



Marcio Renan Hamel (Org.)

Temas Contemporâneos do Direito 2019

Campus de Sarandi



Considerando o recente momento de crise econômico-financeira, pela qual passa o Brasil, a segunda edição do Anuário da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, ora publicada, há de ser comemorada; a um, pela viabilidade da publicação e; a dois, por ajudar-nos na tarefa permanente da produção científica. Nessa edição de 2019 novamente recebemos várias contribuições advindas tanto do corpo docente quanto do corpo discente dessa sexagenária faculdade. O desenvolvimento da pesquisa em Direito se torna objeto de mais alto valor e interesse jurídico, mormente quando vivemos um momento em que o campo jurídico está sendo profundamente afetado, não só pelas mudanças dinâmicas por que passa a sociedade global, mas também pela diminuição dos investimentos e recursos necessários à pesquisa científica de forma geral. Essa edição dos *Temas Contemporâneos do Direito*, apresenta-nos novos autores, novos rostos e também novas responsabilidades. Todos os artigos dessa edição trazem seus próprios méritos e refletem o momento histórico e reflexivo de cada pesquisador em particular. Aqui, cabe-nos lhes dar os parabéns pela coragem em exporem suas pesquisas aos olhos da crítica acadêmica, o que lhes servem para o aperfeiçoamento intelectual. Agradecemos, de forma especial, a todos os colegas professores e alunos que contribuíram nesta edição, reforçando o nosso compromisso institucional conjunto de excelência no ensino jurídico.



**Temas
Contemporâneos
do Direito**

2019

Temas Contemporâneos do Direito

2019

Campus de Sarandi - RS

Organizador:

Marcio Renan Hamel



Diagramação: Marcelo A. S. Alves

Capa: Lucas Margoni

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



Associação Brasileira de Editores Científicos

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

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

HAMEL, Marcio Renan (Orgs.)

Temas contemporâneos do direito 2019: Campus de Sarandi - RS [recurso eletrônico] / Marcio Renan Hamel (Org.) --
Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2019.

170 p.

ISBN - 978-65-81512-51-4

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
Fundamentos relevantes à inconstitucionalidade da execução da pena privativa de liberdade em segundo grau de jurisdição	
Aline Aparecida Piccolotto	
2.....	33
Pink Money: compromisso ou oportunismo?	
Eduarda da Silva Baruffi; Leonardo Luis Canton; Luis Felipe Conterto; Fahd M. Awad	
3.....	49
Os desafios para a conscientização do consumo na sociedade contemporânea	
Alexandra Pasquali; Daniele Aparecida Alves Martins; Édio Frighetto; Fahd M. Awad	
4.....	70
Remédios: um alerta para a falta de informações sobre o que o consumidor está comprando e quanto paga para preservar a sua saúde	
Édio Frighetto; Eduarda da S. Baruffi; Fahd M. Awad; Leonardo L. Canton; Sinara L. Weber	
5.....	86
A estabilidade do servidor público à luz do princípio constitucional da eficiência	
Leonardo Orio Bortoluzzi; Ezequiel Paulo Zanelatto	
6.....	108
A proteção do consumidor frente ao avanço histórico das formas de consumo	
Luís Felipe Conterato da Silva	

7.....	126
--------	-----

Análise da gestão da prova e do princípio do *nemo tenetur se detegere* no ordenamento jurídico brasileiro

Luís Felipe Conterato da Silva

8	145
---------	-----

Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017) e a necessidade de afirmação do Acesso à Justiça como Direito Fundamental

Manoela Cruz Gehlen; Cássio Henrique Pacheco dos Santos; Paulo Henrique Schneider

Apresentação

*Marcio Renan Hamel*¹

Considerando o recente momento de crise econômico-financeira, pela qual passa o Brasil, a segunda edição do *Anuário* da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, ora publicada, há de ser comemorada; a um, pela viabilidade da publicação e; a dois, por ajudar-nos na tarefa permanente da produção científica. Nessa edição de 2019 novamente recebemos várias contribuições advindas tanto do corpo docente quando do corpo discente dessa sexagenária faculdade.

O desenvolvimento da pesquisa em Direito se torna objeto de mais alto valor e interesse jurídico, mormente quando vivemos um momento em que o campo jurídico está sendo profundamente afetado, não só pelas mudanças dinâmicas por que passa a sociedade global, mas também pela diminuição dos investimentos e recursos necessários à pesquisa científica de forma geral.

Num contexto global, cujos processos planetários atropelam a própria ideia de dignidade humana, quer seja pelas fronteiras territoriais, quer seja pelo descarte do humano em favor do mercadológico e de tudo o mais que se desmancha no ar – para usar uma expressão de Marx –, perde-se de vista até mesmo o próprio Estado de Direito. A dificuldade de alguns na convivência com todos os outros, faz-nos esquecer que o outro é, tão-somente, um dos *nossos*, e que, ao mesmo tempo, aspira por sentido existencial, o que só será possível na troca hermenêutico-dialógica e rompimento entre *nós* e *eles*.

¹ Coordenador de Pesquisa – FD/UPF

Nesse quadro, colocamos a pergunta de como não manter a discussão sobre *Temas Contemporâneos do Direito*? Ainda mais: como não buscar alternativas inclusivas e justas para o século XXI? São muitas as dúvidas, as incertezas e até mesmo a incredulidade, entretanto, jamais podemos desistir da luta! A luta pelo Direito (Ihering), a luta por um mundo melhor, a luta pelos direitos e pela vida dos direitos (Vicente Rao)! Para isso, não podemos desistir da produção científica, porquanto ainda que tenhamos mais perguntas do que respostas, cada resposta em particular nos assinala para um novo e promissor futuro, mesmo que nos traga uma nova pergunta! Eis aí a dinâmica do movimento dialético. Por meio desse movimento renovamos a utopia e reforçamos a esperança, pois pensar é pensar a diferença! Pensar é pensar a Justiça!

Essa segunda edição dos *Temas Contemporâneos do Direito*, apresenta-nos novos autores, novos rostos e também novas responsabilidades. Todos os artigos dessa edição trazem seus próprios méritos e refletem o momento histórico e reflexivo de cada pesquisador em particular. Aqui, cabe-nos lhes dar os parabéns pela coragem em exporem suas pesquisas aos olhos da crítica acadêmica, o que lhes servem para o aperfeiçoamento intelectual. Agradecemos, de forma especial, a todos os colegas professores e alunos que contribuíram nesta edição, reforçando o nosso compromisso institucional conjunto de excelência no ensino jurídico.

Fundamentos relevantes à inconstitucionalidade da execução da pena privativa de liberdade em segundo grau de jurisdição

*Aline Aparecida Piccolotto*¹

Introdução

A execução provisória da pena privativa de liberdade em segundo grau de jurisdição é um assunto recente e discutível, presente no sistema jurídico atual, e vem gerando uma série de posicionamentos entre os mais diversos doutrinadores e juristas, pois trata-se da efetividade de direitos fundamentais estabelecidos na maior lei do país.

No ano de 2016, depois de um longo debate, o Supremo Tribunal Federal voltou a permitir que o cumprimento da pena de prisão iniciasse antes do trânsito em julgado da sentença processual penal condenatória, não esperando o julgamento de todos os recursos necessários à defesa do réu, adiantando as consequências de um resultado que carrega em si instabilidade processual e insegurança jurídica, pelo fato de a Suprema Corte novamente mudar seu entendimento a respeito de uma mesma matéria.

Diante deste panorama, o presente trabalho tem por objetivo analisar o posicionamento adotado pela Suprema Corte, fazendo uma breve análise de decisões internacionais e a aplicabilidade dessas ferramentas.

Será feita uma breve análise de decisões em relação à execução da pena em cortes internacionais, tanto em outros países, como na própria

¹ aline_piccoloto@hotmail.com

Comissão Interamericana de Direitos Humanos, observando as características próprias de cada país, bem como as suas legislações. Se observará os fundamentos relevantes à execução da pena após o término de todas as possibilidades de recursos.

Diante de tal perspectiva, no último tópico se mostrará fundamentadamente, com fulcro na lei brasileira, a inconstitucionalidade da pena privativa de liberdade em segundo grau jurisdicional, e a importância de essa regra principiológica ser respeitada.

2 Julgamento do Habeas Corpus 126.292, posição do Supremo Tribunal Federal e execução da pena nas cortes internacionais

A presunção de inocência é importantíssima no que concerne um bom andamento processual, para a confirmação das garantias processuais e um andamento justo e digno, tanto para parte ré quanto à sociedade. A presunção de inocência deve ser encarada como regra de tratamento, a mesma serve para “vedar formas de tratamento como se o sujeito já tivesse condenado (GIACOMOLLI, 2016, p. 125).

É válido ter-se em mente que o Supremo Tribunal Federal, como órgão exordial na defesa e amparo direto à Constituição Federal, tem sobre si uma expectativa de que não vai infringir o que a carta suprema garante. Dessa forma, é complicado lidar com situações em que a mesma Corte, use seu poder de decisão, mudando severamente um entendimento já firmado e consolidado, passa a relativizar um princípio tão importantíssimo no sistema jurídico, somente para iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade antes do legalmente previsto.

A respeito da execução antecipada da pena, do impacto dela em relação ao sistema prisional brasileiro, como consequência, é importante ressaltar os efeitos diretos que essa decisão trouxe à sociedade. O grande índice de encarceramento, infelizmente, não diminuiu os índices de criminalidade, somente serviu para contribuir com o problema já sabido

pela corte suprema do Superior Tribunal Federal. (CALEFFI, 2017, p. 146,147 e 148).

O entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal em relação a execução provisória da pena após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória durou até meados de 2016, quando em julgamento histórico do HC 126.292/SP, por maioria dos votos, os ministros optaram por voltar ao antigo posicionamento, levando em conta a decisão condenatória firmada em segunda grau de jurisdição para iniciar o cumprimento da pena (BRASIL, 2016).

O princípio da presunção de inocência é claro ao afirmar que ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Em seu voto, o ministro Luiz Roberto Barroso fala que a presunção de inocência não é regra, e sim princípio. Dessa forma, pode-se variar a forma que será aplicada, sempre em consonância com outros dispositivos legais. Nesse caso, referiu-se ao princípio sendo aplicado com menor peso (BRASIL, 2016). Moraes, em sua obra sobre presunção de inocência,

Nesse âmbito, deverá o julgador examinar a proporcionalidade da aplicação de uma lei, sobre a qual já se tenha feito o primeiro controle (em nível abstrato). Assim, mesmo uma lei com justificação constitucional correta no plano abstrato de norma poderá, no caso concreto, mostrar-se desproporcional devido a sua aplicação ser abusiva ou excessiva. Por essa razão a proporcionalidade também é denominada “proibição de excesso” (MORAES, 2010, pg. 312).

Sobre o sopesamento dos princípios e regras no ordenamento jurídico, Maurício Zanoide de Moraes, claramente escreve em sua obra sobre presunção de inocência e ressalta a importância em ser observada detalhadamente no momento de julgamento. O contrário é uma atitude que fere gravemente o dispositivo, pois o mesmo possui extrema importância e relevância, e não pode passar com simples observância pelo sistema julgador.

Gilmar Mendes, posiciona-se afirmando que a presunção de não culpabilidade, antes de ser transitada em julgado, obsta o réu de alguns direitos, como por exemplo, de ser eleito. Dessa forma, ele frisa que não parece ser incompatível com a presunção de inocência que a pena inicie o seu cumprimento antes do trânsito em julgado, ainda cabendo recursos a serem apreciados (BRASIL, 2016, p. 68-69).

Continuando a mesma linha de raciocínio, o Sr. Ministro Edson Fachin, em seu voto disse não se adentrar ao literal significado do texto constitucional consagrado no art. 5º, LVII, ao se referir que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, acreditando ser possível iniciar a execução da pena antes do veredito final dos tribunais superiores, em relação à culpabilidade do réu (BRASIL, 2016, p. 20-21-22).

O ministro Luiz Fux, por sua vez, através do seguinte trecho extraído da decisão do habeas corpus em discussão “o cidadão tem a denúncia recebida, ele é condenado em primeiro grau, é condenado no juízo da apelação, condenado no STJ e ingressa presumidamente inocente no Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2016, p. 58)” refere-se a avançada esfera condenatória julgadora que o processo se encontra e ainda assim considera-se presumida a sua inocência.

Relata a expectativa da sociedade para que seja feita a justiça com celeridade processual, pelo fato dos julgamentos nas instâncias superiores serem muito tardios, relacionando o que temos e entendemos por presunção de inocência, ao não corresponder ao que a coletividade presume, esvaindo-se do antes era entendido por “sentimento constitucional” quando analisada a culpabilidade do agente (BRASIL, 2016, p.60).

O eminente relator deste caso, Teori Zavascki, votou favorável à mudança de entendimento, permitindo que fosse executada a pena privativa de liberdade ainda em segunda instância, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. No Habeas Corpus 126.292, o

mesmo afirma e fundamenta a sua respectiva posição² (BRASIL, 2016, p.19).

Diferentemente dos demais votos até agora mencionados, o Exce-lentíssimo Ministro Celso de Mello falou a respeito da relevante luta e da importância da conquista histórica da presunção de inocência, que veio frontalmente contra o poder e o abuso estatal ao longo de todos esses anos. Em seu voto refere-se que a mesma “constitui resultado de um longo processo de desenvolvimento político-jurídico³(BRASIL, 2016, p. 80)”.

Nessa mesma linha de raciocínio, o mesmo enfatiza que os limites que devem ser respeitados pelo Estado foram estabelecidos pela própria lei e criados pela própria nação. Portanto, é a própria Constituição Federal de 1988 que fixou o critério de aguardar o trânsito em julgado para início da execução de pena privativa de liberdade, não admitindo que comece seu cumprimento provisório anterior a essa fase, devendo essa regra ser respeitada por todos os agentes (BRASIL, 2016, p. 88).

Celso de Mello relembra que o direito de ser considerado inocente antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória é garantido constitucionalmente e afasta quaisquer possibilidades de a pena ser executada antes dessa fase em condenação criminal. A mesma condição é

²Sustenta-se, com razão, que podem ocorrer equívocos nos juízos condenatórios proferidos pelas instâncias ordinárias. Isso é inegável: equívocos ocorrem também nas instâncias extraordinárias. Todavia, para essas eventualidades, sempre haverá outros mecanismos aptos a inibir consequências danosas para o condenado, suspendendo, se necessário, a execução provisória da pena. Medidas cautelares de outorga de efeito suspensivo ao recurso extraordinário ou especial são instrumentos inteiramente adequados e eficazes para controlar situações de injustiças ou excessos em juízos condenatórios recorridos. Ou seja: havendo plausibilidade jurídica do recurso, poderá o tribunal superior atribuir-lhe efeito suspensivo, inibindo o cumprimento de pena. Mais ainda: a ação constitucional do *habeas corpus* igualmente compõe o conjunto de vias processuais com inegável aptidão para controlar eventuais atentados aos direitos fundamentais decorrentes da condenação do acusado. Portanto, mesmo que exequível provisoriamente a sentença penal contra si proferida, o acusado não estará desamparado da tutela jurisdicional em casos de flagrante violação de direitos

³Mostra-se evidente, Senhor Presidente, que a Constituição brasileira promulgada em 1988 e destinada a reger uma sociedade fundada em bases genuinamente democráticas é bem o símbolo representativo da antítese ao absolutismo do Estado e à força opressiva do poder, considerado o contexto histórico que justificou, em nosso processo político, a ruptura com paradigmas autocráticos do passado e o banimento, por isso mesmo, no plano das liberdades públicas, de qualquer ensaio autoritário de uma inaceitável hermenêutica de submissão, somente justificável numa perspectiva “ex parte principis”, cujo efeito mais conspícuo, em face daqueles que presumem a culpabilidade do réu, será a virtual (e gravíssima) esterilização de uma das mais expressivas conquistas históricas da cidadania: o direito do indivíduo de jamais ser tratado, pelo Poder Público, como se culpado fosse.(BRASIL, 2016, p. 83).

fruto de um direito fundamental que é garantido a todo e qualquer cidadão que se encontra respondendo a um processo, e quando o STF o garante “nada mais faz, em tais julgamentos, senão dar ênfase e conferir amparo a um direito fundamental que assiste a qualquer cidadão (BRASIL, 2016, p. 88)”. O ministro prossegue enaltecendo seu voto a respeito da decisão⁴.

A ministra Rosa Weber, em relação à Constituição Federal e ao julgamento que mudou o posicionamento da suprema corte, em seu voto no *Habeas Corpus* 126.292, demonstra sua intensa e relevante preocupação frente ao princípio da segurança jurídica, pois a mesma descreve que opta pela manutenção da jurisprudência da Corte quando a mesma não vislumbra uma grande necessidade da mudança (BRASIL, 2016, p. 55-57).

Os artigos 105⁵ e 147⁶ da Lei de Execução Penal explicitamente condicionam o trânsito em julgado da sentença para que a pena possa ser executada. Importante foi salientar que, em seu voto o ministro Celso de Mello enalteceu que a Lei de Execuções Penais (LEP) exige essa garantia mesmo a condenação tratando-se de pena restritiva de direito ou de uma simples multa, quando “nenhuma execução de condenação criminal em nosso País, mesmo se se tratar de simples pena de multa, pode ser implementada sem a existência do indispensável título judicial definitivo” demonstrando quanto, infelizmente, o valioso princípio da presunção de inocência vem sendo relativizado (BRASIL, 2016, p. 95).

⁴Insista-se, pois, na asserção de que o postulado do estado de inocência repele suposições ou juízos prematuros de culpabilidade até que sobrevenha – como o exige a Constituição do Brasil – o trânsito em julgado da condenação penal. Só então deixará de subsistir, em relação à pessoa condenada, a presunção de que é inocente. Há, portanto, segundo penso, um momento, claramente definido no texto constitucional, a partir do qual se descaracteriza a presunção de inocência, vale dizer, aquele instante em que sobrevém o trânsito em julgado da condenação criminal. Antes desse momento, o Estado não pode tratar os indiciados ou os réus como se culpados fossem. A presunção de inocência impõe, desse modo, ao Poder Público um dever de tratamento que não pode ser desrespeitado por seus agentes e autoridades (BRASIL, 2016, p. 92).

⁵Art. 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.

⁶Art. 147. Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares.

Seguindo a mesma linha do entendimento anterior, o ministro Ricardo Lewandowski diz que entende a presunção de inocência como algo totalmente taxativo e categórico, não vendo como possa ser interpretado com a ideia de admitir a execução provisória da pena privativa de liberdade. Prosseguindo seu voto argumenta “atento à leitura dos historiadores e dos sociólogos brasileiros, eu vejo e constato isso, e vou elaborar um pouco sobre esse argumento, que, em nossa história, a propriedade sempre foi um valor que se sobrepôs ao valor liberdade” (BRASIL, 2016, p. 97 - 98). Lewandowski, ainda sobre o HC 126.292 fundamenta e justifica seu voto⁷.

Ora, no Código de Processo Civil, conforme menção no voto do Ministro Ricardo, é necessário caução⁸ para poder ser executada dívida ou multa antes da sentença ter transitada em julgado. Porém, quando o assunto em questão é referente à liberdade, integralidade e dignidade do indivíduo, essa regra essencial que está prevista constitucionalmente é “atropelada”, sabendo que de nenhuma forma poderá ser substituído ou restituído para o indivíduo o tempo que ficou preso provisoriamente sob custódia do Estado em condições péssimas, em caso de posterior absolvição (BRASIL, 2016, p. 101).

A ministra Rosa Weber posicionou-se pela permanência do entendimento de se respeitar o trânsito em julgado, referindo-se ao princípio

⁷Eu estava aqui folheando alguns dispositivos penais, alguns tipos penais, e nós verificamos que ofensa à propriedade, o crime de furto, o crime de roubo, são punidos - claro que sopesados de forma relativa - com muito mais rigor do que os crimes contra a pessoa. O crime de furto e o crime de roubo são muitíssimo mais apenados ou apenados com penas bem maiores do que o crime de lesão corporal, por exemplo, ou o crime contra a honra - a calúnia, a difamação, a injúria. São penas insignificantes se nós considerarmos que a pena mínima de furto é de dois anos, e do roubo é de quatro anos. Ou seja, no Brasil, o sistema jurídico sempre deu maior valor à propriedade.

(...)

Ora, em se tratando de dinheiro de propriedade, o legislador pátrio se cercou de todos os cuidados para evitar qualquer prejuízo, a restituição integral do bem, no caso de reversão de uma sentença posterior, por parte do Tribunais Superiores. (BRASIL, 2016, p. 99 - 100).

⁸Art. 520. O cumprimento provisório da sentença impugnada por recurso desprovido de efeito suspensivo será realizado da mesma forma que o cumprimento definitivo, sujeitando-se ao seguinte regime:

(...)

IV - o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem transferência de posse ou alienação de propriedade ou de outro direito real, ou dos quais possa resultar grave dano ao executado, dependem de caução suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos.

da segurança jurídica, do seu preço e sua importância para a sociedade. Diante desses argumentos, salienta que o mesmo deve ser prestigiado e a solução para algumas questões referentes ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória não necessariamente será a mudança de entendimento (BRASIL, 2016. p. 55 – 57).

Por sua vez, Marco Aurélio em seu voto, relaciona a sua posição afirmando se tratar de norma com fundamento em interpretação hermenêutica, onde faz entender que, quando a norma jurídica se encontra clara e precisa não é necessária nova interpretação (BRASIL, 2016, p. 78 - 79). Dessa forma, estaria já explícito o entendimento da lei no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, ao descrever que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988), que deve ser esperado o trânsito em julgado para dar início a execução da pena, acompanhando desta forma, os ministros Celso de Melo, Rosa Weber e Ricardo Lewandowisk.

3 Posição majoritária dos outros países

No cenário internacional, são vistas as mais diversas possibilidades em relação à execução da pena, levando em consideração que cada país possui sua própria legislação, e nem todos eles são signatários dos pactos sobre direitos humanos em que o Brasil faz parte, deduzindo assim, que podem se chegar a resultados diversos por se tratar de normas e casos específicos.

No julgamento do Habeas Corpus 126.292, em seu voto, o ministro Teori Zavaski, foi favorável a mudança de entendimento (BRASIL, 2016, p. 12), e passou a comparar com o Brasil e demonstrar que a maioria dos demais países não espera o trânsito em julgado para iniciar o cumprimento da pena, fato que passamos a analisar.

Na Inglaterra, de acordo com o processo penal inglês, a pena começa a ser cumprida, em regra, antes do trânsito em julgado. A lei local prevê, em alguns casos, que mediante fiança a execução poderá ser sus-

pensa até que seja analisado e julgado o conteúdo do recurso. Porém, esta garantia não é absoluta, e dependerá das possibilidades que a legislação permite para cada caso concreto que será analisado pela suprema corte inglesa (BRASIL, 2016, p. 12).

Nos Estados Unidos da América, primeiramente, o princípio da presunção de inocência não está nem previsto na constituição, sendo esta norma estabelecida no código processual, de forma que considera inocente o réu até ter uma decisão efetiva, não precisando ser esta transitada em julgado. Vale ressaltar que nesse mesmo país, as decisões proferidas em comarcas equivalentes as primeiras instâncias brasileiras, possuem valorosa força, e a lei instrui que as sejam cumpridas o mais rápido possível (BRASIL, 2016, p. 13).

Já no Canadá, a legislação do país trabalha para a imediata execução da pena a partir de confirmada a culpabilidade do agente. Isso interpreta-se que ainda em primeiro grau a sanção deve ser imposta. Há ressalvas, em algumas possibilidades o código prevê que, se cumpridos os severos requisitos do código canadense, o réu pode recorrer em liberdade sob pagamento de fiança. Mas não é a regra, e deve observar-se todos os requisitos (BRASIL, 2016, p. 13).

A França adotou, desde sua Constituição de 1958, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, qual foi um marco para a positivação dos direitos humanos e direitos fundamentais da história. Porém, mesmo tendo aplicado essa carta em seu sistema de justiça, o Código de Processo Penal Francês, em seu artigo 465, permite em algumas hipóteses que o tribunal expede o mandado de prisão para que se inicie o cumprimento da pena, mesmo o réu estando apto a interpor recursos (BRASIL, 2016, p. 14).

Portugal tem adotado o princípio da presunção de inocência com severas restrições. O seu entendimento a respeito deste princípio, deixa a cargo da lei ordinária do país editar como vai proceder sua aplicabilidade. Em suma, para a corte portuguesa, se fosse conduzido o princípio como

norma absoluta, dificilmente qualquer pena privativa de liberdade seria executada (BRASIL, 2016, p. 14).

A nação espanhola possui uma cultura extremamente punitivista, pois mesmo a sua constituição garantindo a presunção de inocência, a mesma não é efetivada. Visto que tem presente em sua cultura jurídica, a ocorrência do princípio da “efetividade das decisões condenatórias” (BRASIL, 2016, p. 15), que basicamente refere-se ao efetivo e imediato cumprimento da decisão judicial condenatória, mesmo havendo recursos cabíveis para instâncias superiores com efeito suspensivo.

