internacional e nem deixará de sê-lo por uma determinação de uma convenção ou tratado internacional ou mesmo por que o direito interno assim o qualifica. Internacionais serão as consequências jurídicas dessa contratação, que poderão atingir, em especial quando se tratarem de contratos de consumo, consumidores vinculados a ordenamentos jurídicos distintos dos ordenamentos jurídicos a que estão submetidos os fornecedores de produtos e serviços oferecidos em rede. O problema da determinação da lei aplicável a esses contratos assume assim uma importância fundamental²⁹.

3 Regulação

Compete à ciência do direito internacional privado resolver os conflitos de leis no espaço na hipótese de ocorrer a incidência de mais de uma norma, advindas de ordenamentos jurídicos diferentes, sobre a mesma relação jurídica. A compra realizada pelo consumidor global (de qualquer nacionalidade), na internet, de empresas transnacionais, possibilita surgir um conflito de leis no espaço, isto é, qual lei vai ser aplicada a esse contrato? Qual

²⁸ AMORIM, Fernando Sérgio Tenório de. **Autonomia da vontade nos contratos eletrônicos internacionais de consumo**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 217.

²⁹ AMORIM, 2012, p. 148.

legislação nacional regulará a publicidade ofertada na internet? A lei de qual país será competente para regulamentar o vício do produto comprado na rede mundial de computador, ou ainda, qual a lei que regulamentará o contrato de comércio eletrônico realizado no ciberespaço entre um consumidor de uma nacionalidade e um fabricante de outra nacionalidade?

3.1 Lei e jurisdição

3.1.1 Ordenamento jurídico brasileiro

O art. 435 do Código Civil Brasileiro – Lei n. 10.406/2002 – diz que “reputar-se-á celebrado o contrato no lugar em que foi proposto”. No mesmo sentido, dispõe o art. 9º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB):

Art. 9º Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem.

§ 1º Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato.

§ 2º A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente.

No entanto, essa previsão normativa deve ser superada, na medida em que não se presta para proteger o consumidor. Nos contratos de consumo, o proponente é o fornecedor, que atua na via eletrônica por meio de contratos de adesão, formulários já prontos que o consumidor apenas preenche, propostas e

publicidades pré-concebidas³⁰. É nesse sentido a norma contida no art. 30 do Código de Defesa do Consumidor³¹:

Nesse contexto, afirma Cláudia Lima Marques:

O §2º do art. 9º dispõe que a obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar onde residir o proponente, determinando assim a aplicação da lei do lugar de residência do fornecedor para reger os contratos entre ausentes, mesmo os de consumo. Necessário, pois, superar esta regra e escolher, para os contratos de consumo, diferentemente dos contratos internacionais comerciais uma conexão mais favorável ao consumidor, como a do art. 5º da Convenção de Roma de 1980, que dá preferência à lei do país onde o consumidor tem a sua residência habitual como conexão rígida, se não há expressa manifestação de vontade³².

E continua a autora:

Este mesmo art. 5 da Convenção de Roma de 1980 determina que a eleição de uma lei para reger o contrato de consumo, isto é, a conexão na autonomia da vontade não poderá excluir a aplicação das normas e leis imperativas de proteção do país de residência habitual do consumidor, se: a) a oferta, a publicidade ou algum ato de conclusão do contrato aconteceu neste país (por exemplo, a publicidade para um cruzeiro marítimo organizado na Argentina é feita na televisão aberta ou a cabo brasileira); b) se o fornecedor ou um seu representante receber a reserva ou realizar a contratação no país de residência habitual do consumidor (por exemplo, os contratos de multipropriedade no Uruguai, Punta del Leste, com consumidores residentes no Brasil são celebrados no Brasil por representantes autônomos que convidam os consumidores para coquetéis e reuniões, onde o empreendimento será explicado e a proposta assinada, e oferecem-lhes prêmios e

³⁰ SALIB, 2014, p. 115.

³¹ Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.

³² MARQUES, **Confiança no comércio eletrônico e a proteção ao direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004a, p. 404.

vantagens, assim como a possibilidade de o pagamento futuro ser feito através de boletos de cartão de crédito que serão assinados também naquelas reuniões de venda em solo brasileiro); c) quando se tratar de venda de produtos e o consumidor viajar para adquiri-los, mas a viagem for organizada pelo fornecedor com esta finalidade de contratação (por exemplo, excursões organizadas para produtos em uma zona franca ou em uma determinada fábrica no exterior), como esclarece o art. 5, n. 2, da Convenção de Roma de 1980 sobre a lei aplicável às relações obrigacionais oriundas de contratos. No caso interamericano, a melhor conexão rígida seria a do domicílio, entendido como residência habitual, a exemplo do art. 3 do Protocolo de Santa Maria (Mercosul) ou da tradição das Cidips e suas normas materiais uniformes³³.

Além disso, destaca Salib:

Ainda, esta norma deriva do princípio da vulnerabilidade do consumidor, positivado e ratificado internacionalmente. A autonomia da vontade, amplamente aceita nos casos de contratos internacionais, que permite que se apliquem leis distintas do foro competente, não faz sentido nos casos dos contrato de consumo, até porque o Direito brasileiro adota como elemento de conexão a *Lex loci contractus* no art. 9º da Lindb; ou seja, aplica-se a Lei do país em que se constitui a obrigação. No contrato de consumo internacional eletrônico, deve-se considerar que o contrato de consumo se constituiu, mesmo que entre ausentes, no domicílio do consumidor brasileiro, por ser a norma mais favorável ao mesmo³⁴.

3.1.2 Convenção de Roma

No art. 5º, a Convenção disciplina a proteção ao consumidor nos contratos internacionais:

Art. 5º

³³ MARQUES, 2011a, p. 11.

³⁴ SALIB, 2014, p. 115-116.

Contratos celebrados por consumidores

1. O presente artigo aplica-se aos contratos que tenham por objeto o fornecimento de bens móveis corpóreos ou de serviços a uma pessoa, o consumidor, para uma finalidade que pode considerar-se estranha à sua atividade profissional, bem como aos contratos destinados ao financiamento desse fornecimento.

2. Sem prejuízo do disposto no art. 3º, a escolha pelas partes da lei aplicável não pode ter como consequência privar o consumidor privado da proteção que lhe garantem as disposições imperativas da lei do país em que tenha a sua residência habitual: - se a celebração do contrato tiver sido precedida, nesse país, de uma proposta que lhe foi especialmente dirigida ou de anúncio publicitário, e se o consumidor tiver executado nesse país todos os atos necessários à celebração do contrato, ou - se a outra parte ou o respectivo representante tiver recebido o pedido do consumidor nesse país, ou - se o contrato consistir numa venda de mercadorias e o consumidor, se tenha deslocado desse país a um outro país e aí tenha feito o pedido, desde que a viagem tenha sido organizada pelo vendedor com objetivo de incitar o consumidor a comprar.

3. Sem prejuízo do disposto no art. 4º e na falta de escolha feita nos termos do art. 3º, esses contratos serão regulados pela lei do país em que o consumidor tiver a sua residência habitual, se se verificarem as circunstâncias referidas no n. 2 do presente artigo.

4. O presente art. não se aplica: a) ao contrato de transporte; b) ao contrato de prestação de serviços quando os serviços devidos ao consumidor devam ser prestados exclusivamente num país diferente daquele em que este tem a sua residência habitual³⁵.

Percebe-se que a Convenção dá preferência à lei do país onde o consumidor tenha residência habitual, caso não haja manifestação expressa em sentido contrário, até pelo fato de ser a norma mais favorável ao consumidor.

A Convenção de Roma sobre o Direito Aplicável às Obrigações Contratuais utiliza a autonomia da vontade como critério de determinação da lei aplicável aos contratos internacionais. Na ausência de escolha pelas partes, a Convenção

³⁵ SALIB, 2014, p. 110-111.

aplica o princípio da proximidade, ou seja, a lei aplicável ao contrato será a lei do local com o qual este apresenta vínculos mais estreitos. Estabelece a convenção que o contrato possui vínculos mais estreitos com o local no qual a parte que deverá cumprir a prestação característica tem sua residência habitual ou, tratando-se de pessoa jurídica, tem a sua sede social³⁶.

Com efeito, a autonomia da vontade e a teoria dos vínculos mais estreitos foram adotados pela Convenção Interamericana sobre o Direito Aplicável aos Contratos Internacionais – também chamada de Convenção do México, que foi assinada pelo Brasil, mas não ratificada. Depreende-se da leitura dos artigos 7º a 9º da Convenção uma influência direta da Convenção de Roma sobre o Direito Aplicável às obrigações contratuais³⁷.

3.1.3 Autonomia da vontade

Porém, sobre o princípio da autonomia da vontade, Nádía de Araújo afirma que:

Ao contrário da grande utilização do princípio nos países europeus, a situação do Brasil ainda não evoluiu. A LICC, no seu artigo 9º, não menciona o princípio da autonomia da vontade e, embora muitos juristas sejam a favor, o princípio é proibido. Esta afirmação decorre da leitura do artigo que não pode ser comparado com outras normas sobre o tema que o permitem expressamente, como, por exemplo, a Convenção do México sobre a lei aplicável aos contratos internacionais, que começa a dizer ser o contrato regido pelo Direito escolhido pelas partes logo no caput do artigo. Somente com a revisão da LICC, e a adoção dos princípios consagrados na Convenção sobre o direito aplicável aos contratos internacionais, realizada pela CIDIP V (México, 1994) poder-se-á permitir de forma segura a utilização do princípio da autonomia da vontade em contratos internacionais. Uma solução adequada seria a substituição do art.

³⁶ AMORIM, 2012, p. 151-152.

³⁷ AMORIM, 2012, p. 165-166.

9º da LICC pelas normas da Convenção Interamericana sobre o direito aplicável aos contratos internacionais. A Convenção serviria não só para regular os contratos internacionais entre os parceiros latino-americanos, mas também como regra conflitual a todas as relações contratuais internacionais³⁸.

Percebe-se que o art. 9º da LINDB não atende mais às exigências do comércio internacional, pois nem sempre a lei do local da celebração ou a lei do local de residência do proponente nem sempre será a mais adequada aos contratantes.

A autonomia da vontade é a liberdade de os contratantes para determinarem a lei aplicável ao contrato. Ocorre que os contratos internacionais de consumo estariam sujeitos aos conflitos de leis oriundos do tratamento diferenciado que recebem em cada ordenamento jurídico. Considerando que os contratos de consumo possuem natureza jurídica de adesão, poder-se-ia alegar a autonomia da vontade, de forma unilateral, e determinar a lei aplicável. É evidente que essa cláusula seria abusiva, pois não considera a proteção ao consumidor³⁹.

3.1.4 Autorregulamentação

Marta Luiza Leszczynski Salib discorre sobre a possibilidade da auto-regulamentação no comércio eletrônico internacional, a fim de solucionar os litígios daí decorrentes. Como há a necessidade de se desenvolver Princípios comuns, visando o estabelecimento de uma comunhão de direitos no mercado internacional, demonstra que a sociedade internacional tem que percorrer esse caminho para atingir tal patamar de integração⁴⁰.

Segundo Salib:

³⁸ ARAÚJO, Nádia de. **Direito Internacional Privado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 323.

³⁹ AMORIM, Fernando Sérgio Tenório de. **Autonomia da vontade nos contratos eletrônicos internacionais de consumo**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 151-152.

⁴⁰ SALIB, 2014, p. 134.

A vantagem neste tipo de autorregulamentação é no sentido da criação de cadastros de fornecedores virtuais, formação de grupos de consumidores para trocas de dados sobre empresas, surgimento de empresas certificadoras, criação de tribunais arbitrais virtuais para solução de controvérsias que surjam entre consumidor e fornecedor (desde que o consumidor tenha real noção da Lei que vigorará a relação e opte por isso) enfim, a internet conduz as possibilidades que fogem ao controle estatal, que podem levar também a uma eficaz proteção do consumidor⁴¹.

Portanto, a auto-regulamentação surge como potencial auxílio para composição de conflitos que surgem no comércio eletrônico internacional, diante desse novo paradigma do mercado internacional. Deve-se buscar o equilíbrio entre a regulamentação estatal, com os princípios do Direito Internacional Privado, com os usos e costumes do comércio eletrônico e, ainda, com a uniformização da legislação internacional em matéria de direito do consumidor eletrônico. Para isso, como meio de compelir o cumprimento dessas normas, deve-se instituir Tribunais, arbitrais, nacionais ou transnacionais⁴².

Sobre a necessidade de uma legislação transnacional para regulamentar o consumo eletrônico transnacional, afirma Cláudia Lima Marques:

O meio eletrônico teria quebrado o paradigma estatal, pois as leis dos Estados (especialmente o seu Direito Internacional privado) estariam conectadas com determinados territórios (com o domicílio ou residência habitual), ou com um status político-estatal das pessoas (com a nacionalidade, a identidade cultural), ou com o lugar físico dos atos (com o lugar em que foi cometido o delito ou o lugar em que surtiu seus efeitos na *lex loci delicti*, com o lugar de celebração de um contrato na *lex loci celebraciones* e na sua forma, na *locus regit actum*) ou com lugar de localização física das coisas (com o lugar do bem, na *lex rei sitae*). Se o meio

⁴¹ SALIB, 2014, p. 135.

⁴² SALIB, 2014, p. 137.

eletrônico não conhece mais território (no-place, from geography to cyberspace), se transforma o consumidor em um netcytizen, se há uma nova ubiqüidade ou falta de localização dos atos que ocorrem simultaneamente no écran do consumidor e do fornecedor, no computador do provedor e em todos os fornecedores ligados à internet globalmente, se os bens digitais são imateriais e não conhecem mais localização física, as conexões clássicas do Direito Internacional privado sofrem um grande desafio. Do lado do direito processual, a fixação da competência fica bastante desafiada, a tendência é proteger o usuário local e estabelecer algo como uma jurisdição pessoal para o mundo inteiro, como no famoso caso Pavlovich versus Superior Court, de agosto de 2001⁴³.

A regulamentação desses contratos para se determinar a lei aplicável e, para isso, utilizar o critério da autonomia da vontade como elemento de conexão, exige uma redefinição dos conceitos jurídicos tradicionais. Dizer que tais contratos são firmados em determinado território ou que seu caráter internacional nasce da troca e envio de mercadorias entre os países – um dos critérios clássicos de definição do caráter internacional do contrato – está ultrapassado, na medida em que se está diante de um território não físico.

A questão é delicada quando se trata de ciberespaço, pois é impossível de se precisar claramente onde ocorreu o download realizado por um consumidor brasileiro em outro país. A desterritorialização do ciberespaço impede a sua vinculação a um território determinado. E este problema não tem sido resolvido de forma satisfatória pela legislação.

3.1.5 Lei modelo da UNCITRAL/CNUDCI

Segundo Amorim:

⁴³ MARQUES, 2011b, p. 21.

A Lei Modelo da Uncitral/Cnudci (Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional) vincula a celebração do contrato ao local no qual está situado o sistema de informações do emissor e do destinatário. Segundo o art. 2º da Lei Modelo “o termo sistema de informação designa um sistema utilizado para criar, enviar, receber, conservar ou tratar por qualquer outro modo mensagens de dados”. Como nem sempre a localização do sistema de informações poderá ser efetuada com precisão, optou-se por adotar uma presunção: considera-se que a mensagem de dados foi enviada a partir do lugar no qual o remetente tem o seu estabelecimento, ao tempo em que se presume ter sido.

Ocorre que a Lei Modelo da Uncitral/Cnudci estabelece os critérios de envio e de recepção da mensagem, bem como de seu ingresso num sistema de informação. Isso serve para se determinar a localização do contrato e o momento da formação do contrato eletrônico. Quanto ao momento da conclusão do contrato, considera-se recebida a mensagem de dados quando esta ingressar no sistema de informação do destinatário, caso tenha sido esse o sistema designado ou, não o sendo, no momento em que o destinatário acessar a mensagem. Portanto, diante de um contrato eletrônico firmado entre ausentes, o momento da conclusão do contrato seria o da entrada da mensagem contendo a aceitação no sistema de informação do destinatário, de acordo com o § 1º do art. 15 da Lei^{44 45}.

O ordenamento jurídico brasileiro adota, no Código Civil, a teoria da declaração, com a aplicação da subteoria da expedição, de acordo com o art. 434 e, excepcionalmente, admite à lei brasileira a aplicação da teoria da recepção⁴⁶.

Amorim explica:

⁴⁴ AMORIM, 2012, p. 222-223.

⁴⁵ Artigo 15. Momento e lugar da expedição e recepção de uma mensagem de dados.

1. Salvo convenção em contrário entre o remetente e o destinatário de uma mensagem de dados, a expedição de uma mensagem de dados ocorre quando esta entra num sistema de informação que não depende do remetente.

⁴⁶ AMORIM, 2012, p. 223.

No caso dos contratos firmados entre presentes, o artigo 435 do Código Civil Brasileiro é bastante claro afirmar que o contrato reputa-se celebrado no local onde foi proposto. A Lei Modelo nada esclarece a respeito e as normas de direito internacional privado brasileiras, como já demonstrado, estão de tal forma ultrapassadas que sequer consideram a possibilidade de escolha da lei aplicável aos contratos internacionais. Onde o contrato entre presente terá sido concluído? No local de expedição da proposta ou no local de recebimento da aceitação, seriam as respostas. No entanto, a única forma de resolver o impasse que essa regra acarreta para os contratos eletrônicos seria utilizar a presunção de que tal contrato teria sido firmado no local de estabelecimento do proponente, se este possuísse um único estabelecimento, ou no local de estabelecimento que apresentasse vínculos mais estreitos com contrato, na hipótese de o proponente ter mais de um estabelecimento⁴⁷.

Amorim explica que:

A determinação do ingresso da mensagem no sistema de informação do destinatário consiste em solução técnica que nem sempre poderá ser objeto de prova. Além disso, tais regras não consideram a possibilidade de estabelecimento de um sistema de proteção do consumidor. Observe-se que tanto na hipótese de fixação do momento da contratação, quanto na delimitação do lugar da contratação, a norma da Uncitral/Cnudci deixa margem para o exercício da autonomia da vontade, ressaltando sempre a possibilidade de as partes convencionarem de maneira diversa. Seria essa a melhor solução? Sim, será a resposta. Mas as regras da Lei Modelo merecem hoje uma revisão⁴⁸.

Assim, a presunção baseia-se no fato de que a situação do sistema de informação não poderá ser o elemento determinante para a localização do contrato e que existiria uma relação entre o destinatário e o lugar no qual se presume tenha recebido a

⁴⁷ AMORIM, 2012, p. 222.

⁴⁸ AMORIM, 2012, p. 223.

informação. E quando o emissor ou o destinatário tiverem mais de um estabelecimento, aplica-se o § 4, “a” e “b” da Lei Modelo⁴⁹.

3.2 Formas de execução

3.2.1 Harmonização da legislação internacional para concretização da tutela do consumidor eletrônico

O direito internacional privado é o ramo do direito responsável para solucionar o conflito de leis, envolvendo mais de um ordenamento jurídico aplicável a um contrato internacional de trabalho. Strenger (1996) explica que “o direito local colide com outro direito local, e no meio disto tudo está o nacional ou o estrangeiro, mas existe sempre um conflito a ser resolvido, uma colisão a ser solucionada”.⁵⁰

Num cenário de internacionalização da economia, torna-se imprescindível a adoção de normas uniformes de modo a se evitar esses conflitos decorrentes da diversidade de elementos de conexão adotados pelos vários ordenamentos jurídicos. Busca-se essa uniformidade, porém nunca se alcança⁵¹.

Nesse sentido, discorre Amorim:

Com relação os contratos internacionais de consumo e aos contratos eletrônicos de consumo, contudo, alguns obstáculos impõe-se a esta uniformização. O primeiro deles resulta, como já visto, na própria conceituação doutrinária dos contratos internacionais, dos contratos internacionais de consumo e, por fim, dos cibercontratos ou contratos eletrônicos de consumo⁵².

⁴⁹ AMORIM, 2012, p. 221.

⁵⁰ STRENGER, 1996, p. 50.

⁵¹ AMORIM, 2012, p. 171-172.

⁵² AMORIM, 2012, p. 172.

O problema é o limite dessa autonomia da vontade nos contratos internacionais diante da relação que envolve os interesses dos consumidores. Nos contratos internacionais eletrônicos envolvendo consumidores, em razão do desequilíbrio existente entre as partes, deve haver uma especial atenção quanto à legislação aplicável. A autonomia da vontade é regra não oportuna se uma das partes é mais fraca, como é o caso dos contratos de consumo internacional eletrônicos⁵³.

Portanto, percebe-se a necessidade de uma harmonização da legislação internacional para concretização da tutela do consumidor eletrônico. Como o princípio da vulnerabilidade é positivado e ratificado internacionalmente, os conflitos decorrentes da aplicação da lei no espaço no âmbito do comércio eletrônico internacional, pode ser solucionado com a aplicação da norma principiológica que for mais favorável ao consumidor.

É nesse contexto a importância dos princípios. Patrícia Peck menciona que os princípios devem prevalecer sobre as normas, tendo em vista o risco da produção legislativa não acompanhar os passos da evolução tecnológica. O direito digital, para ela, teria as seguintes características: celeridade, dinamismo, autorregulamentação, poucas leis, base legal na prática costumeira, uso da analogia e solução por arbitragem⁵⁴.

Diante desse cenário, vê-se que o Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado (Unidroit) deve ter por objetivo harmonizar a ordem jurídica internacional a fim de prevalecer os princípios no âmbito de comércio eletrônico internacional. Os Princípios do Unidroit, voltados aos contratos internacionais de comércio, poderiam alguns deles ser estendidos às relações internacionais de consumo, tais como: o princípio da primazia das regras imperativas, indicando uma limitação à autonomia da

⁵³ GEIB, Geovana. A necessidade de regras específicas de direito internacional privado no contrato de consumo internacional eletrônico – principais aspectos quanto ao foro competente e à lei aplicável. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: RT, vol. 82, p. 177-211, abr. 2012, p. 11.

⁵⁴ PINHEIRO, 2009. p.30.

vontade face às normas imperativas, de ordem pública e cogente de proteção ao consumidor. Ademais, tem o Princípio da Internacionalidade e da Integração dos princípios, o qual diz que os princípios devem ser interpretados dentro de um contexto internacional e não em um sentido de determinado direito nacional. Ainda, o Princípio da Boa-fé, que diz que “cada parte deve agir em conformidade com a boa-fé no comércio internacional”; “as partes não podem excluir ou limitar esta obrigação”⁵⁵.

As regras da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro são insuficientes para regulamentar as relações contratuais em um mundo que se universaliza. A adoção da autonomia da vontade pela Convenção de Roma e pela Convenção do México exige uma alteração nas regras do direito internacional privado brasileiro⁵⁶.

A Organização das Nações Unidas tem exercido um papel fundamental na harmonização das leis internacionais de proteção do consumidor. Segundo Marta Luiza Leszczyński Salib, a Resolução 39/248 da ONU:

Esta resolução reconheceu e positivou a vulnerabilidade do consumidor no plano internacional e influenciou consideravelmente a criação de normas nacionais para a proteção do consumidor em vários países do mundo. Atualmente, este princípio da proteção do consumidor é internacionalmente reconhecido como Direito Humano Fundamental. Em nosso ordenamento jurídico, foi positivado pelo art. 5º, XXXII da Constituição Federal e pela Lei 8.078/90⁵⁷.

Além da vulnerabilidade do consumidor, destaca-se duas diretrizes da Resolução voltadas à atuação internacional das empresas em uma lide de consumo internacional:

⁵⁵ SALIB, 2014, p. 127-128.

⁵⁶ AMORIM, 2012, p. 149.

⁵⁷ SALIB, 2014, p. 98.

5. Todas as empresas devem acatar as leis e regulamentos aplicáveis nos países que realizam suas operações. Devem também acatar as normas internacionais pertinentes a proteção do consumidor que tenham sido acatadas pelas autoridades competentes do país que se trate. 7. Ao aplicar qualquer procedimento ou regramento para a proteção do consumidor, deverá haver o cuidado para que não se torne obstáculo para o comércio internacional e que sejam compatíveis com as obrigações do comércio internacional⁵⁸.

Segundo Marta Luiza Leszczynski Salib:

Aplicando este mandamento de forma analógica para o direito consumerista internacional pela via eletrônica, podemos conduzir a interpretação de que aquelas empresas que ofertam produtos e serviços na internet em âmbito internacional, devem estar cientes de que, quando firmam este tipo de contrato de consumo, estarão submetidas aos regramentos daquele país para onde estarão enviando o produto. Esta regra deriva, sobretudo, da ideia de vulnerabilidade do consumidor, uma vez que outros dispositivos internacionais também colocam o domicílio do consumidor como o competente para dirimir eventuais controvérsias, aplicando a legislação local para tanto. Com isso, as empresas se obrigam a conhecer a legislação local dos mercados onde desejam atuar e, ao mesmo tempo, afasta a sensação de impunidade que cerca o mundo virtual⁵⁹.