A Constituição da Argentina, também contempla em seu texto o princípio da presunção de inocência. Porém, no seu Código de processo está contemplado que penas privativas de liberdade deverão ser imediatamente executadas, com ressalva a algumas circunstâncias, como por exemplo mulheres grávidas, se o réu estiver enfermo e o seu cumprimento possa colocar em risco a sua vida (BRASIL, 2016, p. 15).

Nesse diapasão, observamos que há muita diversidade na aplicação do princípio da presunção de inocência, sendo que algumas cortes internacionais nem mesmo o tem positivado em sua legislação/constituição, fato que leva a cada país concluir o processo penal de uma maneira particular, interpretando o princípio da forma que melhor lhe cabe.

Diferentemente do que podemos observar com sistema jurídico local, onde o país aderece jus à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, bem como ao que está positivado na Constituição acerca do referido princípio. O que de fato, leva a interpretá-lo de maneira diversa do que comparado com os demais países supracitados, tornando mais objetiva a forma de compreensão, sendo dirigida estreitamente aos trâmites da Constituição brasileira.

Em sua obra sobre Direito Processual Penal, Aury Lopes Jr., expressa-se afirmando que é possível verificar a qualidade de um sistema processual através do seu grau de eficácia das normas jurídicas, sendo a presunção de inocência reconhecida como princípio reitor do processo

penal, podendo a partir disso analisar o nível de observância que são remetidas as legislações (LOPES JR., 2018, p. 581).

Nesse mesmo contexto, o próprio entende que “a presunção de inocência impõe um verdadeiro dever de tratamento, na medida em que exige que o réu seja tratado como inocente” (LOPES JR., 2018, p. 582), remete essa análise tendo em vista as sérias possíveis consequências que serão fruto caso algum inocente seja preso injustamente, mediante o deplorável sistema carcerário brasileiro.

O referido autor percebe dimensões distintas a respeito deste princípio, sendo uma interna ao processo, de modo que compreende como um dever de tratamento, preliminarmente por parte da figura julgadora constatando que o ônus probatório é único e exclusivo do órgão acusatório, e que sempre em caso de dúvida, dever-se-á o réu ser considerado inocente, não tendo ele que precisar comprovar sua inocência (LOPES JR., 2018, p. 582).

No que se refere ao âmbito processual externo, há uma luta contra o julgamento precoce que contorna o fato criminoso que na grande maioria das vezes é montado pela mídia. Nesse sentido, o autor compreende que a presunção de inocência deve ser eficaz para prevenir esse tipo de situação, de modo que deve ser utilizada como um efetivo limite à essa abusada e deplorável atitude, de forma que seria possível a sua extinção através da consumação deste digníssimo princípio (LOPES JR., 2018, p. 582).

A tramitação penal tem profundas raízes inquisitórias, tendo o processo ao passar dos anos se tornado minimamente acusatório, dando oportunidade a parte submetida a sanção do Estado ao seu direito de defesa. A partir deste momento, quando o indivíduo é colocado à mercê do estado, surge essa necessidade dos princípios basilares da Constituição Federal e do Processo Penal ainda não observados, se efetivarem, buscando a ampla proteção das normas jurídicas. Divan, em sua obra sobre política criminal:

Ao se verificar a base constitucional-democrática estabelecida como diretriz para o processo penal pátrio, percebe-se que o processo e suas regras circunstanciais devem opor à pretensão acusatória, que busca satisfação jurisdicional, uma plataforma para que o réu, presumidamente inocente, defenda esse estado “natural” em detrimento do estado “excepcional” de culpa. Isso fica evidente ao se ver com que tipo de premissas (ou, “verdades”) iniciais o processo penal trabalha (DIVAN, 2015, p. 122).

Desse modo, conforme transcrito acima é salientado pelo autor as diretrizes que deveriam ser devidas pelo processo penal. O réu já passa por um severo julgamento social antes mesmo de ter uma sentença condenatória contra si, consequente de uma cultura totalmente opressora e de uma sociedade que desconhece a própria lei e não acredita ser pertinente normas jurídicas eficazes e protetoras a favor de quem responde uma perseguição penal. Divan prossegue:

A presunção constitucional de inocência é um perfeito símbolo da ideia de um processo penal em que não apenas o status jurídico do inocente é assim imutável até o trânsito em julgado de uma condenação, como é necessário considerá-lo como tal e ofertar-lhe meios para que confirme a “verdade” inicialmente aceita de sua inocência, e mais: com isso, simboliza toda a postura processual ditada constitucionalmente, tendo o in dubio pro reo como traço marcante a ser disseminado como dogma do processo penal (DIVAN, 2015, p. 123).

É notório o quão substancial é esse valioso e grandioso princípio, inclusive, da sua ilustre função para que não hajairregularidades no processo penal, quando da sua eficácia sublime conforme a magnífica Constituição garante. Ainda sobre a presunção de inocência, Divan salienta “basta referir que a consagração do instituto sempre fora vista como inimiga e percalço para os defensores de um sistema inquisitorial com notas de eficientismo higienista (DIVAN, 2015, p. 124) ”.

Diante desse contexto, não é plausívelaparentar outra ação quando se trata da pretensão certa e punitiva do Estado, quando busca uma única finalidade que se resume na condenação do indiciado, pouco importando ao mesmo se suas garantias foram-lhe concedidas e validadas.

Por isso, é imprescindível a função primordial dos operadores do direito de assegurar a efetividade das normas constitucionais, tendo como propósito manter essas diretrizes fundamentais e protetoras.

4 Fundamentos relevantes à execução após o trânsito em julgado da pena e a posterior inconstitucionalidade da pena privativa de liberdade em segunda instância

Até o presente momento do trabalho, ficou evidenciado que cada país possui leis diversas, e que cada caso é um caso, por esse motivo merece ser tratado devidamente de acordo com suas peculiaridades. Cada situação é muito específica e merece ser analisada individualmente. Porém, em todos eles deve a culpabilidade do agente ser analisada minuciosamente, e mesmo tendo havido condenação em grau inicial, e sendo reafirmada em segunda instância, é indispensável a ocorrência do trânsito em julgado, para não restar dúvidas a respeito da condenação do réu.

É plenamente inaceitável o cometimento de erro grotesco em face da ineficácia da lei estatal, em que o indivíduo inicie o cumprimento provisório da sentença em segundo grau de jurisdição e, futuramente, venha a ser comprovada a sua inocência. A situação é extremamente complexa, o tempo de vida que esse cidadão perdeu tendo sérias consequências em função disso, não será recuperado. Pois passou à mercê da falta de estrutura do Estado, tanto durante toda a instrução criminal, trâmite processual e seu julgamento, quanto no momento de execução da pena, pela falta de infraestrutura do Estado.

Uma prova disso e que merece detalhada análise é um julgado da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, caso 11.992, Relatório número 66/01, de 2001, do Equador (CIDH, nº 11.992, 2001). No presente caso, a ré foi detida em 1992, sendo mantida incomunicável por 39 dias, e sendo posta em liberdade somente em 1998, por meio de Habeas

Corpus, que fora concedido depois de inúmeras tentativas denegadas, como denota-se no julgado⁹.

Nesse interim, como observado no caso concreto da CIDH, mesmo o indivíduo tendo garantias a serem respeitadas, como o devido processo legal, o governo, através do poder judiciário, ainda assim abusa de seu poder estatal e acaba infringindo algumas normas processuais, garantidas por pactos internacionais e pelas legislações de cada país. Isso demonstra o quão inquisidora ainda é a sociedade. O mesmo caso julgado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, ainda decide reconhecendo que a ré teve seu direito violado¹⁰.

Nesse diapasão, além de ferir a respeitável presunção de inocência, nesse mesmo caso o país continuou a ferir conflitos e normas procedimentais, tais como descreve o artigo 5º da Convenção Americana de Direitos Humanos, assegurando que “Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano” (CADH, 1969, p. 02), e no presente caso, teve a seguinte constatação “82. O peticionário também alegou que o prolongado estado de incomunicabilidade ao qual foi submetida a senhora Levoyer Jiménez, constituiu um tratamento cruel e desumano nos termos do artigo 5(2) da Convenção Americana”(CIDH, nº 11.992, 2001).

A ânsia pelo efetivo cumprimento da lei penal e da execução da pena que fora aplicada, muitas vezes leva o Estado a cometer estes deslindes processuais, acarretando uma série de consequências que, por muitas vezes poderiam ter sido evitadas. A lei Internacional, no caso do Pacto de

⁹A Corte Interamericana entende que o propósito das garantias judiciais nasce no princípio de que uma pessoa é inocente até que se comprove a sua culpa mediante uma decisão judicial transitada em julgado. Por isso, os princípios gerais de direito universalmente reconhecidos, impedem antecipar a sentença. Se ignoradas estas regras, corre-se o risco, como de fato ocorreu no caso sob exame, de privar de liberdade por um prazo não razoável a uma pessoa cuja culpa não pôde ser verificada. Vale recordar que neste caso a senhora Levoyer Jiménez permaneceu privada de sua liberdade por um período maior que a metade da pena máxima estabelecida para os delitos dos quais foi acusada e absolvida, e foi mantida detida depois de definitiva sua absolvição.

¹⁰101. A Comissão, com base na análise das provas aportadas ao expediente pelas partes, conclui que, com respeito a Dayra María Levoyer Jiménez, o Estado equatoriano violou o princípio de presunção de inocência, consagrado no artigo 8(2) da Convenção Americana.

San José, é clara em relação ao procedimento de aguardar o trâmite processual até se chegar ao trânsito em julgado.

No caso em tela, o desfecho final foi que o país Equador, sendo emissor da decisão analisada, violou vários artigos da Comissão Interamericana de Direito Humanos, sendo estes “o direito à integridade pessoal (artigo 5), à liberdade pessoal (artigo 7), às garantias judiciais (artigo 8) e à proteção judicial (artigo 25) em conjunção com a obrigação geral de respeitar e garantir os direitos, prevista no artigo 1(1) do mesmo instrumento”. (CADH, 1969, p. 01-02).

É inadmissível diante de tantas garantias, que situações como esta possam novamente virem a acontecer. O Estado em si, tem a obrigação de oferecer ao cidadão o devido processo legal e às garantias judiciais (CADH, 1969, p. 04-05), independentemente do que tenha ele dado causa para se submeter a necessária punição do Estado.

Essas situações remetem-se principalmente a esses pactos internacionais de não violação dos direitos humanos citados anteriormente. Porém, deve ser ressaltado que cada país faz jus às suas próprias leis e às suas próprias constituições, sendo de extrema importância que as mesmas estejam de acordo com os tratados internacionais, e que garantam ainda mais direitos à sua nação.

A presunção de inocência é direito supremo e merece sua guarda e seu devido tratamento. No artigo 8, (CADH, 1969, p. 04-05) a norma é clara ao dizer que “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”. Importante ressaltar que o entendimento da mesma corte faz jus não somente a prova da culpabilidade do réu, mas influi em dizer também que esta prova tem que ter transitado em julgado, não cabendo que se inicie o cumprimento provisório da pena quando ainda cabe recursos.

Ademais, conforme já fora melhor detalhado, o Estado tem direito de julgar os indivíduos que infringirem as normas. Mas é seu dever também que essas mesmas normas e acordos sejam devidamente respeitados. Em análise ao caso 11.992, o mesmo tem proferido em sua

decisão que “por isso, os princípios gerais de direito universalmente reconhecidos, impedem antecipar a sentença(CIDH, nº 11.992, 2001) ”.

Diante do exposto, é observado mais um caso de que a lei é rígida e deve ser aplicada em benefício do réu. O Estado não deve usar para punir o indivíduo, o que foi feito para a sua plena defesa. Os princípios são bem francos ao regularem a execução da pena, de modo que são claramente admissíveis sua ampla proteção em favor do réu. Não deveria se admitir outra interpretação, nem se moldar diante de cada caso concreto. Aos processos necessários, as prisões provisórias já foram muito bem estabelecidas e estão devidamente regulamentadas. Aqui, nessa hipótese que vem sendo debatida e levantando uma série de posicionamentos a respeito de que se deve esperar o trânsito em julgado ou se executar a partir de segundo grau, não mereceria tanto aprofundamento, pois nesse caso a lei é ausente em lacunas para diferentes interpretações.

É desanimador ver preceitos da magnífica constituição, tratados internacionais, pactos e princípios sendo desvalorizados de uma forma tão leviana, como se os mesmos nada fossem, importando-lhe pouco se o processo está cumprindo com seus devidos trâmites, e se a legislação e as devidas garantias realmente estão sendo aplicadas.

Em seu voto, Celso de Mello salienta que o princípio da presunção de inocência não é absoluto, cabendo algumas possibilidades que já estão devidamente regulamentadas, como por exemplo as prisões cautelares. Tem-se também um momento que a Constituição descaracteriza esse princípio, sendo que a partir desse estágio não fere mais os seus preceitos constitucionais, na qual é entendido ser a partir do trânsito em julgado. Antes disso o Estado não poderia presumir a culpa executando antecipadamente a pena de alguém.

Embora por muitos é interpretada com ares de impunidade quando também de cunho protelatório, o tardar da execução da pena é consequência das garantias constitucionais que merecem ser apreciadas. A partir do momento que o indivíduo passa a estar à mercê do julgamento

do Estado, na mesma ocasião se torna legítimo usuário desses direitos e das garantias.

Não é admissível que por requisitos infundamentados a Suprema Corte mude todo um entendimento consagrado com embasamento na maior legislação do país, a fim de que adiante uma execução incerta, onde há possibilidades concretas da decisão ser alterada quando pendente julgamento de recursos. Numa situação hipotética (dotada de possibilidades reais) em caso de o réu ser inocente, o sujeito teria sofrido à mercê do Estado traumatizado por abalos físicos, mas principalmente pelo desgaste psicológico de ter sido preso em vão.

Conforme já salientado no segundo capítulo, haja vista sua extrema importância, o princípio do *in dubio pro réu* é claro e não contempla margens para discussão ao regulamentar que, em caso de dúvida deve-se decidir favoravelmente ao réu. Dito isso, é incompreensível o atual entendimento do STF, que restando dúvidas na sentença já condenatória, o mínimo que deveria ser garantido pelo Estado é esperar o trânsito em julgado, ou seja, esperar o julgamento de todos os recursos que o réu achar necessários à sua defesa, e não executar a pena muito antecipadamente, ainda cabendo recursos, como se culpado fosse.

Dessa forma, infelizmente, tudo leva a acreditar que o atual sistema acusatório vigente ainda tem sérios resquícios do sistema inquisidor, pois sempre é uma luta para o acusado e dificuldade mesmo para o Estado admitir que o réu faz jus às garantias processuais penais, sendo considerado inocente até que seu processo tenha fim. É importante ressaltar que qualquer pessoa pode ter contra si um crime imputado injustamente, cabendo ao Estado provar a sua culpa, e não a pessoa ter de provar que é inocente, pois é sabido que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988). Ninguém deve ser julgado, mesmo que fora dos ditames do Estado, simplesmente por estar respondendo a um processo judicial de cunho penal.

Diante desse patamar, é visível a cede por punição por parte do Estado. Conforme já mensurado no segundo capítulo, a discussão

concentra-se no valor que o Estado concede a pessoa do réu. Por exemplo, para ser executada uma dívida pecuniária na esfera cível é aguardado o trânsito em julgado, se a execução iniciar antes é obrigatório o oferecimento de caução, para ser adentrado no patrimônio do devedor, mesmo que depois em caso de falha, possa ser lhe devolvido o bem ou o valor. Agora, tratando da liberdade do indivíduo, de modo que a mesma jamais será restabelecida em caso de erro por parte do Estado, torna-se aceita que esta seja executada antecipadamente. Pelo exposto, aos olhos do Estado é muito mais importante a propriedade do que a própria liberdade do indivíduo.

No segundo capítulo foi contemplado minuciosamente a decisão do Supremo Tribunal Federal que mudou o entendimento a respeito da execução da pena privativa de liberdade. Tem-se uma pressão intelectual maior contra esse órgão, pois a presunção de inocência além de estar prevista em acordos internacionais, está fundamentada na referida Constituição Federal, de forma que este órgão supremo é o principal protetor da maior e mais fundamental lei do país, perfazendo assim a inconformidade pelo mesmo estar ferindo e interpretando de maneira equivocada os seus próprios institutos.

Celso de Mello em seu voto sobre a mudança de entendimento a respeito da execução provisória, conforme já devidamente citado no segundo capítulo, diz que o STF “nada mais faz, em tais julgamentos, senão dar ênfase e conferir amparo a um direito fundamental que assiste a qualquer cidadão” (STF, 2016, p. 88), desse modo, é função primordial da Suprema Corte tratar esse princípio com a devida atenção que o mesmo faz jus.

O ministro Marco Aurélio, em seu voto ressalta a clareza da lei que abriga o princípio, salientando que nesses casos em que já está explícito na norma não se faz necessária nova interpretação do dispositivo constitucional, sendo este claro e não permitindo espaço para interpretação diversa ao mencionar que a presunção de inocência abrange até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Nesse diapasão, no último capítulo foi realizada uma análise que envolveu decisões de Cortes Internacionais a respeito da execução da pena, baseada no voto do Ministro Teori Zavascki. A grande maioria, senão todos os países analisados executam a condenação da pena privativa de liberdade, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Alguns crimes possuem a possibilidade de os réus recorrerem em liberdade, sob pagamento de fiança, mas tudo isso dependerá do que diz a lei de cada um desses países. Fato que não ocorre no Brasil, pois ao analisar o Código de Processo Penal, em seu art. 283¹¹, reafirma o que já foi estabelecido pela Constituição Federal, não abrindo margens para outro entendimento.

O fato estudado direciona a conclusão que as constituições desses países permitem esse tipo de tratamento para com a norma, pois alguns deles nem aderem ou executam o que diz a Convenção Americana de Direitos Humanos. A Argentina por exemplo, aderiu o princípio com rígidas ressalvas. Em outras palavras, esses países mencionados no início deste capítulo iniciam a execução da pena ainda cabendo recursos ao réu porque as legislações permitem, não estando eles infringindo as suas normas.

Aqui demonstra-se a principal diferença do que ocorre como Brasil. A Constituição Federal não permite outro tipo de entendimento. A lei é clara, e mesmo assim teve um julgamento que infelizmente permitiu esse novo formato de execução da pena, desconsiderando os fundamentos legais estabelecidos em nossa legislação, tampouco respeitando os ditames constitucionais que são considerados como normas basilares de todo o ordenamento jurídico.

A qualquer momento, qualquer pessoa pode ter imputado contra si um fato que não cometeu. A presunção de inocência é fundamental para garantir a integridade de quem está submetido a severas investigações do

¹¹Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

Estado, diante de uma cultura que ainda se mantém muito presente grandes “resquícios” do sistema inquisidor.

Ademais, o presente capítulo procurou deixar claro que o trabalho desenvolvido ao analisar o Habeas Corpus 126.292, não é simplesmente criticar a posição do maior tribunal do Brasil. Mas sim, demonstrar fundamentadamente que, de acordo com a nossa legislação, não é correto o atual entendimento da Suprema Corte, de forma que o mesmo justificou parte da mudança de entendimento comparando-se com legislações internacionais que provém de leis completamente diferentes das que fazem jus ao sistema do judiciário brasileiro, não fazendo sentido a exposta comparação.

Diante desse panorama, fica evidenciada a falta de confiança de pertencer a uma sociedade dotada de insegurança jurídica, onde é complicado saber até da real eficácia das normas constitucionais previstas na Magna Carta Brasileira, pois todos os dias são noticiadas situações de violações a direitos e garantias, resultado de entendimentos diversos do que está explícito, tornando esses indivíduos à mercê de um processo penal cada vez mais vulnerável.

5 Considerações finais

A decisão que alterou o entendimento da Suprema Corte continua a trazer debates à sociedade e aos operadores do direito, tanto que ainda há possibilidades de novo posicionamento da Suprema Corte. Ainda, a percepção para o Estado e para parte da sociedade de que quem está respondendo a um processo na esfera penal cometeu crime e está exposto a uma infinidade de julgamentos e que não merece ser tratado com as devidas garantias e prerrogativas que lhe são cabíveis, este fato merece ser ultrajado, pois quem não estuda a letra da lei não é passível de realizar esses julgamentos desconhecendo da verdade sobre os fatos e sobre as leis que regulam o trâmite processual penal.

Resta entendido de acordo com o presente estudo, que a atual decisão que foi executada a partir do HC 126.292 é inconstitucional pois fere gravemente os maiores princípios constitucionais. Esses mesmos no Brasil são adotados e regulamentados direto na Constituição, não necessitando de leis infraconstitucionais para sua efetivação. Tem eles o mesmo peso de norma, ou deveriam ter, levando em conta que nesse caso, inadmissivelmente, são valorados com menor importância como se não imprescindíveis fossem ao devido processo legal.

É interessante ressaltar que são diferentes os sistemas internacionais. Cada um é específico de acordo com sua legislação, e no presente caso não merece ser comparado pois nosso país possui regras específicas a respeito da presunção de inocência, e no problema descrito no trabalho, embora o STF tenha entendido de forma diversa, conforme já mencionado no item anterior, o mesmo é claro e não necessita de outra lei que o regulamente, já estando assim explícito na Constituição da República Federativa do Brasil.

Assim sendo, a presente pesquisa é concluída entendendo que o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da Ação de Habeas Corpus 126.292 em fevereiro de 2016, é inconstitucional pois desrespeita a Constituição Federal, de modo que não observa o princípio da presunção de inocência, da dignidade da pessoa humana, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, bem como a Convenção Americana de Direitos Humanos, o Código de Processo penal e a Lei de Execução Penal, sendo uma saída para os problemas do Estado totalmente incorreta, retirando direitos e garantias na tentativa falha de tentar resolver os deslindes que o sistema jurídico enfrenta.

Referências

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas-Corpus* n° 126.292, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. *Lex*: Jurisprudência do STF, fev, 2016.

CALEFFI, Paulo Saint Pastous. *Presunção de Inocência e Execução Provisória da Pena no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Relatório n° 66/01. Caso 11.992. Dayra María Levoyer Jiménez. Equador. 14 jun. 2001. Disponível em: <<http://cidh.org/annualrep/2001port/Ecu11992.htm>> Acesso em 25 mai. 2019.

COSTA RICA. *Convenção Americana Sobre Direitos Humanos*, de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm> Acesso em: 25 mai. 2019.

DIVAN. Gabriel Antinolfi. *Processo Penal e Política Criminal, Uma Reconfiguração da justa causa para a ação penal*. Porto Alegre, Editora Elegância Juris, 2015.

GIACOMOLLI, Nereu José. *O Devido Processo Penal*. São Paulo. Editora Atlas, 2016.

LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo, Editora Saraiva Jur, 2018.

MORAES. Maurício Zanoide de. *A Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

Pink Money: compromisso ou oportunismo?

*Eduarda da Silva Baruffi*¹

*Leonardo Luis Canton*²

*Luis Felipe Conterto*³

*Fahd Medeiros Awad*⁴

Introdução

O comércio de bens e produtos é o que move o mundo, antigamente as trocas eram feitas por produtos de valor desconhecido, cada pessoa valorizava o seu produto e se realizava a mercancia. Na atualidade isso ocorre de uma forma indireta, através do dinheiro, dessa forma troca-se dinheiro por produtos ou serviços, trazendo valor a coisa comerciável. Partindo desta premissa percebe-se ao longo da evolução das negociações que, surgem os mercados e com eles técnicas para a venda e nichos específicos de pessoas que possuem grande potencial de consumo. A partir daí os comerciantes que ao longo do tempo criam empresas e tornam-se empreendedores veem na comunidade LGBT uma grande oportunidade de venda para um público com potencial para compras.

Ademais, com a ascensão deste gigantesco nicho através de uma maior visibilidade por parte da mídia, como por exemplo novelas trazem-

¹ Acadêmica do Curso de Direito da Universidade de Passo Fundo. E-mail: eduardabaruffi@gmail.com.

² Acadêmico do Curso de Direito da Universidade de Passo Fundo. E-mail: leocanton@gmail.com

³ Acadêmico do Curso de Direito da Universidade de Passo Fundo. E-mail: felipeira97@gmail.com

⁴ Professor Mestre da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. E-mail: fahd@upf.br

do casais homoafetivos bem como maior representatividade no setor da música com as dragqueens, também, a parada gay de São Paulo, onde vem turistas do mundo inteiro despertou ainda mais no mercado de bens e serviços o interesse de comercializar determinados produtos direcionados para essas pessoas. Nesse sentido revela-se o questionamento em relação a essas empresas se elas realmente fazem este tipo de comércio para dar apoio e visibilidade a causa ou se é apenas oportunismo, tudo pelo lucro.