3.2.2 A aplicação do direito do consumidor brasileiro nos litígios internacionais

Sendo assim, face à revolução tecnológica atual e tentando respeitar os direitos humanos envolvidos no caso, coube ao Direito reequilibrar a relação contratual, com o intuito de se atingir um

⁵⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Resolução 39/248, de 16 de abril de 1985. Disponível em: <<http://www.buscalegisufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/view/24028/23591>> Acesso em: 27 mai. 2017.

⁵⁹ SALIB, 2014, p. 100.

direito contratual com uma concepção mais social. Por isto, no plano internacional, se tem buscado a aplicação da lei do domicílio do consumidor nos conflitos decorrentes de contratos internacionais eletrônicos envolvendo consumidores. Como exemplo, temos a União Europeia como aderente a esta forte tendência. Prevê o art. 6º do Regulamento (CE) 593/2008⁶⁰ sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma)⁶¹.

No Brasil, a atual regra de conexão sobre lei aplicável, conforme já visto, é a regra estabelecida no art. 9º da LICC, mas, em matéria contratual, esta regra de conexão está defasada. Tendo em vista que, de todos os ângulos, a aplicação desta regra beneficiaria o fornecedor, deve, pois, ser afastada a sua aplicação. A legislação nacional ainda é falha neste setor. Uma modificação na regra de conexão significaria um grande avanço no atual sistema normativo brasileiro, bem como para a proteção dos consumidores, já que a Lei de Introdução é do tempo que o consumidor não era tratado de modo diferenciado. Na prática, os tribunais nacionais, ao se depararem com esta regra de conexão ultrapassada para definir a lei aplicável às demandas oriundas de controvérsias de contratos internacionais de consumo, têm se socorrido das normas de ordem pública interna, ou seja, das normas presentes no Código de Defesa do Consumidor⁶².

Estas normas aplicam-se imediatamente para nacionais e estrangeiros e para todas as relações privadas, sem necessidade de antes passar pelo método de Direito Internacional Privado de indicação de uma lei aplicável. É uma técnica de regulação direta adotada pelo Direito Internacional Privado. Pode-se definir como uma técnica de materialização das novas regras de conflitos de leis.

⁶⁰ Contratos celebrados por uma pessoa singular, para uma finalidade que possa considerar-se estranha à sua atividade comercial ou profissional (o consumidor), com outra pessoa que aja no quadro das suas atividades comerciais ou profissionais (o profissional), são regulados pela lei do país em que o consumidor tem a sua residência habitual (...).

⁶¹ GEIB, 2012, p. 13.

⁶² GEIB, 2012, p. 14.

Segundo Marques, “efetivamente, o Código de Defesa do Consumidor deve ser aplicado a todos os contratos internacionais que envolvem consumidores residentes no Brasil, enquanto uma regra imperativa internacional”⁶³.

Como leciona Jacob Dolinger,

as normas imperativas são adequadas aos princípios clássicos do direito internacional privado e são dirigidas à proteção da parte mais fraca. A missão dessas normas é a proteção da ordem pública por relevantes razões morais, jurídicas ou econômicas. Logo, parece ser bastante adequada a aplicação dessas normas na solução destes conflitos, pois são coerentes com os princípios do Direito do Consumidor e do Direito Internacional Privado, sempre que for necessário assegurar a proteção do consumidor brasileiro⁶⁴.

A aplicação do direito do consumidor brasileiro nos litígios internacionais é imperativa, eis que a proteção do consumidor brasileiro é direito fundamental previsto nos arts. 5º, XXXII e 170 da CF/1988, e efetivada através do Código de Defesa do Consumidor. Inclusive, o art. 1º do CDC determina serem as normas de proteção do consumidor de interesse social e de ordem pública⁶⁵.

Considerações finais

Conclui-se que as novas tecnologias que propiciaram a origem do computador e da internet implicaram no surgimento de

⁶³ MARQUES, Por um direito internacional de proteção dos consumidores: sugestões para a nova Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro no que se refere à lei aplicável a alguns contratos e acidentes de consumo. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*. vol. 24. p. 87-137. Porto Alegre: UFRGS, dez. 2004b, p. 127.

⁶⁴ KLAUSNER, Eduardo Antonio. Reflexões sobre a proteção do consumidor brasileiro nas relações internacionais de consumo. In: Tiburcio, Carmen; Barroso, Luis Roberto. **O direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Jacob Dolinger**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 410.

⁶⁵ GEIB, 2012, p. 15.

relações jurídicas de consumo transnacionais entre consumidores e fornecedores. A partir desse cenário, há a possibilidade de um conflito de leis no espaço, na medida em que tem-se, de um lado, o consumidor de uma nacionalidade e o fornecedor do produto ou serviço de outra nacionalidade, que o coloca à distância do consumidor, no mercado virtual.

A falta de normas, nos dias atuais, que regulamentem essas novas situações surgidas com a era digital não pode mais atormentar a vida dos operadores do Direito. Portanto, percebe-se claramente a necessidade de regulamentação própria para essas questões surgidas com o uso da ferramenta digital, tendo em vista a especificidade da matéria, e também pelo fato de que não pode mais servir para todo e sempre a legislação em vigor, por restar já ultrapassada.

Portanto, a auto-regulamentação surge como uma possibilidade de auxílio para a composição de conflitos que surgem no comércio eletrônico internacional, diante desse novo paradigma do mercado internacional. Objetiva-se buscar uma uniformização da legislação internacional em matéria de direito do consumidor eletrônico. Para isso, como meio de compelir o cumprimento dessas normas, deve-se instituir Tribunais, arbitrais, nacionais ou transnacionais para atingir tal desiderato.

Referências

AMORIM, Fernando Sérgio Tenório de. **Autonomia da vontade nos contratos eletrônicos internacionais de consumo**. Curitiba: Juruá, 2012.

ARAÚJO, Nádia de. **Direito Internacional Privado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ATHENIENSE, Alexandre. **Internet e o Direito**. Belo Horizonte: Inédita, 2000.

BLUM, Renato M. S. Opice. O processo eletrônico: assinaturas, provas, documentos e instrumentos digitais. In:

BLUM, Renato M. S. Opice (Coord.). **Direito eletrônico**: a Internet e os tribunais. Bauru: EDIPRO, 2001.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis. **Aspectos jurídicos do comércio eletrônico**. Porto Alegre: Síntese, 2004.

GEIB, Geovana. A necessidade de regras específicas de direito internacional privado no contrato de consumo internacional eletrônico – principais aspectos quanto ao foro competente e à lei aplicável. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: RT, vol. 82, p. 177-211, abr. 2012.

HARDT, Michael. **An Apprenticeship in Philosophy**. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1993, p. 16. Disponível em: <<http://philosophersdesk.blogspot.com.br/2008/04/hardt-m-gilles-deleuze-apprenticeship.html#sthash.kUssgoJL.dpuf>>. Acesso em: 25 out. 2013.

JOHNSON, David R; POST, David G. Law and Borders: The Rise of Law in Cyberspace. **Stanford Law Review**, Vol. 48, p. 1367, 1996. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=535>> or <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.535>>. Acesso em: 18 nov. 2013.

KLAUSNER, Eduardo Antonio. Reflexões sobre a proteção do consumidor brasileiro nas relações internacionais de consumo. In: Tiburcio, Carmen; Barroso, Luis Roberto. **O direito internacional contemporâneo**: estudos em homenagem ao professor Jacob Dolinger. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

KLEE. Antonia Espíndola Longoni. O Diálogo das Fontes nos Contratos pela Internet: do Vínculo Contratual ao Conceito de Estabelecimento Empresarial Virtual e a Proteção do Consumidor. In: MARQUES, Cláudia Lima. **Diálogo das Fontes**: Do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

LÉVY, Pierre. **O que é o virtual?** Traduzido por Paulo Neves. São Paulo: Editora 34, 1996.

LIMA, Rogério Montai de. **Relações contratuais na Internet e Proteção Jurídica do Consumidor**. São Paulo: Nelpa, 2008.

MARQUES, Cláudia Lima. A insuficiente proteção do consumidor nas normas de direito internacional privado - da necessidade de uma convenção interamericana (cidip) sobre a lei aplicável a alguns contratos e relações de consumo. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: RT, vol. 2, p. 1097-1157, abr. 2011a.

_____. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção ao direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004a.

_____. Por um direito internacional de proteção dos consumidores: sugestões para a nova Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro no que se refere à lei aplicável a alguns contratos e acidentes de consumo. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**. vol. 24. p. 87-137. Porto Alegre: UFRGS, dez. 2004b.

_____. Proteção do consumidor no comércio eletrônico e a chamada nova crise do contrato: por um direito do consumidor aprofundado. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: RT, vol. 2, p. 827-884, abr. 2011b.

MAYANS, Joan. Ciberespacio: notas para la utilización de un concepto analítico en ciencias sociales. In: ALVES, Giovanni; MARTINEZ, Vinicio (Org.). **Dialética do Ciberespaço: Trabalho, Tecnologia e Política no Capitalismo Global**. Bauru: Document Arminda, 2002.

MONTEIRO, Silvana Drumond. O Ciberespaço: o termo, a definição e o conceito. In: **Revista de Ciência da Informação**, Londrina: Revista de Ciência da Informação, v. 8, n. 3, jun. 2007. Disponível em <http://dgz.org.br/juno7/Art_03.htm> Acesso em: 02 nov. 2011.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2011.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Resolução 39/248, de 16 de abril de 1985. Disponível em: <<http://www.buscalegisufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/view/24028/23591>> . Acesso em: 27 mai. 2017.

PIMENTEL, Alexandre Freire. **O direito cibernético**: um enfoque teórico e lógico-aplicativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital**. São Paulo: Saraiva, 2009.

SALIB, Marta Luiza Leszczynski. **Contratos e a tutela do consumidor no comércio eletrônico internacional**. Curitiba: Juruá, 2014.

SHIELDS, Rob. **The virtual**. *Nova York: Routledge, 2003*.

STRENGER, Irineu. **Direito Internacional Privado**. São Paulo: LTr, 1996.

O agente infiltrado à luz do direito processual penal brasileiro

Roberto Júnior Dadalt¹

1. Introdução

A criminalidade organizada é uma das grandes preocupações das autoridades, uma vez que estas ameaçam a ordem pública e a paz social com a prática de crimes extremamente graves, motivo pelo qual sobrepõe a importância da criação de meios investigatórios eficazes no combate ao crime organizado. Assim, frente a relevância do mecanismo do agente infiltrado enquanto técnica de investigação extremamente eficaz no combate às organizações criminosas, tal técnica investigativa requer a inserção do agente infiltrado nos meandros das organizações criminosas, tornando-se, portanto, indispensável o debate acerca dos limites de atuação deste agente infiltrado, a fim de evitar excessos por parte deste, bem como preservar sua integridade física e vida como resguardar os direitos fundamentais dos investigados que são relativizados na aplicação do instituto.

Através da infiltração de agentes no seio criminoso, permite a revelação de um grande volume de informações sobre o funcionamento e estruturação da organização criminoso, mostrando-se extremamente efetivo, ou seja, a obtenção de provas

¹ 143888@upf.br

por intermédio deste instituto mostra-se mais amplo e efetivo do que qualquer outro mecanismo de investigação criminal. Entretanto, o referido instituto relativiza direitos fundamentais dos investigados, bem como acarreta risco a integridade física e vida do agente infiltrado, motivo pelo qual justifica o caráter excepcional do instituto, devendo ser utilizado somente quando outros meios de investigação mostrarem-se ineficazes.

O presente estudo tem como objetivo analisar o instituto do agente infiltrado, com ênfase na Lei nº 12.850/13, observando que o agente infiltrado, no seio criminoso, poderá eventualmente cometer delitos e, para não ser descoberto pelos integrantes da organização criminosa, deverá fazê-lo, motivo pelo qual, através da excludente de culpabilidade na modalidade de inexigibilidade de conduta diversa, estará isento de pena, ou seja, o Estado autoriza que um agente público cometa um delito para investigar outro delito e, muitas vezes o delito que o Estado autoriza seu agente a cometer pode ser mais grave do que o delito investigado, o que em tese, seria uma violação aos princípios da Administração Pública previstos no art. 37 da Constituição Federal²

Neste contexto, a aplicação do instituto de agente infiltrado deve estar sempre balizado pelos princípios constitucionais da legalidade, excepcionalidade da medida, da proporcionalidade e, ainda, de um rígido controle jurisdicional, isto é, da devida observância dos dispositivos legais, bem como da decisão judicial que autorizou a técnica investigativa, a fim de evitar excessos por parte dos agentes infiltrados para, resguarda não só os direitos fundamentais dos investigados, como também, a vida e a integridade física do agente infiltrado no seio da organização criminosa.

²Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

2. Organização Criminosa

A Lei nº 12.850/13 definiu organização criminosa e dispôs sobre a investigação criminal, trouxe meios importantes de obtenção de prova e infrações penais correlatas, bem como procedimentos criminais, alterou artigos do Código Penal e revogou a Lei nº 9.034/95. A Lei nº 12.850/13 trouxe mudanças na definição de crime de organização criminosa com relação a Lei 12.694/12, que definia organização criminosa. Dessa forma, cumpre transcrever os apontamentos de Pereira e Silva (2001, p. 1):

1) O número mínimo de integrantes exigidos na nova compreensão legal passa a ser de 4 (quatro) pessoas, e não apenas 3 (três) como previa a lei anterior. 2) A nova definição deixa de abranger apenas crimes, passando a tratar sobre infrações penais, que incluem crimes e contravenções (art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal). Além disso, abarca infrações punidas com pena máxima superior a 4 (quatro) anos, e não mais as com pena máxima igual ou superior a este patamar. 3) A prática de crimes com pena máxima igual a 4 (quatro) anos, que incluem furto simples (art. 155, CP), a receptação (art. 180, CP), a fraude à licitação (art. 80, Lei 8.666/90), restaram afastados da possibilidade de incidirem como crime organizado pelo novo conceito legal. Embora o contrabando e o descaminho (art. 318, CP) tenham pena máxima igual a 4 anos, este são essencialmente transacionais, razão pelo qual não estão excluídos na nova conceituação legal. 4) A nova compreensão legal inovou também ao estender o conceito às infrações penais previstas em Tratados Internacionais quando caracterizadas pela internacionalidade; e ainda aos grupos terroristas internacionais.

Na elaboração da Lei nº 12.850/13, o legislador além de trazer uma nova definição de organização criminosa, também se preocupou em criar uma normatização com a tipificação do crime e institutos correlatos, bem como em definir os meios para a investigação e combate ao crime organizado. A nova definição de

organização criminosa restou estampada no artigo 1º, § 1º, da Lei nº 12.850/13³.

Assim, para a caracterização de organização criminosa, obrigatoriamente é necessário a associação de quatro ou mais pessoas, sendo que o núcleo do tipo é “associar-se”, com o objetivo comum de praticar crimes, sendo de forma organizada, com divisão de tarefas, mesmo que informalmente, para, assim, obter qualquer espécie de vantagem, seja direta ou indireta e, mesmo que nenhum dos indivíduos integrantes da organização chegue a dar início aos atos de execução de qualquer crime, responderão por crime de organização criminosa. Além disso, a “organização” é a característica mais notória para a configuração de uma organização criminosa. Deve, também, ter como objetivo a obtenção de vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a quatro anos ou, sendo de caráter transnacional (MENDRONI, 2015, p. 15-16).

Por sua vez, o artigo 2º da Lei nº 12.850/13, trouxe o seguinte tipo penal: “promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa”, portanto, criminalizou as condutas relacionadas à prática do crime organizado. A pena restou entre três a oito anos de reclusão e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas. Os parágrafos 1º ao 4º do referido artigo, tratam das causas de equiparação e agravamento da pena, os parágrafos 5º e 6º tratam das medidas a serem adotados em caso de envolvimento de funcionário público e, por fim, o parágrafo 7º, em caso de participação de policial no meio criminoso.

³Art. 1º Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado.

§ 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

Pela leitura do art. 2º da Lei 12.850/13⁴, constata-se que os tipos penais previstos no referido artigo também englobam terceiros – “promover”, “constituir”, “financiar”, portanto, são aplicados não somente aos integrantes da organização criminosa, como também a terceiros que de alguma forma, promoveram, constituíram ou financiaram a organização criminosa. Cumpre ainda ressaltar que, a prática de crimes de “caráter transnacional” são aqueles que se caracterizam pela multifuncionalidade além das fronteiras dos países, como, por exemplo, tráfico de drogas e lavagem de dinheiro. É importante consignar que este termo não

⁴Art. 2º Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem impede ou, de qualquer forma, embaraça a investigação de infração penal que envolva organização criminosa.

§ 2º As penas aumentam-se até a metade se na atuação da organização criminosa houver emprego de arma de fogo.

§ 3º A pena é agravada para quem exerce o comando, individual ou coletivo, da organização criminosa, ainda que não pratique pessoalmente atos de execução.

§ 4º A pena é aumentada de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços):

I - se há participação de criança ou adolescente;

II - se há concurso de funcionário público, valendo-se a organização criminosa dessa condição para a prática de infração penal;

III - se o produto ou proveito da infração penal destinar-se, no todo ou em parte, ao exterior;

IV - se a organização criminosa mantém conexão com outras organizações criminosas independentes;

V - se as circunstâncias do fato evidenciarem a transnacionalidade da organização.

§ 5º Se houver indícios suficientes de que o funcionário público integra organização criminosa, poderá o juiz determinar seu afastamento cautelar do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à investigação ou instrução processual.

§ 6º A condenação com trânsito em julgado acarretará ao funcionário público a perda do cargo, função, emprego ou mandato eletivo e a interdição para o exercício de função ou cargo público pelo prazo de 8 (oito) anos subsequentes ao cumprimento da pena.

§ 7º Se houver indícios de participação de policial nos crimes de que trata esta Lei, a Corregedoria de Polícia instaurará inquérito policial e comunicará ao Ministério Público, que designará membro para acompanhar o feito até a sua conclusão.

transforma os crimes praticados por organização criminosa em competência da Justiça Federal. (MENDRONI, 2016, p. 25-27).

Em face da lesividade causada pelo crime organizado, bem como diante do poder que este exerce perante à sociedade, é necessário por parte do Estado, medidas eficazes ao combate a esta criminalidade, sendo que, ao mesmo tempo, esta resposta deve ser compatível com os parâmetros constitucionais vigentes em um Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, cumpre ressaltar que a Convenção de Palermo consignou no texto do seu artigo 20, inciso I, a devida atenção às técnicas especiais de investigação, como é o caso da infiltração de agentes⁵. Para Silva (2009, p. 74):

A infiltração de agentes consiste numa técnica de investigação criminal ou de obtenção de prova, pela qual um agente de Estado, mediante prévia autorização judicial, infiltra-se numa organização criminosa, simulando a condição de integrante, para obter informações a respeito de seu funcionamento.

A maior vantagem existente na espécie infiltração policial é o contato direto que o agente infiltrado terá com a organização criminosa e os integrantes destas, sendo que, a partir deste contato direto, será possível a obtenção de provas da maneira mais ampla e precisa do que qualquer outro meio de investigação e, é exatamente aí que reside o caráter excepcional deste instituto, tendo em vista que, como será oportunamente explanado, relativiza direitos fundamentais dos investigados, bem como, trata-se de um instituto em que poderá trazer riscos ao agente infiltrado no meio criminoso. Portanto, trata-se de um instituto importantíssimo, todavia, excepcional, uma vez que, estando o

⁵1. Se os princípios fundamentais do seu ordenamento jurídico nacional o permitirem, cada Estado Parte, tendo em conta as suas possibilidades e em conformidade com as condições prescritas no seu direito interno, adotará as medidas necessárias para permitir o recurso apropriado a entregas vigiadas e, quando o considere adequado, o recurso a outras técnicas especiais de investigação, como a vigilância eletrônica ou outras formas de vigilância e as operações de infiltração, por parte das autoridades competentes no seu território, a fim de combater eficazmente a criminalidade organizada.

agente infiltrado dentro de uma organização criminosa, como seu integrante, será possível, por intermédio deste, descobrir como a organização criminosa funciona, como é estruturada e quem a compõe. Estas informações jamais seriam adquiridas com este nível de detalhe através de qualquer outra modalidade de investigação. Segundo Mendroni (2007, p. 54):

As vantagens que podem advir desse mecanismo processual são evidentes: fatos criminosos não esclarecidos podem ser desvelados, *modus operandi*, nomes – principalmente dos “cabeças” da organização, nomes de “testas-de-ferro”, bens, planos de execução de crimes, agente públicos envolvidos, nomes de empresas e outros mecanismos utilizados para a lavagem de dinheiro, etc.

Dessa forma, tendo em vista ser o Brasil um Estado Democrático de Direito, na aplicação das leis, deve-se, portanto, observar todos os preceitos trazidos pela Constituição Federal, dessa forma, na infiltração de agentes policiais, deve, obrigatoriamente, observar os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana. Entretanto, tendo em vista ser a infiltração de agentes policiais um meio de investigação para o colhimento de provas, alguns direitos e garantias dos investigados muitas vezes são relativizados, tendo em vista que nenhum direito fundamental é absoluto, isto é, são deixados de lado e, muitas vezes, violados para o cumprimento do almejado objetivo. Portanto, é notório tratar-se de um instituto extremamente necessário para o combate as organizações criminosas, ante a lesividade destas para com a sociedade contemporânea, todavia, deve-se respeitar ao máximo a legalidade prevista na Lei nº 12.850/13 no que concerne na atuação dos agentes infiltrados. A excepcionalidade deste instituto reside na supressão das garantias fundamentais dos investigados, portanto, embora seja extremamente necessário a existência deste instituto para o combate ao crime organizado, em contrapartida, a relativização e, não rara as vezes, a violação de direitos

fundamentais dos investigados, ocorre, quando, não é observado os limites na atuação dos agentes infiltrados.

3. A infiltração de agentes

A legislação penal brasileira prevê diversos mecanismos investigatórios, os quais tem como fim a colheita de provas, visando desta forma, proceder a persecução penal e, por consequência lógica, efetivar um resultado. A maior concentração de mecanismos destinados a obtenção de provas é concentrado no Código de Processo Penal, entretanto, há diversas Leis esparsas que também preveem métodos de investigação, sendo um exemplo claro disso a infiltração de agentes de polícia, previstos na Lei nº 12.850/13 (Lei de Crime Organizado) e, também, de forma menos abrangente, na Lei nº 11.343/06 (Lei de Drogas).

Nesse sentido, conceitua-se o instituto de infiltração de agentes de polícia:

Infiltração é a introdução de agente público, dissimuladamente quanto à finalidade investigativa (provas e informações) e/ou operacional (“dado negado” ou de difícil acesso), em quadrilhas, bando, organização criminosa ou associação criminosa ou, ainda, em determinadas hipóteses (como crime de drogas), no âmbito social, profissional ou criminoso do suposto autor de crime, a fim de obter provas que possibilitem, eficazmente, prevenir, detectar, reprimir ou, enfim, combater a atividade criminosa deles (FEITOZA, 2009, p. 820).

Por esse conceito, pode-se inferir que a infiltração policial é uma técnica essencial na apuração de provas e autoria, uma vez que o agente infiltrado adentra na organização criminosa com intuito de buscar provas e identificar os possíveis integrantes desta organização. Entretanto, é oportuno salientar que a infiltração policial somente se faz necessária quando não há outra maneira de obter prova e informações, isto é, trata-se de um instituto

excepcional, uma vez que, em tese, deve-se esgotar todos os outros meios de obtenção destas provas. Segundo Mendroni (2007, p. 54):

As vantagens que podem advir desse mecanismo processual são evidentes: fatos criminosos não esclarecidos podem ser desvelados, *modus operandi*, nomes – principalmente dos “cabeças” da organização, nomes de “testa-de-ferro”, bens, planos de execução de crimes, agentes públicos envolvidos, nomes de empresas e outros mecanismos utilizados para a lavagem de dinheiro, etc.

A maior vantagem da utilização desse instituto é o contato direto que o agente infiltrado tem com a organização criminosa e seus integrantes. A partir disso, é possível a obtenção de provas de uma maneira mais ampla e precisa do que qualquer outro meio de investigação e, é exatamente neste ponto que reside a excepcionalidade na sua aplicação. Assim, estando o agente infiltrado no meio criminoso, como se seu integrante fosse, é possível verificar o funcionamento da organização criminosa, sua estrutura e quem a compõe. Tais informações, com esse nível de detalhe, jamais poderiam ser adquiridas através de uma investigação comum realizada pela Polícia.

Ademais, a infiltração de somente poderá ser efetiva pelas Polícias Judiciárias (Polícia Civil e Federal), conforme dispõe o artigo 10, da Lei nº 12.850/13, sendo precedida de autorização judicial, a qual será motivada e sigilosa. Ainda, conforme expresso no parágrafo 2º, do artigo 10, da Lei nº 12.850/13, a infiltração de agentes será utilizada apenas em último caso, quando não houver outros meios de provas disponíveis, sendo que a razão de tal determinação visa resguardar a integridade dos policiais infiltrados diante dos riscos à sua vida e sua integridade física, bem como para resguardar os direitos fundamentais dos investigados que, na aplicação deste instituto, são relativizados⁶. Portanto, conclui-se

⁶Art. 10. A infiltração de agentes de polícia em tarefas de investigação, representada pelo delegado de polícia ou requerida pelo Ministério Público, após manifestação técnica do delegado de polícia

que o instituto da infiltração de agentes tem como característica a *ultimaratio*.

O procedimento da infiltração policial não pode ser decretado de ofício pelo magistrado, tendo em vista que exige, sempre, a manifestação de vontade do Delegado de Polícia ou do Ministério Público para inicia-la. A exigência de requerimento por parte do Delegado de Polícia dou do Ministério Público, veda a decretação de ofício do instituto mantendo-se, assim, o juiz inerte, cabendo-lhe apenas o julgamento conforme as provas trazidas pelas partes (CUNHA; PINTO, 2013, p. 99-100).

Igualmente, o legislador, na elaboração da Lei nº 12.850/13 completou a omissão das leis anteriores que versavam sobre o tema, isto é, a Lei nº 9.034/95 e a Lei nº 12.694/12 e, estipulou o prazo de 6 meses para a duração da infiltração policial, podendo ser renovada em caso de comprovada necessidade para a investigação. Assim, por mais que vincule a autoridade policial ao período estipulado no artigo 10, da Lei do Crime Organizado, trata-se apenas de um parâmetro a ser cumprido, uma vez que a autoridade poderá solicitar a prorrogação deste prazo, desde que comprove a necessidade desta para o andamento da investigação (CUNHA; PINTO, 2013, p. 101-102). Insta consignar que, em face da possibilidade de renovação sem limites, há sem dúvidas, críticas neste ponto, uma vez que poderá acarretar risco à segurança do agente infiltrado, uma vez que, manter este na criminalidade por muito tempo, é extremamente prejudicial para a sua segurança pessoal e vida, bem como para o seu estado mental (FERREIRA FILHO, 2013, p. 1).

Assim, na teoria, durante todo o trabalho da infiltração, o Ministério Público e o magistrado devem ter conhecimento do andamento e dos resultados parciais da investigação. Portanto,

quando solicitada no curso de inquérito policial, será precedida de circunstanciada, motivada e sigilosa autorização judicial, que estabelecerá seus limites.

§ 2º Será admitida a infiltração se houver indícios de infração penal de que trata o art. 1º e se a prova não puder ser produzida por outros meios disponíveis.

deverá ser apresentado ao magistrado competente um relatório circunstanciado com todos os aspectos inerentes à infiltração do agente, sempre dando-se vista ao Ministério Público (MOREIRA, 2013, p. 1). Nesse contexto, para utilizar-se o instituto de infiltração policial, deve, obrigatoriamente estar expresso no requerimento feito ao juiz competente, os indícios da infração e a devida necessidade a investigação por meio da infiltração de agentes de polícia, isto é, a impossibilidade das eventuais provas serem produzidas por outros meios, conforme determina o parágrafo 2º, artigo 10, e o *caput* do artigo 11, ambos da Lei nº 12.850/13⁷.

Ainda, no artigo 11 da Lei do Crime Organizado, no requerimento da investigação policial deve, também, estar descrito o alcance das tarefas que serão desempenhadas pelos agentes⁸. Certamente, se for necessário a alteração ou ampliação do escopo da investigação, deve haver a nova provocação por parte do delegado de polícia ou do Ministério Público e a nova apreciação pelo magistrado. Porém, no caso concreto, mostra-se difícil analisar o que o agente policial será submetido a fim de descrever qual será o alcance das tarefas deste, uma vez que é quase impossível saber o que caberá a este policial enquanto infiltrado. Deverá ele, portanto, adaptar-se, conhecer a extensão da organização criminosa (CUNHA; PINTO, 2013, p. 104).

Além de prescrever um procedimento a ser observado, prevê também um rol de direitos do agente infiltrado, devidamente

⁷Art. 10. A infiltração de agentes de polícia em tarefas de investigação, representada pelo delegado de polícia ou requerida pelo Ministério Público, após manifestação técnica do delegado de polícia quando solicitada no curso de inquérito policial, será precedida de circunstanciada, motivada e sigilosa autorização judicial, que estabelecerá seus limites.

§ 2º. Será admitida a infiltração se houver indícios de infração penal de que trata o art. 1º e se a prova não puder ser produzida por outros meios disponíveis.

Art. 11. O requerimento do Ministério Público ou a representação do delegado de polícia para a infiltração de agentes conterão a demonstração da necessidade da medida, o alcance das tarefas dos agentes e, quando possível, os nomes ou apelidos das pessoas investigadas e o local da infiltração.

⁸Art. 11. O requerimento do Ministério Público ou a representação do delegado de polícia para a infiltração de agentes conterão a demonstração da necessidade da medida, o alcance das tarefas dos agentes e, quando possível, os nomes ou apelidos das pessoas investigadas e o local da infiltração.

assegurados no artigo 14 da referida Lei, a saber⁹: a) recusar ou fazer cessar a atuação infiltrada; b) ter sua identidade alterada; c) usufruir das medidas de proteção a testemunhas; d) ter seu nome, sua qualificação, sua imagem, sua voz e demais informações pessoais preservadas durante a investigação e o processo criminal, salvo se houver decisão judicial em contrário; e) não ter sua identidade revelada, nem ser fotografado ou filmado pelos meios de comunicação, sem prévia autorização por escrito.

É de extrema relevância ressaltar que um dos princípios fundamentais para a obtenção de provas é o da legalidade. Portanto, exige-se que todo o meio limitador de direitos fundamentais, como é a infiltração de agentes, esteja descrito no ordenamento jurídico e, quanto a isto, verifica-se que a Lei não traz de forma específica qual conduta é excessiva ou não. No que tange à infiltração de agentes policiais, eventualmente podem existir determinadas situações que exijam destes agentes a prática de determinados crimes, tendo em vista que estão encobertos por outra identidade, não podendo, portanto, serem descobertos de forma a preservar sua integridade física e vida. Assim, é perfeitamente aplicável neste instituto o princípio da proporcionalidade para a apuração dessas condutas praticadas pelos agentes, consideradas “ilícitas”, sendo este o entendimento trazido no artigo 13, *caput*, da Lei n. 12.850/13¹⁰.

⁹Art. 14. São direitos do agente:

I - recusar ou fazer cessar a atuação infiltrada;

II - ter sua identidade alterada, aplicando-se, no que couber, o disposto no [art. 90 da Lei no 9.807, de 13 de julho de 1999](#), bem como usufruir das medidas de proteção a testemunhas;

III - ter seu nome, sua qualificação, sua imagem, sua voz e demais informações pessoais preservadas durante a investigação e o processo criminal, salvo se houver decisão judicial em contrário;

IV - não ter sua identidade revelada, nem ser fotografado ou filmado pelos meios de comunicação, sem sua prévia autorização por escrito.

¹⁰ Art. 13. O agente que não guardar, em sua atuação, a devida proporcionalidade com a finalidade da investigação, responderá pelos excessos praticados.

Evidentemente, a falta de clareza dos limites da atuação dos agentes, torna essa atividade arriscada não somente em relação a proximidade com os criminosos e a eventual possibilidade de ser descoberto, mas também de eventualmente estar sendo submetido a punições administrativas e ou responsabilização criminal (CABETTE, 2014, p. 1). Dessa forma, deve-se sempre aplicar o princípio da proporcionalidade para a apuração da sua responsabilidade quando da prática de eventuais ilícitos cometidos em benefício da investigação policial.

A infiltração de agentes trata-se da inserção de um agente dentro de uma organização criminosa, envolvendo este, eventualmente em práticas delitivas, portanto, faz-se necessário um juízo de ponderação entre o fim que se quer alcançar e o meio utilizado, de modo a justificar a necessidade da medida em questão para a colheita da prova, uma vez que para a eleição deste instrumento investigatório, somente se deve lançar mão da infiltração policial se não houver outros meios eficazes para a colheita da prova, ante o seu caráter excepcional.

Mendroni (2014, p. 122), invocando também o princípio da proporcionalidade, afirma que, diante de um conflito entre dois princípios constitucionais, deve-se preservar o de maior peso. Portanto, nada justifica o sacrifício de uma vida em favor do resultado da investigação, cabendo ao agente infiltrado agir para evitá-lo, ainda que em prejuízo da infiltração. Entretanto, na hipótese do agente estar impossibilitado de impedir o pior, como por exemplo, ter uma arma apontada para sua cabeça, pode-se, então, afastar a sua culpabilidade pela aplicação da excludente da coação moral irresistível.

A legislação brasileira prevê no parágrafo único, do artigo 13, da Lei nº 12.850/13 que não é punível, no âmbito na infiltração policial, a prática de eventual crime cometido pelo agente infiltrado

no curso da investigação, sempre que se mostrar inexigível conduta diversa¹¹. Nesse sentido:

Com esta solução, sendo o agente infiltrado induzido, instigado ou auxiliado a praticar um crime no âmbito da organização, respeitando a proporcionalidade e sem extrapolar a finalidade da investigação, sendo dele inexigível conduta diversa, exclui-se apenas a culpabilidade do injusto por ele praticado, permanecendo típico e ilícito, possibilitando de acordo com a teoria da acessoriedade limitada (ou média), a punição dos partícipes (integrantes da organização) pelo delito praticado (CUNHA, 2014, p. 116).

Assim, diante da teoria da acessoriedade limitada, verifica-se que os integrantes da organização criminosa que estiverem ligados diretamente à conduta praticada pelo agente infiltrado, também responderão pelo crime. Todavia, a conduta exercida pelo agente infiltrado deverá ser típica e antijurídica, isto é, a participação e a eventual responsabilização de integrante da organização criminosa terá que ser acessória à conduta principal praticada pelo agente infiltrado. Portanto, partindo-se da excludente de culpabilidade na modalidade inexigibilidade de conduta diversa, o agente ao infiltrar-se na organização criminosa, terá que cometer crimes a fim de não prejudicar o andamento da investigação, todavia, o agente responderá pelos excessos praticados (CUNHA, 2014, p. 116-118).

O instituto da infiltração policial sofreu fortes críticas em razão do aspecto ético da infiltração policial, mas também por utilizar mecanismos ardis e, acima de tudo, por relativizar e violar direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal, como a privacidade do investigado, o cometimento de crimes, sob o argumento de combatê-los, o que em tese, não poderia admitir-se

¹¹Art. 13. O agente que não guardar, em sua atuação, a devida proporcionalidade com a finalidade da investigação, responderá pelos excessos praticados.

Parágrafo único. Não é punível, no âmbito da infiltração, a prática de crime pelo agente infiltrado no curso da investigação, quando inexigível conduta diversa.

em um Estado Democrático de Direito. Nos Dizeres de Franco (2001, *apud* CARLOS; FRIEDE, 2014, p. 08):

[...] o agente infiltrado se vê, não raro, na contingência de praticar fatos também criminosos e quase sempre ações de duvidosa eticidade. É de indagar-se, então, se, em nome da eficiência do sistema punitivo, guarda legitimidade o juízo criminal que se apoia na atuação de agente infiltrado, ou melhor, se, em nome dessa mesma eficiência, deve reconhecer-se, como racional e justo, que, próprio Estado em vez de exercer a função de prevenção penal, pratique atos desviados, igualando-se ao criminoso.

A infiltração de agentes não diz respeito apenas com a restrição dos direitos e garantias dos investigados e, também com a dignidade da pessoa humana, contudo, questiona-se a moralidade daquele que comete crimes para investigar delitos praticados por organizações criminosas. Em toda a atuação do Estado, este deve obedecer os limites que são dados pela Constituição Federal. Dito isso, o artigo 37, *caput*, prevê que a Administração Pública atue de forma a obedecer os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência¹². Em respeito ao princípio da moralidade administrativa, o Estado deve utilizar-se de meios morais na prevenção de crimes, independentemente de sua gravidade, incumbindo a Administração Pública pautar-se pela ética, razoabilidade e, principalmente pela honestidade. A infiltração de agentes é claramente uma exceção ao contexto da ética e da moralidade, tendo em vista que a medida utiliza-se da dissimulação, do engano e de modo ardil. O agente infiltrado se oculta, passa por quem não é. Portanto, a persecução penal tem que se desenvolver dentro de uma escrupulosa regra moral (GRINOVER, 2013, p. 414). Sob o ponto de vista moral e ético, não

¹²Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

é admissível que o Estado, a fim de providenciar a investigação policial de delitos graves, como é o caso dos crimes praticados por organizações criminosas, autorize a prática de crimes equivalentes aos crimes investigados, ou ainda, mais graves do que os crimes investigados. Em um Estado Democrático de Direito, os fins não devem justificar os métodos da investigação. A esse respeito:

[...] Quem se arroga da moral para executar a perseguição não pode socorrer-se de meios desonestos, de meios em nada deontológicos, embora apregoados como eficazes, mas nem sempre eficientes, para ‘apanhar’ alguns infractores (GONÇALVES, 2001, p. 30).

O Estado tem o dever de restringir alguns direitos fundamentais de criminosos que põem em perigo os direitos fundamentais do restante da sociedade. Entretanto, o Estado deve encontrar um meio proporcional à ameaça feita por estes indivíduos, tendo-se em vista que, caso contrário, estar-se-ia descumprindo o seu dever de pacificação social, exercendo o arbítrio e o abuso (SILVA, 2015, p. 40). O processo penal e a investigação criminal têm de promover os princípios e os direitos de um Estado Democrático, no qual se destaca a dignidade da pessoa humana, a lei, a moral e a ética.

Oliveira (2013, p. 1) rejeita o instituto da infiltração de agentes, sob o argumento de que trata-se de regras um tanto quanto excessivas e, portanto, inconstitucionais. Acredita que o método fere diretamente o princípio da moralidade administrativa, previsto no artigo 37 da Constituição Federal¹³. Também nesse sentido, declara Meireis (1999, p. 171), não haver moralidade no procedimento da infiltração de agentes, uma vez que o próprio investigado fornece a prova do seu respectivo julgamento e, por este motivo que o agente infiltrado coloca em risco os direitos

¹³Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

fundamentais do investigado. As críticas feitas ao instituto de agentes infiltrado é sonora e relevantes, especialmente quanto a imoralidade deste procedimento, uma vez que o agente infiltrado está autorizado a cometer um delito a fim de descobrir outro delito:

A lei 12.850/13 tem a pretensão de suprir tais lacunas. De nossa parte, porém, evoluímos para rejeitar a validade das normas ali contidas, por entende-las excessivas e, por isso, inconstitucionais no horizonte normativo que deve obediência ao paradigma do Estado de Direito, e, ainda mais especificamente, como há de ser um controle de constitucionalidade que se preze – ofensa direta! – ao princípio da moralidade administrativa consagrado no artigo 37, da Constituição da República, mesmo quando em tensão ou em conflito com o dever de eficiência que, do mesmo modo, deve orientar as ações do poder público. A questão é muitíssimo complexa, reconhecemos, sobretudo por que aqui estamos a aprontar uma dimensão mais ampla do aludido princípio (da moralidade), estendendo-o ao dever de comportamento segundo o direito, em sentido estrito, rejeitando, assim, qualquer forma de contribuição estatal na prática de delitos, ainda que na tentativa de legitimação segundo a nobreza dos fins. Eis, então, o nó (que não é górdio) de tensão hermenêutica a ser desatado. A justificativa para ações tão perturbadoras – espera-se que ninguém negue a inquietação de termos agentes de polícia infiltrados no meio de organizações criminosas – seria a eficiência no combate à criminalidade organizada. E, mais que a eficiência, valor, por si só já considerável, a medida se mostraria, por vezes, indispensável. E a indispensabilidade, sim, levantaria argumentos de grande peso na solução da questão da validade ou não da infiltração” (OLIVEIRA, 2013, p. 1).

Ademais, uma característica inerente aos Direitos Fundamentais é a limitabilidade, ou seja, nenhum direito fundamental deverá ser considerado absoluto, devendo ser analisado de acordo com o caso concreto. Ainda, no que concerne a limitabilidade dos direitos fundamentais, de longa data, o Supremo Tribunal Federal, adotou este entendimento, isto é, os direitos

fundamentais não são absolutos, assim como nenhum princípio também não é absoluto. Nesse sentido, a manifestação do Ministro Celso de Mello em decisão prolatada no Mandado de Segurança nº 23452¹⁴.

[...]os direitos e garantias individuais não têm caráter absoluto. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros [...] (1999, p. 4).

Nesse diapasão, verificam-se que os direitos fundamentais da população, o bem estar da sociedade, a precaução e punição criminal também possuem previsão constitucional, não podendo serem violadas sob um ponto de vista individualista (ANDRADE, 1983, p. 244-245). Os direitos fundamentais não são considerados plenos e infinitos, portanto, é constitucional restringir certos direitos e garantias de indivíduos pertencentes a organizações criminosas, os quais evidentemente colocam em riscos todos os direitos fundamentais da sociedade. Portanto, Deve-se buscar um

¹⁴ EM E N T A: COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO - PODERES DE INVESTIGAÇÃO (CF, ART. 58, §3º) - LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS - LEGITIMIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL - POSSIBILIDADE DE A CPI ORDENAR, POR AUTORIDADE PRÓPRIA, A QUEBRA DOS SIGILOS BANCÁRIO, FISCAL E TELEFÔNICO - NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO DO ATO DELIBERATIVO - DELIBERAÇÃO DA CPI QUE, SEMFUNDAMENTAÇÃO, ORDENOU MEDIDAS DE RESTRIÇÃO A DIREITOS - MANDADO DE SEGURANÇA DEFERIDO.

ponto de equilíbrio entre os poderes do Estado e os direitos fundamentais, uma vez que estes não são absolutos e, em contrapartida a atuação do Estado não é ilimitada. A atitude do Ente Estatal deve ser sempre excepcional, porquanto que, em época de desenvolvimento moral da sociedade, não são permitidas técnicas abusivas na seara penal (SILVA, 2015, p. 45).

Os direitos fundamentais dos investigados não podem ser violados, entretanto, tendo em vista que não são absolutos, e em prol do bem estar da sociedade, admite-se de forma excepcional e, não havendo outros meios menos danosos para combater a criminalidade, pode-se restringir alguns direitos fundamentais. Contudo, o agente infiltrado deve agir de forma proporcional e razoável, nos limites impostos na decisão que autorizou a sua inserção na organização criminosa, a fim de que não exceda seus limites e, também, para que a investigação não seja invalidada posteriormente.

É sempre importante destacar que o emprego da infiltração de agentes é, em tese, somente aplicada na investigação de crimes de extrema gravidade, perpetrados por organizações criminosas e de difícil elucidação. Portanto, é aceita apenas em situações excepcionais, isto é, depois de fracassados todos os outros métodos investigativos. Ainda, embora o agente infiltrado atue de forma a enganar o investigado, pode-se considerar aceitável o grau de deslealdade daquele, uma vez que é preciso considerar necessário a dissimulação do agente infiltrado, vez que era o único meio possível a fim de produzir determinada prova de crime praticado por aquela organização criminosa. Desta forma, verifica-se então que a infiltração de agentes deverá passar pelo crivo da proporcionalidade, uma vez que é adequada, necessária e, desde que as vantagens superem as desvantagens, ou seja, os meios utilizados atingirão os fins pretendidos de forma menos danosa possível. Portanto, conclui-se que a infiltração de agentes é medida proporcional, a qual se justifica exclusivamente para investigar

crimes muitíssimo graves, praticados por organizações criminosas e, ainda, de difícil elucidação.

Finda-se, portanto, que a infiltração de agentes, apesar de ser extremamente limitadora de direitos fundamentais é, também uma medida constitucional, *a priori*.

4. Considerações finais

Embora inexista uma determinação exata dos limites da atuação do agente infiltrado, uma vez que impossível para o legislador determinar especificamente os limites de atuação do agente infiltrado, uma vez que as condutas humanas são extremamente complexas e imprevisíveis, assim, a aplicação do instituto deve estar sempre balizada pelos princípios constitucionais, como da legalidade, excepcionalidade da medida, da proporcionalidade e, ainda, de um rígido controle jurisdicional, a fim de evitar excessos e, resguardar não só os direitos fundamentais dos investigado, como, também, a vida e integridade física do agente policial infiltrado no seio da organização criminosa.

Verifica-se, portanto, que não há como a lei delimitar exatamente o campo das excludentes que poderão ser invocadas pelo agente infiltrado quando este eventualmente se ver obrigado a cometer um delito no andamento da investigação, devendo-se ater à análise do caso concreto, sob a ótica da Constituição Federal e deum rígido controle jurisdicional para evitar excessos e preservar direitos fundamentais dos investigados, bem como dos agentes infiltrados.

Referências

ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1983.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de out de 1988. Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 26 nov. 2017

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n.º 23452**. Impetrante: Luiz Carlos Barretti Junior. Impetrado: Presidente da Comissão Parlamentar de Inquérito. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF: 16 de setembro de 1999. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/>> Acesso em: 13/05/2018.

_____. **Lei Federal nº 12.850/13**, de 02 de agosto de 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/at02011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acessado em: 01/03/2018.

CARLOS, André; FRIEDE, Reis. **Aspectos Jurídico-Operacionais do agente infiltrado**. 1. Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2014.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Crime Organizado**. Comentários à nova lei sobre o Crime Organizado – Lei nº 12.850/13. São Paulo: JusPODIVM, 2013.

FEITOZA, Denilson. **Direito processual penal: teoria, críticas e práxis**. 6. Ed. ver., ampl. E atual. Niterói: Impetus, 2009.

FERREIRA FILHO, Juvenal Marques. Aspectos práticos da Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3736, 23 set. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/25355>>. Acesso em: 7 maio 2018.

GONÇALVES, Fernando; ALVES, Manuel João; Valente, Manuel Monteiro Guedes. O novo regime jurídico do agente infiltrado. Coimbra: Almedina, 2001, p. 30.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Interceptações telefônicas e gravações clandestinas no processo penal. Provas ilícitas, interceptações e escutas. 1ª edição Brasília DF: Gazeta Jurídica, 2013.

MEIREIS, Manuel Augusto Alves. **O Regime das Provas Obtidas Pelo Agente Provocador em Processo Penal**. Coimbra: Almedina, 1999.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais. 4. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2012.

_____. Marcelo Batlouni. **Comentários à lei de combate ao crime organizado**: Lei 12.50/13. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. Marcelo Batlouni, Comentários à lei de combate ao crime organizado, São Paulo: Atlas, 2015:

_____. Marcelo Baltlouni, Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais – 6. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2016:

_____. Marcelo Batlouni. Crime Organizado – Aspectos Gerais e Mecanismos Legais. São Paulo. Atlas. 2007.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. Lei 12.850/13, de 02 de agosto de 2013 – Organizações criminosas. Do site <http://eugenioacelli.com.br/atualizacoes/lei-12-850-de-02-de-agosto-de-2013-organizacoes-criminosas/>. Acesso em 13/05/2018.

OLIVEIRA, Caio Victor Lima de. **Organizações criminosas: contexto histórico, evolução e criação do conceito legal**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/39693/organizacoes-criminosas-contexto-historico-evolucao-e-criacao-do-conceito-legal>. Acesso em: 15/04/2018.

PEREIRA, Filipe Martins Alves; SILVA, Rafael de Vasconcelos. **Análise jurídica da nova lei de organizações criminosas**. Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 3880, 14 fev. 2014. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/26710>. Acesso em: 15/04/2018.

SILVA, Eduardo Araújo – Crime Organizado: procedimento probatório. São Paulo: Atlas, 2009.

SILVA, Eduardo Araujo da. **Organizações criminosas**: aspectos penais e processuais da Lei no 12.850/13. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books>. Acesso em: 30 jan. 2017.

O regime jurídico das medidas provisórias e o respeito aos sobreprincípios jurídicos

Natan Fíúza Falcão¹
Edimara Sachet Risso²

Introdução

As Medidas Provisórias (MP) são espécies normativas que, sem dúvida, possuem grande influência na dinâmica jurídico-política do país. Destinadas à solução de questões investidas de relevância e urgência, possibilitam ao Presidente da República executar a função atípica de legislar. Todavia, vivenciamos o completo desvirtuamento do instituto que, sobretudo, está ferindo os princípios da segurança jurídica e da legalidade, em absoluto desrespeito ao regime do Estado Democrático de Direito.

O presente trabalho visa a analisar os princípios constitucionais, em especial da segurança jurídica e da legalidade, como preceitos axiológicos integrantes da Constituição Federal de 1988 (CF/88) e de notável valor jurídico. Ainda, parte-se da ideia de supremacia da constituição e a possibilidade de modificação do texto constitucional, em especial acerca dos poderes reformadores, bem como sobre como ocorre a alteração da Constituição da República no sistema normativo brasileiro.

¹ 100369@upf.br

² edimara@upf.br

Logo, verticaliza-se o estudo nas espécies normativas e no processo legislativo, dando especial atenção aos textos que tratam da emenda constitucional e da MP. Com relação a esta última, aponta-se brevemente o contexto histórico em que surgiu, bem como suas principais características.