Dessa maneira, com a descoberta de um mercado tão rentável como o público LGBT faz-se necessário conceituar o que é o Pink Money e porque tornou-se tão importante, bem como apresentar o comportamento do mercado de bens e serviços frente a este conjunto de pessoas elucidando suas intenções e também mostrar a reação desses cidadãos em relação a toda a gama de produtos oferecidos e suas considerações diante da problemática do compromisso ou oportunismo.

1. Pink Money: compromisso ou oportunismo?

1.1 Breve esboço histórico das relações de consumo

Os avanços sociais trazidos pelas inúmeras transformações, revoltas, guerras e revoluções no mundo moldaram o que hoje entende-se por uma sociedade do consumo. As novas tecnologias e o êxodo rural, frutos principalmente dos avanços originários da Revolução Industrial trouxeram à sociedade uma nova forma de produção e consumo, com seus reflexos reverberando-se em toda a cultura histórica da sociedade mundial, alterando a forma de viver das pessoas, englobando, também, seus grupos sociais os quais estavam inseridos. No âmbito do mercado de produção, essa revolução trouxe ao consumo o poder do maquinário e a preferência pela quantidade de itens produzidos em relação à qualidade destes, pois pensava-se que a indústria, ao produzir mais, poderia vender para um número maior de pessoas. No aspecto social, a Revolução Indus-

trial também foi responsável pelo grande aumento populacional nas cidades, fruto do êxodo rural.

Ocorrida concomitantemente com a Revolução Industrial, a Revolução Francesa teve papel fundamental na concepção social dos anos 1800. Esse movimento trouxe a participação estatal no mercado e a predominância do liberalismo social e econômico colaboraram com os hoje já conhecidos ditames característicos do mercado de consumo: a prática já secular do processo de maximização dos lucros, visando atender ao crescimento da demanda, priorizando a própria celeridade na produção do que a qualidade dos produtos a serem comercializados.

Com efeito, analisando sob um aspecto da filosofia existencialista do ser humano, pontua-se que, durante e após o término desses períodos de revoluções, figura do trabalho, para a população daquela época, passou a ter um significado meramente objetivo, nu e cru. O velho artesão, por exemplo, sem mais forças para bater de frente com as grandes indústrias e seu oligopólio, viu-se obrigado a abandonar seu trabalho manual e de qualidade para simplesmente vender a sua força braçal e passar a trabalhar na linha de montagem. O pensamento marxista do século XIX também influenciou muito na formação da concepção social e da própria visão da sociedade frente a figura do trabalho.

Assim, por exemplo, o trabalhador e sua classe proletária passaram a analisar todo seu contexto social e cotidiano de uma forma diferente, sob o viés da exploração, de mera função laboral que dispunha tão somente de sua força bruta como utilidade, e seus ganhos serviam meramente para sua própria sobrevivência, dispondo de um baixo poder aquisitivo para usufruir-se do mercado de consumo.

Entendida as transformações culturais advindas das grandes revoluções, impõe-se o mesmo nível de importância destas quanto à transformação social que se deu também em relação à Segunda Guerra Mundial. Os avanços culturais, sociais e principalmente tecnológicos que sobrevieram o evento colocaram a sociedade do trabalho e do consumo em outro patamar, em muito influenciada pela reinven-

ção/reestruturação do sistema capitalista após o evento. Nesta esteira, Bruno Miragem defende que

Com a Segunda Guerra Mundial, e, sobretudo, após seu término, assiste-se a profunda modificação da estrutura econômica dos países capitalistas e de seus modelos de negócio. Em grande parte impulsionada pelos avanços tecnológicos da área militar, consolida-se após o conflito, uma crescente indústria de bens de consumo de massa, assim como a crescente massificação do crédito e da atividade publicitária, como novos elementos no cenário econômico mundial. Com isso, altera-se igualmente, o próprio modelo de contrato que inspirou as codificações do século XIX, e própria Código Civil brasileiro de 1916. (MIRAGEM, Bruno, p. 39)

Posteriormente, seguindo na mesma esteira e tendo a sociedade superado o trauma das duas Grandes Guerras, começavam a surgir nos anos de 1960 inúmeros movimentos sociais de diversas camadas que visavam se opor a todos os costumes e condutas tradicionais presentes na sociedade até então, frutos de séculos de grandes revoluções e guerras, que nortearam o desenvolver de uma sociedade mundial receosa e ansiosa com relação aos últimos acontecimentos, mas crentes na superação destas e mirando um futuro promissor e de bons frutos.

1.2 Movimentos sociais alternativos e do público LGBT

Superadas todas as questões das grandes mudanças originadas por revoluções, guerras e com a força de uma conscientização humana mais solidária, passou-se, a partir do século XX, a crescerem os movimentos estudantis, religiosos e humanitários que buscavam apagar arestas ainda pendentes quanto a ideia da formação de uma sociedade livre, justa e solidária, operando movimentos contra a escravidão, a exploração no setor trabalhista, movimentos de oposição ao governo e movimentos sociais que defendiam questões de raça, etnia, religião e gêneros.

Destaca-se, de início, a figura de diversos movimentos anticapitalistas, tais como o reforço da doutrina socialista, o marxismo, com a

contribuição histórica do materialismo dialético, e também o distributismo. Estes nutridos com uma ampla gama de discussões, ideologias, correntes de pensamento e atividades de oposição, que visavam contrapor ao já consumado domínio capitalista que se apresentava na Europa e no resto do mundo, no período pós segunda guerra.

Paralelo ao avanço tecnológico e mercadológico dos meios de produção, mas seguindo o mesmo caminho e com incontáveis semelhanças, inclusive, movimentos estes também emergindo em meados dos anos 1960. Surgiram, desta feita, inúmeras outras camadas sociais alternativas, graças ao até então conceito de liberdade e embalado pela presença de inúmeros outros movimentos, certos grupos entravam em um processo de metamorfose e também se apresentavam inesperados aos olhos da população geral: cita-se, com ênfase, a ascensão do movimento sexualista (também conhecido como Revolução Sexual) questionava a forma da qual a sociedade enxergava os relacionamentos interpessoais e os costumes tradicionais vigentes à época.

Estes movimentos de cunho sociais e antissistema almejavam, num todo, não somente combater o sistema capitalista, que aos olhos da sociedade alternativa, era um mero instrumento de opressão e que segmentava a existência da separação das classes sociais, mas acabavam por utilizar esses movimentos como instrumento para abastecer uma insatisfação política social que era agregada com uma sociedade rígida e extremamente conservadora nos costumes, liberdades e direitos.

Pontuavam também que essa sociedade reacionária não parecia se importar com a (in)existência de direitos que atendessem as necessidades e aos direitos fundamentais das pessoas. Ignoravam diferenças e fechavam os olhos diante de injustiças sociais, do preconceito e da carência de proteção do direito quanto as pessoas acolhidas por esses movimentos alternativos.

Corroboram com essa ideia os movimentos sociais no Brasil. Em meados dos anos de 1970, no meio da ditadura militar no país, surgiram com maior evidência os movimentos feministas, de liberdade racial, e,

por fim, do público LGBT. Passo seguinte, estes movimentos passaram a ter maior visibilidade midiática, saindo do campo *underground*, passando a aparecer publicamente em mídias e jornais, objetivando sair das escuras e almejando dar mais visibilidade à luta por seus direitos.

1.3 Reflexos da popularização do movimento LGBT

Sabe-se que a existência do movimento LGBT significa, em termos linguísticos, o conceito de “lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais ou transgêneros”. Adotam-se também outras vertentes do mesmo significado, como LGBTI, que acrescenta os intersexuais, ou LGBT+, que agregaria demais simpatizantes, entre outros. Trata-se de um movimento político, social e cultural que visa lutar por direitos universais, clamando por respeito e reconhecimento da diversidade sexual, mediante políticas públicas que atendam aos seus interesses gerais.

Das mais conhecidas entidades voltadas aos direitos dos homossexuais, destacam-se o Grupo Gay da Bahia (identificado sob a sigla GGB), criada na década de 1980, com sede em Salvador e o grupo SOMOS – Grupo de Afirmação Sexual, este com base militante no estado de São Paulo, fundado ao final dos anos 70, sendo considerado um dos primeiros grupos de defesa dos direitos LGBT conhecidos no país.

Após uma longa caminhada, em virtude da militância dos movimentos reivindicatórios sociais, aliados à saída da militância nos “guetos” e partindo sua ascensão ao público em geral, incluindo a mídia nacional, a classe LGBT passou a ter maior respaldo na sociedade brasileira, passando a ser abarcada pela ocorrência de inúmeras campanhas políticas por parte de políticos de esquerda, que visavam ajudar a causa LGBT, não somente do aspecto legal, com a implementação de políticas públicas de proteção ou de alterações legislativas quanto ao direito positivado destes, mas também a conscientizar a população acerca da igualdade de gênero, do respeito aos semelhantes, e, na mesma esteira, tentavam erradicar o preconceito intrínseco que pairava sobre a nebulosa sociedade do país.

Não demorou muito para a população geral tomar nota da ascensão do público LGBT: artistas passavam a surgir, que, ou se enquadravam nos termos do LGBT ou defendiam o tema em suas composições; a televisão teve papel importante na formação da consciência social quando das produções novelísticas cinematográficas; a frequência cada vez maior de homossexuais nos grandes palcos políticos no país; maior liberdade e maior frequência de manifestações públicas, etc.

Diante de toda essa repercussão, inevitável observar a presença cada vez maior de grandes empresas de diversos segmentos do mercado que passaram a analisar o movimento cultural dos homossexuais como uma oportunidade de potencialização industrial. Alguns exemplos que podem sanar a obscuridade são os patrocínios em eventos, investimentos em novas tendências da indústria musical, com o surgimento de artistas que prestam apoio ao público LGBT (inclusive artistas já consagrados midiaticamente, que em nenhum momento na carreira dedicavam-se a nenhuma forma de ativismo, passaram espontaneamente a aderir temas de ativismo homossexual em suas composições). O termo técnico utilizado para definir esse ramo mercadológico que gira em torno do público homossexual é chamado de *pinkmoney*.

Resta saber se a presença de grandes empresas e patrocinadores no movimento ativista LGBT são por própria consciência social, ou esses veem como uma mera oportunidade de enriquecimento às custas de um público que luta diariamente por igualdades, que combate ódio e preconceito, violências físicas e psicológicas. Seria a exploração de quem busca um lugar ao sol ou uma forma de estender o braço para as causas humanitárias? A resposta pode ser satisfatória ou pode ser nua e crua, mas pondera-se inegável que esse aspecto é um grande ponto de interrogação a qual a população ativista espera (ou não) uma definição sincera.

1.4 O que é Pink Money

O autor Cris Morris, afirma que, com o grande crescimento dos movimentos e dos direitos LGBT, o Pink Money (tradução de dinheiro rosa), passou de um pequeno grupo de consumidores marginalizados para uma grande e próspera indústria em diversas partes do mundo ocidental, como os Estados Unidos e o Reino Unido. Diversas empresas ao perceberem esse nicho não assistido, se especializaram em atender o público homossexual, incluindo lojas, casas noturnas, restaurantes, hotéis, táxis, artistas, músicos; a procura destes serviços provém discriminação geralmente advinda de empresas e prestadoras de serviços tradicionais. Segundo a revista The Economy, em todo o mundo, o dinheiro rosa é avaliado em £ 350 bilhões através de uma variedade de setores. - especialmente bens de consumidor e de entretenimento.

O poder econômico do pinkmoney tem sido visto como uma força positiva para a comunidade LGBT, criando uma espécie de "auto identificação financeira", que ajuda-os a se sentirem parte de uma comunidade que os valoriza (Perry, 1997). Com efeito, mais de 90% dos homossexuais apoiam as empresas que têm como alvo o pinkmoney, uma forma de fugir das empresas "anti-gay" (The Economy, 1999).

Morris afirma que, no entanto, críticas têm sido feitas às empresas que têm como alvo o dinheiro rosa por parte de grupos homossexuais, argumentando que isso segrega os gays e retém os direitos dos homossexuais

1.5 Comportamento de consumo do público LGBT

Com o passar dos tempos e a descoberta de um nicho específico como o da população LGBT as empresas passam a fazer publicidade e ofertar produtos e serviços diretamente para esse grupo de pessoas que possuem um grande potencial de consumo.

Dessa forma ao analisarmos o comportamento de consumo da população LGBT frente a este mercado enfurecido para vender percebe-se a necessidade de motivação, é preciso despertar nesse indivíduo a necessidade de que ele precisa daquele bem ou serviço, por isso o mercado oferece milhares de opções, investe em publicidade as tornando muito atrativas, e isso faz com que esses produtos acabem se tornando de extrema necessidade no inconsciente de quem vai comprar.

Um estudo americano realizado na década de 90 sobre o comportamento de consumo homossexual nos Estados Unidos confirmou a grande influência do mercado homossexual e os elevados salários dessa parcela da população que se justificariam por duas razões: a maioria dos casais não possuía filhos e os homossexuais seriam mais escolarizados (NUNAN, 2015). A partir daí esses casais passam a ser considerados com alto poder consumista, podendo comprar itens de luxo e supérfluos.

O comportamento de consumo do público homossexual brasileiro com o dos norte-americanos é bem parecido, constatou-se que ambos se importam com aparência, imagem e moda (NUNAN, 2015). Também existem revistas que publicam diretamente para esse nicho de pessoas, dessa forma a G Magazine foi eleita como a revista que maior expressa o mundo gay (NUNAN, 2015).

Tratando-se do mercado gay no Brasil constatou-se que ele existe e está crescendo cada vez mais, bem como estaria direcionado a homossexuais acima de 25 anos de idade, pertencentes a classe média e alta. Ademais, por conta do preconceito muitos não são assumidos então esse mercado tem potencial para se desenvolver ainda mais.

Durante reuniões de grupos homossexuais muitas informações sobre produtos e serviços são trocadas, dicas sobre qualidade, o que faz com que estes grupos acabem servindo como locais de propaganda gratuita. Nesse sentido, o mercado gay também outorga legitimidade e poder político aos homossexuais, visto que em sociedades capitalistas como a nossa o consumo está ligado a cidadania e o dinheiro muitas vezes se traduz em respeito, mesmo que seja um respeito puramente

utilitário, dessa forma o mercado capitalista enxerga o gay como um consumidor em potencial.

Como citado anteriormente umas das idéias mais recorrentes sobre o consumidor homossexual é a questão do poder aquisitivo, se realmente os gays tem um poder aquisitivo maior do que os heterossexuais, bem como se valorizam mais entretenimentos culturais. Dessa forma, através de pesquisa em livros e artigos compreende-se que os homossexuais realmente têm mais poder aquisitivo do que os heterossexuais, isso ocorre pois, geralmente heterossexuais são casados e tem filhos, então implica em gastos adicionais já que, apesar da mulher ocupar cada vez mais espaço no mercado de trabalho elas ainda ganham menos que os homens, bem como gastos que envolvam educação e saúde dos filhos. Já no caso de parceiros homossexuais, como são homens e geralmente ambos trabalham, ganham salários mais altos.

1.6 Comportamento do mercado frente ao público LGBT

Foi a partir da década de 90 que as empresas vendedoras de bens e serviços começaram a prestar mais atenção no poder de compra da população LGBT com diversas pesquisas estudiosos descobriram esse novo mercado que possuía grande potencial para compra de produtos.

Assim, apesar da imprensa homossexual não ser tão desenvolvida pode-se citar a existência de livros, revistas e jornais voltados ao consumidor gay. Surgindo assim, em Janeiro de 1995 no Rio de Janeiro a Revista Sui Generis, a primeira revista gay de circulação nacional que continha alguns anúncios e um mercado consumidor forte (NUNAN, 2015).

Com o passar dos anos as empresas passam a oferecer uma diversidade enorme de estabelecimentos voltados ao público LGBT, estabelecimentos dos mais diversos tipos de serviço e produtos. Dessa forma, o Brasil já contaria com mais de 200 empresas voltadas ao consumidor homossexual incluindo boates, bares, restaurantes, saunas, agências de viagens, hotéis, SPA, academias de ginástica (NUNAN, 2015)

Em relação à internet, um estudo realizado em 2001 pelas empresas Harris Interactive e Witeck-Combs Communications relevou que os homossexuais consomem mais via internet e passam mais tempo online do que heterossexuais (NUNAN, 2015).

Atualmente, a questão da homossexualidade vem ganhando espaço na mídia, em decisões judiciais, na fila da lotérica, em sala de aula, em reuniões de famílias, etc. Esse tema polêmico, ao longo do tempo, vem quebrando tabus dia após dia. Por isso, com o crescimento do movimento LGBT, empresas observaram aí uma oportunidade de lucrar e atender esta comunidade, que por muitas vezes foi deixada de lado.

No Brasil, um estudo realizado pelo IBGE, referente a dados sobre rendimentos do Censo 2010, constatou que os homossexuais têm renda proporcionalmente maiores do que casais heterossexuais. Sabe-se ainda que o consumidor homossexual gasta 30% a mais em bens de consumo em comparação com um heterossexual de mesma condição social. Caio Luiz de Carvalho, presidente da SPTuris, alegou que “os gays são os clientes que todo mundo quer: gastam muito e ficam bastante tempo.” Há de salientar, que esta análise se trata de casais homo afetivos do sexo masculino.

O Pink Money é o dinheiro gasto pelo público LGBT em bens de consumo e serviços, desta forma, cada vez mais marcas investem pesado neste público, com o objetivo de vender os seus produtos. A parada da diversidade sexual, mais conhecida como Parada Gay, no ano de 2017 em São Paulo - SP, em sua 21^o Parada do Orgulho LGBT +, recebeu aproximadamente 3 milhões de pessoas do mundo inteiro.

Diversas marcas aplicaram dinâmicas de marketing inovadoras para este grande público, como a marca Doritos, onde foi distribuído um produto chamado DoritosRainbow, uma versão especial de seu tradicional petisco. Esse salgadinho podia ser adquirido através do site oficial da marca, porém para incentivar ainda mais o consumo, a marca comprometeu-se a utilizar parte do valor do lucro arrecadado na venda, para a Casa 1, local que acolhe pessoas que foram expulsas de casa por causa de

sua orientação sexual. Consequentemente a empresa foi muito bem vista pela comunidade LGBT, gerando diversos comentários nas redes sociais parabenizando a iniciativa da marca.

A empresa Burger King, conhecida no mundo inteiro pelo seu produto fastfood, tendo como símbolo uma coroa, também se manifestou em defesa das causas LGBT. No dia da Parada do Orgulho Gay, distribuiu mais de 100 mil coroas com as cores da bandeira da diversidade.

No Rio de Janeiro, especificamente no Posto 9 da praia de Ipanema, segundo especialistas, é o local mais preparado para receber a comunidade LGBT no Brasil. Nesta área, hotéis, barracas, bares, lanchonetes, casas noturnas, vendedores ambulantes e comércio em geral se especializaram para receber e atender essa clientela, visando atrair cada vez mais a comunidade homo afetiva.

Com isso, pode-se observar o compromisso de algumas marcas frente a causa LGBT, dando visibilidade e incentivando os movimentos a consumirem os produtos e serviços ofertados.

Em contrapartida, existem empresas e pessoas que utilizam o Pink Money como uma forma oportunista, como o artista Nego do Borel, onde recentemente publicou a música “Me solta”, onde em seu clip, protagonizou o papel de um homossexual da periferia chamado Nega da Boreia, com o estereótipo típico de alvos de chacota, popularmente conhecido como “bixa afetada, viado, boiola, entre outros”. A comunidade LGBT interpretou de forma negativa sua representação, pois um heterossexual fantasiado de gay é a mesma coisa que um branco fantasiado de negro (Black face).

O artista foi infeliz em sua produção, pois é de conhecimento sua suposta ligação com políticos e pessoas da extrema direita no Brasil. Outro motivo é que o cantor nunca produziu nenhum material de apoio ou consideração ao público LGBT, demonstrando assim o oportunismo do Pink Money, quando um artista ou uma empresa produz um produto ou serviço apenas para o seu consumo, sem nenhuma forma de empoderamento.

1.7 Análise da pesquisa

Ao analisar a pesquisa realizada do dia 07 de janeiro de 2019 a 07 de março de 2019, houve um total de 200 (duzentos) participantes, homens e mulheres do Rio Grande do Sul, sendo 100 participantes homossexuais e 100 heterossexuais.

Para uma análise crítica, separou-se os dados destes dois grandes grupos onde foram realizadas as seguintes perguntas:

- a) Você possui filhos? (sim ou não);
- b) Qual o valor de sua renda mensal? (de 0,00 a 2.500,00 ou mais de 2.501,00);
- c) Você já cursou ou está cursando o ensino superior? (sim ou não);
- d) Qual o valor que você investe por mês em lazer? (de 0,00 a 200,00 ou mais de 201,00);
- e) Você sabia que o Pink Money é o dinheiro gasto pelo público LGBTQ+ em bens de consumo e serviços e que empresas, lojas artistas e cidades investem em produtos para atrair esta comunidade com a finalidade de lucrar? (sim ou não);
- f) Imagine que você está em seu restaurante preferido e escuta um funcionário conversando com o proprietário do restaurante, e nessa conversa, você identifica declarações preconceituosas de ambas as partes. Você continuaria frequentando este restaurante? (sim ou não);

Abordando a primeira pergunta, 77% dos heterossexuais e 15% dos homossexuais afirmaram ter filhos, demonstrando assim, que 85% dos homossexuais e 13% dos heterossexuais não possuem filhos.

Questionados sobre sua renda mensal, 79% dos heterossexuais afirmaram receber de 0,00 a 2.500,00 mensais, já 44% dos homossexuais responderam da mesma forma. Nesse contexto, podemos afirmar em análise aos dados, que homossexuais têm sua renda superior à de heterossexuais.

Ao responderem à pergunta se já cursou ou está cursando o ensino superior, 19% dos heterossexuais e 64% dos homossexuais responderam que sim, em contraponto, 81% dos heterossexuais e 36% dos homosse-

xuais responderam de forma negativa. Desta forma, pode-se observar a inclusão em maior número de homossexuais no ensino superior, fazendo referência inclusive na maior renda em relação a heterossexuais. Também pode-se observar como o capitalismo influenciou no comportamento homossexual em sua análise histórica.

As condições e demandas do capitalismo também facilitaramo crescimento econômico e geográfico das comunidades homossexuais no século XX. À medida em que as cidades cresciam, um número cada vez maior de indivíduos abandonava a família rural para viver nelas. Este desenvolvimento possibilitou que homossexuais encontrassem outros indivíduos que estavam organizando suas identidades com base em sua sexualidade. Em suma, o capitalismo permitiu que desejos e comportamentos sexuais se transformassem em uma base para identidades distintas, contribuindo, neste sentido, para a formação da identidade homossexual e de movimentos sociais baseados nesta identidade. Deste modo, os homossexuais se mobilizaram ao redor de sua identidade sexual porque era na sua sexualidade onde eles se sentiam mais invalidados (Chasin, 2000).

Quando a pergunta é em relação aos gastos mensais com lazer, 20% dos heterossexuais e 56% dos homossexuais responderam investir mais que 201,00 reais, já 80% dos heterossexuais e 44% dos homossexuais afirmaram que investem menos que 200,00 reais em seu lazer, confirmando o que já foi explanado quanto a renda mensal de cada grupo.

Ao serem questionados sobre o conhecimento do Pink Money, 30% dos heterossexuais e 83% dos homossexuais sabiam que o Pink Money é o dinheiro gasto pelo público LGBTQ+ em bens de consumo e serviços e que empresas, lojas artistas e cidades investem em produtos para atrair esta comunidade com a finalidade de lucrar. Já 70% dos heterossexuais e 17% dos homossexuais não sabiam deste fato.

Por fim, foi questionado a reação em presenciar um acontecimento preconceituoso, desta forma, 31% dos heterossexuais e 3% dos homos-

sexuais afirmar não se importar com o ocorrido e continuariam a frequentar o restaurante, porém, 69% dos heterossexuais e 97% dos homossexuais não frequentariam mais o local. Sendo assim, nota-se a empatia que a população possui nas causas LGBTQ+, como também sua consciência em consumir bens e serviços que respeitem a dignidade da pessoa humana.

Conclusão

Após pesquisa, análises e discussão em torno da temática do Pink Money frente ao mercado de bens e serviços como um novo nicho que possui grande poder de compra despertando assim o interesse das mais diversas empresas é necessário fazer a ressalva de algumas questões interessantes descobertas ao decorrer desta pesquisa, principalmente em relação a problemática do compromisso ou oportunismo por parte das fornecedoras de bens e serviços.

Em síntese, observa-se a grande preocupação do consumidor em adquirir um produto ou serviço de qualidade, que tenha um valor social e que represente a sua identidade. Bem como, percebe-se de forma clara que dentro deste mercado, há pessoas e empresas que contribuem para o crescimento da causa através de iniciativa de criar produtos e serviços com um objetivo, e outras pretendem apenas se utilizar desse mercado para benefício próprio.