O objetivo principal é analisar se a sistemática adotada pela Emenda Constitucional 32/01 (EC 32/01) contribuiu para o aperfeiçoamento do regime jurídico das MP. Questionam-se os motivos que levaram à edição, os objetivos e as modificações trazidas ao texto da CF/88 sobre a redação do artigo 62 e, por fim, se as consequências geradas por essas alterações foram as desejadas pelo poder constituinte reformador.

A problemática justifica-se nos vieses social e jurídico. Relativamente ao campo social, tem-se que, muito embora sejam as MP de grande repercussão no ordenamento pátrio, diuturnamente as disposições que delas emanam são desconhecidas por maior parte do povo brasileiro, quedando veladas aos olhos daqueles que mais experimentam de seus efeitos. No campo jurídico, justifica-se a discussão, em razão do patente desrespeito aos princípios sobre os quais se assenta a CF/88, e no que se refere ao atual cenário político e legislativo, que se mostra ineficiente em suas atribuições e alheio ao interesse da sociedade.

1 A importância do respeito aos princípios constitucionais

O homem, no processo de construção do conhecimento, busca edificar seu saber sobre certas afirmativas para, a partir delas, erigir as demais premissas. Tal como em qualquer ciência, no Direito os *princípios* são os elementos responsáveis pelo sustentáculo teórico do conhecimento jurídico.

De uma análise etimológica da palavra princípio, extrai-se vulgarmente de *princípio* aquilo do que se tem início, a origem. Efetivamente, como refere Bonavides, citando Luís-Diez Picazo, a

ideia de princípio é oriunda da linguagem geométrica, “onde designa as verdades primeiras.”(2010, p. 255).

No dizer de Canotilho, os *princípios* “são normas jurídicas impositivas de uma *otimização*, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionamentos fácticos e jurídicos” (2003, p. 116-1161). Canotilho, ainda, trata de fazer importante distinção entre princípios e normas, esclarecendo que os *princípios*, assim como as *regras*, são duas espécies de um gênero (normas). E no que tange às *regras*, o mesmo autor conceitua-as como “normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõe, permitem ou proíbem) que é ou não cumprida”. Nesse contexto, a relação entre regras é antinômica ao passo que na interação existente entre os *princípios*, esses tendem a coexistir. (CANOTILHO, 2003).

Para Espíndola (1998), levando-se em conta a ideia de sistema jurídico como um sistema global e de subsistemas como ordens parciais, os *princípios* apresentam-se sob a forma de normas que miram à fundamentação material e formal dos subprincípios, bem como das demais regras integrantes de um ordenado jurídico. Efetivamente, deve-se sempre lembrar os princípios como essência e fundamento de outras normas. Aliás, consoante bem recorda Canotilho (2003), um sistema fulcrado unicamente em princípios nos levaria à indeterminações, face à inexistência de regras precisas, o que acabaria por nos conduzir a um sistema falho em termos de segurança jurídica. Todavia, é no direito constitucional que a concepção de fundamento de ordem jurídica como ordem global se aperfeiçoa diante da teoria principialista do Direito (ESPÍNDOLA, 1998, p. 74).

O ponto nodal da transformação pelas quais passam os princípios assenta-se, mormente, no caráter ou lugar de sua normatividade, no momento em que passam de meros parâmetros e métodos suplementares de interpretação para parte integrante da própria Constituição, convertendo-se em fundamento da ordem jurídica que dela emana, na qualidade de princípio constitucional (BONAVIDES, 2010).

Em vista disso, não há como, no atual entendimento doutrinário de aplicação da teoria dos princípios, afastar a natureza de *lei* conferida aos princípios constitucionais, embora substancialmente sejam distintos das outras espécies de normas jurídicas. A propósito, Espíndola, citando os ensinamentos de Cármem Lúcia Rocha, pontuou diversas características evidenciadoras dessa qualidade atribuída aos princípios constitucionais. Segundo a autora, a natureza dos princípios constitucionais pode ser classificada pela (i) generalidade, (ii) primariedade, (iii) dimensão axiológica, (iv) objetividade, (v) transcendência, (vi) atualidade, (vii) poliformia, (viii) vincularidade, (ix) aderência, (x) informatividade, (xi) complementaridade e (xii) normatividade jurídica (ESPÍNDOLA, 1998).

Para efeitos dogmáticos, os princípios são entendidos como preceitos axiológicos, ponto de partida na interpretação e formulação de uma ciência, pois em sua essência carregam relevante carga valorativa e cultural, sendo, ademais, responsáveis por consubstanciar normas e prescrever condutas. Todavia, não obstante a ideia de princípios como elementos qualitativamente superiores às demais espécies normativas, não estão eles, na totalidade, dispostos em um mesmo patamar de importância. Nesse sentido é que se distinguem *princípios* de *sobreprincípios*.

Com efeito, existem normas jurídicas que possuem maior importância valorativa e outras que surgem da conjunção das primeiras (sobreprincípio). No entanto, como adverte Carvalho (2011) “Não há, contudo, formulação expressa que lhe corresponda no direito positivo. Emerge pelo reconhecimento de outras normas que, tendo a dignidade de princípios, pelo quantum de valor que carregam consigo, fazem dele um “sobreprincípio”.

Seja como garantia ou princípio do sistema jurídico, seja como valor base informador das relações quotidianas, o homem sempre buscou mecanismos que permeassem de confiança os seus atos, dando-lhes certeza e segurança de sua existência e efetividade.

Conforme ensina Canotilho, o “homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conforma autónoma e responsabilmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideram os princípios da segurança jurídica e da protecção da confiança” (2003, p. 257).

Aliás, de acordo como aponta Mello (2011), embora não possa ser radicado em um dispositivo constitucional qualquer, o princípio da segurança jurídica participa da própria essência de um Estado Democrático de Direito, fazendo parte, deste modo, do sistema constitucional como um todo. no ordenamento jurídico brasileiro, a segurança jurídica vem como princípio implícito, não aparecendo em nenhum dispositivo constitucional.

Silva (2005) compreende que o preceito *segurança* é predicado de dois sentidos. Em um primeiro momento, está para o sistema jurídico como *segurança do direito*, do qual demanda a positividade do direito, entroncando-se, nesse ínterim, à Constituição, a fim de nela constituir o seu fundamento de validade. Ressalta, todavia, que esta Constituição deverá respeitar os valores da justiça, igualdade e dignidade da pessoa humana, como forma a evitar um direito inseguro e, portanto, injusto. Sob a segunda ótica, apresenta-se como *segurança jurídica*, sendo esta justamente a garantia oriunda da positividade do direito.

Deveras, a segurança jurídica encontra-se ligada aos elementos objetivos da ordem jurídica, dentre os quais a segurança de orientação e realização do direito e a estabilidade jurídica (CANOTILHO, 2003). Complementando esse pensamento, são dignas de lembrança as palavras de Mello (2010) ao explicar que “[...] a ordem jurídica corresponde a um quadro normativo proposto precisamente para que as pessoas possam se orientar, sabendo, pois, de antemão, o que devem ou o que podem fazer [...]”.

Barroso designa segurança jurídica como um conjunto abrangente de ideias e conteúdo. Segundo ele, incluem-se “a existência de instituições estatais dotadas de poder e garantias, assim como sujeitas ao princípio da legalidade, além da “confiança

nos atos do Poder Público, que deverão reger-se pela boa-fé e pela razoabilidade. Ainda “a estabilidade das relações jurídicas”, a “previsibilidade dos comportamentos, tanto os que devem ser seguidos como os que devem ser suportado”, além da igualdade na lei e perante a lei, inclusive com soluções isonômicas para situações idênticas ou próximas (2005, p. 139-140).

Atendo-se mais ao significado do princípio em tela, de acordo com o conceito de Silva, segurança jurídica em sentido estrito significa a “garantia de estabilidade e de certeza dos negócios jurídicos, de sorte que as pessoas saibam de antemão que, uma vez envolvidas em determinada relação jurídica, esta se mantém estável, mesmo se modificar a base legal sob a qual se estabeleceu.” (2005, p. 17).

Depreende-se, pois, que a existência da norma no momento da realização do ato é a pedra fundamental para a compreensão do princípio em liça, porquanto assim tem o condão de promover o respeito aos valores supremos da sociedade de certeza e igualdade, fundamento da segurança da vida das pessoas e das instituições.

Incontestável, conseqüentemente, a importância que representa o princípio da segurança jurídica às relações humanas, não sendo diferente no que tange às normas que compõem o ordenamento jurídico. Tamaña potencialidade conferida ao sobredito princípio é amplamente reconhecida pela doutrina, tendo ela a guindado à categoria de *sobreprincípio*.

Como refere Becho (2011), a maior parte dos doutrinadores tem entendido pela possibilidade de haver escala hierárquica entre princípios, tal como ocorre entre as regras, pois ambas as espécies normativas compartilham de peculiaridades semelhantes, como a generalidade e o grau de abrangência.

Nesse sentido, a segurança jurídica precisa ser vista como sendo um enunciado principiológico com hierarquia superior, isto é, contendo um valor que deve ser aplicado de modo absoluto para consagrar a força do Direito quando vinculado à situações que

exigem pronunciamentos legais, administrativos ou mesmo judiciais que as estabilizem.

Logo no artigo 5º, inciso II, da CF/88, o constituinte tratou de preceituar o princípio basilar do regime jurídico-administrativo do Estado Democrático Brasileiro, pelo qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

De acordo com o que refere Moraes (2010), somente por meio das espécies normativas devidamente elaboradas, conforme as regras de processo legislativo constitucional podem-se criar obrigações para o indivíduo, pois são expressões de vontade geral.

Para Paulo e Alexandrino (2010), o disposto no artigo 5º, II, da CF estabelece apenas uma noção geral do que seja o princípio da legalidade. Com efeito, a ideia de que só estamos obrigados a fazer o que a lei determina e no que ela silencia nos é lícito também fazer, é muito mais ampla. Por exemplo, no que respeita legalidade frente ao Poder Público, consagra-se a ideia de que a atividade administrativa do Estado está sujeita às leis e, ao mesmo tempo, de governar, cuja realização exige a ação legisladora (governo *sub lege e per lege*).

Percebe-se, nesse contexto, o principal objetivo deste princípio, que é o de limitar o poder do Estado impedindo sua utilização de forma arbitrária. Para que isso seja possível, leciona Novelino (2012) que é conferido ao Poder Legislativo, órgão máximo de expressão da vontade popular, a função precípua de criar leis, as quais devem ser pautadas pelo critério da razoabilidade e elaboradas em conformidade com os preceitos constitucionais. Não obstante, como lembra Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2010), muito embora a legalidade preceitue sobre a impossibilidade do Poder Público atuar em contrariedade às leis ou em virtude da ausência delas, não se pode excluir a possibilidade de atividade discricionária pela Administração Pública, posto que não é desenvolvida na ausência da lei, mas quando esta deixa margem para atuação dentro dos critérios de conveniência e oportunidade.

2 Constituição: noções gerais, supremacia e possibilidade de reforma constitucional

Desde 1824, ainda sob o regime monárquico e, a partir de 1891, como república, o Estado de direito brasileiro adere ao modelo de estado constitucional, o que pressupõe a existência de uma lei fundamental e suprema, responsável por definir a organização política e jurídica de um território delimitado e soberano, sobre o qual vive um povo (BARROSO, 2009. p 13). A essa lei maior dá-se o nome de Constituição.

Para Reyes, “[...] a idéia de Constituição é muito mais antiga que seu conceito”. Para ele, o significado de Constituição não nasce apenas com o Estado constitucional, nos meados do século XVIII, mas remonta à antiguidade grega e romana, e parte da idéia de que “[...] existe ou deve existir em cada comunidade política um conjunto de normas superiores à lei ordinária cujo objetivo seja preservar a continuidade do pacto organizador que rege a comunidade” (2009, 179 – tradução livre).

Percebe-se que palavra Constituição transcende à própria semântica do vocábulo, ganhando diversos contornos, a depender do ângulo sob o qual é visualizada.

Nessa diversidade de acepções atribuídas, podemos identificar seus vieses sociológico, político, material, formal, jurídico, culturalista, aberto e integrante. Para efeito do presente estudo, importante observar a acepção material e formal de Constituição. Nas palavras de Bastos, Constituição em sentido material é “o conjunto de forças políticas, econômicas, ideológicas etc., que conforma a realidade social de um determinado Estado, configurando a sua particular maneira de ser” (2000, p. 43).

No que respeita ao sentido formal, o mesmo autor explica que é “um conjunto de normas legislativas que se distinguem das não-constitucionais em razão de serem produzidas por um processo legislativo mais dificultoso, vale dizer, um processo formativo mais árduo e solene” (1998. p. 43-44). Em outras palavras, Constituição

em sentido material significa o conjunto de normas escritas ou não, cujo teor seja tomado propriamente como constitucional, ou seja, essencial à formação do arcabouço Estatal. O conceito formal de Constituição diz respeito à existência de um documento único, num determinado Estado, em que estão contidos os preceitos de organização política, bem como as formas de alteração do seu próprio conteúdo, através de método legislativo mais penoso do que o necessário para a alteração das normas ordinárias.

Como se percebe, no sentido de norma fundamental de um Estado, a Constituição habita no ápice de um plano hierárquico legal e nela se encontram encerrados os princípios e outras normas basilares de um país. Eis aqui, pois, o seu sentido jurídico.

Ainda, no entender de Reyes, a supremacia pode ser entendida como uma qualidade política de qualquer Constituição, como é sempre (independentemente de qualquer consideração ideológica) um conjunto de regras que são baseadas em fundamentos, isto é, essencial para a perpetuação da forma política (2009, p. 171 – tradução livre).

Germina daí o conceito de supremacia constitucional, tanto pelo reconhecimento de possuir ela um valor normativo hierarquicamente superior às leis não constitucionais, fazendo daquela um parâmetro obrigatório para estas, quanto da idéia de ser a Constituição uma norma primária da produção jurídica, decorrendo daí a tendência à sua rigidez.

Diante disso, o princípio da supremacia constitucional significa a hegemonia da Constituição sobre todos os poderes constituídos a partir da Carta Política, sem exceção, de forma que a atuação daqueles estão submetidos às normas previstas nessa. E é justamente em virtude conteúdo axiológico do princípio da supremacia, que emana a principal característica de uma Constituição: sua estabilidade.

Bonavides (2010), valendo-se da clássica divisão de Lord Bryce, refere que as Constituições, no que tange a sua estabilidade, podem ser classificadas em *rígidas* ou *flexíveis*. Tem-se por *rigidez*

a maior dificuldade para modificação do texto constitucional do que para a alteração das demais normas do ordenamento jurídico. Na lição de Bonavides, as Constituições rígidas “demandam um processo de reforma mais complicado e solene. Quase todos os Estados modernos aderem a essa forma de Constituição, nomeadamente os do espaço atlântico” (2010, p. 83). As Constituições *flexíveis*, por outro lado, são aquelas de prescindem de rigor formal para que possam ser emendadas ou reformadas, podendo ser empregado o mesmo método para a produção ou revogação de lei ordinária (BONAVIDES, 2010).

Em complemento à divisão clássica, Moraes (2010) faz referência às Constituições *imutáveis* e *semirrígidas*. No seu lecionar, argumenta que há Constituições *imutáveis*, onde se é vedada qualquer alteração, não obstante hoje seja um modelo praticamente em extinção. Adiante, aponta a existência de um meio termo entre as Constituições *rígidas* e *flexíveis*, bem assim quanto às *rígidas* e *imutáveis*. Nesse viés, faz alusão, no primeiro caso, às Constituições *semirrígidas* e, na segundo hipótese, às Constituições *super-rígidas*. Menciona a CF/88 como típico modelo *super-rígido*, pois permite a modificação de partes do seu texto por via legislativa mais gravosa e possui em corpo estruturas imutáveis, chamadas *cláusulas pétreas*.

Ora, em síntese, a Constituição é resultado da conjunção de aspirações sociais, políticas e culturais de uma coletividade, que se encerra na criação de um Estado, através da instituição de um poder político de fato, soberano, exercido por uma coletividade humana (povo), com o fim de transformar-se em uma nação. A esse poder dá-se o nome de Poder Constituinte, que mira, como adiante será visto, elaborar ou modificar uma Constituição.

Para Bonavides, “sem o poder constituinte, essas duas categorias modernas do pensamento político não teriam vingado: o povo e a nação. Ambas nascem atadas a uma versão nova de soberania contida no esquema do poder constituinte.” (2010, p. 143).

A noção de Poder Constituinte, por sua vez, foi inaugurada pelo abade francês Emmanuel Joseph Sieyès, na obra “O que é o Terceiro Estado?”, através da qual distinguiu o poder constituinte do poder constituído, buscando no direito natural a resposta às reivindicações da burguesia francesa pré-revolucionista (BASTOS, 2000, p. 22-23).

Doutrinariamente, o Poder Constituinte desdobra-se em outras duas espécies, sendo que o que os distingue é a finalidade. Há, dessarte, o Poder Constituinte Originário e o Poder Constituinte Derivado. Também denominado genuíno, primário, de primeiro grau ou inicial, o Poder Constituinte Originário possui o objetivo de elaborar uma Constituição (PAULO; ALEXANDRINO, 2010). O Poder Constituinte é inicial por representar a base de uma nova ordem jurídica; incondicionado porque não está sujeito a qualquer forma prefixada para manifestar sua vontade; ilimitada e autônoma por não de respeitar limites postos pelo direito anterior. Afora isso, trata-se, também, de um poder permanente, pois permanece latente fora da Constituição, manifestando-se a qualquer tempo, quando convocado pelo povo (PAULO; ALEXANDRINO, 2010). E, como recorda Lenza, por ser emanado do povo, produto de uma energia ou força social, a ele ainda é dada a característica de poder de fato (2009, p.113)

Embora na acepção jurídica interna o Poder Constituinte seja considerado ilimitado e incondicionado, Paulo e Alexandrino (2010) referem que o Direito Internacional pode atuar como agente controlador do Poder de Fato, uma vez que, no plano externo, um Estado obrigatoriamente relaciona-se com outros Estados soberanos, não podendo desobedecer a regras universais de convivência e respeito aos direitos humanos. Paralelamente a esse Poder inovador da ordem jurídica, encontra-se o Poder Constituinte Derivado, que, ao contrário do primeiro (eminentemente político), possui cunho reformador.

Ao explicar a diferença entre os poderes Derivado e Originário, Bonavides ensina que “o primeiro, como poder jurídico,

é poder constituinte do Direito Constitucional; o segundo, como poder extrajurídico, é poder constituinte da Ciência Política”. (2009, p. 150). Por essa razão, o Poder Constituinte Derivado é também denominado secundário, constituído ou instituído, tendo em vista ser oriundo de um poder previamente estabelecido, cujo escopo é modificar a Constituição Federal (PAULO; ALEXANDRINO, 2010). Entretanto, conforme destaca Bastos, “[...] só se pode falar em poder reformador nos ordenamentos jurídicos encabeçados por uma Constituição rígida, ou seja, uma Constituição escrita, cuja reforma apenas se possa efetuar respeitado o regime jurídico nela previsto.” (2000, p. 29).

Pode-se destacar dentre as características que informam o Poder Constituinte Derivado, ser ele um *poder jurídico*, por integrar o Direito, eis que deve vir expresso no texto Constitucional; *derivado*, uma vez que provém de um Poder Constituinte Originário; *limitado* ou *subordinado*, porque tem sua aplicação limitada pela Constituição, de forma explícita e implícita, não podendo transgredi-la sob pena de inconstitucionalidade; e *condicionado*, pois tem sua atuação restrita às regras determinadas na Carta Política (2010, p. 83-84).

O Poder Instituído subdivide-se, ainda, em *poder constituinte derivado reformador* e *poder constituinte derivado decorrente*. Importa no presente estudo a concepção de *poder constituinte derivado reformador*, por ser essa a via para modificação do texto constitucional.

O constituinte originário, ao formular a CF/88, possibilitou a alteração do texto da Constituição, no instante em que conferiu ao Congresso Nacional o poder reformador secundário, ficando, dessa forma, à sobredita casa legislativa, responsável pela edição de emendas (artigo 60 da CF) e pela revisão constitucional (Art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias).

3 Processo legislativo

O Processo Legislativo está descrito do artigo 59 ao 69 da CF/88 e abrange o conjunto de atos disciplinares, conferido com primazia ao Poder Legislativo e, atipicamente, ao Poder Executivo, para de criação de leis.

Na definição de Silva, “procedimento legislativo é o modo pelo qual os atos do processo legislativo se realizam. Diz respeito ao andamento da matéria nas Casas legislativas. É o que na prática se chama *tramitação do projeto*” (2010, p. 529-530).

3.1 Emendas constitucionais

A CF/88 adota o modelo constitucional *super-rígido*, ou seja, possibilita a reforma de seu conteúdo, nomeadamente nos trechos não blindados por *cláusulas pétreas*. Como se percebe, o legislador constituinte não visou à completa imutabilidade da Norma Maior, até porque, em face da evolução social, esta carece de regular atualização.

A rigidez que lhe é inerente, entretanto, demanda a adoção de processo legislativo próprio e mais exigente do que o empregado na alteração das demais leis. Para tanto, a Carta Maior traz em seu bojo a figura da Emenda Constitucional, regulada no artigo 60 da CF/88.

Emenda “designa tanto o processo como o resultado da atividade do poder constituinte de reforma da Constituição.” (SILVA, 2008, p. 519). Nas palavras de Paulo e Alexandrino, Emenda Constitucional é “resultado de um processo legislativo especial e mais laborioso do que o ordinário, previsto para produção de demais leis ” (2010, p. 528). Naturalmente, por ser a Constituição o fundamento basilar de um Estado e, assim, suprema perante outras normas jurídicas, sofre restrições formais a sua alteração, de modo a garantir maior solidez ao arcabouço normativo criado pelo constituinte originário. Por outro lado, como

destacam os professores, a Emenda Constitucional objetiva dotar o ordenamento jurídico de um instrumento legítimo para modernização normativa, de forma a ajustá-la ao constante evoluir da sociedade (2010, p. 582).

A Constituição Federal poderá ser emendada pela apresentação de proposta de emenda à Constituição (PEC), a ser deflagrada por iniciativa de qualquer um dos legitimados dos incisos I a III do artigo 60 da CF/88: um terço dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; do Presidente da República; ou de mais da metade das Assembléias Legislativas dos Estados, através da manifestação da maioria relativa dos seus membros.

Após a apresentação da PEC, passa-se a fase constitutiva do processo de alteração da Constituição, que consiste, em um primeiro momento, na *deliberação parlamentar*, onde a PEC será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obter três quintos dos votos de seus membros, em cada uma das Casas. Em seguida, passa-se a *fase complementar*, quando a Emenda Constitucional, já aprovada, é promulgada conjuntamente pelas Mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, recebendo o respectivo número de ordem. (MORAES, 2010).

3.2 Medidas provisórias

A MP é instituto inovador, introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela CF/88. É uma das espécies normativas elencadas no artigo 59 da Carta Maior, cuidando-se de ato unilateral do Presidente da República, com participação posterior do Legislativo.

Historicamente, a MP é produto da evolução do Decreto-Lei, que surgiu na Europa, ainda que não com essa denominação, tendo a França como país alvissareiro no uso dessa modalidade normativa, através das Constituições de 1799 e 1814.

O modelo brasileiro do instituto teve inspiração no *decrette-legge*, fundado com a república constitucional italiana. Na Carta de 1937, sob o governo Getulista, teve a figura do decreto-lei forte influência na história legislativa do Estado Novo. E assim seguiu durante todo o período ditatorial brasileiro, com grande intensidade na atividade legiferante do Poder Executivo, especialmente após a outorga da Constituição de 1967, período em que se observa a forte limitação das atividades do Congresso Nacional. Nesse momento histórico, o Legislativo limitava-se quase que a concordar ou discordar com a proposta do Executivo, sem sequer poder alterar o texto por ele emitido. Ressalta-se que, as modificações posteriores, realizadas por meio dos Atos Institucionais (n.º 1, 2 e 5) e Emendas à Constituição (n.º 17/65 e 01/67), cuidaram de sedimentar ainda mais o monopólio legiferante nas mãos do Executivo Nacional (MENEZES, 2007, p. 14-16). Sobre esse período, Pessanha destaca que toda a atividade legislativa realizada durante a ditadura militar, era voltada exclusivamente à beneficiação do Poder Executivo (1995, p. 291).

Em 1988, a Assembleia Nacional Constituinte concentrou-se na missão de extinguir o Decreto-Lei do plano normativo e com ele a usurpação das atribuições do Congresso Nacional pelo Poder Executivo Federal, diante da possibilidade de sua aprovação pelo simples decurso do prazo. Contudo, também se viu na missão de não tolher o Executivo de um mecanismo que possibilitasse a criação de norma em casos especiais (MENEZES, 2007, p. 21). Nasce aí a MP que, aprovada em primeiro turno, entremeio às discussões sobre o regime governamental a ser adotado pelo Brasil (presidencialismo ou parlamentarismo), restou aprovada pela mesa constituinte em segundo turno.

A CF/88, dentro do ideal democrático, buscou permitir ao Presidente da República, de maneira não tão constante, imiscuir-se no processo legislativo, uma vez que este é o papel primeiro do Congresso Nacional.

A MP é essencialmente definida como ato de competência exclusiva do Presidente da República, dotada de força de lei, com o objetivo de regular provisoriamente situação atual, entendida como relevante e urgente, sujeita à apreciação do Congresso Nacional em prazo determinado, para fins de rejeição ou conversão em lei.

Conquanto no passado o Decreto-lei tenha sido utilizado de maneira abusiva pelo Executivo Federal, a prática demonstrou a necessidade de se pôr à mão do Presidente da República um instrumento normativo excepcional, para situações que demandem relevância e urgência (MORAES, 2010).

Comparada ao Decreto-lei, as MPs possuem importantes diferenças, relativas aos pressupostos para a edição, à matéria de que tratam, à validade dos atos praticados durante sua vigência e à eficácia em decorrência do prazo (CÂMARA, 1991, p. 1157).

Atenta-se ao fato de que a novel redação dada ao artigo 62 da CF/88, pela EC 32/01, não influenciou nas características originais do instituto da MP. Mello, em um paralelo com as Leis Ordinárias, elenca cinco diferenças que lhe são iminentes: excepcionalidade, efemeridade, precariedade, condicionar-se à perda da eficácia se não aprovada e a necessidade dos pressupostos de relevância e urgência (2010, p. 130-131).

Nota-se, destarte, que a MP tem como questão nuclear a *precariedade* e a *efemeridade* normativa. Em outras palavras, cuida-se essencialmente de uma norma passageira do ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que somente é adotada em casos excepcionais, quando conjugados os requisitos de urgência e necessidade.

4 Emenda constitucional nº 32/01: precedentes e efeitos

Oriunda do Projeto de Emenda à Constituição n.º 472/1997 (PEC 472/97), de autoria do Senador Espiridião Amin, a Emenda Constitucional 32, de 11 de setembro de 2001 (EC 32/01) representou um verdadeiro divisor de águas, em especial quanto ao instituto da

MP. Antes, as MPs estiveram sob um determinado regime jurídico, introduzido no arcabouço normativo pátrio com a promulgação da CF/88 e, depois de editada a EC 32/01, passaram a ser regradas por um novo e completamente distinto regime jurídico.

O constituinte originário não prescreveu limitação temática à MP, como ocorria com o Decreto-lei. Dessa forma, o Presidente da República, dentro da sua discricionariedade, entendendo pela existência de relevância e urgência na edição de ato normativo, sobre determinada matéria, lançava mão de MP, com força de lei, para preencher lacuna existente na legislação ordinária.

A liberdade conferida ao Chefe do Executivo Federal deu azo a que conveniência de se baixar MP fosse ditada pela “necessidade dos acontecimentos”, tendo, por essa razão, o Poder Executivo adquirido verdadeira preeminência na formulação de normas. (MACIEL, 2005). Como consectário, à época, sobrou para a jurisprudência o papel de limitador do alcance das MPs.

Em vista do cenário caótico que se instalara pelo uso descomedido da norma provisória, no ano de 2001 foi promulgada a EC 32, que teve como ponto nodal a alteração do artigo 62 (MP) da CF/88, mas também tratou de dar novo regramentos aos artigos 48 (atribuições do Congresso Nacional), 57 (convocação extraordinária do Congresso Nacional), 61 (matérias de leis de iniciativa do presidente da república), 64 (urgência na apreciação de projetos de lei), 66 (apreciação de veto), 84 (competência do Presidente da República para dispor, mediante decreto), 88 (criação e extinção de Ministérios e órgãos da Administração) e 246 (vedação da adoção de MP na regulamentação de artigos alterados por Emenda Constitucional, a partir de 1º.01.1995) da CF/88. (BONAVIDES, 2010).

A EC 32/01, embora tenha acrescentado parágrafos aos artigos 48, 57, 64, 84 e 246 da CF/88, teve como alvo principal a reforma do artigo 62. Da análise do texto originário, em comparação com o texto reformado, percebe-se que constituinte originário conferiu ao Presidente da República uma fração de poder interveniente no

processo legislativo, ainda que sob o auspício do Congresso Nacional, em casos de necessidade, sem possibilidade de aprovação por decurso de prazo, conforme ocorria com o Decreto-lei. O Poder Legislativo só teria ingerência sobre a MP quando de sua aprovação e conversão em lei ou rejeição (HORST, 2008).

Apesar de não haver a aprovação tácita por decurso de prazo, o Executivo continuou legislando de forma exacerbada, utilizando-se do recurso da reedição caso a MP não fosse apreciada pelo Congresso no prazo de 30 dias. Dessa forma, a MP era reeditada ao invés de perder sua validade. Tanto é que desde a promulgação da Constituição até setembro de 2001, antes, portanto, da promulgação da EC 32/01, o Executivo editou 6109 MP (623 apresentadas e 5486 reeditadas), uma média de aproximadamente 40 ao mês. Desse total, o Congresso Nacional rejeitou apenas 22 (vinte e duas) (MENEZES, 2007).

Almejando coibir a continuidade desses abusos, Congresso Nacional aprovou a EC 32/01, que alterou significativamente o texto original do art. 62. O § 1º do artigo 62 da CF/88 passou a impor vedação material às matérias como nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos, direito eleitoral, direito penal, processual penal e processual civil, organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares (excetuado o § 3º do art. 167).

Igualmente, outros três dispositivos estabelecem limitações ao uso da MP. Nesse sentido, o artigo 25, parágrafo 2º, da CF/88 veda a edição de MP estadual para regulamentação da exploração de gás canalizado. Ainda o artigo 246 da CF/88 proíbe a adoção de MP na regulamentação de artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda promulgada entre 1º de janeiro de 1995 e a da promulgação da EC 32/01. Da mesma forma, o artigo 73 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), que obstou a tomada de MP na regulamentação do Fundo Social de Emergência (PAULO; ALEXANDRINO, 2010).

Dentre as matérias insuscetíveis de serem tratadas em por MP, não foram incluídos os direitos individuais e o direito tributário. Dessarte, como ressaltam Paulo e Alexandrino, muito embora inexista previsão expressa nesse sentido, por óbvio, as matérias privativas do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, Senado Federal, Poder Judiciário e Ministério Público e tribunais de contas não podem ser disciplinadas por MP (2010, p. 531).

O poder reformador buscou, em observância ao princípio da segurança jurídica, impedir a repetição de possíveis aberrações, oriundas da instituição de eventual novo plano econômico, bem como não permitiu que fosse matéria de MP ponto já disciplinado em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional (MORAES, 2010).

É digna de nota, ademais, a previsão do parágrafo 2º do artigo 62 da CF/88, que passou a exigir que a MP seja convertida até o último dia do exercício financeiro anterior, para que possa produzir efeitos, como forma de efetiva observância ao princípio da anterioridade tributária.

Os parágrafos 3º, 11 e 12 estampam uma das importantes modificações ao texto do artigo 62 da CF/88. O regime jurídico anterior à EC 32/01 não fixava prazo ao Congresso Nacional para que disciplinasse as relações jurídicas decorrentes as MP. A partir da promulgação da EC 32, em não sendo editado decreto-legislativo para disciplinar as relações jurídicas oriundas da MP, no prazo de 60 dias, os atos praticados durante sua vigência continuarão por ela regida (PAULO; ALEXANDRINO, 2010).

A despeito da redação original, a EC 32/01 não extinguiu por completo o recurso da reedição, tendo limitado sua aplicação a apenas uma reedição, desde que em sessão diferente da que tenha sido rejeitada ou no caso de ter perdido a eficácia pelo decurso do prazo. O prazo máximo de uma deliberação de MP no Congresso, atualmente, é de 120 dias, descontados os dias de recesso parlamentar. E somente as medidas editadas após a promulgação da EC nº 32/01 trancam a pauta (quando passados 45 dias de sua publicação, sem apreciação pelo Plenário), visto que as que já

estavam em vigor continuam vigendo até que MP ulterior as revogue (ROCHA, 2008).

Merece destaque, ainda, o processo legislativo atinente à MP. A EC 32/01 não só alterou o prazo de vigência, de 30 para 60 dias, como também estabeleceu todo um processo de criação da MP. Dentre as questões que passaram a ser objeto de regulamentação expressa no texto constitucional, está a suspensão do prazo para apreciação da MP (60 dias), em caso de recesso do Parlamento, que antes se cingia à convocação extraordinária do Congresso, para deliberação em 5 dias.

Outra importante alteração ocorreu quanto à forma de apreciação da MP. A partir da EC 32/01, cada MP deverá ser apreciada por uma comissão mista, composta por 12 deputados e senadores, bem como por seus respectivos suplentes, em igual número, indicada pelos seus líderes, respeitada, quando der, a proporcionalidade de partidos em cada Casa. Essa comissão possui cunho immanentemente opinativo e terá o desígnio de emitir parecer, que subsidiará o exame da MP em cada uma das Casas Legislativas. Nítida fica a diferença de procedimento: a antiga redação exigia a votação da MP em sessão conjunta do Congresso Nacional, o que agora ocorre separadamente, primeiro na Câmara dos Deputados e, após, no Senado Federal, à semelhança do processo legislativo ordinário de iniciativa do Presidente da República.

A EC 32/01, apontou no artigo 2º o destino das MP não convertidas em lei, criadas antes de sua edição, ao dispor que “as medidas provisórias editadas em data anterior à da publicação desta emenda continuam em vigor até que MP ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional”.

O Congresso Nacional, com a EC 32/01, tornou as MP editadas anteriormente à sua publicação espécies normativas com vigência por tempo indeterminado, de aplicabilidade independente de outro ato legislativo ou administrativo de qualquer das Casas Legislativas ou do Presidente da República. Por outro lado, isso não significou a conversão em leis ordinárias, permanecendo todas sob

a competência do Parlamento que, julgando conveniente, poderá apreciá-las a qualquer tempo, com o objetivo de convertê-las em lei ou rejeitá-las. Contudo, caso queira analisar uma dessas MP, deverá fazê-lo pelo processo legislativo anterior, ou seja, por meio da análise conjunta do Congresso Nacional e não em sessões separadas como atualmente (PAULO; ALEXANDRINO, 2010).

Após sua edição e publicação, a MP deve ser enviada à apreciação do Congresso Nacional, em razão de sua função precípua de legislar, já que deve participar da realização de normas que modifiquem o ordenamento jurídico. Como visto, no caso das MPs, a intervenção do Parlamento é feita em um segundo momento, o que, todavia, não torna seu trabalho menos importante ou prescindível. Assim, após receber a MP, o Congresso Nacional poderá aprová-la, rejeitá-la ou, em último caso, não a apreciar dentro do prazo legal.

Na hipótese de aprovação pelo Congresso Nacional, a MP é convertida em lei. A partir daí, passará da condição de norma transitória, para norma eficácia permanente. Salienta-se que as leis ou medidas anteriores, que conflitavam com a MP e estavam com seus efeitos suspensos desde a edição daquela, são definitivamente revogadas pela lei de conversão. Em se tratando de conversão parcial, em razão das alterações realizadas no texto original da MP, será convertida em projeto de lei de conversão, que seguirá o processo legislativo ordinário. Dessarte, até que não seja vetada ou sancionada pelo Presidente da República, a MP manter-se-á integralmente em vigor (PAULO; ALEXANDRINO, 2010).

No caso de rejeição da MP e da não apreciação, os efeitos são os mesmos. Isso porque a CF/88 considerou que, se o Congresso não apreciar a MP no prazo de até 60 dias (prorrogável por mais 60 dias), a mesma é tida como rejeitada tacitamente, ressalvadas as situações descritas nos parágrafos 11 e 12 do artigo 62 da CF/88. Então, em ambas as hipóteses, a norma em apreço perde sua vigência de forma retroativa (*ex tunc*), desde sua edição, como prevê o parágrafo 3º do art. 62. Significa dizer que, afora os casos excepcionais apontados no

texto do artigo 62 da CF/88, os efeitos gerados pela MP rejeitada devem ser desfeitos, como se aquela nunca tivesse existido.

Ainda no parágrafo 11, há a prescrição segundo a qual deve o Congresso Nacional disciplinar as relações advindas da MP, sessenta dias após a rejeição ou perda da eficácia por decurso do prazo, através de decreto legislativo. Atualmente, não sendo disciplinada as relações jurídicas no lapso determinado, perde o Congresso Nacional sua competência pelo decurso do prazo, restando as relações jurídicas oriundas dos atos praticados durante a vigência da MP regidas pelo seu próprio texto.

A promulgação da EC 32/01 teve por escopo fortalecer as atribuições do Poder Legislativo, ao tornar obrigatória a sua participação no processo de edição de MPs. Sem a possibilidade do Poder Executivo reeditar as MPs, o Parlamento teria de empreender esforços na sua conversão em lei, acabando, assim, com a perpetuação da legislação efêmera. Entretanto, opositamente ao que o constituinte reformador imaginava, em praticamente nada contribuiu a EC 32/01 à reversão desse quadro. Pelo contrário, a referida EC mais tratou de “legalizar” a inefetividade do Poder Legislativo e de transformar o Poder Executivo em um legislador de exceção por excelência.

Conforme observa Bonavides, o Poder Executivo na tarefa de edição de MPs “move-se com assiduidade, inteiramente desembaraçado dos freios constitucionais, produzindo um volume de legislação de péssimo conteúdo, eivada de flagrantes inconstitucionalidades, e que excede já o número de leis aprovadas por via legislativa ordinária.” (2010, p. 687).

Se por um lado houve limitação material na edição de MP, que, diga-se de passagem, não foi suficiente para estancar o intenso trabalho legislativo do Presidente da República, de outro foram criadas e ampliadas prerrogativas do Legislativo, que são absolutamente contrárias aos princípios da segurança jurídica e da legalidade. E é nesse viés que o texto dado pela EC 32/01 ao artigo 62 da CF sofre embate de direito intertemporal.

Isso ocorre, por exemplo, com o disposto no § 11 do art. 62. Conquanto a norma contida na MP tenha perdido sua eficácia pelo decurso do prazo e, mesmo que a as relações jurídicas não tenham sido referendadas pelo Congresso Nacional, através de decreto-legislativo, ela continuará a produzir efeitos, sob todos os que foram atingidos pela norma.

Atente-se à seguinte questão: uma MP ingressa no ordenamento jurídico revogando condicionalmente a norma anterior que tratava sobre a mesma matéria ou que com ela fosse incompatível (uma vez que, se revogada a MP, a lei anterior voltará a integrar o ordenamento jurídico). Entrementes, surtirá efeitos até que seja finalmente convertida em lei, revogada ou perca a eficácia por decurso do prazo de vigência. Neste último caso, não sendo editado decreto legislativo, as relações jurídicas decorrentes serão regradadas pelo próprio texto da MP. Vejamos: 1) MP não é lei, apenas medida *com força de lei*, com determinado prazo de validade, a não ser que seja submetida ao processo legislativo ordinário para sua conversão, sob pena de se atentar ao princípio da legalidade; 2) A lei anterior, revogada condicionalmente, voltará a seara jurídica do país, porém produzirá efeitos apenas sob os fatos constituídos após revogação da MP, em razão do princípio da irretroatividade e da segurança jurídica; 3) As normas revogadas condicionalmente, bem como o decreto legislativo que disciplinará as relações jurídica oriundas da MP que perdeu a eficácia, adentram ao ordenamento jurídico como normas novas e, por força da irretroatividade da lei e do princípio da segurança jurídica, não se aplicam ao período em que a extinta MP esteve vigente.

Pelo que se depreende, a partir da EC 32/01 a CF/88 sofre de uma crônica teratologia jurídica, pois os cidadãos encontram-se submetidos a normas que simplesmente deveriam ter deixado de existir no mundo jurídico ou que, se mantidas, não são aptas a produzir efeitos jurídicos, pois são desprovidas de legitimidade.

De outra banda, preocupante situação é a produção legislativa em ritmo industrial pelo Executivo Federal. Desde sua

introdução no ordenamento jurídico, como já visto, o Poder Executivo sempre usou incriteriosamente as MPs, desatendendo especialmente aos pressupostos de relevância e urgência. Lenza (2009) aduz que, quando da aprovação da EC n. 32/2011 (período compreendido entre 05.10.1998 e 20.09.2001), já haviam sido editadas o número de 6.130 MPs, entre edições e reedições, sendo que a grande parte ainda não tinha sido objeto de aprovação.

Surpreendentemente, algumas MPs editadas anteriormente a EC 32/01 prosseguem em *tramitação*. O que mais chama a atenção, no entanto, é o número de MP: são 848 (oitocentos e quarenta e oito) desde a entrada em vigor da EC 32/01 (BRASIL, 2018). Todas correspondentes a potenciais leis ordinárias.

Tamanho disparate do Executivo Federal só evidencia o fracasso do constituinte originário na atribuição ao Presidente da República da função atípica de legislar. Como lembra Lenza “[...] a MP foi estabelecida pela CF/88 com a esperança de corrigir as distorções verificadas no regime militar, que abusava de sua função atípica legiferante por intermédio do decreto-lei.” (2009, p. 422). Porém, igualmente constituinte derivado não foi feliz em sua tentativa de reverter à verdadeira usurpação política que se instalou por evento da MP, com a promulgação da EC 32/01. Na ânsia de abolir o caos legislativo oriundo da enxurrada de MPs editadas, criou a EC 32/01, sem dar atenção à complexidade que envolve o processo legislativo, muito menos às bases principiológicas da Constituição. Cuidou-se, essencialmente, de atribuir nova roupagem às MPs editadas e às que porventura viessem a ser, de forma a torná-las legítimas mesmo após a perda da eficácia. Com isso, hoje se eternizam MPs que se encotram a produzir plenos efeitos jurídicos.

Considerações finais

Sob os pressupostos de relevância e urgência, a MP ingressou no ordenamento jurídico brasileiro como instrumento de uso privativo do Chefe do Executivo Federal, possibilitando-lhe a

edição de norma com força de lei, eficácia imediata e vigência temporária, necessária a atender as situações em que a imediatidade da medida se impõe, com ulterior intervenção do Congresso Nacional. Contudo, desde a promulgação da CF/88, tem sido utilizada imoderadamente e de forma desrespeitosa aos princípios que informam o Estado Democrático de Direito, em especial, os da segurança jurídica e da legalidade.

Com o intuito de refrear a grande produção legislativa do Presidente da República, foi promulgada a EC 32/01, que impôs limitações sobre a matéria a ser tratada em sede MP, bem como estendeu os prazos de análise e incluiu previsões para os casos de omissão do Congresso Nacional. Porém, ao contrário do que esperava o constituinte derivado, as alterações da EC 32/01 não trouxeram os resultados que dela eram esperados. Para enfrentar essa questão, valemo-nos da pesquisa bibliográfica em doutrina de Direito Constitucional e em fontes primárias, bem como da análise semântica dos institutos aqui trabalhados. Nesse contexto, objetivou-se demonstrar os impactos trazidos pela referida EC 32/01 ao instituto da MP, que se constituiu em verdadeira anomalia jurídica no ordenamento jurídico brasileiro.

Não é pouca a inconformação doutrinária quando tratam do assunto em liça. Isso porque o ordenamento jurídico, desde o seu princípio, deve buscar sempre a evolução, o aperfeiçoamento de seu teor, a fim de acompanhar as tendências sociais e políticas advindas com o tempo. Todavia, vislumbra-se que, com a reforma da sistemática da MP, estatuída pela EC 32/01, o legislador derivado causou um retrocesso do aparato jurídico aos moldes antes extintos, nomeadamente, à figura do famigerado decreto-lei, riscado das páginas da Constituição exatamente por não se adequar à carga principiológica sobre a qual, desde 05 de outubro de 1988, assentou-se o Estado Democrático de Direito.

Conclui-se que as alterações suscitadas pela EC32/01 não obtiveram resultados positivos, pois vão de encontro ao ideal que se

espera de uma lei, formada democraticamente por meio do processo legislativo e em conformidade aos princípios da Constituição Federal.

Ao que parece, a Administração ainda conserva raízes de um passado autocrático, pois se sente mais à vontade em governar ditando normas pautadas em seu poder discricionário do que seguindo os ditames grafados na Constituição. Porém, parcela de culpa é reservada ao Poder Legislativo, que historicamente vindicou seu atributo institucional de legítimo detentor poder de legislar, mas que, desde a promulgação da CF/88, nem sequer dá conta de analisar sua própria produção legislativa. À mercê, fica o povo brasileiro, desabrigado das prerrogativas constitucionais basilares da legalidade e a segurança jurídica que, como tantas outras, não raramente sucumbem diante da negligência dos Poderes.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. Em algum lugar do passado: segurança jurídica, direito intertemporal e o novo Código Civil. In: *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BECHO, Renato Lopes. *Lições de direito tributário: teoria geral e constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. *Constituição Federal de 1967*. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 2018.

_____. *Emenda Constitucional 32, de 11 de setembro de 2001*. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 2018.

- _____. *Medidas provisórias*. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/legislacao-1/medidas-provisorias>>. Acesso em: 2018.
- CÂMARA, Edson de Arruda. Das medidas provisórias: sua utilização como instrumento de força e abuso de poder: breve análise crítica. *LTR Legislação do Trabalho e Previdência Social*. São Paulo 1991.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CARDOSO, Cassiano Pereira. *Princípios gerais do direito*. Passo Fundo: UPF, 2003.
- ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada*. São Paulo: RT, 1998.
- HORST, Erika Carneiro. *Medidas Provisórias: Efeitos da caducidade e da rejeição após EC 32/2001*. Cefor da Câmara dos Deputados, Curso de Especialização em Processo Legislativo, fev., 2008. Disponível em: <http://bd.camara.leg.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/10170/medidas_provisorias_horst.pdf?sequence=1>. Acesso em: 3 maio 2013.
- LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MACIEL, Adhemar Ferreira. Medida Provisória e Segurança Jurídica. In ROCHA, Cármen Lúcia (Org.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. 2. ed. Ver. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2005.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- MENEZES, Andrea Chistina de Souza Barcelos. *Medida provisória e principais propostas de aperfeiçoamento: análise crítica*. Cefor da CD, Curso de Especialização em Processo Legislativo, mar., 2007. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/10151/medida_provisoria_menezes.pdf?sequence=1>. Acesso em: 13 abr. 2013.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Método, 2012.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*. 5. ed., ver. e atual. São Paulo: Método, 2010.

PESSANHA, Charles. Notas sobre as relações entre o Executivo e o Legislativo no Brasil (1964-1992). In: Boas, Gláucia Villas; Gonçalves, Marco Antonio (Org.) *O Brasil na virada do século: o debate dos cientistas sociais*. Rio de Janeiro: Reume Dumará, 1995.

REYES, Manuel Aragon. *Estudios de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009.

ROCHA, Cibele de Fátima Moraes. *Medida provisória na Constituição de 1988 e a necessidade de sua limitação*. Cefor da CD, Curso de Especialização em Processo Legislativo, fev., 2008. Disponível em: <http://bd.camara.leg.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/10170/medidas_provisorias_horst.pdf?sequence=1>. Acesso em: 14 abr. 2013.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. Constituição e Segurança Jurídica. In ROCHA, Cármen Lúcia (Org.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

Quotas de sociedades cooperativas: um estudo da possível penhorabilidade por entes externos à sociedade

*Charles Dallagnol¹
Roberto Carlos Gradin²*

Introdução

Com a reforma do Código de Processo Civil Brasileiro, iniciou-se um movimento do Judiciário Brasileiro sobre a possibilidade de penhora de quotas de sociedades cooperativas, por entes externos a este tipo de sociedade.

Antes de mais nada, é importante contextualizar as sociedades cooperativas, como sendo um instrumento de ação, capaz de viabilizar um sistema de ajuda mútua em que várias pessoas se unem, com objetivos comuns, se associam voluntariamente e, num esforço conjunto e eliminando o intermediário, buscam satisfazer suas necessidades. É caracterizado também, como um sistema que emerge e se fortalece através da união de esforços para obter melhores condições para

¹ Acadêmico da faculdade de Direito de Passo Fundo. E-mail: charles_dallagnol@sicredi.com.br

² Mestre pela Universidade de Santa Cruz do Sul na linha de pesquisa em Constitucionalismo Contemporâneo. Especialista em Direito Civil pelo Cesusc. Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. Professor da Universidade de Passo Fundo. E-mail: gradin@upf.br

solucionar ou desenvolver algum tipo de demanda existente na sociedade.

Outro fator importante existente nas sociedades cooperativas é a inexistência de concorrência havendo apenas a cooperação, onde sua finalidade é de melhorar as condições econômicas dos cooperados na busca de atingir os interesses comuns.

Na estrutura das sociedades cooperativas, o capital social, torna-se mecanismo fundamental para a sua criação, pois ele é uma das principais fontes de formação de patrimônio e garantia perante à terceiros, das obrigações assumidas pela cooperativa, sendo também, um instrumento de sustentabilidade, que dá direito ao uso do associado, de toda a estrutura da cooperativa. É neste contexto, que as sociedades cooperativas buscam sistematicamente, incentivar a capitalização junto a seus associados como forma de incrementar investimentos para a sociedade e de certa forma, tornar-se menos dependente de capital de terceiros.