Por fim, as pessoas não se satisfazem apenas por um produto de qualidade, mas sim, por produtos que reflitam o seu eu interior, provocando e exigindo que marcas se posicionem de forma límpida, que não fiquem neutras e não se utilize do oportunismo para lucrar.

Referências

ANDRADE, Bruno. Pink Money ou Militância?.Disponível em:<<https://falauniversidades.com.br/pink-money-militancia/>>. Acesso em: 22 de março de 2019.

Business: The Economy: The Pink Pound».BBC News. 31 de julho de 1998. Disponível em: <News.bbbc.co.uk/2/hi/business/142998.stm> Acesso em 29 de fevereiro de 2019.

CHASIN, A. *Selling Out: the gay & lesbian movement goes to market*. NewYork: St. Martin's Press, 2000.

DELLARMELIN, Mateus Luan; BETENCOURT, Maria Goreti. Atributos de compra do consumidor homossexual para o segmento de vestuário. Disponível em <<http://www.ucs.br/etc/conferencias/index.php/mostraucspgga/xvmostrappga/paper/viewFile/4194/1374>>Acesso em 20 de fevereiro de 2019.

FILHO, João. *Indústria Cultural, Pink Money e a Crise de Hegemonia sob o Prisma LGBT*. 2018. Disponível em: <<https://movimentorevista.com.br/2018/03/industria-cultural-pink-money-e-a-cri-se-de-hegemonia-sob-o-prisma-lgbt/>>. Acesso em: 22 de março de 2019.

LINERO, Theo. Pink Money: muito além do preconceito. Disponível em:<<https://medium.com/@BancodoBrasil/pink-money-muito-al%C3%A9m-do-preconceito-7d29271c4e56>>.Acessoem: 21 de março de 2019.

Morris, Chris. Now meet the real gay mafia. The New Statesman.12 de Fev de 1999.Disponível: <<https://newstatesman.com/now-met-real-gay-mafia>>. Acesso em 28 de março 2019.

NUNAN, Adriana. **Homossexualidade: do preconceito aos padrões de consumo**. 1ª. Ed. Rio de Janeiro: Edição do autor,2015.

Sheila Perry, Sheila; Máire Cross (1997).Voices of France: Social, Political and Cultural Identity. [S.l.]: Continuum International Publishing Group. p. 172.ISBN 1855673940.

Os desafios para a conscientização do consumo na sociedade contemporânea

*Alexandra Pasquali*¹

*Daniele Aparecida Alves Martins*²

*Édio Frighetto*³

*Fahd Medeiros Awad*⁴

Introdução

Qual a diferença entre consumo e consumismo? Que participação o mercado teve na transformação do simples consumo de produtos essenciais e necessários à subsistência ao consumo desenfreado que é presenciado na atualidade? Falta legislação e informação para que os consumidores repensem seus hábitos e consumam de maneira consciente?

Procura-se nesta perspectiva, não só responder estes questionamentos que pairam a mente em busca de respostas, mas também entender a importância de uma reflexão concernente aos hábitos dos consumidores contemporâneos que estão cada vez mais se transformando em modos de satisfação pessoal e busca por prazeres momentâneos, não pensados e

¹Acadêmica do Curso de Direito da Universidade de Passo Fundo. E-mail: alexandra.pasquali@hotmail.com.

²Tecnóloga em Gestão Financeira (ANHANGUERA) e Acadêmica do Curso de Direito da Universidade de Passo Fundo. E-mail: daamartins@gmail.com.

³Bacharel em Administração (UPF) e Acadêmico do Curso de Direito da Universidade de Passo Fundo. E-mail: ediofrighetto@yahoo.com.br.

⁴Mestre em Direito (UFPR) e Professor do Curso de Direito da Universidade de Passo Fundo. E-mail: fahd@upf.br.

sem conscientização dos reflexos que seu consumo trará na sociedade, bem como a repercussão do descarte dos produtos consumidos.

Com as constantes mudanças, os operadores do direito precisam assumir seu papel como agentes de transformação da realidade social, aprimorando o desenvolvimento da ciência na qual compõe, principalmente na garantia e defesa dos consumidores, é categórico neste sentido, o emprego de recursos por meio de políticas legais, promovendo equitativamente o crescimento econômico e o bem estar da nação.

Assim, o presente estudo sobre os desafios para a conscientização do consumo na sociedade contemporânea, descreve os direitos e deveres dos consumidores, os princípios nas relações de consumo, procura-se esclarecer onde o consumidor deve buscar o amparo na busca de uma relação de consumo saudável e respeitosa com seus fornecedores e estes procurando esclarecer e informar seus clientes almejando a satisfação e eficácia das suas relações.

Portanto, este trabalho propõe uma reflexão sobre as ações consumeristas que afetam o cotidiano do público que desconhece as determinações legais, que têm por desígnio a proteção dos direitos fundamentais e primar pela disciplina nas condutas de compra e venda.

1 Os desafios para a conscientização do consumo na sociedade contemporânea

1.1 Direitos e deveres do consumidor

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor (CDC⁵), promulgado em 1990, é o regulamento dos liames consumeristas que auxilia o público, o qual figura o status de usuário de produtos e serviços e tem neste diploma a tutela de seus interesses diante do infinito universo das paridades de ofertas.

⁵Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990.

O fornecedor não pode exigir do consumidor vantagens exageradas ou desproporcionais em relação ao compromisso que ele esteja assumindo na compra de um produto ou na contratação de um serviço (BENJAMIN, 2010). Pois antes de comprar, é indispensável pesquisar os preços em outras lojas e avaliar o contexto da oferta.

Sendo assim, todo o sujeito que está disposto a pagar para ter algo que o satisfaça, não pode ser vítima de preços abusivos, e no direito consumerista, tem a opção de buscar o produto que melhor se adequa às suas necessidades e condições financeiras. Seguindo este raciocínio, o mesmo ocorre na prestação de serviços, visto que um contratado deve expor um orçamento (art. 40, *caput*⁶, CDC). Na estimativa é necessária a descrição dos valores de mão-de-obra, os materiais para a execução, as condições de adimplemento, a data com início ao término da realização e também as despesas adicionais.

É importante frisar, que é proibido elevar, sem justa causa, os preços de produtos e serviços (FILOMENO, 2016). Assim, o fornecedor poderá aumentar o preço de um produto ou serviço apenas se houver uma razão justificada para o aumento, como os regulamentos e parâmetros de mercado. O fornecedor é obrigado a obedecer ao valor do contrato firmado. Não pode aumentar o valor do produto ou serviço se o aumento não estiver previsto no acordo.

Com certeza todos já ouviram a célebre frase: “o direito de um acaba quando o do outro começa”. Neste paradigma, como dever fundamental do consumidor é a informação adequada sobre qualquer produto e serviço apresentado pelo mercado, para que posteriormente não tenha que pleitear judicialmente por danos que desconhecia (MIRAGEM, 2016). Isso significa que comumente as pessoas compram estipulado artigo, sem conhecer suas configurações, e após bradam que foram logradas. Esta situação é indébita, sendo cabível somente a ação em evento de vício redibitório (que são os defeitos não perceptíveis ao

⁶ “O fornecedor de serviço será obrigado a entregar ao consumidor orçamento prévio discriminando o valor da mão de obra, dos materiais e equipamentos a serem empregados, as condições de pagamento, bem como as datas de início e término dos serviços”.

olho nú, os quais aparecem pela decorrência do uso, como é o caso de veículos e equipamentos).

Destarte, é inescusável o comprador inteirar-se precisamente a respeito do que almeja adquirir. Mesmo que pareça trivial, tal procedimento viabiliza uma negociação mais segura, ou seja, afasta a probabilidade de arrependimento futuro.

No ato da transação, o consumidor precisa apurar se todos os elementos de referido bem comportam a ordem adequada, que possua certificado de garantia, contenha manual de instruções em língua nacional e ao checar o produto em mãos, se este, ostente os atributos de acordo com a embalagem e a propaganda. Depois da compra, na visão de Benjamin (2010), é recomendado solicitar a nota fiscal com os devidos dados nominados, pois o cliente também deve saber quanto está pagando de impostos pelo item obtido.

Destaca-se ainda, por exemplo, na compra de móveis e equipamentos, acordar data prevista com a empresa vendedora para efetuar a montagem e instalação, evitando assim, o consumidor manusear o produto sozinho, pois se algo suceder falhas, o mesmo pode cessar o direito à garantia.

No capítulo III do CDC em seu artigo 6º, são classificados os direitos básicos do consumidor, como a informação adequada e de fácil compreensão sobre os produtos e serviços, livre arbítrio de escolhas, proteção e segurança contra itens nocivos, combate a publicidade enganosa, ação revisional de prestações desproporcionais, acesso à justiça, reparação por perdas e danos e a inversão do ônus da prova. Em suma, para o favorecimento dos compradores e fornecedores, vale salientar a instituição do artigo 3º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro que aduz: “ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”.

É apreciável citar a obrigação da atenção, principalmente quando ocorre a adesão de serviços que requerem a assinatura ou o consentimento do agente (FILOMENO, 2016). Em tais situações, sendo

comum nos contratos de telefonia ou financiamentos, o consumidor não lê atentamente todas as cláusulas e, após aderir, percebe que foi lesado. Por isso, a reprimenda que se faz é a seguinte: intrepidação! E na hipótese de algum ponto se apresentar de modo ambíguo e aparte menos favorecida não assimilar, o negócio não pode ser celebrado, a fim de primar para a interpretação mais favorável ao sujeito frágil.

Entre tantos outros deveres, é conveniente ressaltar o dever de usar corretamente o bem adquirido. Deste modo, como o vendedor tem o compromisso de cientificar sobre o manejo correto dos produtos, ao comprador também requer a incumbência de acompanhar adequadamente as orientações de uso, sob pena de perecimento ou inutilização da coisa (GONÇALVES, 2018b). Neste sentido, cabe ao fornecedor o dever de elucidar e ao consumidor o de informar-se. É inviável, por conseguinte, o litígio pela quebra de determinado artefato por motivo de uso incorreto.

A solução para os aborrecimentos é o consumidor informar-se adequadamente sempre sobre todos os direitos que lhe assistem e também sobre seus deveres, pois toda e qualquer pessoa, seja ela física ou jurídica, possui direitos que devem ser respeitados e preservados, mas também deveres que devem ser cumpridos e observados. Afinal, desde o nascimento, trajetória de vida, até a extinção da personalidade civil, todo ser humano comporta a categoria de consumidor.

1.2 Ações mercadológicas

As ações mercadológicas e comerciais para a atração e retenção do público consumidor são idealizadas através do produto ou serviço, preço, comunicação e distribuição. Em consonância com o marketing, é categórico pautar ações sob a ótica da proteção e defesa do consumidor.

Na esfera jurídica, é essencial observar quais produtos ou serviços os consumidores estão adquirindo e se realmente atendem as necessidades, desejos e demandas (BLACKEWEL; MINIARD; ENGEL, 2011). O

produto é determinado na observância do § 1.º, art. 3.º do CDC como: “Qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial”. Nunes (2017 p.137) salienta: “o conceito de produto é universal nos dias atuais e está estreitamente ligado à ideia do bem, resultado da produção no mercado de consumo das sociedades capitalistas contemporâneas”. Assim, o produto pode ser tangível, quando é algo corpóreo e palpável, como também, designar-se intangível ao se tratar de algo que não ocupa o espaço físico, mas é consumido na forma de serviços.

Observando os bens e serviços postos em comercialização no mercado, deve-se avaliar se o preço de tais produtos e serviços é condizente com a sensibilidade da demanda, ou seja, averiguar se o produto vale pelo preço pago. Nesta lógica, o preço é denominado no conceito de Kotler; Keller (2012), pelo que é dado em troca na aquisição de um bem ou serviço. É consequentemente, o dinheiro permutado por coisa tangível e intangível, englobando a soma de todos os valores que os consumidores empreendem pelos benefícios de obter e utilizar aquilo que é almejado.

Quando se fala em valores, é importante enfatizar que o valor é percebido pelo cliente como benefícios e sacrifícios (BLACKEWEL; MINIARD; ENGEL, 2011). Os benefícios são soluções de problemas e melhorias no dia-a-dia das pessoas, já os sacrifícios denotam desembolso monetário, tempo despendido, esforço físico e emocional.

A crise na economia e a turbulência política que o Brasil vivencia nos últimos períodos, alteraram certos aspectos no comportamento do consumidor, mesmo com dificuldades financeiras, considerável parte dos brasileiros, de acordo com Saraiva (2018), continuaram a consumir, contudo, os índices de endividamento aumentaram em uma proporção que esta parcela da população não consegue mais se recuperar, e muitas vezes, não busca auxílio para reverter a situação de inadimplência porque desconhece seus direitos e obrigações, e continua acordando negócios (principalmente contratos de prestações de serviços, como financiamentos) sem a ciência da constituição dos vínculos jurídicos aos quais se submete.

É crucial atentar para os meios de comunicação empregados nas promoções de vendas, ou seja, o impacto que as pessoas sofrem com os apelos publicitários e como o excesso de informações geridas pela mídia, especialmente a digital, cria ilusões, e consequentemente, avaliar as propagandas e a realidade do bem ofertado.

Ao que tange a comunicação, nas ações mercadológicas, avulta-se a publicidade ilícita, na qual, conforme Nunes (2017), é imprescindível averiguar a violação da norma positivada, com o desvirtuamento de princípios, como o da identificação, o da veracidade, bem como consiste em ato ilícito, a abdicação, por parte do fornecedor, em acolher aos termos da oferta publicitária.

Segundo Miragem (2016), duas são as espécies de publicidade ilícita: a publicidade enganosa e a publicidade abusiva. A publicidade enganosa, como o próprio nome sugere, é insubordinada ao dever de veracidade e clareza proposto pelo CDC. Já a publicidade abusiva, desrespeita os valores e bens juridicamente tutelados (citando como exemplo o meio ambiente, a segurança e integridade dos consumidores), bem como se aproveita para influenciar devido à vulnerabilidade de certo público, envolvendo crianças e idosos.

Ao que concerne o artigo 37 do CDC no *caput*: "É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva". Logo a definição para publicidade enganosa, pressagiada neste artigo, parágrafo 1.º, dispõe: "É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitária, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços". Por isso, denomina-se enganadora, na explanação de Miragem (2016):

A publicidade é considerada enganosa quando há divulgação total ou parcialmente falsa, ou ainda quando há omissão de informações relevantes à compreensão de informações relevantes à compreensão pelo consumidor, das características, qualidades e utilidades do produto ou do serviço objeto

do anúncio publicitário (Artigo 37, § 3.º. Para os efeitos deste Código a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço) (MIRAGEM, 2016 p.278).

Em relação à publicidade abusiva, lança-se mão, também o artigo 37, § 2.º⁷, do CDC, pois nesta situação, o defloramento do direito oriundo por parte do agente que veicula a publicidade comercial, não honrando os princípios jurídicos que tem por escopo salvaguardar o sentimento social de justiça, configurando a publicidade abusiva, deriva por vitimar determinada parcela de consumidores que não possuem o traquejo e a ciência de informações necessárias para a correta ponderação do que é falso e do que é verdadeiro.

Além da publicidade ilícita, conforme a definição do artigo 37 do CDC é importante examinar a publicidade restrita. Em alusão, Miragem (2016), aborda que tal publicidade, a qual se refere aos produtos nocivos à saúde dos consumidores, é objeto de norma constitucional expressando a necessidade de exceção de anúncios que estimulam seu consumo.

As restrições, em concordância ao artigo 220, § 4.º, da Constituição Federal, cujos produtos em questão, a publicidade é subordinada às diretrizes legais, é especificado para correta erudição: “A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita as restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, a advertência sobre os malefícios decorrentes do seu uso”. Tendo à vista disso, a finalidade de conscientizar a comunidade das sequelas da utilização de tais substâncias.

Sobre a distribuição, o direito do consumidor deve desta forma, entender os locais onde o público efetiva suas compras, seja em lojas físicas ou no comércio eletrônico, o consumidor precisa ter ciência da confiabilidade e da idoneidade sobre determinada empresa ou prestadora de serviço acerca de sua reputação nos canais de logística em que está inserida.

⁷É abusiva, dentre outras, a publicidade discriminatória de qualquer natureza, que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança”.

A disponibilização de bens e serviços proporciona a sociedade o acesso aos mais variados locais de compra, considerando o tempo, o desejo de posse e a informação (KOTLER; KELLER, 2012). Atualmente, com um mero deslizar de dedos, os consumidores desempenham compras em qualquer estabelecimento do mundo sem sair de suas casas. Todavia, nem sempre os compradores recebem seus produtos, e quando recebem, em muitos casos, a encomenda não chega ao prazo acordado, ou então, são detectadas avarias, e ainda, não é condizente com design, configurações ou o desempenho conforme a promessa de venda.

A educação para o consumo vai ao encontro de necessidades das pessoas para alertar sobre os riscos de investimento em algo sem o conhecimento prévio sobre distribuidoras, sites, aplicativos de vendas e os *feedbacks* de quem vivenciou experiência de negociação sem as devidas noções.

Enfim, em decorrência da globalização, o mercado da oferta proporciona uma ampla gama de produtos e serviços, com todas as faixas de preços para variados segmentos sociais, com divulgação em massa pela mídia e com a comodidade de compras em qualquer lugar do planeta, pois as tecnologias encurtaram a distância, aproximando cada vez mais os consumidores. Nesta perspectiva, é determinante estar a par das sanções administrativas, tal como as punições para as práticas abusivas circunscritas pelo CDC, com o intento de viabilizar a defesa dos interesses dos consumidores, assegurando a responsabilidade e o equilíbrio de toda a cadeia consumista.

1.3 Comportamento do consumidor na sociedade contemporânea

No contexto do comportamento do consumidor, é relevante para a ciência jurídica avaliar novos padrões, que procuram entender a dinâmica de compra do ser humano. Com efeito, atualmente as pessoas estão sofrendo por não controlar suas ambições e impulsos pelo consumo.

A crescente velocidade com que tudo se transforma hodiernamente, em especial a partir do constante progresso tecnológico, provocando impactos tanto em costumes individuais quanto coletivos. Em pouco tempo, redes sociais, *smartphones* e o *e-commerce* passaram a integrar a rotina de crianças, adultos e idosos, no ambiente profissional e familiar.

São inúmeras as predisposições relacionadas ao consumo no futuro. De acordo com Kalil (2012), uma delas é a intensificação dos cuidados pessoais, isto é, artigos de beleza, perfumaria e higiene pessoal, entre outros. À vista disso, ocorre uma aproximação de faixas etárias, abordando o conceito da jovialização. Antigamente, Kalil (2012) também aborda, que pessoas com 50 anos tinham hábitos de consumo muito diferente daquelas de 20 ou 30 anos. Na contemporaneidade, os costumes são mais próximos, e a convergência é que se igualem ainda mais. A diferença entre o modo de se vestir e utilizar alguns equipamentos eletrônicos é cada vez menor.

É fundamental observar na demanda do consumidor como ocorre o relacionamento de trocas, por isso, no estudo de Duhigg (2012), é essencial que a área jurídica monitore as mudanças no perfil consumidor. Monitorar o que está mudando e em qual direção flui as transições. Assim, é importante o preparo para absorver as mudanças em geral. Destarte, a ciência jurídica deve ir aonde os consumidores vão para a eficiente tutela de suas prerrogativas.

A partir de evidências, conforme Pinheiro et al (2011), oriundas da observação meticulosa de decisões de compra, pontuam que os consumidores, em grande maioria, não são bem informados ou têm plena consciência de suas necessidades e desejos. Em uma parte significativa das vezes, o público consumidor não tem noção dos fatores que levam a decisão de comprar determinado produto ou serviço.

Neste sentido, é crucial o estudo dos hábitos de consumo da população. Entende-se por hábito, na visão de Silva (2014), como um comportamento rotineiro, automático, governado em grande parte por um mecanismo psicológico inconsciente.

É preciso entender que as pessoas compram por motivos pessoais e motivos sociais (BLACKWEL; MINIARD; ENGEL, 2011). Os motivos pessoais envolvem as necessidades, o papel exercido pelo indivíduo na sociedade, a autogratificação, as novas tendências e a estimulação sensorial (que desencadeiam as compras por impulso). E os motivos sociais abrangem as experiências sociais fora de casa, comunicação com outras pessoas, atração por grupos de amigos e o status seja pela posição social e também por usufruir determinado produto ou serviço (aquilo que representa ao usuário de um produto, um *iPhone* ou veículos esportivos de luxo como uma *Range Rover*, e mais: procedimentos estéticos para reparações de “imperfeições” corporais, por exemplo).

As renomadas marcas, assim como as empresas revendedoras que possuem contato direto com o consumidor final, criam vínculos para que as pessoas sejam dependentes de determinado bem/serviço, e o direito do consumidor precisa atentar para as estratégias de persuasão, geridas pelos meios de vendas, para conscientizar a sociedade sobre as lesões que ocorrem nas negociações, as quais, consoante Gonçalves (2018a), originam fatos jurídicos (mencionando os defeitos do negócio jurídico), pois muitas organizações se valem da carência de informações e da inexperiência de hipossuficientes para induzimento ao dispêndio desnecessário e oneroso.

É necessário, portanto, o entendimento das etapas do processo decisório da compra, bem como sua relação com o envolvimento emocional e cognitivo dos que participam do processo (SILVA, 2014). É preciso educar o consumidor para estar atento as situações que envolvam o cotidiano em suas atividades de trabalho, lazer e consumo. Tudo visa a uma compreensão mais a fundo do comportamento sobre variáveis dos consumidores, como sua estrutura de personalidade, seu estilo de vida e a natureza de sua relação com as marcas, produtos e serviços.

A cultura consumista é a maneira pela qual as pessoas em uma sociedade comportam-se, na analogia de Bauman (2008), de forma irrefletida, ou seja, sem ponderar em um objetivo específico em suas

aquisições. Isto posto, sem o devido raciocínio, os consumidores almejam produtos que os excita, estimulando-os para a posse de algo que está na moda e que provenha o encaixe aos padrões de determinado grupo social (GILLES, 2009). Ainda Bauman (2008 p.70), ressalta que “é elevada a probabilidade da maioria dos homens e mulheres venham a abraçar a cultura consumista em vez de qualquer outra, e de que na maior parte do tempo obedeçam aos preceitos dela com máxima dedicação”.

A sociedade de consumidores configura na promoção, encorajamento e reforço para optar em um estilo de vida voltado ao desperdício de recursos, pois tudo se tornou descartável e obsoleto. Com isso, o dispêndio em demasia, ocorre, segundo Guilles (2009 p.184), devido “a ordem burocrático-estética comandando a economia do consumo reorganizada pela sedução e pelo desuso acelerado coordenado pela produção industrial estruturada com a moda”.

O grande desafio no âmbito jurídico em relação ao comportamento do consumidor na sociedade contemporânea é propor o reconhecimento das necessidades no ato de comprar, incentivando, portanto, as pesquisas detalhadas antes de concretizar negociações e sobre onde, como e porque comprar determinado item/serviço.

Depois da busca por dados, o consumidor necessita avaliar as alternativas précompra, desempenhada a ponderação de proposições, realiza-se a aquisição, e ao consumir e utilizar um produto, é preciso fazer uma reflexão pós consumo com o intuito de conceituar se tal bem atendeu as expectativas e por fim, visualizar se o item comprado possui uma expectativa de vida útil ou se simplesmente será descartado.

Deste modo, é fundamental destacar, conforme Bauman (2008), que o consumo consciente, além de suprir necessidades, propõe benefícios que agregam valor em longo prazo. Sendo assim, o planejamento previne o consumidor de custos monetários, da perda de tempo e da energia físico-psíquica, e principalmente, garante a segurança legal.

O desenvolvimento econômico nos tempos modernos fundamenta-se na crença cega de que as pessoas não podem parar nunca, ou seja, Silva

(2014), destaca que há sempre o que aprender, conquistar, possuir, descobrir e experimentar. Isso corrobora que é difícil a sociedade se satisfazer plenamente, pois sempre há novas possibilidades para serem testadas na conquista da realização pessoal de cada indivíduo. Vale deste modo, salientar que o atual cenário social favorece o estilo de vida consumista excessivo. Este panorama reflete de forma precisa o homem evocado em deter algo, voltado para si mesmo, apegado aos bens supérfluos, preocupado apenas em possuir determinado produto e desvinculado de seus direitos e deveres pelo afã por acumular cada vez mais.

A tecnologia mudou para sempre a forma como o consumidor se relaciona com os produtos, serviços e marcas que utiliza. Os desafios para o Direito do consumidor são inúmeros. O acompanhamento e avaliação das mudanças são essenciais para viabilizar a assistência de estar na atmosfera em que o consumidor se encontrar, garantindo que ele tenha uma experiência positiva em qualquer lugar, em qualquer momento e em qualquer estágio do consumo.