Nos últimos anos, com o crescimento estrutural e expansivo de alguns ramos de sociedades cooperativas, iniciaram-se decisões voltadas a proceder a penhora de quotas sociais, principalmente quando o credor demandado não encontra outros bens passíveis de constrição, o que viabilizaria o deferimento do requerido.

Destaca-se que as razões que o Judiciário vem admitindo a penhora de quotas, diante do receio de que o devedor fique impune ao processo de execução, mesmo possuindo grande patrimônio, representado pelas quotas de uma ou várias cooperativas prósperas.

E é a partir deste instante, que o presente trabalho de conclusão de curso, buscará demonstrar, através das diferenças existentes entre sociedades empresárias (de capital) e sociedades cooperativas (de pessoas), a inviabilidade do resgate de quotas por entes externos das sociedades cooperativas.

Espera-se que este artigo possa contribuir, por se tratar de novo entendimento jurídico sobre penhora de quotas, num maior subsídio sobre a matéria, auxiliando as sociedades cooperativas em seus processos de execução que tratem sobre a penhora de quotas sociais.

Das sociedades empresárias

A história da formação de sociedades empresárias ocorreu na idade antiga, na época do apogeu de Roma onde neste período, o comércio já existia entre diferentes povos, porém as regras sob o que se repousava eram isoladas e esparsas. Nas legislações mais antigas, a sociedade só tomaria grande impulso na Idade Média, sobretudo nas cidades italianas, em decorrência do notável desenvolvimento do comércio terrestre e marítimo, surgindo nessa ocasião a primeira sociedade eminentemente mercantil de que se tem notícia – a sociedade em comandita, posteriormente alterada para sociedade em comandita simples (GONÇALVES NETO, 2014, p. 37-39).

O processo evolutivo resultaria a conjugação de esforços que consubstanciarium a forma primitiva de sociedade, assim considerada a reunião de duas ou mais pessoas, com o propósito de combinar esforços e bens, com objetivo de repartir entre si os proveitos auferidos, sendo que, na união dessas forças, encontramos as primeiras manifestações de sociedade (ALMEIDA, 2016, p. 25).

As **primeiras sociedades** que surgiram, foram as **sociedades em nome coletivo**, em virtude de um objeto comum, no qual seria a exploração de um negócio por membros de uma mesma família ou herdeiro de uma mesma herança. As sociedades podem desde sempre, ser de pessoas ou de capitais, evidentemente, não existe sociedade sem a presença desses dois elementos sócio e capital (COELHO, 2014, p. 42).

Se entende como sociedade empresária, como sendo uma composição de pessoas com objetivos econômicos comuns, exercendo determinadas atividades de circulação ou produção de riquezas e que vise fundamentalmente a obtenção de lucro para os agentes envolvidos.

Atualmente, os tipos societários compreendem nove tipos de sociedades, antes, porém, é interessante contextualizar sobre o que ela representa de fato, podendo defini-la como **reunião de pessoas que tem como objetivo principal exercer uma atividade econômica de maneira profissional e que seja organizada para a produção e comercialização de bens ou serviços**. Uma das características mais importantes de uma sociedade empresarial é que essa atividade econômica deverá visar o lucro.

Os nove tipos de sociedades existentes no Brasil são: Sociedade Simples, Sociedade em Nome Coletivo, Sociedade em Comandita Simples, Sociedade Limitada ou Ltda, Sociedade Anônima ou S/A, Sociedade Comandita por Ações, Sociedade Cooperativa, Sociedade em Conta de Participação e Sociedade de Advogados.

Das sociedades cooperativas

A forma e a natureza da sociedade cooperativa são próprias, não se confundindo com nenhum outro tipo de pessoa jurídica. Neste sentido, alguns estudiosos chegam a dizer que a cooperativa é um misto de associação, com a sua estrutura societária simples; e de sociedade empresária com possibilidade de crescimento econômico e complexidade de operações (SIQUEIRA, 2004, p 83). Mas a principal diferenciação é o papel do “proprietário” da sociedade, isto é, o cooperado, que difere de todos os cotistas ou acionistas, pois na cooperativa o sócio-cooperado é ao mesmo tempo “dono da sociedade” (possuidor de cotas-partes), usuário e fornecedor.

Dentre aos mais diversos conceitos, Amador Paes de Almeida expõe que a sociedade cooperativa é uma sociedade que se distingue das demais por suas características específicas, como seu próprio nome deixa escrever, destina-se a prestar serviços aos próprios sócios. Por este sistema, um determinado grupo se reúne e constitui uma sociedade cooperativa, onde cada associado contribui com uma certa soma para a formação do capital social com a principal finalidade de gerar riqueza entre os sócios que a constituíram, em toda sociedade, há um conjunto de pessoas que se reúnem para o exercício de atividades (2016, p. 341)

Esta reunião, segundo Marlon Tomazette dá por diversos motivos, mas, especialmente, para melhor alcançar os objetivos almejados. Várias pessoas juntas conseguem realizar melhor as atividades do que uma pessoa sozinha. Nas sociedades cooperativas também há essa reunião de pessoas para melhor desempenho de certas atividades, contudo, as cooperativas possuem traços peculiares, inerentes a sua forma de constituição e finalidade (2014, p. 651),

Num âmbito geral as cooperativas podem ser definidas como toda associação de pessoas que tenha por fim a melhoria econômica e social de seus membros, através da exploração de uma empresa sobre base da ajuda mútua.

O surgimento das sociedades cooperativas e suas ramificações no Brasil

A sociedade cooperativa surgiu em 1842, na Inglaterra, como um concurso de força de trabalhadores, objetivando vantagens e serviços que sua simples condição de assalariados não permitia. Pode-se afirmar que o cooperativismo e as formas de cooperação são algo muito antigos na história da civilização, deste a pré-história da humanidade (DE OLIVEIRA, 2012, p. 114)

O pioneirismo do cooperativismo mundial deu-se após uma sofrida greve por melhores salários, que acabou não vitoriosa, um

grupo de pobres operários tecelões ingleses tentava desesperadamente fugir do estado de miséria ao qual estava subjugado. Em novembro de 1843, o grupo começou a discutir as fórmulas possíveis para combater aquele estado de desesperança. Apesar de não terem conseguido o aumento salarial solicitado e mesmo sem saber o que fariam, os operários passaram uma lista de adesões e começaram a recolher dinheiro e a formar um caixa com seus próprios e escassos recursos. Assim, em outubro de 1844, após terem juntado com muito sacrifício alguns recursos próprios – 28 libras, esses pobres tecelões de Rochdale registraram e fundaram uma sociedade, a *Rochdale Society of Equitable Pioneers*, uma cooperativa de consumo. O estatuto, em seu famoso art. 1º estabelece que, desde o momento que seja possível, essa sociedade empreenderá a organização das forças de produção, de distribuição, de educação e de governo, dito em outras palavras, o estabelecimento de uma colônia que baste a si mesma e que prestará ajuda a outras sociedades para estabelecer colônias semelhantes a esta (ALMEIDA, 2016, p. 387).

Com esta criação, passou a ser estabelecido como um marco do movimento cooperativista mundial, servindo como base doutrinária para elaboração de estatutos, que passaram a nortear toda a organização cooperativista até os dias de hoje, tanto a nível internacional como na organização de cooperativas no Brasil.

As cooperativas no Brasil adotam como marco a fundação da primeira caixa rural do tipo Raiffeisen, na cidade de Nova Petrópolis/RS em 1902, num esforço atribuído ao padre suíço Teodoro Amstadt, época em que se criaram também entidades da mesma natureza em Pernambuco, na cidade de Goiânia (a qual, no entanto, não sobreviveu) e na Bahia (ALMEIDA, 2016, p. 389-392).

As cooperativas atuam em diversos setores da economia brasileira, para facilitar a organização e representação, as atuações foram divididas em treze ramos, levando em consideração as diferentes áreas da economia.

As divisões estão separadas pelos seguintes ramos: cooperativas de crédito, cooperativas de trabalho, cooperativas de produção, cooperativas de consumo, cooperativas habitacionais, cooperativas agropecuárias, cooperativas educacionais, cooperativas de infraestrutura, cooperativas de saúde, cooperativas especiais, cooperativas de turismo e lazer, cooperativas minerais e outros tipos de cooperativas, todas elas, regidas pela Lei nº 5.764/71 que trata exclusivamente das sociedades cooperativas.

O conceito de cooperativa não é um conceito jurídico, mas sim, econômico, por tratar este tipo de sociedade de um interesse econômico comum, de um grupo de pessoas, num determinado momento histórico. Em se tratando de definições internacionais sobre Cooperativa, a mesma é definida, segundo a Aliança Cooperativa Internacional e a Organização Internacional do Trabalho, como sendo

[...] uma associação autônoma de pessoas que se unem voluntariamente para satisfazer aspirações e necessidades econômicas, sociais e culturais comuns, por meio de uma empresa de propriedade comum e democraticamente gerida. (SIQUEIRA, 2004, p. 32),

No sistema jurídico brasileiro, a cooperativa é a formalização de uma vontade recíproca de pessoas físicas ou jurídicas, que, de acordo com a lei própria, através de um contrato, formalizam a constituição da sociedade, definindo, além dos detalhes legais que lhe são exigidos, as demais regras que irão comandar os destinos das ações dos cooperados, através de sua cooperativa. Essa sociedade há de ter como finalidade, a melhoria econômica, técnica e social dos sócios, sempre através de sua cooperativa, que buscará alcançar esse fim, realizando seu objetivo social, que deve ser assemelhado às atividades dos seus sócios. (TOMAZETTE, 2014, p. 612)

No que se refere a natureza jurídica, destaca que a sociedade cooperativa não se confunde com sociedade comum, exatamente por lhe faltar-lhe finalidade especulativa, embora não seja o lucro

incompatível com a sua natureza. Muito ao contrário, o lucro está para a cooperativa na mesma situação em que está para a empresa pública, constituindo-se em mera decorrência de uma gestão profícua, mesmo porque, dificilmente manter-se-á uma sociedade cooperativa deficitária(ALMEIDA, 1999, p. 341).

Quando se diz que as cooperativas são voltadas para o exercício de uma atividade econômica, é importante ressaltar que as cooperativas não são entidades beneficentes ou culturais, ainda que eventualmente acabem desenvolvendo algumas atividades nesse sentido. A atividade cooperativa visa à criação ou o aumento das riquezas e, por isso, é uma atividade econômica, essa economicidade, contudo, não se revela num fim lucrativo. Não há lucro na sociedade cooperativa, mas sim resultados. O fim econômico é alcançado pelos cooperados diretamente, nas suas relações com a sociedade. Esses podem e querem ter lucros com suas atividades pessoais, que não se confundem com a atividade da cooperativa, diante disso, vê-se a principal diferença entre sociedades cooperativas e as demais sociedades. Nestas, o sócio busca resultados lucrativos proporcionas aos riscos assumidos. Já na cooperativa, o objetivo dos cooperados não é o lucro a ser repartido, mas a redução dos custos dos bens ou serviços que interessam aos sócios, para melhorar sua situação econômica, nada impede, contudo, que o eventual resultado da atividade venha a ser repartido, mas esse não é o objetivo central das cooperativas(TOMAZETTE, 2014, p. 651).

Em referência também a constituição jurídica das cooperativas, Djalma de Pinho Rebouças de Oliveira detalha que a constituição jurídica das cooperativas é diferente da constituição jurídica em geral e, entretanto, como as cooperativas concorrem com as empresas em geral no mercado, o diferencial de constituição jurídica pode-se tornar uma vantagem ou uma desvantagem para as cooperativas(DE OLIVEIRA, 2012, p. 33).

A constituição jurídica das cooperativas, baseada na Lei nº 5.764 de 1971, não pode ser considerada, por si só, uma vantagem

competitiva para as cooperativas, se estas não consolidarem modelos de gestão eficientes, eficazes e efetivos, os quais proporcionem sustentação para que as cooperativas tenham vantagens competitivas reais, sustentadas e duradoras. Ou seja, as vantagens competitivas das cooperativas devem estar baseadas em suas formas de interação para com os clientes, cooperados e mercado em geral, e não simplesmente, nas leis que sustentam sua constituição.

Em síntese, podemos afirmar que Sociedade Cooperativa é um tipo de sociedade de pessoas, sem fins lucrativos, sem receita própria, regulada por lei especial e que se destina unicamente à prestação direta de serviços aos associados, cujo âmbito do cooperado é ao mesmo tempo dono e usuário do empreendimento.

Cabimento da penhora para sociedades cooperativas

A penhora de bens ocorre quando um devedor tem os seus bens tomados para efetuar o pagamento de uma dívida que não foi quitada em tempo. É um pedido emitido por um juiz e o oficial de justiça cumpre o que foi mandado a fim de garantir o pagamento da dívida. Nesse sentido, a penhora dos bens é uma das formas em que o credor, que é a pessoa que cede crédito, tem para fazer as pessoas pagarem as dívidas.

A penhora caracteriza-se em ser um ato necessário do processo executivo de expropriação. É o primeiro passo executivo, para a realização da transferência forçada dos bens do devedor. Tem ela uma função preventiva de conservar o bem constrito de subtração e deteriorações.

Pode-se dizer que penhora, segundo Fred Didier Junior é um ato de apreensão e depósito de bens para emprega-los, direta ou indiretamente, na satisfação do crédito executado. Todavia, a penhora satisfaz diretamente a pretensão do exequente, quando o bem penhorado for por ele adjudicado como pagamento da dívida; satisfaz indiretamente, quando o bem penhorado for alienado, e o

produto da venda for entregue ao exequente. O bem penhorado pode ser utilizado de forma direta ou indireta para realizar o crédito. O emprego do bem penhorado na satisfação do crédito dar-se-á de forma direta, quando entregue diretamente ao credor, incorporando-se ao seu patrimônio. É o que se dá na adjudicação (modalidade de pagamento). Dar-se-á de forma indireta quando for expropriado e convertido em dinheiro.(2014, p. 537)

Esgotado o prazo para pagamento voluntário na execução fundada em título judicial ou na execução em título extrajudicial, os atos jurisdicionais executivos a serem praticados recairão sobre o patrimônio do executado. Nem todo o patrimônio do devedor, contudo, é passível de penhora e, conseqüentemente fica sujeito a execução (BUENO, 2008. p. 222).

Para Fran Martins, a penhora é um ato de afetação porque sua imediata consequência, de ordem prática e jurídica, é sujeitar os bens por ela alcançados aos fins da execução, colocando-os à disposição do órgão judicial para “à custa e mediante sacrifício desses bens, realizar o objeto da execução”, que é a função pública de “dar satisfação ao credor”(2010, p. 440).

Um dos efeitos processuais da penhora é garantir o juízo, isto é, dar ao processo a segurança de que há, no patrimônio do executado, bens para satisfazer a dívida que estão sob cuidados do depositário. Essa pode ser identificada como a função cautelar da penhora, mas seria efeito anexo deste ato executivo, e que não é capaz de modificar sua natureza jurídica.

É em síntese, o primeiro ato executivo e coativo do processo de execução por quantia certa. Com esse ato inicial de expropriação, a responsabilidade patrimonial, que era genérica, até então, sofre um processo de individualização, mediante apreensão física direta ou indireta, de uma parte determinada e específica do patrimônio do devedor (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 439).

Tem ela, portanto, a função de individualizar o bem, ou os bens, sobre os quais o ofício executivo deverá atuar para dar satisfação ao credor e submetê-los materialmente à transferência coativa.

Penhorabilidade de quotas de sociedades empresárias e de sociedades cooperativas

Originariamente, o Código de Processo Civil não previa a possibilidade de penhora de quotas de sociedades de responsabilidade limitada. Contudo sempre prevaleceu, em doutrina, o entendimento de que essa penhora seria possível, malgrado existissem divergências, sobretudo considerando que a penhora só poderia recair sobre quota quando o estatuto social previsse a possibilidade de sua alienação para terceiro sem anuência dos demais sócios.

Desde longa data, na doutrina e jurisprudência, o entendimento de que apenas os fundos líquidos que o sócio tivesse como credor da sociedade comercial poderiam ser penhorados; não assim a sua cota social, que, salvo na hipótese de sociedade anônima, não seria o valor disponível, mas parte do próprio capital da pessoa jurídica, sem o qual esta não poderia subsistir. Surge neste instante, a premissa de que a cota social do devedor ou a fração do capital social é impenhorável (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 447).

As ações e quotas de sociedades empresárias, consagram vencedora diretriz doutrinária e jurisprudencial quanto à penhorabilidade de ações e quotas mesmo quando não tenham cotação em bolsa e mesmo que constitutivas de sociedades que, pela sua própria razão de ser, pressupõem a *affectiosocietatis* entre seus componentes. Longe de pretender instituir, com a admissibilidade da penhora, uma sociedade forçada entre os demais sócios e o exequente, em substituição ao executado, a penhora destes bens repousa no seu equivalente monetário.(BUENO, 2008, p. 234)

O desvio de ótica que cometiam os que negavam a penhorabilidade da cota social se prendia ao fato de focalizarem apenas o contrato entre os sócios, deixando de lado o principal,

para os credores, que não é o vínculo social, mas a expressão ou o produto que desse vínculo se pode extrair em conversão econômica. A qualidade de sócio nos parece que, inegavelmente, é personalíssima e, assim, nas sociedades “*intuitu personae*”, não pode ser expropriada e transferida a terceiro por arrematação em execução forçada. Daí por que se nos afigura melhor o entendimento de que a penhora dos fundos líquidos do sócio deve alcançar não apenas os créditos dele perante a sociedade, mas igualmente sua cota-parte no patrimônio social (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 448).

O devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições legais (art. 789 do CPC). Tanto os bens do devedor existentes a época da obrigação como os bens adquiridos depois responde pelo cumprimento da obrigação de pagar.

Deste modo, a penhora deverá atingir tantos bens do executado quantos bastem para o pagamento do total da dívida, principal e acessórios, não estando sujeitos a execução os bens que a lei considera impenhoráveis ou inalienáveis (arts. 831 e 832 do CPC). Com a penhora, inicia-se a transmissão forçada de bens do devedor para a satisfação do direito do credor, tendo a natureza de ato executório e a finalidade de individualizar e apreender os bens do executado para satisfação do direito do credor, e, de conservar os referidos bens para evitar que sejam alienados, deteriorados ou escondidos pelo devedor.

Pode ocorrer que a resolução da sociedade em relação ao sócio que teve suas quotas ou ações penhoradas, se torne tão onerosa para a continuidade da atividade civil ou empresarial que a solução será a adjudicação ou a alienação da participação societária com o ingresso de novo sócio quotista ou acionista.

Na nova sistemática do Código de Processo Civil, os direitos de preferência dos sócios são preservados, na hipótese de penhora das quotas de algum sócio quotista, e a eventual cláusula contratual de proibição de livre alienação das quotas é

resguardada, na medida em que primeiro as quotas ou ações serão oferecidas aos demais sócios e somente quando não houver interesse destes na aquisição das quotas ou ações penhoradas é que se procede a resolução da sociedade em relação ao sócio que teve suas quotas ou ações penhoradas, com a respectiva liquidação e depósito do valor em juízo.

Pode, ainda a sociedade adquirir as quotas e ações do sócio executado para manutenção em tesouraria ao invés de proceder a liquidação das mesmas. As quotas e ações somente vão a leilão judicial se os sócios não exercerem o direito de preferência, a sociedade não as adquirir e também não resolver a sociedade em relação ao sócio executado. Para tanto, nem mesmo a existência de cláusula no contrato social impeditiva de transferência de cotas tem sido reconhecida como obstáculo à penhora. O contrato não pode, na ótica do Superior Tribunal de Justiça, impor vedação que a lei não a criou. A defesa do interesse da sociedade contrária à introdução de estranhos na empresa deve ser encontrada por outras vias e não pela vedação da penhora das cotas sociais. Enfim, a tendência firmada pela jurisprudência mereceu consagração no Código de Processo Civil, pois o inciso IX do art. 835 restou expressamente autorizada a penhora de “ações e quotas de sociedades simples e empresárias”, sem qualquer ressalva ou limitação. O intuito é o de preservar a continuidade das atividades econômicas desenvolvidas pelas sociedades e companhias, com base no princípio da preservação da empresa e da sua função social(DIDIER JR, 2014, p. 576-577).

Com a vigência da atualização do Código de Processo Civil, a penhora de quotas passa a possuir uma subseção própria, a qual regulamenta o seu procedimento mesmo que de uma maneira genérica e, embora ainda haja lacunas que deverão ser resolvidas pela jurisprudência pátria, esta modalidade de penhora é colocada em evidência, tornando-se uma possibilidade mais tangível a todos os credores. Sabe-se que as quotas representam a participação dos sócios nas sociedades - com seus direitos e obrigações. Surge

então, a controvérsia da questão proposta, eis que a penhora das quotas implicaria, em uma primeira análise, na penhora da participação dos sócios, trazendo consequências graves principalmente para as sociedades de pessoas, fundadas no “*intuitu personae*” e “*affectiosocietatis*”. Neste contexto, é evidente a existência de interesses divergentes: de um lado o credor que tem o direito de satisfazer sua dívida e busca um bem do devedor – no caso as quotas sociais e, de outro, a sociedade e seus sócios que não podem ser obrigados a associar-se com quem não possuam intenção de constituir uma sociedade(DIDIER JR, 2014, p. 578).

A princípio, resolve-se o conflito, dando a opção para que a sociedade, em um prazo não superior a três meses: apresente balanço especial; ofereça as quotas ou ações aos demais sócios, observando o direito de preferência legal ou contratual; ou, proceda a liquidação das quotas ou ações, depositando em dinheiro o valor apurado por meio de depósito judicial.

No entanto, para evitar a liquidação das quotas ou das ações, está prevista a possibilidade de a sociedade adquiri-las sem redução do capital social, utilizando-se de suas reservas. Todavia, caso não haja interesse dos sócios no exercício do direito de preferência ou não ocorra a aquisição das quotas pela sociedade e a liquidação seja excessivamente onerosa para a sociedade, o juiz poderá determinar o leilão judicial das quotas ou ações, o que possibilitaria o ingresso de um terceiro, estranho às atividades empresariais, no quadro social.

Mecanismos e Características da Penhora *Online*

Um dos mecanismos que surgiram para auxiliar a efetividade da penhora são os bloqueios e desbloqueios de recursos financeiros existentes em contas bancárias em nome de executados, por meio eletrônico, no qual dá uma maior celeridade na busca da efetiva penhora de bens.

Nossos legisladores tentam a cada dia encontrar novos meios de se construir um sistema normativo eficiente para tornar menos moroso o Poder Judiciário, desta forma, produziu uma significativa reforma no processo civil brasileiro, sobretudo na junção da fase de conhecimento e execução em um único processo. Com base nessa busca por uma melhor prestação de serviços judiciais, desde 2002 vem sendo utilizado, principalmente pela Justiça do Trabalho, um sistema chamado penhora *online* ou penhora eletrônica.

A preferência pelo meio eletrônico é mais que justificável em função do tempo necessário para levantar as informações requeridas e do tempo necessário para realizar o bloqueio das quantias eventualmente encontradas que tende a ser maior que o tempo necessário para que o executado levante os valores desta ou daquela instituição financeira (BUENO, 2008, p. 243).

Uma das críticas da penhora *online* ou penhora eletrônica, diz respeito ao tempo, ou melhor, ao tratamento dado quanto ao bloqueio e posterior possibilidade de desbloqueio de valores existentes.

Para Cássio Scarpinella Bueno, o tempo de eventual desbloqueio de ativos quando por qualquer razão, a iniciativa mostra-se errada ou, quando menos, superior ao valor devido. Uma menor agilidade para o desbloqueio de valores, por qualquer motivo tornados indisponíveis de forma equivocada, não é, todavia, por si só, razão de duvidar dos benefícios que este ato judicial traz para uma efetiva execução(2008, p. 244)

Pode-se caracterizar penhora como sendo uma alternativa de apreensão de bens de um devedor com o objetivo de ser satisfeito um crédito que está sendo cobrado por meio de uma ação judicial. É uma forma de intromissão do Estado no patrimônio do executado, sempre observando os preceitos da lei, sendo que a penhora online ou eletrônica é um instituto processual de indisponibilização de bem infungível do devedor com o fim de satisfazer a pretensão líquida, certa e exigível do credor em um processo de Execução Judicial ou Extrajudicial.

Enquanto que nas sociedades empresariais é formada por uma sociedade de capital, com objetivo principal de lucro em que possui um número limitado de acionistas, sendo que cada ação da empresa, representa um voto, e, também, em se tratando de suas assembleias, o seu quórum é baseado no capital de cada acionista, permitindo a transferência de ações a terceiros e os dividendos apurados são divididos proporcionalmente ao valor de cada ação que o sócio possui.

Nas sociedades cooperativas, a sua formação é composta por pessoas, possuindo como objetivo principal a prestação de serviços a seus associados, possuindo um número ilimitado de cooperados, sendo que seu controle é democrático, ou seja, um associado possui simplesmente um voto e que em suas assembleias, o quórum é baseado no número de associados. Não é permitida também, a transferência das quotas de cada associado a terceiros, estranhos à sociedade e, que o retorno apurado no final de cada exercício é proporcional ao valor das operações realizadas por cada associado tornam esta diferenciação cabível e convincente (COELHO, 2014, p. 212)

Quanto a composição de quotas de ações e cotas de capital entre sociedades empresariais e sociedades cooperativas, a própria integralização diz por si só. Enquanto que, nas sociedades empresarias, as maiores quantidades de quotas de ações lhe atribuem um maior controle e, conseqüentemente, um maior ganho (lucro), nas sociedades cooperativas, as quotas integralizadas por cada associado, são divididas em quotas-parte, definidas em estatuto, e que no final de cada exercício, são apurados os resultados, divididos proporcionalmente para cada associado, de acordo com sua movimentação. Cabe salientar, no caso das sociedades cooperativas, de acordo com a Lei 5.764/71, quando apuradas perdas do exercício, as mesmas são rateadas proporcionalmente ao valor das quotas existentes por cada associado (TOMAZETTE, 2014, p.139)

Nas sociedades cooperativas a natureza contábil das quotas-partes de capital, consolida-se a corrente que defende que as quotas integram o patrimônio líquido da cooperativa para todos os efeitos, enquanto não se efetivar o desligamento do cooperado do quadro social da entidade. Com relação à indisponibilidade das quotas durante o vínculo associativo, resta inequívoco que o cooperado tem mera expectativa de direito sobre esse valor, não podendo dele dispor senão depois de afastar-se da cooperativa. E nada assegura que o associado possa dispor dessas quotas no futuro, pois elas poderão vir a ser utilizadas para quitar dívidas da cooperativa com terceiros, caso a entidade torne-se insolvente antes do desligamento do associado, respondendo tão somente ao capital existente pelo mesmo (SIQUEIRA, 2004, p. 185).

Apurou-se também não ser possível utilizar as quotas como garantia (caução, penhor ou cessão fiduciária) de obrigações que o associado tenha com a própria cooperativa. Nada impede, contudo, a sua retenção para compensar débitos por ocasião do desligamento do associado, como geralmente consta dos estatutos sociais das cooperativas. Foi apurado que em casos de demissão, exclusão e eliminação, dá a ele o direito de exigir as quotas-partes, desde que não concorram credores da própria cooperativa.

Portanto, se as quotas são inexigíveis pelo próprio associado enquanto se mantiver nessa condição, elas não podem servir como bens ou direitos passíveis de penhora judicial ou ser objeto de garantia – passíveis de expropriação, em detrimento de obrigações que o cooperado tenha com terceiros estranhos a este tipo de sociedade.

De outra forma, considerando que a cooperativa é a titular real desse capital enquanto o associado não se desvincular, a mesma seria classificada na posição de devedora ou garantidora, sem que tivesse assumido qualquer compromisso obrigacional, com evidente prejuízo à coletividade de cooperados. Sem contar também, que estaria prejudicando seus credores, pois reduziria a sua capacidade de pagamento. Destaca-se ou no mínimo ganha

considerável reforço a linha doutrinária que vem sustentando a impossibilidade de penhora das quotas-partes, tese esta até aqui assentada unicamente no art. 4º, IV, da Lei Cooperativista, e no art. 1.094, IV, do Código Civil.

Conclusão

Após demonstradas as principais características entre sociedades empresariás e sociedades cooperativas, percebeu-se nitidamente a diferenciação entre ambas, principalmente no que tange a composição de quotas partes, objeto este, que é o núcleo principal deste estudo.

Para as sociedades empresariais, o que importa é possuir o capital para investir, cuja remuneração ocorrerá de acordo com o capital investido (ou o percentual de ações que determinado indivíduo possua dentro dela), sendo que o êxito do empreendimento não depende da participação dos sócios ou acionistas no movimento ou volume de suas operações.

Ao mesmo tempo, nas sociedades cooperativas, a participação nos resultados está intimamente ligada com as operações realizadas pelo sócio, que mesmo antes de operar, para seu ingresso, precisa obedecer aos requisitos pré-definidos em estatuto, bem como também, para sua permanência na sociedade e sua demissão do quadro associativo.

Convém destacar algumas peculiaridades das sociedades cooperativas que a distinguem das sociedades empresarias: apresentam adesão voluntária e livre; não estão sujeitas a falência; possuem variabilidade do capital social, representado por quotas-partes; inacessibilidade das quotas-partes do capital a terceiros; singularidade de voto, independentemente do capital social apresentado por cada sócio; retorno das sobras líquidas do exercício, proporcionalmente às operações (ou movimentações) realizadas por cada associado e, em caso de perdas apuradas (resultado negativo) sendo rateadas entre os associados.

Percebe-se que esta caracterização, próprias das sociedades cooperativas, por si só, seriam suficientes para demonstrar a impossibilidade de acesso as quotas por terceiros estranhos à cooperativa.

Em referência a penhora e posterior transferência de quotas de sociedades cooperativas, vale mencionar a determinação expressa da legislação cooperativa de que a quota-parte de cada associado é intransferível a terceiros, ainda que por herança, e impenhorável, conforme consta no Art. 4º, inciso IV, da Lei 5.764/71 que fala da “inacessibilidade das quotas-partes do capital a terceiros, estranhos à cooperativa”.

Cabe destacar ainda, que o valor do capital integralizado estará sujeito à compensação com os valores eventualmente devidos pelo associado, uma vez que todas as atividades realizadas pelo associado serão encerradas e eventuais dívidas existentes terão que ser obrigatoriamente serem liquidadas.

Esta espécie de benefício de ordem, no que tange as quotas sociais, estabelecidas em favor da sociedade cooperativa, tem por objetivo principal, preservar seu capital, por ser, fundamentalmente essencial para garantir a liquidez das cooperativas e o desenvolvimento que presta a seus associados, como forma de garantir perpetuidade do negócio.

Portanto, a conversão do capital existente convertido em moeda corrente, dependerá do trâmite de apuração e liquidação, previsto no estatuto social vigente e a legislação aplicável para cada situação.

Existe também, a impossibilidade de conversão imediata de quotas de sociedades cooperativas em dinheiro, ou seja, não possui liquidez imediata. Entretanto, em algumas situações previstas expressamente em estatuto, o associado somente terá acesso ao valor integralizado, quando desligar-se da sociedade; sendo ainda, que os valores existentes, dependem da aprovação das contas do exercício no qual se dará o desligamento, uma vez que o exercício será adicionado a sua quota, se houver resultado positivo e, em

resultados negativos, ficará a adimplir com sua respectiva parcela, nos prejuízos da sociedade.

Portanto, diante dos aspectos apresentados, a legislação não pode ignorar as peculiaridades que envolvem este tipo de sociedade, sendo, muitas das decisões e discussões que surgem em torno das sociedades cooperativas somente se justificam pelo absoluto desconhecimento da natureza e da sistemática operacional empregada. Ficam para as próximas legislações cooperativas, o dever de preocupar-se em eliminar as interpretações equivocadas, principalmente por parte daqueles que insistem em equiparar sociedades empresárias e sociedades cooperativas.

Referências:

ALMEIDA, Amador Paes de. **Manual das Sociedades Comerciais**, 21ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**, Volume 3. São Paulo: Saraiva, 2008.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial – Direito de Empresa**, Volume 2, 18ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

DIDIER JR, Fredie; DA CUNHA, Leonardo Carneiro; BRAGA, Paula Sarno; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil – Execução**, Volume 5, 6ª edição. Salvador: Juspodivm, 2014.

DE OLIVEIRA, Djalma de Pinho Rebouças. **Manual de Gestão de Cooperativas – Uma Abordagem Prática**, 6ª Edição. São Paulo: Atlas, 2012.

DIDIER JR, Fredie; DA CUNHA, Leonardo Carneiro; BRAGA, Paula Sarno; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil – Execução**, Volume 5, 6ª edição. Salvador: Juspodivm, 2014.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de Empresa**, 5ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARTINS, Fran. **Curso de Direito Comercial**, 33ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

SIQUEIRA, Paulo César Andrade. **Direito Cooperativo Brasileiro** (Comentários à Lei 5.764/71). São Paulo: Dialética, 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**, Volume III, 49ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial**, 6ª Edição. São Paulo: Atlas, 2014.

Uma abordagem acerca da (im) possibilidade de pagamento de diferença de classe no atendimento do sistema único de saúde, pautada pelos direitos fundamentais

Flávio Loch¹

Julio Cesar Giacomini²

Introdução

O presente artigo investiga a (im) possibilidade da instituição de pagamento de diferença de classe no atendimento prestado pelo Sistema Único de Saúde (SUS). O debate acerca de tal problemática leva em conta as decisões judiciais que, com base nos princípios da igualdade e da equidade, consideram inconstitucional tal instituição, tendo em vista que todos devem ter acesso às condições de saúde oferecidas pelo SUS, sem quaisquer discriminações.

Para tanto analisa argumentos favoráveis, bem como os desfavoráveis à instituição de tal cobrança, tendo em vista que o direito à saúde integra o rol dos direitos fundamentais, discriminados pelo art.6º da Constituição Federal.

¹ flavioloch@gmail.com

² juliocesar@upf.br

Por fim, se realiza, com base nas discussões apresentadas ao longo da investigação, a análise acerca da possibilidade ou da impossibilidade de pagamento de diferença de classe no atendimento prestado pelo SUS, levando em conta os argumentos favoráveis e os óbices ao pleito, com base nos princípios constitucionais da universalidade, da igualdade, da justiça social e da dignidade humana, bem como as decisões judiciais antes referidas.

1. Dos direitos e garantias fundamentais

De acordo com Slaibi Filho (2009) os direitos e garantias fundamentais estão contemplados no Título II da Constituição Federal, não se esgotando, contudo, no título mencionado, a declaração de direitos e garantias, que podem ser encontrados em diversos outros dispositivos da Lei e das emendas que a complementam.

Importante enfatizar que os direitos fundamentais estão assegurados pela CF: “[...] os direitos fundamentais são os direitos público-subjetivos das pessoas, contidos em dispositivos constitucionais, e dotados, portanto, de normatividade superior dentro do Estado, com vistas a limitar a atuação do poder estatal em face das pessoas” (SAMPAIO, 2013, p.37).

Dos direitos fundamentais emergem os direitos de primeira geração, de segunda geração e de terceira geração, apresentados e discutidos por ampla bibliografia. Ferreira Filho (2012) explica que os direitos de primeira geração surgiram no final do século XVIII, contemplando as liberdades públicas. Os direitos de segunda geração surgiram logo após a segunda guerra mundial, contemplando os direitos sociais. Já os direitos de terceira geração constituem os direitos ligados à solidariedade. Neste trabalho vamos nos ater aos direitos fundamentais de segunda geração, mais especificamente ao direito à saúde.

Os direitos de segunda geração, conforme Ferreira Filho (2012), surgiram logo após a segunda guerra mundial,

contemplando os direitos sociais. Nesse mesmo sentido, Sampaio também afirma: “Segundo a tese histórica, os direitos sociais seriam direitos de segunda geração, cronologicamente posteriores aos chamados direitos civis ou políticos” (SAMPAIO, 2013, p.78).

Sobre os direitos de segunda geração, que comportam os direitos sociais, o artigo 6º da CF dispõe: “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” (BRASIL, 1988, artigo 6º).

O direito à saúde, contemplado no rol dos direitos fundamentais, encontra-se especificado na CF, em dispositivos destinados a essa finalidade, sendo concebida pelo art. 196 da Constituição federal como direito de todos e dever do Estado. (BRASIL, 1988).

Morais(1996) defende que, uma vez estabelecida como direito fundamental e, portanto, dever do Estado, a saúde passa a ter uma feição coletiva na medida em que passa a ser apropriada pelas coletividades como direito social coletivo, aproximando-se também dos direitos de solidariedade. Além disso, a saúde deve ser entendida como um direito social próprio ao Estado do Bem- Estar Social, e inserida no novo âmbito dos direitos humanos de terceira geração, bem como vinculada ao caráter de solidariedade que os identifica (MORAIS, 1996, p. 187).

Morais (1996) ainda defende a saúde como um dos elementos da cidadania e um direito à promoção da vida das pessoas, expressando uma pretensão de toda a sociedade. Nesse enfoque, torna-se imprescindível a invocação do princípio da igualdade garantido no texto constitucional.

Silva (2003) acrescenta que a saúde deve ser garantida mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos, sendo regida pelos princípios da universalidade e da igualdade.

2. Algumas considerações sobre a possibilidade de pagamento da diferença de classe frente à constituição

Com base nos dispositivos legais abordados acerca da saúde enquanto direito fundamental do cidadão brasileiro, compreendidos e/ou interpretados à luz da doutrina e da jurisprudência, o presente artigo trata da possibilidade de cobrança da diferença de classe frente à Constituição.

Conforme abordado ao longo deste estudo, há que se admitir que a saúde, como direito fundamental e vital, deve estar garantida a todos. Morais (1996) aborda a saúde como qualidade de vida, e expõe que a saúde vigora como “um direito à sua prestação, *independentemente das possibilidades pessoais*”. (MORAIS, 1996. p. 188, grifo nosso).

Por outro lado, quando não efetivada tal garantia e o cidadão vê-se diante da negação de seus direitos, tem-se a descaracterização do acesso às condições de qualidade de vida, ferindo o princípio da dignidade humana:

Os direitos fundamentais, de forma qualitativa, sugerem relação às circunstâncias contempladas no ordenamento jurídico que, quando não asseguradas, causam prejuízos à pessoa humana, sendo assim considerados fundamentais pois devem, além de estarem positivados, serem efetivados no plano material (SILVA, 2008, p. 178).

Sob tal enfoque, a efetivação do direito à saúde no plano material consiste na disponibilização de um Sistema de Saúde capaz de oferecer seus serviços com eficácia, atentando para a contemplação das necessidades da população que, como qualquer serviço público, deve estar disponível a todos, indistintamente. Contudo, quando isso não acontece, pode o cidadão recorrer aos preceitos constitucionais, conforme alerta Paranhos:

Diante da deficiência do Estado em disponibilizar à sociedade um serviço público de saúde pleno, deve o interessado buscar no processo constitucionalizado a elaboração de provimentos judiciais, de forma a obrigar a Administração Pública a cumprir o dever que lhe foi imposto pela norma constitucional, visando alcançar o mesmo resultado prático que decorreria do adimplemento, se eficientes as políticas públicas voltadas para esse fim. (PARANHOS, 2007, p. 171).

Em outras palavras, a justiça tem o poder de, uma vez verificada a necessidade e constatada a inadimplência do estado na garantia dos direitos fundamentais, determinar o imediato cumprimento dessas garantias, já que tem, na CF, os dispositivos que asseguram à população esses direitos.

Diante de tais pressupostos, a problemática acerca da possibilidade ou impossibilidade de pagamento de diferença de classe no atendimento pelo SUS encontra em ambos os entendimentos as suas justificativas, de modo que se torna necessário discutir os óbices e os argumentos favoráveis a essa possibilidade.

2.1 Dos argumentos que defendem a possibilidade de pagamento da diferença de classe

A proposta que defende a instituição do pagamento da diferença de classe no atendimento oferecido pelo SUS apresenta entendimentos antagônicos. Os argumentos que seguem buscam justificar o pleito, defendendo a constitucionalidade da referida proposta.

2.1.1 Da possibilidade do pagamento de diferença de classe diante do princípio da igualdade

A diferença de classe foi pleiteada pelo CREMERS no ano de 2010, quando obteve parecer favorável em recurso extraordinário

mediante, entre outros, ao seguinte argumento: “[...] o direito à saúde, como está assegurado no artigo 196 da Constituição, não deve sofrer embaraços impostos por autoridades administrativas no sentido de reduzi-lo ou de dificultar o acesso a ele. Inexistência, no caso, de ofensa à isonomia”. (CREMERS, 2010).

A decisão favorável, contudo, não encerrou as discussões acerca da proposta, julgada por muitos entendimentos, como inconstitucional, por sua natureza discriminatória. O debate culminou em audiência pública no ano de 2014. (BRASIL, 2014).

Martins (2015) esclarece o pleito, definindo-o da seguinte forma:

A diferença de classe, como pleiteada pelo CREMERS, consiste na melhoria de acomodação recebida pelo usuário no caso da sua internação, e a contratação do profissional médico de sua preferência mediante o pagamento da respectiva diferença dentro do Sistema Único de Saúde, que tem como pilares constitucionais a igualdade e universalidade. (MARTINS, 2015, p. 63).

No ano de 2015, em novo pleito da solicitação de pagamento de diferença de classe, o CREMERS sustentou que a medida não representaria quebra da isonomia, pela qual se pauta o acesso ao Sistema Único de Saúde, uma vez que, de acordo com o referido conselho, ela não estabeleceria tratamento desigual entre pessoas em uma mesma situação, mas apenas facultaria o atendimento diferenciado em situação diferenciada, sem promover a ampliação do direito previsto na Constituição Federal, nem gerar ônus adicional para o sistema público. Ainda, de acordo com o entendimento do CREMERS, a vedação à complementaridade acabaria por violar o objetivo maior do próprio Estado de assistência à saúde. (BRASIL, 2015).

Ao tecer os argumentos que embasaram o pleito, o CREMERS também sustentou que a exigência de que o paciente que desejar internar-se pelo SUS dirija-se antes a um posto de saúde, a fim de submeter-se a uma triagem, instituída pela

Secretaria de Saúde do Estado do Rio Grande do Sul, afronta o direito do paciente de optar por ser acompanhado por profissional de sua confiança, base milenar do atendimento médico. Além disso, o médico da confiança do usuário ficaria prejudicado também porque o paciente, dispondo de condições econômico-financeiras e desejando fazê-lo, não poderia pagar-lhe a diferença entre o valor recebido pela rede pública e o custo efetivo de seus serviços. (BRASIL, 2015).

A despeito de todas essas justificativas, o referido pleito, ao permitir a melhoria da acomodação do usuário, de acordo com muitos entendimentos, entre eles os que julgaram a ação improcedente, fere o princípio da equidade pois, com base nesse princípio, é vedado ao SUS a oferta de atendimento desigual.

Mas, nesse movimento de garantia da igualdade, na defesa da possibilidade de pagamento da diferença de classe, vale ressaltar a seguinte afirmação:

A construção da equidade na área da saúde consiste, basicamente, em investir na oferta de serviços para grupos populacionais com acesso e utilização insuficientes, entre outros mecanismos, sem reprimir a demanda de serviços necessários a segmentos e grupos que já tem o acesso garantido. (CONASS, 2002, p. 22).

Conforme é possível verificar no fragmento acima, o próprio CONASS reconhece a importância de se observar que a saúde deve ser um direito igual a todos, já que universal, de modo a não reprimir aqueles que já tem o acesso garantido. Nesse sentido, a redução desse direito às classes economicamente desfavorecidas, também fere, segundo esse entendimento, o princípio da igualdade.

Assim, a discussão acerca da igualdade passa pela discriminação: se o tratamento desigual oferecido a pessoas economicamente mais pobres é discriminatório, também seria discriminatório o tratamento desigual às pessoas economicamente mais estáveis em relação a esse primeiro grupo.

Outrossim, conforme dispositivo constitucional, “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”. (BRASIL, 1988, art. 5º, XLI). Nesse enfoque, cumpre atentar para a seguinte afirmativa:

Os direitos fundamentais não podem ser tomados por uma visão reducionista que os contemple tão somente como limites ao poder estatal, mas também se constituem, cada vez mais, como diretrizes positivas de sua atuação, e essa dimensão positiva deve impregnar consequentemente a garantia do conteúdo essencial. (SAMPAIO, 2013, 246).

De acordo com tal interpretação desse princípio constitucional, defendeu-se a ideia de constitucionalidade da instituição da diferença de classe no atendimento prestado pelo SUS. Em primeiro lugar porque tal instituição estaria em acordo com o princípio da Universalidade (saúde para todos, sem quaisquer formas de discriminação). Em segundo lugar, por considerar que o respeito ao princípio da igualdade consiste na aceitação de que a desigualdade se estabelece quando se trata situações iguais de maneira desigual, e vice-versa, de acordo com o exposto abaixo:

[...] o princípio da igualdade de acordo com a atual Carta Magna, significa propiciar, como já referido, perante o direito, um tratamento legislativo e jurídico igualitário aos iguais e, por questão de justiça, da mesma forma, tratar os desiguais desigualmente. Esta é uma forma denominada de igualdade material, substancial, que postula uma igualdade real, efetiva, entre todos os homens, perante os bens da vida. (GORCZEVSKY; TERRA, 2007, p. 46).

Domingues (apud Gorczevsky e Terra, 2007) aborda o tratamento dado pela Constituição à igualdade como um paradigma: ao mesmo tempo em que impede o tratamento desigual, se impõe ao Estado uma ação positiva no sentido de criar condições de igualdade, o que comina um tratamento desigual dos

indivíduos. “Nessa órbita, não é ilegal a discriminação positiva, com o objetivo de criar melhores condições para um determinado grupo, tradicionalmente desprivilegiado dentro da sociedade”. (DOMINGUES, apud GORCZEVSKY E TERRA, 2007, p. 59).

Conforme visto, o sobredito autor reconhece a existência de situações de discriminação juridicamente aceitas, dado à justificativa dessas discriminações irem ao encontro de ideias de justiça social, o que ele denomina de discriminação positiva.

Segundo Ferreira Filho (2012) existem três aspectos que exprimem a igualdade jurídica: a igualdade do direito, a uniformidade de tratamento e a proibição de discriminação, sendo eles inseparáveis. A uniformidade reclama o tratamento dos iguais e dos casos iguais, o que tecnicamente se faz pela generalidade da lei.

Ainda, de acordo com Ferreira Filho (2012) a igualdade não exclui a diferenciação em razão da diversidade de situações. Ao contrário, a justiça retributiva reclama essa diferenciação. Neste caso, a igualdade é o tratamento desigual das desigualdades. No mundo contemporâneo, dado o intervencionismo do Estado que procura corrigir as mais variadas disparidades, a diferenciação de situações se intensificou a um ponto que, raras são as leis que acolhem todos os indivíduos. (FERREIRA FILHO, 2012).

Tal conceito afirma a existência da heterogeneidade das condições existentes entre as pessoas, de forma que, postular a sua homogeneidade torna-se uma ação ingênua e irresponsável com a totalidade de sujeitos. Se é verdade a existência de classes mais desfavorecidas economicamente, e toda a sua história de exclusão e, portanto mais vulneráveis, também é constatada a existência de classes que buscam ascender social e economicamente, buscando a concretização de sua dignidade. O que é negado, nessa situação, é que o estado deixe de atender a essas pessoas, oferecendo-lhes o mínimo constitucionalmente garantido.

2.1.2 A garantia à saúde mediante o pagamento de classe sem ônus para o Estado

Conforme visto nos argumentos que buscam defender a possibilidade do pagamento de diferença de classe postulado pelo CREMERS, tal medida não gera ônus ao estado, que apenas custeará ao interessado o tratamento oferecido pelo sistema público, de acordo com o nível de qualidade disponível a todos, sendo que a diferença será paga exclusivamente pelo usuário e não pelo Estado, o que invalidaria as interpretações de que a diferença de classe representa a discriminação por parte do Estado no tratamento de sua população.

Conforme alerta Maia (2013) ao defender a possibilidade da referida proposta, a negativa a tal possibilidade vem justificada pela expressão “acesso universal e igualitário”, do art. 196 da CF que “impediria a diferença de classe por permitir ao paciente acesso a acomodações de maior qualidade que as disponibilizadas geralmente pelo SUS, mesmo sem ônus para o poder público”. Contudo, o autor alerta que o SUS garante o tratamento igualitário e acesso à saúde na medida das forças do Poder Público, inexistindo mandamento legal proibitivo expresso para impedir que o cidadão busque a melhoria desse atendimento (MAIA, 2013). Assim, o Estado continuaria disponibilizando os mesmos serviços, sendo que o ônus dessa diferença seria pago pelo próprio usuário, que assim preferiu.

2.1.3 A garantia à saúde mediante as forças orçamentárias do SUS

No propósito de construção de argumentos que defendam a possibilidade de pagamento de diferença de classe, há que se evocar que o SUS atua dentro de suas possibilidades, de modo que nem sempre consegue atender aos usuários em tempo hábil a suas necessidades. Tal problemática pode ser verificada nos inúmeros pedidos judiciais por medicamentos e/ou procedimentos vitais à

pessoa, que visam, por intermédio judicial, a solução dos conflitos em torno da saúde.

Assim, há que se admitir que, se há a necessidade de se discutir acerca de pagamento de diferença de classe para um atendimento mais qualificado, é por que o sistema não está cumprindo com sua finalidade de maneira plena, conforme determina a CF.

Nesse sentido, mesmo considerando a evolução do atendimento ofertado pelo SUS nas últimas décadas, esse atendimento está aquém das necessidades da população. Se é certo que o Estado vem em busca da consolidação da qualidade na saúde, também é certo que o sistema que temos ainda não é capaz de garantir a dignidade que se espera no atendimento, o que justifica a busca por um atendimento mais qualificado por meio do pagamento da diferença de classe.