Por conseguinte, o consumo permeia todos os aspectos jurídicos: ele precisa ser praticado de forma mais consciente, transparente e colaborativo. E isso não depende somente das exigências dos consumidores, mas da sociedade como um todo, e especialmente dos empreendedores, assim como os operadores do direito estando atentos as tendências e comprometidos com o bem-estar, o equilíbrio e a ordem do Estado.

1.4 Educação para o consumo

Os hábitos de consumo da sociedade vem mudando de maneira assustadora, o consumo que era apenas para itens essenciais e necessários se transforma atualmente num consumismo desenfreado e a beira de um colapso nos recursos limitados e na vida social e financeira das pessoas.

“Qualquer modalidade de consumo considerada típica de um período específico da história humana pode ser apresentada sem muito esforço como uma versão ligeiramente modificada de modalidades anteriores”

(BAUMAN, 2011). A transformação na maneira com que as pessoas consomem é uma constante, mas o que vem ocorrendo nos últimos tempos é uma mudança excessiva do consumo essencial, que busca atender uma necessidade real, para o consumo de necessidades, como cita Silva (2014), criadas e imaginadas por nós. Enquanto as necessidades reais nos garantem subsistência, as imagináveis costumam apenas saciar desejos.

Para Reis, Cerqueira e Hermany,

A sociedade moderna formou as condições necessárias para que se implantasse um novo estilo de vida, onde o ser humano deixaria de ser humano para ser consumidor. A tecnologia e a revolução industrial, implementadas com a modernidade, necessitavam que seus produtos fossem consumidos e, para isso, foi desenvolvido no âmbito econômico e sob a ótica consumerista o sistema mercadológico, que capacitou a implementação de meios para colocar seus produtos no mercado. Com isso veio a globalização, a facilidade nas aquisições a crédito, bem como o marketing que possibilitou a divulgação dos produtos e serviços. Assim, as compras foram facilitadas, pois já se consegue viabilizá-las por meio das tecnologias eletrônicas, ou seja, através da informação, da rapidez e da acessibilidade (REIS, et al, 2011).

Diante do exposto, se faz necessário um maior empenho da sociedade em educar-se e ter consciência de que seus atos produzem consequências para terceiros. E ademais, impasses como o egoísmo, individualismo e materialismo, instigam competições entre membros de grupos a se sobressaírem dos demais, e com essas atitudes, adverte-se para o cuidado com o pessimismo de um vazio existencial.

Não obstante, a “beleza” introduzida pela indústria da moda, da estética e os padrões ilusórios na paranoica busca de aceitação aos círculos “elitistas”, demanda prementemente inteirar o público para desvendar suas mentes, que a verdadeira venustidade é a singularidade de cada qual e aprender a renunciar a pressão por agradar aos outros.

A sociedade do século XXI vive em uma era do consumo, de crédito fácil, do cartão de crédito e cheque especial e de um marketing incisivo, uma vez que educar o consumidor é um desafio, desafio este que pode ser uma das maneiras de buscar o equilíbrio entre as necessidades do ser

humano e os recursos naturais, tentando barrar as atitudes do *homo consumator* para que não se tenha uma sociedade humana privada dos recursos naturais indispensáveis à sua sobrevivência (REIS, et al, 2011).

Mudar o comportamento da população diante da evolução tecnológica, da interação em tempo real e nesse diapasão, do consumo de fácil acesso, não é algo simples e nem de rápida aplicação. Sem que haja um projeto para que o consumidor, desde os bancos escolares, seja incentivado ao consumo raciocinado, com o olhar no futuro, analisando as consequências para seu grupo de convívio e a sociedade, não há do que se falar em mudança de hábitos dos consumidores.

Para que ocorra uma mudança efetiva no comportamento dos consumidores, visando a conscientização e a sustentabilidade nas relações de trocas, precisa-se trabalhar em três pontos relevantes: informação, sustentabilidade e o empoderamento dos consumidores.

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor traz como um dos direitos, o direito à informação, além de determinar que todas as especificações estejam disponíveis aos consumidores, tem como escopo a boa-fé nas relações de consumo, com o propósito de o consumidor fruir total clareza de todos os termos do contrato de compra ou prestação e fique ciente de tudo que poderá decorrer durante e posterior ao negócio realizado.

O consumidor de posse de informações adequadas, de maneira simples e clara, conhecedor dos produtos ou serviços a contratar, poderá optar, diante da oferta apresentada, se a aceita ou não, tendo sua autonomia e direito de escolha preservados. Eliminando assim, a crise de confiança que existe como consequência das condutas comerciais desumanizadas praticadas hodiernamente, na qual as expectativas criadas pelos consumidores não são concretizadas no momento da aquisição dos bens e serviços. Respeitando o direito do consumidor à informação, este conhecerá e compreenderá o que está sendo oferecido, a sua expectativa será adequada a realidade do bem que irá consumir (REIS, et al, 2011).

Situações que são motivo de preocupação dos órgãos de defesa dos consumidores atualmente são o superendividamento dos consumidores e os impactos do consumo ao planeta. Sabe-se amplamente que os recursos naturais são limitados, principalmente aqueles que eram de grande abundância no passado, a exemplo da água e as florestas. Tal situação é um alerta para que se não houver uma mudança real de comportamento da população, inevitavelmente, será alcançado um colapso global (KERBER, et al., 2015).

Esse consumo exagerado, para satisfazer desejos e não mais para suprir necessidades resulta em um não aproveitamento de forma adequada dos bens consumidos, e como consequência um descarte ainda maior destes produtos na natureza. O que gera um ciclo vicioso e extremamente nocivo para a natureza que não suporta a demanda crescente da produção e, como se não bastasse, ainda tem que suportar a agressão causada por ações inconsequentes no momento em que os bens não são mais úteis àqueles que os adquiriram.

Para Kerber, Jesus e Salete,

Inegavelmente, o consumismo desenfreado adultera a ideia de sustentabilidade do planeta, além de subverter as garantias de sustentabilidade para as futuras gerações. E o pior é que o consumismo parece ser um fenômeno econômico e social duradouro e atual que é identificado em praticamente todos os países. Esse fenômeno retrata uma crise global que precisa interessar e envolver todos na busca de soluções para o presente, assim como para garantir condições de vida digna no futuro (KERBER, et al., 2015).

Para enfrentar essa situação o processo deve passar por vários aspectos, levando em consideração que o consumo por si só não é o único responsável pela degradação do meio ambiente e por isso a consciência do consumo não produzirá a solução para todos os problemas ambientais do planeta. No entanto, pode contribuir efetivamente para isso (KERBER, et al., 2015).

A conscientização de preservação do ambiente e do respeito planeta não apenas é tarefa do consumidor. Toda a cadeia deve estar envolvida

nesse objetivo de consumo sustentável, como fornecedores, produtores, vendedores, ou seja, todos os envolvidos sem exceção.

Há uma inversão de valores na sociedade consumista, onde o “ter” passa a ser sinônimo do “ser”. E consumir é a maneira mais rápida de ter. Num primeiro momento o consumo gera um momento de alegria de satisfação o que faz com que se compre cada vez mais, o que transforma grande parte das pessoas em esbanjadores e que passam a achar o desperdício algo banal. Mas com o passar do tempo alguns efeitos começam a surgir haja vista o grande número de oniomaníacos - compulsivos por compras – que existem atualmente, o que resulta além de um desequilíbrio emocional o superendividamento do consumidor (SILVA, 2014).

O número de consumidores superendividados cresce exponencialmente, muito devido ao acesso fácil ao crédito e aos meios de pagamento. Torna-se muito mais fácil comprar a cada dia que passa. Vê-se o tempo todo ofertas de parcelamentos infinitos, alongamento de prazo, carência no pagamento e várias outras “facilidades” no momento do consumo. O que resulta em um volume maior de compras com a falsa sensação de que será pago com a mesma facilidade da compra, o que geralmente não acontece.

No Brasil, ao contrário de outros países, não há um aconselhamento ou esclarecimento ao consumidor no momento da oferta de crédito nem por parte dos fornecedores nem em programas oficiais do governo. É necessária uma conscientização e preparação para o consumo e um tratamento jurídico diferenciado para os casos de consumidores endividados (KERBER, et al., 2015).

Não há dúvida de que o caminho para um consumo consciente passa pela informação, esclarecimento e aconselhamento do consumidor objetivando que ele faça melhor suas escolhas com planejamento, pensando nas consequências financeiras e sociais, mas isso deve contar com a participação dos órgãos de defesa do consumidor e o Estado, conforme averigua-se a seguir:

A regulamentação da matéria, à luz dos princípios do Código de Defesa do Consumidor, estabelecendo critérios para a liberação de créditos aos consumidores, exigindo a comprovação do aconselhamento sobre os riscos da operação, talvez seja o grande desafio dos legisladores nesse quadrante do século. Não se pode admitir que o sistema financeiro libere com facilidade tanto crédito, tendo a exata noção de não adimplemento das obrigações, levando consumidores a pagarem juros excessivos e a comprometer o que resta do seu patrimônio. É preciso por um limite nessa realidade e só a lei tem esse poder (KERBER, et al., 2015).

O consumidor tendo informação e esclarecimento no momento da compra e tendo garantia do cumprimento dos seus direitos, torna-se seguro para fazer suas escolhas, levando em consideração os recursos financeiros e as condições ambientais, bem como o impacto ao meio ambiente. Além da legislação e a fiscalização em torno das relações de consumo, a orientação desde cedo é muito importante, o investimento em políticas de educação, na área da cultura, permitindo-se a discussão desde a escola, no início da vida das pessoas, além dos demais ambientes onde podem ser debatidos sobre o tema, são essências para apromocção da participação do consumidor. (KERBER, et al, 2015).

O Estado tendo um olhar atento aos hábitos de consumo da sociedade, prezando pelas boas práticas nas relações, fiscalizando as partes envolvidas e protegendo o meio ambiente, minimiza a ocorrência de problemas como os que hoje são visualizados. E, além disso, investir desde cedo na educação e formação de consumidores conscientes, aos poucos vai transformando a sociedade para que possa compreender que suas atitudes afetarão a todos, só assim terão consumidores conscientes e educados.

Conclusão

O consumo integra o cotidiano das pessoas. Muito mais que um hábito, consumir é um estilo de vida. Por isso, o direito do consumidor tem a finalidade de proteger e informar os cidadãos sobre os seus direitos e deveres.

No atual cenário de mudanças, a tecnologia fornece informações em tempo real sobre produtos e serviços, preços e condições de pagamento, meios de comunicação que aproximam os consumidores, integrando-os em todos os canais de distribuição e a acessibilidade que é indispensável para a rotina dos compradores e vendedores.

O consumo consciente visa alertar a população com o intuito de propor um planejamento ponderando sobre o que é útil e necessário. Por isso, o presente estudo apresentou ações embasadas no contexto contemporâneo, para que a sociedade reflita sobre suas atitudes consumistas, bem como para os operadores do direito, explanar as prerrogativas previstas no CDC, propondo o acesso aos meios legais que a maioria da população desconhece.

Assim, a ciência jurídica precisa amparar as pessoas leigas, as quais, não possuem orientação prévia sobre o que estão comprando e onde efetivam as compras, pois muitas organizações se valem da falta de instrução e discernimento de indivíduos que não sabem como a lei atua na proteção de seus interesses.

A educação para o consumo é desafiadora. Mudanças devem ser empreendidas para que a comunidade assuma uma postura mais crítica, efetive pesquisas, saia da zona de conforto e assumo o perfil de agente fiscalizadora comprometida com a segurança e o bem estar do todo. Portanto, o processo de conscientização deve começar pelos jovens, com a implantação de cursos nas escolas para que o futuro da sociedade não seja comprometido, e para isso, o Estado necessita atuar constantemente e de forma eficaz na promoção da cidadania.

Isto posto, a interpretação da lei, como a Constituição Federal e o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, precisa tornar-se cada vez mais compreensível. Afinal, a transcendência social somente ocorrerá com o ensino que avance dos conteúdos básicos para a acessão de métodos mais dinâmicos e produtivos sustentados pelos pilares da responsabilidade, imparcialidade e transparência. E para consolidar estas

recomendações, é impreterível mais ação, menos automação, chega de utopia e de isolamento virtual, é hora de fazer a diferença.

Referências

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para o consumo**: a transformação das pessoas em mercadoria. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BENJAMIN, Antônio Herman. **Manual de direito do consumidor**. 3. ed. 2010.

BLACKWEL, Roger D.; MINIARD, Paul W.; ENGEL, James F. **Comportamento do consumidor**. São Paulo: Cengage Learning, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**.VadeMecum Saraiva. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BRASIL. Código de Proteção e Defesa do Consumidor. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990**.VadeMecum Saraiva. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BRASIL, Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. **Decreto Lei n. 4.657, de 4 de Setembro de 1942**. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 11 dez. 2018.

DUHIGG, Charles. **O poder do hábito**: por que fazemos o que fazemos na vida e nos negócios. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de direitos do consumidor**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

GILLES, Lipovetsky. **O império do efêmero**: a moda e seu destino nas sociedades modernas. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 1**: parte geral 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2018a.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 2**: teoria geral das obrigações. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018b.

KALIL, Luísa. O futuro já chegou. **Bens & Serviços**. v. 9, nº 89, p. 28, Setembro, 2012.

KERBER, Gilberto; JESUS, José Lauri Bueno de; BOFF, Salete Oro. **Educação para o Consumo Sustentável e prevenção do superendividamento**. Campinas: Millennium, 2015.

KOTLER, Philip; KELLER, Kevin Lane. **Administração de marketing**. 14. ed. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2012.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

NUNES, Rizzato. **Curso de direito do consumidor**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

PINHEIRO, Roberto Meireles [et al.]. **Comportamento do consumidor**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2011.

REIS, Jorge Renato dos; CERQUEIRA, Katia Leão; HERMANY, Ricardo. **Educação para o Consumo**. Curitiba: Multideia, 2011.

SARAIVA, Alessandra. **Intenção de consumo eleva total de endividados em julho, diz CNC**. São Paulo: Valor Econômico, 2018. Disponível em: <<https://www.valor.com.br/brasil/intencao-de-consumo-eleva-total-de-endividados-em-julho-diz-cnc/>>. Acesso em: 15 nov. 2018.

SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **Mentes consumistas: do consumo à compulsão por compras**. São Paulo: Globo, 2014.

**Remédios:
um alerta para a falta de informações sobre o que o
consumidor está comprando e quanto paga para
preservar a sua saúde**

*Édio Frighetto*¹

*Eduarda da Silva Baruffi*²

*Fahd Medeiros Awad*³

*Leonardo Luis Canton*⁴

*Sinara Larissa Weber*⁵

Introdução

Todo ser humano na condição de consumidor, em algum momento de sua existência já fez, faz e fará uso de medicamentos. A expectativa de vida dos cidadãos brasileiros está crescendo cada vez mais. As pessoas vêm ultrapassando a faixa etária dos 80 anos devido ao maior cuidado com a saúde, adotando hábitos saudáveis e possuindo um cotidiano ativo.

E para manter a posse de suas faculdades mentais e fisiológicas, não somente a população idosa, mas também os jovens são consumidores de

¹Bacharel em Administração (UPF) e Acadêmico do Curso de Direito da Universidade de Passo Fundo. E-mail: ediofrighetto@yahoo.com.br.

²Acadêmica do Curso de Direito da Universidade de Passo Fundo. E-mail: eduardabaruffi@gmail.com.

³Mestre em Direito (UFPR) e Professor do Curso de Direito da Universidade de Passo Fundo. E-mail: fahd@upf.br.

⁴Acadêmico do Curso de Direito da Universidade de Passo Fundo. E-mail: leocanton@gmail.com.

⁵Acadêmica do Curso de Direito da Universidade de Passo Fundo. E-mail: sinaralarissaweber@gmail.com.

medicamentos, pois diante da atual conjuntura global, a maioria da população vive pressionada por uma série de questões que demandam desgastes físicos e emocionais para a solução de eventos pessoais, profissionais e tecnológicos.

Esta significativa parcela da sociedade busca nas terapias de medicamentos uma opção para acalmar suas aflições na desenfreada luta pela sobrevivência do dia-a-dia. Assim, o emprego de remédios controlados, como os de tratamento da depressão, ansiedade, estresse, dentre outros transtornos tornaram-se indispensáveis ao equilíbrio físico. E aqueles que precisam são dependentes.

Ao fazer uso de fármacos, o consumidor possui conhecimento suficiente a respeito do que está ingerindo? Sabe diferenciar produtos originais, genéricos e similares? E ainda, como ocorrem as políticas de preços? Estas proposições são elucidadas com o intuito de nortear a comunidade a assumir um posicionamento criterioso, pois a indústria farmacêutica se vale das mazelas oriundas do capitalismo para congestionar o mercado com milhares de composições “terapêuticas” cuja melhoria é ineficaz.

Neste contexto, visualiza-se uma sociedade doente, ansiando por fórmulas que acalmem os ânimos, contudo, não suprem a carência de informações, pois tanto jovens quanto idosos estão consumindo substâncias sem saber o teor e se de fato ocorrerá efeito benéfico.

Se existe um remédio milagroso capaz de sanar todas as dores e moléstias, as ricas corporações farmacêuticas, ainda não dispuseram em circulação, talvez nunca cogitem esta hipótese, mas para as deficiências de informações, o direito do consumidor está apto e assíduo para assessorar os hipossuficientes.

1 Remédios: um alerta para a falta de informações sobre o que o consumidor está comprando e quanto paga para preservar a sua saúde

1.1 Direito do consumidor como direito fundamental

Em princípio, é de suma importância destacar que a proteção ao Direito do Consumidor está positivada nos artigos 5º, XXXII⁶ e 170, V⁷ da Constituição Federal, demonstrando a preocupação do legislador a fim de resguardar todo e qualquer direito da parte hipossuficiente nas relações de consumo.

Neste contexto, a autora Cláudia Lima Marques (2008), diz que o direito do consumidor como um princípio fundamental é um direito humano de terceira geração, um direito positivo de atuação do Estado em sua eficácia, canalizando sua defesa para todos os cidadãos brasileiros e os estrangeiros residentes no Brasil. Os direitos de terceira dimensão ou de solidariedade e fraternidade referem-se aos direitos da coletividade, de titularidade coletiva ou difusa. Sendo assim, denota-se o direito à paz, ao meio ambiente equilibrado, à comunicação e à proteção do consumidor.

Alguns doutrinadores afirmam que a defesa do consumidor estaria embutida à cláusula Geral da Personalidade, desta forma, a Constituição promoveria o respeito à dignidade da pessoa humana como um de seus fundamentos principais, com o objetivo da erradicação da pobreza e a marginalização, reduzindo assim as desigualdades, demonstrando, portanto, a intenção de assegurar a integridade das prerrogativas dos consumidores.

Nesse sentido, o autor Gustavo Tepedino relata:

⁶Art. 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: [...] XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.

⁷Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] V - defesa do consumidor.

[...] o coligamento destes preceitos com os princípios fundamentais da Constituição, que incluem entre os fundamentos da República “a dignidade da pessoa humana” (art. 1º III), e entre os objetivos da República “erradicar a pobreza e a marginalização, e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (art. 3º III), demonstra a clara intenção do legislador constituinte no sentido de romper a ótica produtivista e patrimonialista que muitas vezes prevalece no exame dos interesses dos consumidores.

O constituinte, assim procedendo, não somente inseriu a tutela dos consumidores entre os direitos e garantias individuais, mas afirma que sua proteção deve ser feita do ponto de vista instrumental, ou seja, com a instrumentalização dos seus interesses patrimoniais à tutela de sua dignidade e aos valores existenciais. Trata-se, portanto, do ponto de vista normativo, de proteger a pessoa humana nas relações de consumo. A proteção jurídica do consumidor, nesta perspectiva, deve ser estudada como momento particular e essencial de uma tutela mais ampla: aquela da personalidade humana: seja do ponto de vista de seus interesses individuais indisponíveis, seja do ponto de vista dos interesses coletivos e difusos (TEPEDINO, 1998, p. 249-250).

O posicionamento do autor é sensível no que tange aos reais objetivos da Constituição Federal de 1988 e tem a consciência que é de fundamental importância a positivação no ordenamento jurídico a égide dos direitos dos consumidores, afim de protege-los de forma prática e eficaz.

Em face do exposto, o direito do consumidor é concebido sob o enfoque de Azevedo (2015), pelo ramo difuso interno, melhor dizendo, a custódia do cidadão consumidor é coletiva em razão de intermediar as ofertas de mercadorias e prestações de serviços que certifiquem segurança nas relações de trocas. Com tal característica, os sujeitos ativos e passivos usufruem das diretrizes consumeristas e essencialmente, da Carta Magna, o pertinente acolhimento para a conservação do equilíbrio entre as partes.

Desta forma, os vínculos contratuais não podem ferir o sistema jurídico, visto que os interesses de uma negociação devem ser contemplados à luz da legalidade e jamais afrontar o bem-estar da comunidade, atentando, por conseguinte, os fundamentos da função social

do contrato, a probidade e a boa-fé (artigos 421 e 422 do Código Civil de 2002) ⁸.

Como preceito fundamental, advém que todas as pessoas na condição indelével de usuárias, sejam determináveis ou indetermináveis, são favorecidas pela lei em todas as esferas da ciência jurídica. A Constituição Federal de 1988 é uma divisora de águas na história política e legislativa do país, porquanto mediante sua promulgação, o direito do consumidor obteve destaque de notável importância, tornando-se um modelo para os demais Estados.

Em função disso, o Brasil estabeleceu equidade na ordem econômica, que em períodos anteriores à concretização das garantias de terceira geração, as proeminentes corporações logravam vantagens da carência de assistência nas atividades comerciais. Eis que a Lei n. 8.078 eclode em 11 de setembro de 1990 para suprir as lacunas, evitar retrocessos e privilegiar os agentes vulneráveis.

1.2 Reajuste abusivo no preço dos medicamentos

Em diversas situações, muitos devem ter se perguntado: por que o custo dos remédios é tão oneroso? Em face deste questionamento, o vigente tópico apresenta um compilado de informações para auxiliar os consumeristas sobre o que estão pagando e se de fato o valor desembolsado compensa o resultado do medicamento.

O ajustamento nos preços dos medicamentos sucede anualmente consoante a Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED⁹). Destarte, as estimativas não podem exceder os limites fixados pelo IPCA¹⁰, tendo como base de cálculo o índice inflacionário alusivo aos

⁸Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, observado o disposto na Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé. Código Civil -Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

⁹ Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos. Lei n. 10.742, de 06 de outubro de 2003.

¹⁰ Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo disponibilizado pelo IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Lei n. 5.878, de 11 de maio de 1973.

coeficientes do mercado farmacêutico, e no final de março em cada ano, através da publicação no Diário Oficial da União (DOU), determina-se o teto dos valores para comercialização(RIBEIRO, 2019).

Neste contexto, a CEMED estabelece o preço de fabricação e ocorre a relação entre os custos da manufatura e a tabulação máxima repassada ao consumidor. Cabe salientar que o preço máximo é que regula as drogarias a não ultrapassar a quantia conjecturada pelo órgão fiscalizador com o intuito dos estabelecimentos não venderem os produtos com preços exorbitantes.

O impacto do reajuste agrava a situação econômica dos usuários de medicamentos, principalmente aqueles que consomem os contínuos. Os remédios sofrem modificações dos preços considerando as manifestações da concorrência, e no caso dos genéricos, como a especulação é maior, consequentemente a elevação das cifras finais também é maior (RODRIGUES, 2015).

Deste modo, a clientela que procura os genéricos, cuja qualidade é duvidosa, acaba pagando mais por algo, que em muitas situações não surte o efeito desejado. Por isso, constata-se a precificação do varejo farmacêutico de forma predatória valendo-se da necessidade do público e instigando-o a aderir “políticas” de cadastros nas lojas para ter descontos, sendo na maioria das circunstâncias, tais descontos conceberem na prática apenas uma falha percepção econômica, pois não existe o abatimento em função do produto já ser carro e quem lucra são os pontos de vendas.

Assim, os Programas Estaduais de Defesa dos Consumidores (PROCONS), alertam a população sobre a relevância de efetivar pesquisas de preços antecipadamente a compra, ou seja, as oscilações são consideráveis de um local para o outro e o consumidor não pode ser influenciado a adquirir algo alheio a sua vontade, principalmente quando é a saúde e o seu bem estar que estão em pauta.

Porquanto, os preços preceituados pela CMED, a qual é gerida pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA¹¹), tem como escopo assegurar o autocontrole de importes arbitrários da diligência fabril ao mesmo passo que zela o consumidor de circunstâncias argúcias. Ademais, é categórico que a comunidade possa inteirar-se a respeito da fiscalização de custos dos remédios, e que a ciência jurídica, como elo entre o indivíduo e a sociedade, esclareça as devidas informações juntamente com os reajustes da CMED de forma clara e precisa, afinal de contas, os compradores necessitam saber o quanto e o porquê estão pagando determinadas valias.