Outro aspecto importante a ser destacado neste estudo é apontado por Maia (2013) que consiste na necessidade de atendimento do enfermo para além das forças orçamentárias do SUS. O pagamento de diferença de classe nessas situações representa a garantia de atendimento assegurada constitucionalmente, “em uma comunhão de esforços com o Estado e com o respeito à dignidade da pessoa humana”. (MAIA, 2013, p. 39).

A referida ideia deixa explícita a possibilidade de pagamento da diferença de classe como forma de atendimento complementar às condições oferecidas pelo SUS, não implicando na comodidade do paciente ou supostas regalias, mas na garantia de condições necessárias a que sua saúde e dignidade estejam, de fato, asseguradas.

Contudo, o que se constata é a existência de um sistema cuja integralidade fica comprometida pelo seguinte aspecto: além de se gastar mal, se gasta pouco, tomando-se por base os parâmetros internacionais. (RODRIGUEZ NETO, 2003). Com base em tal constatação, conclui-se que a saúde no país, embora tenha passado por avanços significativos, ainda apresenta graves problemas que interferem na sua qualidade e oferta integral devido ao que Rodriguez Neto (2003) chama de malversação do dinheiro público.

Em consonância com tal afirmação, Awad (2006) descreve um cenário bastante preocupante do SUS, que comporta deficiências múltiplas que comprometem a garantia do direito à saúde, conforme pode ser verificado no transcrito que segue:

Os fatores da precariedade do Sistema único de Saúde são inúmeros, desde a falta de organização estrutural até a insuficiência de recursos humanos e financeiros. Porém, dentre as maiores dificuldades encontradas por quem utiliza o sistema público apontam-se as imensas filas, a deficiência dos serviços prestados e a falta de equipamentos. (AWAD, 2006, p. 309).

Já que se sabe das imensas filas enfrentadas pelos pacientes do SUS, bem como da insuficiência de recursos humanos, permitir o pagamento da diferença de classe para atendimento de profissional da preferência do paciente contribuirá para que, ao retirar esse paciente da fila de atendimento do SUS, se agilize o atendimento a outros pacientes pelo referido sistema.

Assim, a “adoção dessa modalidade seria justificada pelos diversos problemas que o SUS enfrenta hoje como as superlotações nas emergências hospitalares, a carência de profissionais e de equipamentos e insuficiência de leitos, e as condições de trabalho dos médicos”. (MARTINS, 2015, p. 68).

Ainda, de acordo com Martins (2015) nos discursos de defesa do pagamento de diferença de classe está a justificativa de que seria uma forma de fuga da formação de grandes filas, da demora nos atendimentos e da falta de resolutividade dos serviços ofertados pela rede pública.

2.2 Algumas considerações sobre a impossibilidade da instituição do pagamento da diferença de classe

Doravante serão apresentados os problemas acerca do pagamento de diferença de classe conforme pleiteada pelo CREMERS, de modo a refutar os argumentos que, em 2010,

julgaram o pleito procedente. Na contração desses argumentos, as discussões e decisões que se seguiram a partir de tal decisão, consideraram a ilegalidade da proposta.

Em dezembro de 2015 o Supremo Tribunal Federal- STF julgou, por unanimidade, pleito inconstitucional, no Recurso Extraordinário 581 488, negando a possibilidade de um paciente do Sistema Único de Saúde (SUS) pagar para ter acomodações superiores ou ser atendido por médico de sua preferência, a chamada diferença de classe. Ainda, de acordo com o STF, os ministros negaram provimento ao Recurso Extraordinário (RE) 581488, sob a fundamentação de que esse tipo de pagamento contraria o artigo 196 da Constituição Federal, que garante a todos os cidadãos acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde. (BRASIL, 2015). Eis o teor da decisão:

Possibilitar a opção pela diferença de classe, ainda que sem ônus para o Estado, é conferir tratamento especial, diferenciado aos pacientes dentro de um sistema que prevê o acesso universal e igualitário da população carente às ações e serviços do Sistema Único de Saúde, conforme disposto no art.196 da Constituição Federal. (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2015, p.3).

Com vistas ao julgamento do referido recurso, o presente estudo dedicar-se-á a apresentar as justificativas nas quais a decisão esteve embasada, tendo-se em vista a doutrina que trata da problemática. Buscando reafirmar a veracidade dos argumentos apresentados, este estudo apresenta, no texto que segue, os óbices relativos à referida proposta.

No que se refere aos óbices ao pleito de instituição do pagamento da diferença de classe, considere-se o princípio da igualdade de direitos, constitucionalmente assegurado. Conforme visto no decorrer deste estudo, o SUS encontra-se estruturado com base no princípio da igualdade ou equidade, entre outros, que pretende tratamento igual a todos, de modo a reduzir as diferenças sociais economicamente estabelecidas, conforme a citação que segue:

Os direitos sociais se ligam ao direito à igualdade, pois são pressupostos do gozo dos direitos de liberdade à medida que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona o surgimento de condições mais compatíveis com o exercício efetivo da liberdade. (MEIRELES, 2008, p. 79).

A saúde, como direito social, deve estar garantida a todos por meio de ações que visem reduzir as desigualdades, contrariando quaisquer propostas que sugiram a reafirmação dessas diferenças. Assim, o STF julgou o Recurso Extraordinário 581.488 considerando que:

É constitucional a regra que veda, no âmbito do Sistema Único de Saúde, a internação em acomodações superiores, bem como o atendimento diferenciado por médico do próprio Sistema Único de Saúde (SUS) ou por conveniado, mediante o pagamento da diferença dos valores correspondentes. (BRASIL, 2015, p. 1).

Nesse enfoque, a proibição de pagamento de diferença de classe está de acordo com o art. 3º da CF determina como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, entre outros, a promoção do bem de todos, sem qualquer forma de discriminação. (BRASIL, 1988, art. 3º). Tal condição volta a ser afirmada no art. 5º: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]. (BRASIL, 1988, art. 5º).

O dispositivo, contudo, muitas vezes entra em conflito com a ideia de tratar os iguais de maneira igual e os desiguais de maneira desigual nas medidas de suas desigualdades, o que Gorczewsky e Terra (2007) denominam igualdade material. Nessa concepção está baseado o argumento mais contundente ao pleito ao pagamento de diferença de classe, representando a interpretação de um escopo legal, a partir do qual as contradições se estabelecem.

Há que se destacar que os pacientes que chegam ao SUS compartilham de mesma situação: a necessidade de atendimento; não há desigualdade estabelecida nessa situação que permita a aplicação do princípio que trata da medida das desigualdades. Nesse mesmo enfoque, nas palavras do ministro Toffoli(2015), o teor da decisão do STF esteve pautada:

[...] o espírito que permeia e rege todo o sistema é o da cooperação, da solidariedade e da atuação no sentido da redução de desigualdades sociais, buscando-se conferir a todos idênticas oportunidades de acesso aos benefícios. Daí resulta ser extremamente incoerente pretender instituir um procedimento que promova exclusão, segregação e diferenciação com base em fatores unicamente econômicos. (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2015, p. 23).

A única desigualdade residente nesse caso é justamente aquela que deve ser evitada no tratamento do Estado aos cidadãos, a saber, a desigualdade econômica, que coloca as classes mais abastadas em relação de vantagem aos menos favorecidos, não se justificando os argumentos pautados no tratamento aos economicamente desiguais que clamam por vantagens e/ou privilégios no SUS.

Piovesan, ao mencionar os dispositivos da Constituição que tratam da igualdade, afirma: “infere-se desses dispositivos quão acentuada é a preocupação da Constituição em assegurar os valores da dignidade e do bem-estar da pessoa humana, como imperativo de justiça social”. (PIOVESAN, 2008). Da mesma forma, Barroso (2013, p. 272) afirma: “O constitucionalismo democrático tem por fundamento a dignidade da pessoa humana”.

Nesse sentido, conforme Sarlet et. al. (2018):

O princípio da dignidade da pessoa humana passou a integrar a própria concepção de igualdade constitucional, operando como critério(material) de valoração, notadamente no que diz com a definição das discriminações materialmente não razoáveis, ou

seja, a proibição de tratamentos diferenciados com base em critérios que violam a dignidade da pessoa humana(SARLET et. al., 2018, p. 595).

Para Barroso, a dignidade humana funciona tanto como justificação moral quanto como fundamento normativo para os direitos fundamentais. E complementa:

Nos casos envolvendo lacunas no ordenamento jurídico, ambiguidades no direito, colisões entre direitos fundamentais e tensões entre direitos e metas coletivas, a dignidade humana pode ser uma boa bússola na busca da melhor solução. Mais ainda, qualquer lei que viole a dignidade, seja em abstrato ou em concreto, será nula. (BARROSO, 2013, p. 273-274).

Ainda de acordo com Piovesan (2003) a discriminação representa sempre desigualdade, e é resultante de toda a distinção, exclusão, restrição ou preferência que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício, em igualdade de condições, dos direitos humanos e liberdades fundamentais.

Não há como dissociar a questão da igualdade da colação com outros princípios de similar importância. No processo de institucionalização dos direitos humanos no Brasil, nossa Carta Magna instituiu a igualdade, juntamente com outros princípios tidos como basilares, como o da dignidade humana, a condição de suporte axiológico de todo o sistema jurídico, devendo, pois, serem obrigatoriamente observados, quando da interpretação do ordenamento jurídico. (GORCZEVSKY; TERRA, 2007, p. 51).

O mesmo entendimento pode ser aplicado à recusa quanto à postulação ao pagamento de diferença de classe, onde os princípios da igualdade, da justiça e da universalidade podem ser aplicados de maneira sobressalente. Assim, a decisão do STF que julgou improcedente o Recurso 581.488 considerou que:

[...] o procedimento da “diferença de classes”, tal qual o atendimento médico diferenciado, quando praticados no âmbito da rede pública, não apenas subverte a lógica que rege o sistema de seguridade social brasileiro, como também afronta o acesso equânime e universal às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde, violando, ainda, os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2015, p. 1-2)

Concernente a tal entendimento, Piovesan (2003) afirma que a igualdade concretizou-se com o processo de multiplicação dos direitos humanos. Conforme explica Piovesan, a partir da extensão da titularidade de direitos há o alargamento do próprio conceito de sujeito de direito:

Esse processo implicou ainda a especificação do sujeito de direito, tendo em vista que, ao lado do sujeito genérico e abstrato, delinea-se o sujeito de direito concreto, visto em sua especificidade e na concretude de suas diversas relações. Isto é, do ente abstrato, genérico, destituído de cor, sexo, idade, classe social, dentre outros critérios, emerge o sujeito de direito concreto, historicamente situado, com especificidades e particularidades (PIOVESAN, 2003, p. 194).

Ainda, conforme Piovesan (2003) consolida-se, dessa forma, tanto no Direito Internacional quanto no Direito Brasileiro o valor da igualdade, com respeito à diferença e à diversidade, cuja concepção apresenta como metas o combate à discriminação e a promoção da igualdade. “A eliminação e o combate à discriminação são medidas fundamentais para que se garanta a todos o pleno exercício dos direitos civis e políticos, como também dos direitos sociais, econômicos e culturais”. (PIOVESAN, 2003, p. 197).

É importante salientar neste estudo que o direito à saúde pública não deve estar voltado apenas a uma determinada classe social, e, tampouco, permitir a diferenciação no tratamento recebido. Acredita-se, nesse sentido, que a redução das diferenças devem implicar em ações que ampliem as garantias referentes aos

direitos sociais a todos os cidadãos, indistintamente, e que a instituição de privilégios estaria por constituir um aumento da desigualdade.

Assim, o direito à saúde, como já afirmado, deve estar acessível a todos pois, como serviço público, efetiva-se mediante o financiamento de tributos, cujo código é norteado por princípios específicos, arrecadando recursos destinados ao cumprimento das ações públicas, consoante ao seguinte excerto:

[...] relativamente ao custeio da seguridade social, nele incluído o sistema único, estabelece o art. 195 da Constituição que a “Seguridade Social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”, o que deve ser realizado de forma proporcional e equânime. (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2015, p. 23).

Ainda em conformidade com tal observação, mencione-se também o argumento defendido na decisão do Recurso 581.488 de que o artigo 196 da Carta da República não assegura a destinação de recursos públicos para atender situações individualizadas e que a forma pela qual o Estado garante o direito à saúde se encontra condicionada a políticas socioeconômicas, de modo que qualquer atuação deve-se dar de forma global. (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2015).

Nesse enfoque, salienta-se que os serviços públicos não são gratuitos ao cidadão de classe menos favorecida e, tampouco o são para as demais classes sociais; ao contrário, o cidadão é o verdadeiro financiador desses serviços por meio do pagamento de tributos, o que lhe confere, por questão de justiça, o direito de usufruí-los, quando necessário, dentro das condições proporcionadas a todos, de maneira igual.

3 A relação SUS e particular em conformidade com o artigo 197 da CF na efetivação do direito à saúde

O art. 197 da CF admite a participação do sistema particular e de planos de saúde atuando de forma compartilhada com o SUS, permitindo essa participação no referido dispositivo constitucional: “devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado”. (BRASIL, 1988, art. 197).

A atuação compartilhada é apresentada por Morandini (2012, p. 308) da seguinte maneira: “[...] a iniciativa privada pode participar de forma complementar da prestação de serviços de assistência à saúde mediante contrato de concessão ou convênio celebrado com o Estado”.

Coimbra descreve a relação entre o sistema particular, os convênios e o SUS e reafirma a responsabilidade do Estado no controle desta relação da seguinte forma:

[...] o Estado brasileiro não se retirou do cenário de prestação de serviços públicos, quando da delegação à iniciativa privada. As empresas privadas, concessionárias ou permissionárias, atuam como uma “*longa manus*” do poder estatal. A responsabilidade constitucional da prestação destes serviços concedidos, na maioria das vezes, continua com o Estado, portanto, ele está simplesmente delegando a execução para a iniciativa privada, visto que continua a ser definido por lei como um serviço público (COIMBRA, 2004, apud Morandini, 2006, p. 304, grifo do autor).

Considera-se que tal precedente admite o direito à utilização do espaço do SUS pelo sistema privado, o que sugere a admissão de que todos, indistintamente, têm direito à saúde promovida em espaços públicos, ainda que por um viés particular.

Sob esse enfoque, a decisão do STF que julgou o Recurso Extraordinário 581.488 destacou que na convivência entre os sistemas público e particular está assegurada a garantia da

isonomia no atendimento, protegendo aqueles que não ostentam condições financeiras para custear acomodações superiores e atendimento por médico particular. De acordo com o parecer do ministro Toffoli (2015), a adesão de clínicas e hospitais particulares ao SUS é voluntária, de maneira que, uma vez conveniadas, encontram-se essas últimas vinculadas a suas regras:

[...] no que tange à autonomia da vontade e à força vinculante dos contratos, cumpre salientar que a adesão dos nosocômios privados ao Sistema Único de Saúde não é obrigatória – dá-se por meio de convênios ciência prévia ciência prévia não apenas das disposições regulamentares que regem a rede pública de atendimento, mas também dos próprios preceitos da Lei nº 8.080/90, motivo pelo qual, também por essa óptica, não assiste razão ao recorrente, uma vez que, ao aderir ao SUS, demonstra anuência com as regras de vigência – inclusive aquelas impugnadas na presente lide (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2015, p. 24-25).

Assim, ao participar de uma rede de atendimento, seja por meio do sistema público de saúde ou pelo sistema particular, ou ainda por meio de planos de saúde, todo o indivíduo exerce o direito à saúde, de acordo com as condições ofertadas pelo SUS, recusando-se, nesse sentido, quaisquer formas de regalias e/ou benefícios que representem um tratamento desigual, conforme se afirma abaixo:

Todo cidadão brasileiro tem direito de receber gratuitamente do Sistema único de Saúde (SUS) atenção integral à saúde, inclusive para atendimentos mais caros e complexos, como transplantes, hemodiálises, tratamento de câncer ou de Aids. No entanto, sabemos que a precariedade do SUS na maior parte do país tem estimulado a corrida para os planos privados. Mas a verdade é que, em muitos casos, a assistência prestada pelos serviços públicos é de melhor qualidade que a dos privados, embora muitas vezes o acesso seja difícil e a comodidade, pouca (SALAZAR, 2002, *apud* MORANDINI, 2006, p. 309).

Morandini (2006) destaca que o sistema privado também não está imune ao descontentamento de seus usuários, especialmente no que se refere a fixação das cláusulas contratuais excludentes de cobertura, que acaba desprezando as normas do Código de Defesa do Consumidor.

Ainda no que se refere à relação público e particular, no entendimento do STF, o normativo que veda, no âmbito do SUS, a assistência diferenciada mediante pagamento ou que impõe a necessidade de triagem dos pacientes em postos de saúde previamente à internação, apontado pelo CREMERS como um dos argumentos favoráveis à instituição da diferença de classe, não fere o direito à saúde, tampouco a autonomia profissional do médico. (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2015).

O CREMERS visivelmente defende o interesse econômico dos médicos e das instituições de saúde, colocando em sério risco o sistema diante da possibilidade de que as classes mais favorecidas economicamente também o sejam no campo dos direitos sociais (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2015).

Por fim, extrai-se do excerto acima a compreensão de que a saúde pública deve estar à serviço da população, reprimindo-se quaisquer tentativas que reduzam a finalidade dos direitos sociais a vantagens de indivíduos, profissionais da saúde, convênios, empresas. Em um país cuja constituição determina a igualdade como forma de se buscar a justiça social, qualquer tentativa de cobrança de diferença caracteriza-se como ilegítima. Por mais sedutora pudesse se afigurar a cobrança de diferença, se admitida, poderia resultar não numa melhoria para o sistema e para os mais fragilizados socialmente, mas numa piora, eis que continuariam enfrentando fila e demora, enquanto que os mais aquinhoados certamente teriam preferência no tratamento, o que se configuraria em injusta vantagem para o que pudesse pagar a diferença. E ainda, parte da conta seria jogada para o sistema público.

Considerações finais

Tendo-se em vista as abordagens realizadas neste estudo, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, o objetivo foi verificar a possibilidade ou a impossibilidade de pagamento de diferença de classe nos serviços prestados pelo SUS.

Conforme visto, a saúde, como direito fundamental, intimamente ligada à dignidade, à qualidade de vida, à proteção e à prevenção, deve estar acessível a todos, sem quaisquer formas de discriminações, conforme os princípios da universalidade e da igualdade.

Os argumentos que defendem a possibilidade de pagamento de diferença de classe no atendimento ofertado pelo SUS sustentam que tal instituição não implica na oferta de um tratamento desigual, já que o sistema público de saúde continuaria a disponibilizar os mesmos serviços ao indivíduo, de forma que o ônus pela diferença de classe seria pago pelo próprio interessado. Outrossim, ao se adotar a concepção de que a igualdade se estabelece entre os iguais, sendo admissível, dessa forma, tratamento desigual aos desiguais, a proposta postulada não estaria ferindo, de acordo com o entendimento, o princípio da igualdade. Esses argumentos ainda apontam para uma caracterização depreciativa do referido sistema, cujos problemas enfrentados justificariam o pleito da instituição.

Contudo, tem-se o entendimento defendido neste estudo, de que a instituição do pagamento de diferença de classe no atendimento pelo SUS implica na oferta de um atendimento diferenciado daquele oferecido pelo SUS, que culmina no favorecimento às classes mais abastadas, limitando esse mesmo tratamento à indisponibilidade de recursos financeiros das classes menos favorecidas, ocasionando a desigualdade no tratamento da saúde da população. Nesse sentido, essa segregação representaria o desrespeito aos princípios da igualdade, da universalidade, da justiça social.

Ainda no que se refere aos óbices dessa instituição, reafirma-se a convivência entre sistema público e particular, que permite a todos os indivíduos desfrutarem das condições mínimas oferecidas pelo SUS, garantindo-lhes a liberdade de escolha entre um e outro sistema no tratamento que se busca.

Além disso, apesar de inegáveis os múltiplos problemas enfrentados pelo SUS, afirma-se que o sistema caminha, através das últimas décadas, por um longo mas efetivo percurso de afirmação das garantias de saúde, bem estar, dignidade e cidadania.

Todavia, na esteira do voto do Ministro Toffoli, resta em aberto a porta dos convênios, pois não se nega que a iniciativa privada complemente a saúde pública. Dessa forma, entende-se que a Constituição Federal não vedou o atendimento personalizado e privado a saúde, pois há essa possibilidade de atendimento em caráter suplementar onde o paciente não está obrigado a se submeter às condições ofertadas pelo SUS, podendo socorrer-se da rede privada.

Importante considerar que deve prevalecer no país, garantida pela CF, uma concepção de justiça social que busque a igualdade no tratamento oferecido ao cidadão. Assim, há que se respeitar a situação historicamente construída de segregação e discriminação, e planejar políticas eficientes capazes de reduzir essas segregações, atentando para a construção de um SUS que dê prosseguimento ao processo de evolução descrito, buscando a efetivação da igualdade pois igualdade não se faz com afirmação da instituição das diferenças, mas sim com a efetivação dos direitos e garantias.

Partindo desses conceitos conclui-se com base nas informações mencionadas, a inconstitucionalidade da instituição do pagamento de diferença de classe no atendimento do SUS como forma de acesso à garantia da efetividade do direito à saúde.

Referências:

- _____. Conselho Nacional de Secretários da Saúde. **O desenvolvimento do Sistema único de Saúde: avanços, desafios e reafirmação de seus princípios e diretrizes**. Brasília: CONASS, 2002.
- _____. Conselho Regional de Medicina do Rio Grande do Sul. **Diferença de Classe: Ação do CREMERS pela ‘diferença de classe’ no SUS obtém vitória no STF**. 18 de maio de 2010. Disponível em: <<http://www.cremers.org.br/index.php?indice=32&¬iciaTremo=349>>. Acesso em 29 de agosto de 2018.
- _____. Supremo Tribunal Federal. **CREMERS defende pagamento adicional para melhorar condições de internação pelo SUS na rede privada**. 26 de maio de 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=267621>>. Acesso em 29 de agosto de 2018.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 581.488. Rio Grande do Sul. **Acórdão**. Requerente: Conselho Regional de Medicina do Rio Grande do Sul (CREMERS). Relator: Min.Dias Toffoli. Brasília, 03 de dezembro de 2015.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 581.488. Rio Grande do Sul. **Acórdão**. Requerente: Conselho Regional de Medicina do Rio Grande do Sul (CREMERS). Relator: Min.Dias Toffoli. Brasília, 03 de dezembro de 2015.
- AWAD, Fahd Medeiros. **Constituição, direitos sociais do trabalhador e política**. In: SANTÍN, Janaína Rigo; SOBRINHO, LitonLanesPilau. *Constituição e Política*. Passo Fundo: Ed. Universidade de Passo Fundo, 2006, p. 324- 348.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: DF, Senado, 1988.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios fundamentais do direito constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GORCZEWSKI, Clovis; TERRA, Rosane Beatriz Mariano da Rocha Barcelos. O princípio da igualdade na constituição brasileira e sua aplicabilidade nas ações afirmativas referentes ao ingresso no ensino superior. In: GORCZEWSKI, Clovis; REIS, Jorge Renato dos. **Direitos Fundamentais: conhecer para exercer**. Porto Alegre: Norton Editor, 2007, p. 43-70.

MAIA, Maurilio Casas. O princípio constitucional da igualdade na relação médico- paciente e a diferença de classe no SUS: entre a reserva do possível e a efetividade máxima do direito à saúde. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo: RT, ano 21, v. 84, p. 273-392, jul.- set. 2013.

MARTINS, Mayara Mota. **Diferença de classe no SUS: discursos favoráveis em audiência pública no STF em 2014**. Cad. Ibero-Amer. Brasília, v.4, n.4 out./dez. 2015.

MEIRELES, Ana Cristina Costa. **A eficácia dos direitos sociais**. Salvador: JusPodivm, 2008.

MORAIS, José Luis Bolzan. **Do direito social aos interesses transindividuais: o Estado e o Direito na ordem contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

MORANDINI, Jaqueline. **A intervenção do Estado no domínio econômico da saúde privada diante da perspectiva neoliberal**. In: SANTÍN, Janaína Rigo; SOBRINHO, LitonLanesPilau. **Constituição e Política**. Passo Fundo: Ed. Universidade de Passo Fundo, 2006, p. 295- 323.

PARANHOS, Vinícius Lucas. **Efetividade dos provimentos judiciais na garantia do direito à saúde: Estudo sobre as decisões inaudita altera parte no fornecimento gratuito de medicamentos pelo Estado**. v.2. n.1. Belo Horizonte: Meritum, p. 153- 176, jan./ jun. 2007. Disponível em: <<http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/762/606>>. Acesso em 29 de agosto de 2018.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

PIOVESAN, Flávia; PIOVESAN, Luciana; SATO, Priscila Kei. Implementação ao direito à igualdade. *In*: PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2003.

RODRIGUEZ NETO, Eleutério. **Saúde: Promessas e limites da Constituição**. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2003.

SAIBI FILHO, Nagib. **Direito constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SAMPAIO, Marcos. **O conteúdo essencial dos direitos sociais**. São Paulo: Saraiva, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SILVA, José Afonso da Silva. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2003.