Em virtude da divulgação da tabela de limites dos preços que a CMED registra na página¹² da ANVISA, as farmácias tem a obrigação de dispor para a clientela esta publicação dos montantes atualizados e ainda, orientá-la a consultar a tabulação com o propósito de que tenha conhecimento do preço de fábrica e até qual máxima o produto pode ser comercializado. Caso o consumidor constate a extrapolação das estimativas, deve entrar em contato com os órgãos competentes.

É valido frisar também, que as drogarias licenciadas pelo Programa Farmácia Popular, assumem a obrigação de comprometimento com a população mais carente e com tal característica, no caso de comprovação de sagacidade em suas publicidades (preços desproporcionais às listas fixadas), sanções administrativas devem ser ajuizadas pelo fato do consumidor estar vulnerável, à mercê de aviltamentos e requerer o devido amparo de seus interesses (ABCFARMA, 2019).

Por isso, as empresas farmacêuticas precisam observar religiosamente o rol de precificação definido pela autarquia, de modo que se for descumprida a revisão do estatuto, os estabelecimentos são autuados. Destaca-se assim, que os genéricos, por representarem um produto adjacente, cujos efeitos em analogia integram aos medicamentos de referência, não podem exceder o teto do percentual prenunciado, a estra-

¹¹ Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Lei n. 9.782, de 26 de janeiro de 1999.

¹² www.anvisa.gov.br.

tégia deste programa é de que o usuário tenha a opção de pagar menos por algo do gênero, tendo, portanto, como fundamento legal o art. 4º *caput*¹³(incisos I a IV) ¹⁴ e o art. 6º, III¹⁵ do Código de Proteção e Defesa do Consumidor de 1990.

A proposta da CMED é de que os montantes inferiores ao Preço Máximo ao Consumidor são aceitos pela demanda e não transgridam as finanças pessoais de cada cidadão, ora as drogarias portam liberalidade para designar a sua condução de preços, contanto que não transcendam o teto projetado conforme explicação anterior. À vista disso, com a expansão dos genéricos e similares, os fornecedores de fármacos originais adotaram uma artimanha de precificação com o intento de competir com aqueles, e isso significa que as duas faixas de preços podem ser próximas, disputando o páreo, logo é imprescindível ao direito do consumidor ressaltar o público sobre a averiguação e avanço dos preços nos insumos de saúde com a corroboração do art. 7º (XXV, c) ¹⁶ da Lei n. 9.782/1999.

Em suma, é inerente a comunidade adquirir mais conhecimento sobre o custo-benefício que os itens disponibilizados pelo mercado proporcionam aos compradores, dado isso, o propósito é norteá-los a verificar as variáveis de um para o outro e até que ponto a eficácia do

¹³A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

¹⁴I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor: a) por iniciativa direta;b) por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas;c) pela presença do Estado no mercado de consumo;d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho.III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica ([art. 170, da Constituição Federal](#)), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;IV - educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo.

¹⁵Art. 6º. São direitos básicos do consumidor:[...] III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem.

¹⁶ Compete à Agência proceder à implementação e à execução do disposto nos incisos II a VII do art. 2º desta Lei, devendo:[...] XXV - monitorar a evolução dos preços de medicamentos, equipamentos, componentes, insumos e serviços de saúde, podendo para tanto: [...] c) quando for verificada a existência de indícios da ocorrência de infrações previstas nos [incisos III ou IV do art. 20 da Lei n 8.884, de 11 de junho de 1994](#), mediante aumento injustificado de preços ou imposição de preços excessivos, dos bens e serviços referidos nesses incisos, convocar os responsáveis para, no prazo máximo de dez dias úteis, justificar a respectiva conduta.

produto compensa a soma economizada, porque quando o consumidor é direcionado a uma destas possibilidades, pode correr o risco de adquirir um remédio que não surta a ação esperada, gastando o seu dinheiro por simples comprimidos e capsulas.

1.3 O consumidor tem informação sobre a qualidade do medicamento?

Presencia-se um cenário mundial de crescimento na expectativa de vida das pessoas. Tal fator decorre preponderantemente de uma melhora na qualidade de vida desses, onde, o uso de fármacos e medicamentos como meios terapêuticos e preventivos possuem influencia crucial e categórica.

Data-se o século XXI, um período histórico marcado por uma realidade de globalização de informações assíduas, em todo lugar a qualquer instante. No entanto, é de suma relevância sintetizar e analisar o que vêm a ser memorado, diante disso, no âmbito da saúde pública e das práticas medicamentosas, questiona-se: Até que ponto a informação chega até os olhos e ouvidos dos consumidores de forma genuína e esclarecida?

De acordo com LIRA et al, 2014:

Os medicamentos desempenham papel fundamental na proteção e recuperação da saúde, além de auxiliarem na manutenção e na melhoria da qualidade de vida. Aproximadamente um terço da população mundial tem dificuldade de acesso a medicamentos, pelos elevados preços, sendo que essa proporção aumenta 50% em países em desenvolvimento. Assim, os medicamentos genéricos são uma alternativa aos medicamentos de referência em vários países do mundo como, por exemplo, Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Iraque, Malásia e Brasil.

A indústria farmacêutica tem possibilitado para os consumidores e profissionais da saúde, maiores alternativas de medicamentos, podendo ser estes de referências (originais), bem como as alternativas mais eco-

nômicas que se referem aos genéricos e similares, que pelos seus preços, costumeiramente acabam sendo eleitos na hora da compra na farmácia, pelas classes média e baixa da sociedade.

Diante disso, surge a intenção abordada nesse capítulo, a escassez de informação, que diz respeito a parcela significativa da população que somente tem conhecimentos sobre a diferença de preço e detalhes básicos da composição entre as três alternativas (originais, genéricos e similares). Nesse sentido torna-se substancial esclarecer as singularidades de cada medicamento.

De acordo com a Agência Nacional de Saúde e Vigilância Sanitária,

Medicamento de Referência é um produto inovador, registrado e comercializado no País, cuja eficácia, segurança e qualidade foram comprovadas cientificamente junto à Anvisa, por ocasião do registro. O medicamento de referência é um status conferido ao medicamento que ingressa na Lista de Medicamentos de Referência e se torna parâmetro de eficácia terapêutica, segurança e qualidade para o registro dos medicamentos genéricos e similares.

A Lei 9.787 de dez de fevereiro de 1999 em seu inciso XX, quanto aos medicamentos singulares, regulamenta:

XX – Medicamento Similar – aquele que contém o mesmo ou os mesmos princípios ativos, apresenta a mesma concentração, forma farmacêutica, via de administração, posologia e indicação terapêutica, preventiva ou diagnóstica, do medicamento de referência registrado no órgão federal responsável pela vigilância sanitária, podendo diferir somente em características relativas ao tamanho e forma do produto, prazo de validade, embalagem, rotulagem, excipientes e veículos, devendo sempre ser identificado por nome comercial ou marca.

Em seu Inciso XXI, a Lei 9.787 de 1999, dispõe quanto aos medicamentos genéricos:

XXI – Medicamento Genérico – medicamento similar a um produto de referência ou inovador, que se pretende ser com este intercambiável, geralmente produzido após a expiração ou renúncia da proteção patentearia ou de outros

direitos de exclusividade, comprovada a sua eficácia, segurança e qualidade, e designado pela DCB ou, na sua ausência, pela DCI.

Tratando-se dos medicamentos originais, torna-se evidente sua qualidade, partindo-se do princípio que são modelos a serem seguidos pelos demais medicamentos, bem como possuem eficácia garantida aos consumidores. Todavia são de difícil acesso à significativa parcela dos consumidores devido a sua onerosidade no mercado farmacêutico.

No que tange aos similares e genéricos, ambos são entendidos como substitutos aos medicamentos de referência, pois possuem a mesma substância farmacologicamente ativa, nas mesmas concentrações e formulação quase idênticas. No entanto, há pequenas modificações em suas formulações, devido a isso, não devem ser considerados equivalentes aos originais.

Tais modificações e distinções são analisadas por meio de testes de bioequivalência e à equivalência farmacêutica entre as formulações de referência e genéricos. Quando comprovado as similaridades, permite-se que o medicamento genérico utilize os estudos iniciais da eficácia e segurança obtidos durante os ensaios de desenvolvimento do remédio de referência(ANVISA, 2018).

Entretanto, atualmente os requisitos legais de regulamentação para produção e comercialização de genéricos e similares, são insuficientes ao referir-se a desconfiança de muitos médicos e pesquisadores em âmbito nacional e internacional. (CAIXETA, 2015). Esses testes são efetuados, em dose única, sendo dessa forma, questionado se esse procedimento é competente para que a distribuição, o metabolismo e a absorção do princípio ativo sejam idênticos quando o medicamento é utilizado em repetidas doses ou por um longo período de tempo (BARATA-SILVA et al, 2017).

De acordo com Barata-Silva et al, apud Beinshon 2015, p 4:

Por exemplo, análises de 31 medicamentos genéricos à base de Docetaxel, coletados em 14 países, inclusive no Brasil, demonstraram que 21 deles continham quantidade do princípio ativo abaixo daquela aceitável (<90% da quantidade declarada), e destes, 11 apresentaram concentrações menores que

80% da quantidade rotulada. Um deles apresentava concentração de Docetaxel <40%. Em outras palavras, dos 31 medicamentos analisados, apenas 10 apresentavam concentração da substância ativa entre 90-100%, como legalmente exigido.

Não obstante, conforme Barata-Silva et al, 2017 apud VIA J et al, 2008, p 5:

Outros casos de produtos produzidos e comercializados no Brasil não atendendo aos requisitos de qualidade estabelecidos pelas Farmacopéias americana e europeia também já foram reportados, como em um estudo envolvendo a comparação de 34 produtos genéricos à base de ceftriaxone produzidos em diversos países com o produto de referência, no qual 18 deles, inclusive dois produzidos e comercializados no Brasil, não atendiam aos requisitos citados. Resultados semelhantes foram relatados para produtos à base de Docetaxel: de 31 produtos avaliados provenientes de 14 países, incluindo seis do Brasil, 90% não atendiam aos requisitos relacionados à concentração do fármaco e de impurezas.

Diante disso, fica evidente a insegurança que as alternativas referentes aos genéricos e similares oferecem, sendo notória a necessidade de maiores estudos e pesquisas na área. Pois se tratando de saúde pública é imprescindível a qualidade e garantia dos remédios à coletividade.

No tocante aos medicamentos de referência, são eficazes por surtir o efeito desejado em um tratamento, todavia são extremamente onerosos, logo como parcela significativa da população não possui condições para manter tal terapia, a indústria farmacológica propõe os genéricos, cuja qualidade e eficácia é questionável, contudo, apresentam uma faixa de preço acessível.

Assim, o mercado fármaco obtém lucros em distintas ofertas, entretanto o prejudicado é o consumidor final. Quando este se dirige até um ponto de venda, sem informações prévias e tão pouco é orientado por quem lhe vende. Afinal o cidadão que é munido de conhecimento representa uma ameaça para as famigeradas “vantagens” que as organizações apresentam, perante isso, aproveitam-se do hipossuficiente que apesar

de não ter proveitos financeiros deseja sanar seus transtornos fisiológicos, que por fim adquire produtos de linha intermediária, com sua eficácia contrariada.

Diante do exposto, surge o Direito Consumerista, visando alertar esse determinado e significativo público a respeito da diferenciação destas opções (originais, genéricos e similares), bem como exigir que a comunidade médica comprometa-se mais com a saúde e os riscos de tais fórmulas cujos efeitos são passíveis de maiores estudos, do que com o monopólio da indústria farmacêutica, que visa o auferimento de lucro sobre os pacientes vulneráveis.

Conclusão

Em virtude dos fatos mencionados percebe-se uma grande oferta de medicamentos no mercado farmacêutico, mas que a problemática se detém na falta de informação ao consumidor sobre o real benefício que esses medicamentos causam na pessoa, bem como falta uma maior clareza na diferenciação do que é um remédio original, genérico e similar. Ademais se examina que as grandes empresas donas das indústrias farmacêuticas não demonstram o menor propósito de conscientizar essa população que em sua maioria é leiga no assunto, sobre as reais condições de determinado produto, sua eficácia e se o preço é compatível com a capacidade do produto.

Por esses aspectos entende-se que os consumidores de fármacos estão à mercê das grandes corporações, com pouco acesso a informações e como a maioria tem baixo poder aquisitivo são levados a comprar os medicamentos com menor valor como os genéricos e similares, dessa forma ficam destinados a consumir medicamentos com qualidade questionável.

Desta forma, é possível constatar que a população em geral ainda possui grande dificuldade para diferenciar os medicamentos genéricos, similares e originais, então se faz necessário o suprimento de informa-

ções adicionais durante a prescrição e também no momento da entrega desses medicamentos para que os cidadãos possam adquirir os fármacos de forma livre e consciente ensejando assim a aplicabilidade integral que buscam os consumidores.

Em linhas gerais, as renomadas companhias que financiam pesquisas dos produtos discutidos, não têm interesse na promoção da saúde. Isto significa que um indivíduo saudável não gera lucro, logo dispensa o uso de drogas. Contudo, o portador de doenças alimenta a cadeia produtiva do setor bioquímico, buscando tratar seu corpo.

Entretanto, convém elucidar que as substâncias fornecidas danificam gradualmente órgãos como estômago, fígado, rins e além do mais, novos sintomas surgem, como os casos de câncer desencadeados pela ingestão de tratamentos para determinados problemas, como dores decorrentes de má postura ou depressão, e por fim, proliferam outros agravos ainda maiores em um ciclo sem solução.

Por conseguinte, o conhecimento e a disseminação de informações precisas sobre as composições medicamentosas, é o melhor remédio para a prevenção da saúde, pois o veneno da ignorância somente faz efeito se for tomado. Sendo assim, a dose correta da justiça é a fórmula infalível. Aliás, a educação para o consumo é a cura para as enfermidades do homem e a sociedade.

Referências

ABCFARMA. Reajuste de preços dos medicamentos – CMED. **ABCFARMA**. Mar. 2019. Disponível em: <http://site.abcfarma.org.br/o-reajuste-de-precos-dos-medicamentos-pela-camara-de-regulacao-do-mercado-de-medicamentos-cmed/>.

Acesso em: 01 abr. 2019.

ANVISA, Agência Nacional de Vigilância Sanitária. **Registro de medicamentos genéricos, novos e similares:** tecnologia farmacêutica. Brasília: Perguntas & Respostas. 7. ed. mar. 2018. Disponível em: http://portal.anvisa.gov.br/documents/33836/418522/Perguntas+e+Respostas+-+Registro+de+Medicamentos+Gen%

[C3%Agricos%2C+Similares+e+Novos+%287%C2%AA+edi%C3%A7%C3%A3o%29/3bfada1c-67f3-48c5-bba7-4c07e7978f5e/](http://www.scielo.br/pdf/cadsc/v25n3/1414-462X-cadsc-1414-462X201700030075.pdf)>. Acesso em: 20 mai. 2019.

AZEVEDO, Ney Queiroz de. **Direito do consumidor**. Curitiba: InterSaberes, 2015.

BARATA-SILVA, Cristiane [et al.]. **Desafios ao controle da qualidade de medicamentos no Brasil**. Rio de Janeiro: Cad. Saúde Colet, 25 mar. 2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/cadsc/v25n3/1414-462X-cadsc-1414-462X201700030075.pdf>>. Acesso em: 17 abr. 2019.

BEINSHON, M. **Generic cancer drugs that we can trust**. Cancer World. 2015;28:434. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/cadsc/v25n3/1414-462X-cadsc-1414-462X201700030075.pdf>>. Acesso em: 17 abr. 2019.

BRASIL. **Lei n. 5.878, de 11 de maio de 1973**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5878.htm>. Acesso em: 06 abr. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 abr. 2019.

BRASIL. Código de Proteção e Defesa do Consumidor. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm>. Acesso em: 14 abr. 2019.

BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. **Lei n. 9.782, de 26 de janeiro de 1999**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9782.htm>. Acesso em: 14 abr. 2019.

BRASIL. **Lei n. 9.787, de 10 de fevereiro de 1999**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9787.htm>. Acesso em: 20 abr. 2019.

BRASIL. Código Civil. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406.htm>. Acesso em: 21 abr. 2019.

BRASIL. **Lei n. 10.742, de 06 de outubro de 2003.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.742.htm/>. Acesso em: 06 abr. 2019.

CAIXETA, Marcelo. **Médicos falam de seus problemas com remédios genéricos, similares, ou seja, sem controle adequado no Brasil.** Diário da Manhã/Seção Opinião Pública. Abr. 2015. Disponível em: <http://www.dm.com.br/opinia0/2015/04/medicos-falam-de-seus-problemas-com-remediosgenericos-similares-ou-seja-sem-controle-adequado-no-brasil.html/>>. Acesso em: 17 abr. 2019.

MARQUES, Claudia Lima. **Comentários ao código de defesa do consumidor.** São Paulo: Revista dos tribunais, 2004.

LIRA, Claudio Andre Barbosa de [et al]. **Conhecimento, percepções e utilização de medicamentos genéricos:** um estudo transversal. Einstein. Mar, 2014. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/eins/v12n3/pt_1679-4508-eins-12-3-0267.pdf/>. Acesso em: 20 abr. 2019.

RIBEIRO, Luci. **Governo autoriza aumento de até 4,33% no preço de medicamentos já a partir deste domingo.** Estadão. Mar, 2019. Disponível em: <http://saude.estadao.com.br/noticias/geral,governo-autoriza-aumento-de-ate-4-33-no-preco-de-medicamento-ja-a-partir-deste-domingo/>>. Acesso em: 05 abr. 2019.

RODRIGUES, Rodrigo. **De olho nos preços abusivos.** Guia da farmácia. com. br. Dez, 2015. Disponível em: <http://guiadafarmacia.com.br/materia/riscos-do-abuso/>>. Acesso em: 06 abr. 2019.

TEPEDINO, Gustavo (coord). **Problemas de direito civil - constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VIA, J [et al.]. **Pharmaceutical quality of docetaxel generic versus originator drug product: a comparative analysis.** CurrMed Res Opin, 2008.jul 24. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1185/03007990802207874/>>. Acesso em: 17 abr. 2019.

A estabilidade do servidor público à luz do princípio constitucional da eficiência

*Leonardo Orio Bortoluzzi*¹

*Ezequiel Paulo Zanelatto*²

Introdução

A administração pública é a estrutura pelo qual um governo efetiva seus atos, assim, seu principal objetivo deve ser atender ao interesse público, logo, deve ser eficiente e eficaz. Todavia, é notório que no Brasil a máquina pública é lenta e ineficiente, incapaz de atender os reais interesses da sociedade. À vista disso, constatou-se que a estabilidade do servidor público poderia ser uma das causas deste problema, uma vez que traria à este uma percepção de que estaria garantido no cargo independente de atender ou não a finalidade da administração.

Outrossim, a administração pública é vinculada à normas e princípios que regem o direito administrativo, entre eles, o princípio da eficiência, incluído pela emenda constitucional nº 19/1998, com o intuito de obrigar a administração pública a primar pelo interesse público de forma mais econômica e sustentável. A estabilidade, por sua vez, foi criada para proteger os servidores públicos de demissões arbitrárias e para garantir a imparcialidade e a continuidade dos serviços públicos.

¹ leonardo.bortoluzzi@hotmail.com

² zequi@upf.br

Posto isso, verifica-se que a eficiência e a estabilidade são institutos indispensáveis à administração pública e ao interesse público. Desta forma, sendo o servidor público, representante do poder de agir do Estado, é imprescindível que atue respeitando o dever de eficiência, para que seja atendida a finalidade do Estado.

Todavia, ocorre que a estabilidade está sendo entendida por muitos servidores públicos, como um mero privilégio, mesmo porque não existem muitas hipóteses legais de obrigá-lo a ser eficiente, assim, acreditam terem garantida a permanência no cargo mesmo não trabalhando de forma eficaz e eficiente. Por conseguinte, verifica-se que a estabilidade contrapõe-se ao dever de eficiência da administração, obstando a satisfação do direito à boa administração pública dos cidadãos.

Tomando como base a presente argumentação, este artigo visa analisar o aparente conflito entre estes institutos, bem como, a possibilidade de ponderação entre eles, a fim de maximizar os efeitos do princípio da eficiência, sem descaracterizar o instituto da estabilidade, com vistas à satisfazer o direito fundamental à boa administração pública.

Para isso, o artigo apresenta-se dividido em três capítulos, primeiro analisou-se o princípio da eficiência, no segundo capítulo, a garantia de estabilidade do servidor público, e, finalmente, no último capítulo, a avaliação de desempenho como meio de ponderação entre estabilidade e eficiência para satisfação do direito fundamental à boa administração pública.

1 Princípio da eficiência

Os princípios fundamentam e norteiam todo e qualquer ordenamento jurídico, como é no Direito Administrativo, constituindo-se na essência de determinada ciência. No Direito Administrativo, pois, os princípios administrativos representam diretrizes pré-normativas, que devem fundamentar todo e qualquer ato praticado pelos agentes do Estado, quando no exercício das funções públicas.

Todavia, diferente das normas, os princípios estão condicionados a uma dimensão de proporcionalidade, podendo serem aplicados em maior e menor grau, levando em consideração as condições fáticas e jurídicas. Portanto, em eventual conflito entre os princípios, ao contrário das regras, estes não são excluídos do ordenamento jurídico, permitindo-se o emprego da ponderação de valores, quer dizer, o intérprete deverá analisar no caso concreto a qual princípio será atribuído o grau de preponderância.

Por sua vez, o princípio da eficiência passou a ter status constitucional quando foi introduzido à legislação maior pela Emenda Constitucional nº 19/1998, que estabeleceu novas regras ao modelo administrativo brasileiro. Essa mentalidade, voltada para um agir mais eficiente do Estado, com redução de gastos, maior eficiência na prestação dos serviços, avaliação de desempenho e controle de resultados, é reflexo do modelo gerencial que passou a ser adotado pela administração pública no Brasil, deixando para trás o modelo burocrático, constituído pelo formalismo e pela presença invariável de normas e rigidez dos procedimentos.

Consoante Luiz Carlos Bresser Pereira e Petter Spink, ainda no período em que se discutia essa transição de modelos administrativos, “as consequências da sobrevivência do patrimonialismo e do enrijecimento burocrático, muitas vezes perversamente misturados, são o alto custo e a baixa qualidade da administração pública brasileira” (1998, p. 240).

De mesmo modo, percebeu-se na época, que frente à essa nova perspectiva de Estado, o instituto da estabilidade do servidor público, que foi criado para proteger os funcionários e mesmo o Estado das práticas autoritaristas características dos regimes anteriores, passou a ser visto como forma de desmotivação e falta de disposição para o trabalho. Dessa maneira, Luiz Carlos Bresser Pereira e Petter Spink, entendiam que:

A estabilidade, entretanto, implica um custo. Impede a adequação dos quadros de funcionários às reais necessidades do serviço, ao mesmo tempo que inviabiliza a implantação de um sistema de administração pública eficiente,

baseado num sistema de incentivos e punições. Justificava-se enquanto o patrimonialismo era dominante e os serviços do Estado liberal, limitados; deixa de sê-lo quando o Estado cresce em tamanho, passa a realizar um grande número de serviços e a necessidade de eficiência para esses serviços torna-se fundamental (1998, p. 252-253).

Nessa perspectiva, não se justificava a estabilidade de forma absoluta, como era no modelo burocrático, necessitando ser ajustada frente à transição para o modelo gerencial de administração. Por consequência, a Emenda Constitucional nº 19/1998, tratou de ajustar o instituto da estabilidade em face dessas novas imposições sociais, trazendo alterações que flexibilizaram essa garantia.

Consequentemente, a eficiência passou a ter primordial importância para essa nova administração pública que se buscava. Pretendeu-se com a inclusão deste princípio conferir direitos aos administrados dos serviços prestados pelo estado ou por seus delegados e estabelecer obrigações efetivas aos servidores. José dos Santos Carvalho Filho, afirma que a constitucionalização deste princípio estabelece a concretização de um direito da sociedade, que sempre viu-se impotente em lutar contra a má prestação dos serviços e a negligência do estado (2017, p. 31).

Noutra acepção, Marçal Justen Filho, escreve acerca da necessidade da eliminação da burocracia para o efetivo atendimento dos interesses públicos, segundo ele:

A eficácia administrativa também significa a vedação à observância de soluções burocráticas inúteis. A atividade administrativa existe para o cidadão e a frustração de atendimento às necessidades coletivas e individuais por razões formais irrelevantes viola a Constituição (2016, p. 69).

Frente ao exposto, verifica-se que o princípio da eficiência está adstrito ao princípio da legalidade, de modo que mesmo os atos que permitem maior discricionariedade à administração pública devem estar condicionados ao que a lei permite ao poder público fazer. Uma das consequências dessa limitação do princípio da eficiência pelo princípio da

legalidade pode ser vista, por exemplo, no caso da garantia de estabilidade dos servidores públicos.

Explica-se. Muitos servidores veem nessa garantia de permanência no cargo um amparo para ineficiência e descompromisso com a finalidade pública, acarretando prejuízo na prestação dos serviços públicos e entrando em conflito com o princípio da eficiência, obstando a satisfação do direito à boa administração pública pertencente aos cidadãos, uma vez que por serem dotados de estabilidade, não podem perder o cargo a não ser nas hipóteses que a lei permite.

Todavia, antes de apresentar soluções para o aparente conflito que emerge, faz-se primordial analisar o instituto da estabilidade do servidor público, visto a sua importância no âmbito administrativo e constitucional, sendo uma garantia de direitos aos servidores e também dos cidadãos.

2 A garantia de estabilidade do servidor público

Por conta da transitoriedade dos governos própria ao Estado Democrático de Direito, percebeu-se a necessidade de criar um instituto que protegesse os servidores públicos de possíveis demissões arbitrárias ou de cunho político, garantindo-lhes a continuidade no serviço. Assim, surgiu o direito à estabilidade, garantindo ao servidor público a permanência no cargo após o preenchimento de alguns requisitos dispostos na Constituição Federal. Logo, a estabilidade não deve ser entendida como mero privilégio do servidor público, mas como um meio eficaz e necessário à defesa do interesse público, pois representa, além de tudo, uma forma de assegurar a continuidade da prestação de serviços públicos essenciais.

Todavia, nem sempre houve essa preocupação com os servidores públicos, nem sempre eles receberam esta denominação ou dispuseram desta garantia constitucional da estabilidade. Então, se faz relevante

compreender a evolução deste instituto para que se possa entendê-lo melhor nos dias atuais.

2.1 Evolução do instituto da Estabilidade

Segundo Paulo de Matos Ferreira Diniz (1998) a estabilidade é oriunda da América do norte, mais precisamente nos Estados Unidos da América, onde por consequência da alternância partidária no comando do Estado, após cada pleito eleitoral, o partido eleito realizava as alterações consideradas necessárias, as quais consistiam em demissões em massa de funcionários que eram conhecidos por serem adversários políticos e ideológicos.

Por conseguinte, muitos dos serviços oferecidos à população eram paralisados, deixando máquina pública lenta, ineficaz e até mesmo inoperante, tendo em vista a falta de qualificação, experiência e conhecimento da administração pública daqueles funcionários que eram admitidos pelo novo governo.

No mesmo sentido, no Brasil, era inevitável a ocorrência dos mesmos problemas verificados nos Estados Unidos da América, entretanto, além da mera troca de pessoal, aqui, evidenciava-se um inchaço da máquina pública. Consoante escrevem Luiz Carlos Bresser Pereira e Peter Spink, “no Brasil, por exemplo, havia, durante o império, a prática da “derrubada”. Quando caía um governo, eram demitidos não só os portadores de cargos de direção, mas também muitos funcionários comuns” (1998, p. 252).

Logo, a sociedade passou a clamar por algo que pusesse fim as perseguições e assegurasse a continuidade na prestação dos serviços essenciais, assim, a estabilidade ganhou status constitucional, estando presente em todas as constituições brasileiras, embora nem sempre debatida e mencionada de forma suficiente, sempre esteve nas entrelinhas da lei.

As duas primeiras Constituições brasileiras, não fizeram referência ao instituto. Foi na Constituição de 1934, que dedicou-se um título aos

“funcionários públicos”, com preceitos que em parte são seguidos até hoje. Já a Constituição de 1967, influenciada pelo Estado Liberal, trouxe novos ideais ao instituto da estabilidade, restringindo seu alcance ao impor requisitos semelhantes aos atuais para sua obtenção.

Logo em seguida, em 1969, a junta governativa provisória, formada pelos ministros militares da marinha, aeronáutica e exército, editaram o texto da Constituição anterior por meio da Emenda Constitucional nº 1, a qual ficou conhecida como Constituição de 1969, e praticamente nada alterou em relação a estabilidade, porém, excluiu o disposto no Art. 99 da Constituição de 1967, dando a entender que a nomeação para cargo efetivo, mesmo sem concurso, gerava estabilidade.

Já com o advento da Constituição Federal de 1988, em sua redação original, assim ficou disciplinada a estabilidade:

Art. 41. São estáveis, após dois anos de efetivo exercício, os servidores nomeados em virtude de concurso público.

§ 1º. O servidor público estável só perderá o cargo em virtude de sentença judicial transitada em julgado ou mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa.

§ 2º. Invalidada por sentença judicial a demissão do servidor estável, será ele reintegrado, e o eventual ocupante da vaga reconduzido ao cargo de origem, sem direito a indenização, aproveitado em outro cargo ou posto em disponibilidade.

§ 3º. Extinto o cargo ou declarada a sua desnecessidade, o servidor estável ficará em disponibilidade remunerada, até seu adequado aproveitamento em outro cargo. (BRASIL, 1988).

Além disso, o Art. 19 dos Atos das Disposições Transitórias, estabeleceu que:

Art. 19. Os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no Art. 37, da Constituição, são considerados estáveis no serviço público. (BRASIL, 1988).

Neste sentido, a Constituição atual apenas ampliou a estabilidade em relação à anterior, concedendo a estabilidade a todos os servidores públicos em exercício, sob qualquer regime, desde que tivessem pelo menos cinco anos de efetivo exercício.

Entretanto, em 1998, com a aprovação da Emenda Constitucional nº 19, flexibilizou-se o instituto da estabilidade, alterando a redação do Art. 41, da Constituição Federal, que passou a garantir a estabilidade nas seguintes condições:

Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público.

§ 1º O servidor público estável só perderá o cargo:

I - em virtude de sentença judicial transitada em julgado;

II - mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa;

III - mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa.

§ 2º Invalidada por sentença judicial a demissão do servidor estável, será ele reintegrado, e o eventual ocupante da vaga, se estável, reconduzido ao cargo de origem, sem direito a indenização, aproveitado em outro cargo ou posto em disponibilidade com remuneração proporcional ao tempo de serviço.

§ 3º Extinto o cargo ou declarada a sua desnecessidade, o servidor estável ficará em disponibilidade, com remuneração proporcional ao tempo de serviço, até seu adequado aproveitamento em outro cargo.

§ 4º Como condição para a aquisição da estabilidade, é obrigatória a avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade (BRASIL, 1998).

Deste modo, em consequência da transição para o modelo gerencial e da pressão popular existente na época, a Emenda Constitucional nº 19/1998, conhecida como “reforma administrativa”, trouxe alterações ao instituto da estabilidade, baseados na necessidade de eficiência do serviço público, que naquela época era amplamente alvo de críticas pela sociedade.

2.2 Conceito de estabilidade

Feito esse resgate histórico da evolução do instituto da estabilidade, analisar-se-á a estabilidade sob a ótica atual. Conforme visto no Art. 41 da Carta Magna, atualmente, a estabilidade é garantia conferida a determinada espécie de agentes públicos, após estes terem preenchidos os requisitos legais. Nas palavras de José dos Santos Carvalho Filho assim pode-se conceituá-la,

Estabilidade é o direito outorgado ao servidor estatutário, nomeado em virtude de concurso público, de permanecer no serviço público após três anos de efetivo exercício, como passou a determinar a EC nº 19/1998, que alterou o Art. 41 da CF, pelo qual anteriormente era exigido o prazo de apenas dois anos (2017, p. 718).

Portanto, nota-se que o primeiro requisito para garantia da estabilidade é a efetividade, ou seja, a exigência de que o cargo somente pode ser provido de estabilidade se o agente tiver sido previamente aprovado em concurso público. Neste contexto, é importante não confundir a noção de estabilidade com efetividade. José dos Santos Carvalho Filho, explica que estabilidade é a garantia constitucional do servidor estatutário manter-se no cargo, após cumpridos os requisitos, já efetividade corresponde a uma situação jurídica, o qual designa os servidores titulares de cargos efetivos, diferenciando-os daqueles que ocupam cargo em comissão, que não são efetivos (2017, p. 724).

Cumpre atentar que a estabilidade diferencia-se também da vitaliciedade. Enquanto a estabilidade é garantida aos servidores estáveis aprovados mediante concurso, a vitaliciedade, nas palavras de Matheus Carvalho “configura uma prerrogativa maior concedida pela Carta Magna aos agentes públicos de determinadas carreiras, em razão da natureza do cargo que exercem e do grau de responsabilidade inerente às atividades por eles exercidas” (2017, p. 833). Atualmente a Constituição da República Federativa do Brasil garante a vitaliciedade aos magistrados, aos membros do Tribunal de Contas e aos membros do Ministério Público.

Entretanto, a principal diferença entre os institutos está nas hipóteses de perda do cargo, haja visto que o servidor vitalício só perdê-lo-á em virtude de sentença judicial transitada em julgado, enquanto para o servidor estável, além desta possibilidade, também perderá o cargo por meio de processo administrativo (Art. 41, II e III, CF), bem como pelo excesso de gastos com pessoal (Art. 189, CF).

Desta forma, aprovado em concurso público, após a nomeação, o servidor se torna estável, contudo, a garantia de estabilidade não se dará imediatamente, conforme dito, existem outros requisitos que devem ser preenchidos pelo servidor.

Originalmente, a Constituição Federal definia, no Art. 41, que a estabilidade deveria ser garantida ao servidor detentor de cargo efetivo nomeado por concurso público, após dois anos de efetivo exercício no cargo. Entretanto, a regra foi alterada pela Emenda Constitucional nº 19/1998, que ampliou o prazo para três anos, período no qual o servidor estará em estágio probatório, onde terá seu desempenho avaliado, verificando, ao final, se possui habilitação para o desempenho das funções pertinentes ao cargo.

Outra alteração trazida pela Emenda Constitucional nº 19/1998, acrescentou no parágrafo 4º, do Art. 41, um requisito até então inexistente para aquisição da estabilidade, qual seja, a obrigatoriedade de avaliação especial de desempenho por comissão instituída especialmente para esta finalidade.

Isso significa, que além do tempo no exercício da função, para a garantia da estabilidade o servidor deverá ser avaliado por uma comissão específica para verificar se o mesmo tem aptidão para o exercício das funções. Essa alteração é decorrente do princípio da eficiência e da mudança de paradigmas trazidas pelo modelo gerencial da administração pública.

No entanto, na prática, pode ocorrer de passar o prazo de três anos sem que o Poder Público tenha realizado a avaliação do servidor, neste caso, a doutrina tem entendido que o servidor não pode ser prejudicado

pela inércia da administração, desta forma, entende-se que a avaliação pode ser expressa ou tácita.

Ademais, a Constituição prevê outra forma de aquisição da estabilidade do servidor público, a estabilização, prevista no Art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a qual considera estável, mesmo sem aprovação em concurso público, os servidores que tenham ingressado no serviço público, pelo menos cinco anos antes da promulgação da Constituição Federal. Essa garantia, no entanto, não alcança os servidores de cargo, emprego ou função de confiança ou qualquer cargo que a lei considere de livre exoneração.

2.3 Hipóteses de perda do cargo pelo servidor estável

Adquirida a estabilidade, o servidor passa a ter uma garantia de permanência no serviço. Todavia, essa garantia não é absoluta, uma vez que a Constituição da República Federativa do Brasil prevê hipóteses em que a administração pode demitir ou exonerar o servidor estável.

Primeiramente, o Art. 41, parágrafo primeiro, da Constituição elenca em seus incisos, três possibilidades: a primeira, por meio de sentença judicial transitada em julgado, nos termos do Art. 41, §1º, I, da CF. A segunda, mediante processo administrativo em que seja assegurada a ampla defesa, nos termos do Art. 41, §1º, II, da CF. Outra hipótese de perda do cargo pelo servidor estável, de acordo com o Art. 41, §1º, III, da CF, é mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar. Por fim, o Art. 169, §4º, da Constituição prevê a perda do cargo pelo servidor estável em função do excesso de gasto orçamentário com despesa de pessoal.

Contudo, antes de analisar as hipóteses acima cumpre diferenciar a demissão da exoneração. Embora ambas constituam maneiras de desligamento do servidor do funcionalismo público, é primordial que se faça uma distinção terminológica, evitando-se eventuais dúvidas. Para isso, utilizar-se-á os ensinamentos de José dos Santos Carvalho Filho, segundo ele:

Enquanto a *demissão* é ato de caráter punitivo, representando uma penalidade aplicada ao servidor, em razão de infração funcional grave, a *exoneração* é a dispensa do servidor por interesse deste ou da Administração, não havendo qualquer conotação de sentido punitivo. O suporte fático da demissão é, portanto, inteiramente diverso do suporte da exoneração: na primeira, é a prática de uma infração grave, e, na segunda, o interesse do servidor ou da Administração (2017, p. 725).

Desse modo, as três primeiras hipóteses de perda do cargo representam demissão, visto que são atos punitivos que dependem de infração funcional grave por parte do servidor. Já a hipótese de perda do cargo pelo excesso de gasto orçamentário, constitui ato de exoneração, pois não possui caráter punitivo, dependendo exclusivamente do interesse da Administração.

Verifica-se ainda, que as duas primeiras hipóteses já estavam previstas no texto original da Constituição Federal, as outras duas, no entanto, são novidades, decorrentes da Emenda Constitucional nº 19/1998. Quanto a primeira hipótese, o processo judicial com sentença transitada em julgado, nota-se que não é admitida a perda do cargo em razão de decisões que ainda estejam sujeitas a recurso.

A segunda hipótese, demissão mediante processo administrativo, observado o direito à ampla defesa, nas palavras de Matheus Carvalho constitui redundância do legislador constitucional, vez que o direito ao contraditório a ampla defesa é direito constitucional, devendo estar presente em todo e qualquer procedimento administrativo (2017, p. 829).

A outra possibilidade de perda do cargo pelo servidor estável diz respeito ao Art. 169, §4º, da Constituição Federal, que prevê a perda do cargo do servidor por excesso de gastos com pessoal. Essa hipótese foi incluída pela Emenda Constitucional nº 19/1998, visando evitar que o poder público exceda os limites de gastos com o pagamento de servidores.

Disciplinada pela Lei Complementar 101/2000 a chamada lei de responsabilidade fiscal, dispõe que, se após reduzidas as despesas com pelos menos 20% dos cargos em comissão e de confiança e a exoneração de

servidores não estáveis, poderá o servidor estável perder o cargo para que a administração não extrapole os limites legais de gastos. No entanto, essa hipótese deve ser encarada como “*ultima ratio*” pela administração, respeitados os requisitos legais e os direitos do servidor estável.

Ademais, a última hipótese, estabelece a perda do cargo pelo servidor estável mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada a ampla defesa. Na ocasião da Emenda Constitucional nº 19/1998, havia um grande apelo popular por alguma atitude frente a ineficiência e a baixa qualidade dos serviços públicos da administração, assim, culpava-se a estabilidade por suscitar ao servidor estável um desinteresse ao atendimento da finalidade da administração pública. No entanto, consoante explica Maria Sylvia Di Pietro,

O dispositivo não é autoaplicável, uma vez que depende de lei complementar que discipline a matéria; portanto, a perda da estabilidade, até que saia essa lei, continua a depender de sentença judicial ou procedimento disciplinar, em que seja assegurada ampla defesa (2017, p. 809).

Tendo em vista o exposto, conclui-se que diante da transição do modelo burocrático de administração para o modelo gerencial, sucedia um inquestionável conflito entre a garantia de estabilidade do servidor público com o que almejava o modelo gerencial de administração, em face disso, as alterações introduzidas pela Emenda Constitucional nº 19/1998, flexibilizaram o instituto a fim de adequá-lo aos novos preceitos do estado.

Ainda assim, em vista a globalização e as novas configurações da relação entre estado e cidadão nos dias atuais, persiste a insatisfação por parte da sociedade com os serviços prestados pela administração pública, voltando-se a questionar o instituto da estabilidade. Desta maneira, faz-se necessário que se debata acerca do aparente conflito entre a estabilidade e o princípio da eficiência, a fim de buscar soluções diante da importância desses institutos para o Direito Administrativo e a cidadania dos administrados.

3 A ponderação entre estabilidade e eficiência para satisfação do direito fundamental à boa administração pública

A constante evolução das relações sociais e o surgimento de novos institutos, exige ao Estado se aperfeiçoar para regular esses novos fenômenos jurídicos e sociais, rediscutir seus princípios e normas a fim de cumprir com a sua finalidade. À vista disso, o estudo do conflito entre a estabilidade do servidor público e o princípio da eficiência da administração pública, evoca trazer à cena novas possibilidades de harmonização entre esses institutos, recorrendo-se à doutrina contemporânea que percebem a evolução na relação entre o poder público e a sociedade. Essa relação atual entre a administração pública para com seus administrados resulta no surgimento de um novo direito até então pouco reconhecido, o direito fundamental à boa administração pública.

Desta forma, procura-se neste capítulo analisar possibilidades de conciliar o instituto da estabilidade do servidor público em face do princípio constitucional da eficiência, de forma a atender ao direito fundamental à boa administração pública.

3.1 Do direito fundamental à boa administração pública

Ao passo que as necessidades sociais e econômicas evoluem, criam-se novos fenômenos jurídicos e sociais que passam a exigir do Estado e principalmente da administração pública respostas mais eficientes e rápidas aos anseios dos administrados. Igualmente, alguns institutos clássicos do Direito Administrativo, como a supremacia do interesse público, passam a não ser mais suficientes para justificar os atos da administração. Haja visto que estes institutos foram construídos sob o prisma de um poder-agir do Estado, e não em numa noção de correspondência as necessidades públicas como finalidade do Estado. Neste ponto, os direitos fundamentais sugerem idealizar um elo mais horizon-

tal do que vertical entre os cidadãos e o Estado, como consequência, estabelecendo-se um direito fundamental à boa administração pública, que na ideia de Juarez Freitas, pode ser assim conceituado:

Trata-se do direito fundamental à administração pública, eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas. A tal direito corresponde o dever de a administração pública observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem (2009, p. 22).

O Direito fundamental à boa administração pública encontra-se positivado na Carta Dos Direitos Fundamentais da União Europeia, em seu Art. 41, o qual preconiza que o cidadão de bem possui garantias diante da administração pública, como à imparcialidade, isonomia e duração razoável dos procedimentos administrativos, entre outros. No Brasil, a noção de um direito fundamental à boa administração pública está implícito, decorre do conjunto de regras e princípios, entre eles o da eficiência.

Todavia, o direito fundamental à boa administração pública pode estar comprometido pela garantia de estabilidade prevista aos servidores públicos, uma vez que tais agentes públicos em face desta prerrogativa que lhe gera uma sensação de conforto e acomodação, podem vir a pensar que tem garantida sua permanência no cargo mesmo que não desempenhem sua função com a eficiência necessária a satisfazer o dever da boa administração.

Portanto, diante desse panorama, é imprescindível que se discuta a possibilidade se adequar esses dois institutos de tamanha relevância para o Direito Administrativo. Seria possível adequar a estabilidade do servidor público ao direito fundamental à boa administração, garantido por meio do princípio da eficiência? É o que pretende-se apresentar no próximo item.

3.2 O Estado de ponderação

É fato conhecido por todos, de acordo com Regis Fernandes de Oliveira, que prevalece em boa parte sociedade brasileira, o senso comum de descrédito e desconfiança na Administração pública e da ineficiência dos servidores no atendimento efetivo do interesse público (2013, p. 241). Ocorre que, essa incompreensão sobre a estabilidade, pela população e pelos próprios servidores, que a almejam por simples privilégio, resulta em prejuízo, tanto para a administração pública como para seus administrados.

Aliado a isso, é inegável que a máquina pública, em nosso país, é lenta e burocrática, não dando ensejo a grandes inovações por parte dos agentes públicos. Por conseguinte, esses pretextos contribuem para o descumprimento do princípio da eficiência, elemento fundamental ao atendimento do direito à boa administração pública.

Por conseguinte, é primordial a conciliação destes dois princípios, estabelecendo uma ponderação, para que, em vista de sua importância para o Direito Administrativo, cuide-se de não lesar nenhuma dessas garantias. Diante disso, é imperioso destacar o que ensina o doutrinador Gustavo Binenbojm:

A circunstância de o Estado democrático de direito contemplar juridicamente uma vasta miríade de bens, princípios, finalidades e interesses cria a necessidade de incontáveis juízos de ponderação, como forma de proporcionar uma acomodação otimizada entre eles, de acordo com as circunstâncias fáticas e normativas de determinada situação. Daí afirmar-se que o Estado democrático de direito, em sua dinâmica de funcionamento, deve ser entendido como um Estado de ponderação (2014, p. 112).

Outrossim, a prevalência do princípio da eficiência sobre o instituto da estabilidade, deve limitar-se ao necessário para a satisfação do direito fundamental à boa administração, com o intuito de não descaracterizar a garantia de estabilidade, respeitando os direitos individuais, e mantendo sua função de promover a continuidade das prestações sociais por parte do Estado e o desempenho imparcial e moral das atividades públicas.

3.3 Avaliação de desempenho como meio de garantia do direito à boa administração

Em vista da prevalência do interesse coletivo e do respeito ao direito fundamental à boa administração pública, o meio mais viável para solucionar o conflito está na mitigação da garantia de estabilidade do servidor público, sem, contudo, erradicá-la do mundo jurídico. Neste sentido, a Emenda Constitucional nº 19/1998, de acordo com José dos Santos Carvalho Filho, revelando uma preocupação com os servidores ineficientes, realizou a readequação da administração pública, de forma a adequá-la ao princípio da eficiência, pilar daquela reforma (2017, p. 723).

Dentre as alterações, duas tiveram influência direta no instituto da estabilidade do servidor público. Primeiro ao acrescentar o inciso III, ao parágrafo 1º do Art. 41 da Constituição Federal, segundo ao incluir o §4º ao mesmo Artigo, dispondo acerca de duas formas de avaliação de desempenho do servidor. O inciso III diz respeito a uma hipótese de desligamento do servidor pela avaliação periódica de desempenho, já o §4º, trouxe mais um requisito para a aquisição da estabilidade, qual seja, a avaliação especial de desempenho.

Quanto a avaliação especial de desempenho, prevista no Art. 41, §4º, da Constituição da Federal, constitui-se em avaliação realizada uma única vez, no estágio probatório, como requisito para a estabilidade, ao passo que a avaliação periódica de desempenho é uma constante avaliação do desempenho do servidor nas suas atribuições, como condição para permanência no cargo. Todavia, apesar de ser louvável a intenção do legislador, a avaliação especial de desempenho, por si só, não tem força de gerar eficiência na prestação dos serviços públicos, vez que só é realizada durante o estágio probatório. Já a avaliação periódica de desempenho, prevista no Art. 41, inciso III, da Constituição Federal, consiste na avaliação do servidor mesmo após a aquisição da estabilidade.

Sendo assim, esse inciso obriga que o servidor seja mais eficiente e preocupado com os resultados de seu serviço, bem como com a finalidade pública. Contudo, consoante o disposto, tal norma possui eficácia limitada, vez que condiciona sua eficácia à regulamentação legal complementar. De acordo, explica Matheus Carvalho,

Neste caso o servidor já adquiriu estabilidade e continuará sendo avaliado, como forma de se aferir a eficiência da atividade pública. É diferente da avaliação especial, necessária para aquisição da estabilidade. Esta avaliação depende de regulamentação por meio de lei para que seja efetivamente aplicada, por se tratar de norma de eficácia limitada e o texto legal deve garantir ao agente público avaliado o contraditório e a ampla defesa (2017, p. 829).

Assim, percebe-se que a avaliação periódica de desempenho não reproduz plenamente seus efeitos, pois ainda não houve criação de norma regulamentadora. Diante disso, atualmente tramita no Senado Federal Projeto de Lei nº 116/2017, de autoria da Senadora Maria do Carmo Alves, que regulamenta o Art. 41, § 1º, III, da Constituição da República Federativa do Brasil, para dispor sobre a perda do cargo público por insuficiência de desempenho do servidor público estável.

De tal modo, é perceptível a existência de uma preocupação geral com a situação em que encontram-se os serviços públicos no Brasil, a ineficiência gera precarização dos serviços e consequente inconformidade da sociedade. Assim, é que a avaliação de desempenho mostra-se como instrumento eficaz e célere para amenizar este problema.

No entanto, a flexibilização de qualquer garantia constitucional é uma linha tênue, por isso, é primordial que ao analisar de forma crítica qualquer instituto do direito, e neste caso a estabilidade, há que fugir do senso comum, verificando a fundo as consequências e ponderando todos os interesses da relação. Por isso, deve-se cuidar para que a avaliação periódica de desempenho seja fundamentada em critérios objetivos, em que a imparcialidade da comissão de avaliação seja a premissa principal de tal instrumento.

Ante ao exposto, constata-se que a avaliação de desempenho também é uma forma de valorizar os servidores públicos que, apesar de tudo, honram cotidianamente com o dever de boa administração. Todavia, sendo a avaliação de desempenho um modo de cumprimento do dever de eficiência, propensa a flexibilizar a garantia da estabilidade concedida aos servidores públicos, visando a satisfação do direito fundamental à boa administração pública, a maneira que será realizada deve atentar para os demais princípios e normas cogentes ao exercício da atividade administrativa. Somente assim, estar-se-á verdadeiramente cuidando do interesse público.

4 Conclusão

A constitucionalização do princípio da eficiência pela Emenda Constitucional nº 19/1998, ocasionou diversas mudanças a fim de adequar os serviços públicos a um novo propósito de administração, mais eficiente e eficaz. No entanto, verificou-se que o alcance desse princípio possuía limitação na garantia de estabilidade do servidor público, visto por muitos servidores, como instrumento para o descaso e descumprimento com a finalidade do estado, e com o direito fundamental à boa administração pública.

Em face disso, o ordenamento jurídico brasileiro, encontra um grande conflito ao tentar conciliar o princípio da eficiência administrativa e a estabilidade do servidor público, a fim de cumprir com o direito fundamental à boa administração pública, tendo em vista a indisponibilidade destes institutos para o Direito Administrativo. Então, procurou-se estudar uma maneira de maximizar princípio da eficiência sem prejudicar a garantia da estabilidade dos servidores.

Verificou-se que, a Emenda Constitucional nº 19/1998, baseada no modelo gerencial de administração e voltada a eficiência do estado, flexibilizou o instituto da estabilidade, incluindo a avaliação especial de desempenho como condição para aquisição da estabilidade e a perda do

cargo em caso de ineficiência constatada pela avaliação periódica de desempenho. Logo, essas alterações vieram para contribuir para a efetivação do direito à boa administração pública, na medida em que condiciona a permanência no cargo ao dever de eficiência.

Sendo assim, a administração deve, utilizando-se das hipóteses legais, ponderar o princípio da eficiência e o instituto da estabilidade, de maneira a não prejudicar nenhum deles a ponto de descaracterizar seu real sentido. Contudo, em vista do direito fundamental à boa administração pública, não pode o estado omitir-se frente a ineficiência dos servidores públicos, devendo primar pelo interesse coletivo em face da estabilidade, chegando ao seu máximo esgotamento, respeitados os direitos individuais.

Desta forma, sabendo que não se pretende esgotar as possibilidades de solução deste conflito, mas sim, apresentar algumas das causas e possíveis soluções, em vista do entendimento de que os serviços públicos no Brasil encontram-se precários e ineficientes, conclui-se que o direito à boa administração pública é imperioso para a dignidade e a cidadania dos administrados, devendo prevalecer em face da garantia de estabilidade do servidor público, vez que este direito só se concretiza com a prestação eficiente dos serviços públicos.

Assim, por meio das normas legais, baseadas no princípio da eficiência, deve a administração ponderar esses dois interesses conflitantes, primando pela busca de um serviço público eficiente. Diante disso, a avaliação de desempenho demonstra-se um efetivo instrumento para a harmonização desse conflito, e a consequente qualificação dos servidores públicos.

Referências

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: Direitos fundamentais, Democracia e Constitucionalização. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05 mai. 2019.

_____. Constituição (1988). **Ato das Disposições Constitucionais Transitórias**. Diário Oficial da União - Seção 1 - 5/10/1988, Página 27 (Publicação Original). Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/conadc/1988/constituicao.adct-1988-5-outubro-1988-322234-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 29 mai. 2019.

_____. **Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998**. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. Brasília, 4 jun. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm>. Acesso em: 10 mai. 2019.

_____. **Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000**. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Brasília, 04 mai. 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm>. Acesso em: 29 mai. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 13**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menusumario.asp?sumula=1227>>. Acesso em: 02 mai. 2019.

_____. **Lei nº 9784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Brasília, 29 jan. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm>. Acesso em: 10 mai. 2019.

_____. **Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011**. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Brasília, 18 nov. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm>. Acesso em: 10 mai. 2019.

_____. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 116, de 2017**. Regulamenta o art. 41, § 1º, III, da Constituição Federal, para dispor sobre a perda do cargo público por insuficiência de desempenho do servidor público estável. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5237921&ts=1557957729408&disposition=inline>>. Acesso em: 05 mai. 2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 31. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Atlas, 2017.

CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. 4. ed. rev. atual. e aum. Salvador: JusPODIVM, 2017.

DINIZ, Paulo de Matos Ferreira. Tudo **Sobre a Reforma Administrativa e as Mudanças Constitucionais**. Coletânea Administrativa Pública. Brasília: Brasília Jurídica, v.4, 1998.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30.ed. Rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Tratado de Direito Administrativo**, 2 / Coordenadores, Adilson Abreu Dallari, Carlos Valder do Nascimento, Ives Gandra da Silva Martins. São Paulo: Saraiva, 2013.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter Kevin (org.). **Reforma do Estado e administração pública gerencial**. 2. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998.

A proteção do consumidor frente ao avanço histórico das formas de consumo

Luís Felipe Conterato da Silva

Introdução

As relações de consumo e a proteção do consumidor são frutos de significantes transformações sociais e econômicas pelo qual se desenvolveram diversas camadas da população na história da humanidade. Essas transformações alteraram de forma substancial o cotidiano dos indivíduos, formando novos conceitos de vida, consumo, economia e cultura, chegando a tal ponto, que as relações de consumo passaram a necessitar de apoio e regulamentação estatal.

Um dos principais pontapés revolucionários que atribuiu profundas alterações sociais em relação ao consumo e seus reflexos sociais foi a Revolução Industrial. No âmbito do mercado de produção, essa revolução trouxe ao consumo o poder do maquinário e a preferência pela quantidade de itens produzidos em relação à qualidade destes, pois pensava-se (com certa razão) que a indústria, ao produzir mais, poderia vender para um número maior de pessoas. No aspecto social, a Revolução Industrial trouxe consigo o êxodo rural, sendo que “este novo contingente populacional começou, ao longo dos tempos, a manifestar ávido interesse pelo consumo de novos produtos e serviços capazes de satisfazer suas vontades materiais. (BOLZAN, 2015, p. 31)

A manufatura e o trabalho artesanal da época foram deixados de lado em prol do aspecto quantitativo dos produtos, pelo qual os grandes produtores passaram a prezar tão somente pelo atendimento da demanda de produtos e serviços, padronizando formas de produção e ignorando aspectos qualitativos e também discussões de cláusulas e termos contratuais acerca de seus produtos e

serviços, formando-se assim, os primeiros resquícios do que hoje é conhecido como contratos de adesão, ou contrato unilateral.

O mesmo nível de importância quanto à transformação social se dá também em relação à Segunda Guerra Mundial. Os avanços culturais, sociais e principalmente tecnológicos que sobrevieram o evento colocaram a sociedade do trabalho e do consumo em outro patamar, em muito influenciada pela reinvenção/reestruturação do sistema capitalista após o evento. Nesta esteira, Bruno Miragem defende que:

Com a Segunda Guerra Mundial, e, sobretudo, após seu término, assiste-se a profunda modificação da estrutura econômica dos países capitalistas e de seus modelos de negócio. Em grande parte impulsionada pelos avanços tecnológicos da área militar, consolida-se após o conflito, uma crescente indústria de bens de consumo de massa, assim como a crescente massificação do crédito e da atividade publicitária, como novos elementos no cenário econômico mundial. Com isso, altera-se igualmente, o próprio modelo de contrato que inspirou as codificações do século XIX, e própria Código Civil brasileiro de 1916. (MIRAGEM, 2013, p. 39)

Portanto, frente aos avanços tecnológicos e indústrias trazidos pelas revoluções, em especial a Revolução Industrial e as Grandes Guerras, criou-se uma sociedade de consumo, baseado na ideia do consumo material como sinônimo satisfação pessoal, e assim subsequentemente, crescia as produções caracterizadas pela unilateralidade de produção, visando atender à alta demanda, assim expondo os consumidores a tão somente aceitar o que era imposto pelas grandes empresas, situando assim, o consumidor em um plano de inferioridade dentro desta relação de consumo.

1. Evolução histórica das relações de consumo e as legislações pertinentes

A primeira legislação que tratava de direitos de consumidor de forma implícita que se teve conhecimento foi o Código de Hamurábi, escrita pelo Rei Hamurábi, na antiga Mesopotâmia, por volta dos anos 1700 a.C., onde, em determinado dispositivo, aludia a responsabilidade do engenheiro/construtor em razão da queda ou deterioração da obra a qual

construiu, devendo responder na equivalência do dano a qual fora sofrido pelo “consumidor”. O dispositivo que tratava deste comando era o art. 25, §227º, que transcrevia o seguinte texto normativo, *in verbis*: Art. 25 § 227 - “Se um construtor edificou uma casa para um Awilum, mas não reforçou seu trabalho, e a casa que construiu caiu e causou a morte do dono da casa, esse construtor será morto”.

Isto é, seguindo fielmente na esteira das conhecidas diretrizes tão conhecidas do Código de Hamurabi: a pena a ser sofrida pelo autor era equivalente ao dano a qual ele causou. Olho por olho, dente por dente. Destaque no comando retrocitado a presença da palavra *Awilum*, que significava à época a classe dos “filhos dos homens”, seria equivalente a uma classe social, e esta classe seria o ponto mais alto da pirâmide, a mais alta classe, a qual em razão disso prezava por maior proteção. Também de forma implícita, o Código de Manu, escrito entre os anos de 1300 e 800 a.C., transcrevia comandos que previam multas e outras diversas punições para quem entregasse quantia inferior a acertada entre as partes, bem como adulterações de gênero dos produtos.

A evolução das legislações consumistas em sua forma explícita deu-se de forma lenta através da história. Do conhecimento da primeira lei que abordou algum direito consumista (mesmo que não houvesse tal expressão à época), por volta dos anos 1700 a.C. até a primeiras leis explícitas, em meados dos anos 1700 d.C., transcorreram aproximadamente três mil e quatrocentos anos. Nesse meio-tempo, toda a situação histórica, social e cultural dos povos alterou-se de forma substancial, em muito influenciado pelas revoluções que ocorreram na história: antes, o trabalho e seus frutos eram vistos como algo valioso, de fé, que transpunha dignidade e realização pessoal, bem como gerada status social.

Com o passar o tempo, a concepção da vida e da sociedade passou a ter um significado meramente objetivo, nu e cru. O velho artesão, sem mais forças para bater de frente com as grandes indústrias e seu oligopólio, viu-se obrigado a abandonar seu trabalho manual e de qualidade para

simplesmente vender a sua força braçal e passar a trabalhar na linha de montagem. O pensamento marxista do século XIX também influenciou muito na formação da concepção social e da própria visão da sociedade frente a figura do trabalho. Diz o sociólogo Karl Marx que “em lugar da exploração velada por ilusões religiosas e políticas, a burguesia colocou uma exploração aberta, cínica, direta e brutal”. (MARX, 1848, p. 11)

Após a análise das leis que trataram dos direitos consumistas de forma implícita, imperioso analisar as primeiras legislações que trataram de abordar o tema dos direitos consumistas de forma explícita. Nos Estados Unidos, a Lei Sherman (Sherman Act), elaborada por John Sherman e promulgada no ano 1890, e também houver a Lei Royer, promulgada no ano de 1973, na França.

A lei Sherman é considerada a lei antitruste americana. Visava dar ponto final as concentrações de poder que instituíam os cartéis e monopólios entre diversos ramos do mercado, de forma que lesava o crescimento do livre mercado e desestimulava o avanço de pequenos empresários e microempresários.

1.1. A Tutela dos Direitos do Consumidor no Brasil

Os primeiros indícios de proteção ao consumidor no Brasil se deu com o Código Civil de 1916. Porém, como qualquer legislação de direito privado à época, era regido por princípios que soam de teor principiológico muito distante do que se propõe a defesa do consumidor.

Criado sob a égide de princípios liberais advindos principalmente do produto de grandes revoluções que aconteceram no mundo (destaca-se a Revolução Industrial, mas com bem maior ênfase na Revolução Francesa), a legislação civil e privada brasileira no início do século XX não condizia com os direitos próprios do consumidor a qual se entabula nos dias de hoje.

A igualdade visada nas Constituições e demais legislações na época era tão somente a formal, ou seja, somente perante a lei, mas

o que se via na prática destoava de qualquer igualdade material (e do tratamento desigual aos desiguais, na medida das suas desigualdades). O individualismo, o livre mercado, a liberdade contratual e principalmente a obediência estrita ao *pacta sunt servanda* tornavam os indivíduos – e nesse caso, inclui-se os consumidores, como sujeitos amplamente vulneráveis às cláusulas contratuais estabelecidas e, embora houvesse, de certo modo, ampla liberdade de negociação contratual (oposto do que ocorre hoje em dia com a maioria dos contratos sendo de adesão), o que fora instituído em sede contratual deveria ser cumprido independentemente de termos ou condições supervenientes à celebração contratual.

Em análise ao Código Civil de 1916 e aos aspectos que influenciaram a antiga legislação civilista, Antônio Benjamin refere que:

Na família romano-germânica, a proteção dos mais fracos no direito civil, especialmente a prestação dos consumidores nas relações contratuais, resultou do natural desenvolvimento jurisprudencial, concretizando as cláusulas gerais de boa-fé nas relações jurídicas massificadas e despersonalizadas no século XX. No Brasil, porém, a evolução foi diferente e mais lenta, uma vez que o Código Civil de 1916 não trazia tal cláusula geral expressa, apenas presente a boa-fé interpretativa no Código Comercial de 1850 (Capítulo XI) (BENJAMIN et al, 2010, p. 56)

Neste aspecto, muitas vezes os direitos básicos fundamentais eram ignorados ou pormenorizados em prol da necessidade de cumprimento do contrato. O Código Civil de 1916, embora em alguns de seus comandos relativizassem o princípio do *pacta sunt servanda*, ainda era uma lei que se ligava muito ao aspecto individualista e liberal, que eram fundamentos sociais, culturais e econômicos que vigiam na população mundial à época.

1.2. A Constituição Federal de 1988

Com a promulgação da Carta Magna de 1988, o Direito do Consumidor passou a ter um sólido amparo legal na legislação pátria. Os

mandamentos constitucionais estão dispostos nos arts. 5º, inciso XXXII e art. 170, inciso V. O Ato de Disposições Constitucionais Transitórias também traz em seu bojo o lapso temporal para que fosse criado a legislação consumista. O artigo 48 do ADCT diz “O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor”.

O comando do art. 5º, XXXII da Lei Maior dá o seguinte comando, *in verbis*: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantido-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: XXXII – O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.

Já o artigo 170 da Constituição Federal pôs a defesa do consumidor como uma das bases da ordem econômica do país. Diz o referido artigo, *in verbis*: Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: V - defesa do consumidor;

Sobre a origem da proteção legal do consumidor no Brasil, e a garantia de seus direitos leciona Antônio Benjamin:

[...] a inclusão da defesa do consumidor como direito fundamental na Constituição Federal de 1988 também significa, sistematicamente, uma garantia constitucional deste ramo do direito privado, um direito objetivo (na lei, no sistema posto de direito) de defesa do consumidor. É a chamada “força normativa” da Constituição (expressão de Konrad Hesse), que vincula o Estado e os intérpretes da lei em geral, que devem aplicar esse novo direito privado de proteção dos consumidores (institucionalizado na ordem econômica constitucional, no art. 170, V, CF/88, garantido e consubstanciado como valor a tutelar incluído na lista de direitos fundamentais, no art. 5º XXXII, da CF/88). Em outras palavras, a Constituição Federal de 1988 é a garantia institucional da existência e efetividade do direito do consumidor no Brasil. (BENJAMIN, 2010, p. 33)

Portanto, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 com posterior sancionamento da Lei 8.078/90, formou-se no ordenamento jurídico brasileiro um novo detentor de direitos e garantias constitucionais, o chamado consumidor, protegido em toda sua amplitude, tanto pessoa física quanto jurídica, e também na figura da coletividade, ainda que indetermináveis de indivíduos, conhecido pela lei como consumidor equiparado, segundo parágrafo único do art. 2º da Lei Consumista.

1.3. O Código de Defesa do Consumidor de 1990

A lei consumista brasileira foi elaborada em tempo maior do que o previsto no art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que fixava o prazo de 120 dias a partir da promulgação da Constituição para que o Congresso elaborasse um Código de Defesa de Consumidor.

Fabrizio Bolzan caracteriza o Código de Defesa do Consumidor sob três pilares, sendo eles: “lei principiológica; normas de ordem pública e interesse social; microsistema multidisciplinar. (BOLZAN, 2015, p. 42).

É lei principiológica pois está fundada em princípios Constitucionais e próprios que dão o tom da conferência dos direitos aos consumidores, buscando a equidade contratual e fática entre o consumidor e o fornecedor, dentro de uma relação jurídica desigual. É o ensinamento de Rizzato Nunes:

Como lei principiológica entende-se aquela que ingressa nos sistema jurídico, fazendo, digamos assim, um corte horizontal, indo, no caso do CDC, atingir toda e qualquer relação jurídica que possa ser caracterizado como de consumo e que esteja também regrada por outra norma jurídica infraconstitucional. Assim, por exemplo, um contrato de seguro de automóvel continua regulado pelo Código Civil e pelas demais normas editadas pelos órgãos governamentais que regulem o setor (Susep, Instituto de Resseguros, etc.), porém estão tangenciados por todos os princípios e regras da lei n. 8.078/90, de tal modo que, naquilo que com eles colidirem, perdem eficácia por tornarem-se nulos de pleno direito. (NUNES, 2018, p. 112).

Em relação à Lei Consumista como lei de ordem pública e interesse social, traz o art. 1º da referida lei, *in verbis*: Art. 1º O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, **de ordem pública e interesse social**, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias. (grifo nosso).

Observando o Código de Defesa do Consumidor sobre o aspecto de lei de ordem pública e interesse social, Bruno Miragem infere que “embora não a torne hierarquicamente superior às demais, lhe outorga um *caráter preferencial*. De outra parte, na medida em que realiza o conteúdo de um direito fundamental, de matriz constitucional, retira da esfera de autonomia privada das partes a possibilidade de derogá-la (norma imperativa). (MIRAGEM, 2013, p. 58

Assim, em uma hipótese de aplicação em caso concreto, “sendo abusiva uma cláusula contratual, ela será anulada, não cabendo a alegação de que o consumidor estava consciente e de que gozava de plenitude de sua capacidade mental” (BOLZAN, 2015 p. 44).

Cita-se como exemplo os dispostos nos incisos que compõem o art. 51 do Código de Defesa do Consumidor, que expressa, *in verbis*: Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis.

A lei 8.078, de 1990, também é uma lei considerada como um micro-sistema jurídico multidisciplinar, baseado em princípios próprios e com fundada em inúmeras matérias jurídicas, tais quais adota como fundamento o direito constitucional (princípios da igualdade material e da dignidade da pessoa humana); o direito civil (responsabilidade objetiva do fornecedor); o processo civil (inversão do ônus probatório) e o

direito penal (sanções previstas aos fornecedores caso descumpram os comandos da Lei Consumista).

2. Relação de consumo e seus elementos

A relação jurídica de consumo situa-se como uma relação firmada entre dois sujeitos próprios deste ramo do ordenamento jurídico. São eles: consumidor e fornecedor. Essa conexão formada conjuntamente entre eles tem como objeto uma relação de compra de produtos ou a contratação de algum serviço do fornecedor pelo consumidor. A importância da exata pontuação do que é uma relação de consumo é fundamental para delimitar a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor ao caso concreto.

O doutrinador Fabrício Bolzan, ao abordar as figuras do consumidor e do fornecedor, bem como produto ou serviço, diz que ambos os conceitos “não se sustentam por si mesmos, nem podem ser considerados isoladamente. As definições estão atreladas umas nas outras, necessitando da presença de ambas para ensejar a aplicação do Diploma Consumerista”. (BOLZAN, 2015, p. 57).

Na mesma esteira, Sérgio Cavalieri Filho, divide os elementos da relação de consumo em classificações que se compõem em dois grupos distintos, sendo estes: a) subjetivos: relacionados aos sujeitos dessa relação jurídica; b) objetivos: relacionados ao objeto das prestações ali surgidas. No primeiro plano, encontram-se os consumidores e os fornecedores; no segundo plano, os produtos e serviços. (CAVALIERI FILHO, 2011, p. 59).

É unânime na doutrina quanto aos agentes que compõe a estrutura de uma relação de consumo, Zelmo Denari compactua a seguinte ideia:

No polo ativo da relação jurídica de consumo figura o *fornecedor*, assim entendido o operador econômico, pessoa física ou jurídica, que participa do ciclo produtivo-distributivo, desenvolvendo atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação,

distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços (cf. art. 3º). No polo passivo da mesma relação se encontra o *consumidor*, pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário (DENARI et al, 2011, p. 189-190).

Portanto, imperioso destacar que as figuras detentoras de direitos constitucionalmente garantidos são os consumidores, tanto como individuais, pessoas físicas, jurídicas ou coletivos, conhecido no Código Consumista como consumidores equiparado.

2.1 Conceito de Consumidor

Imperioso de início destacar o conteúdo integral do art. 2º do Código de Defesa do Consumidor, *in verbis*: “Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.”

Neste comando legislativo, extrai-se o conceito de consumidor padronizado, ou standartizado, além da forma especial de consumidor que é o consumidor equiparado. Desta instrução, independe se o consumidor é pessoa física ou jurídica, o que importa é que o mesmo será o destinatário final da relação de consumo, tanto mediante aquisição de produtos ou contratação de serviços.

Quanto ao conceito de destinatário final, exposto no *caput* do art. 2º do Código de Defesa do Consumidor, refere-se como destino final fático do produto ou serviço. Ou seja, encerra-se a cadeia de consumo no consumidor, que usufruirá do bem adquirido até o fim da vida útil do produto de forma definitiva, sem mais retorno deste produto ao mercado de consumo, porém, o conceito de destinatário final é apreciado com uma enorme gama de interpretações.

A respeito da pluralidade de interpretações deste conceito, leciona o doutrinador Bruno Miragem:

Ocorre que a expressão destinatário final admite distintas interpretações. Por ela podemos identificar em um primeiro momento aquela que implica a utilização do bem, mediante sua destruição, aproximando-se do conceito de bens consumíveis. Presente no direito civil. Por outro lado, por destinatário final se pode identificar como sendo o *destinatário fático*, ou seja, aquele que ao realizar o ato de consumo (adquirir ou utilizar), retira o produto ou serviço do mercado de consumo, usufruindo de modo definitivo a sua utilidade. [...] Sustentamos, todavia, que o conceito de consumidor deve ser interpretado a partir de dois elementos: a) a aplicação do princípio da vulnerabilidade e b) a destinação econômica não profissional do produto ou do serviço. Ou seja, em linha de princípio e tendo em vista a teleologia da legislação protetiva deve-se identificar o *consumidor como destinatário final fático e econômico do produto ou serviço*. (MIRAGEM, Bruno, p. 137).

Extraí-se desse entendimento o fundamento que relativiza o emprego e a abrangência da posição de consumidor, para que passe a englobar a figura da pessoa jurídica. Deve-se destacar, primeiramente, que a aquisição de um produto por uma empresa para que o mesmo passe a integrar a estrutura produtiva visando de alguma forma, reintroduzir produtos ou serviços ao mercado, não é abarcada pelo conceito trazido pelo art. 2º, em seu caput.

2.2 Conceito de Fornecedor

O art. 3º do Código de Defesa do Consumidor conceitua o fornecedor, sendo, *in verbis*: Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Percebe-se que o referido dispositivo elucidou um conjunto de atividades que se emoldam no conceito de fornecedor, assim “a identificação do fornecedor pela disciplina do CDC depende da conclusão acerca do exercício de atividades tipicamente profissionais, como comercialização,

produção, importação, com uma dose de habitualidade, como é a transformação e distribuição de produtos” (SCHMITT et al, 2016, p. 24).

Nota-se que o conceito apresentado pelo referido artigo do Código de Defesa do Consumidor é demasiado amplo e alvo de diversas interpretações. Extrai-se do artigo que o fornecedor pode ser classificado como profissional, que produz, distribui e comercializa produtos ou serviços, sendo o objeto principal de seu comércio, ou seja, realiza esta atividade de comércio com habitualidade, como forma de empreendimento e consequentemente de sustento, e sobre os produtos e serviços, o fornecedor detém todo o conhecimento técnico e fático, distinguindo-se da figura do consumidor pois este é a parte vulnerável, tanto tecnicamente quanto faticamente, da relação de consumo. Bruno Miragem refere-se à questão da habitualidade do fornecedor com o seguinte pensamento:

Poder-se-ia afirmar que o que distingue as situações é a habitualidade com que o fornecedor realiza a sua atividade de fornecimento. Todavia, isto é inverter a relação de causa e efeito dos elementos da atividade de fornecimento dentro da relação de consumo. A atividade do fornecedor é *habitual* por que ela é *profissional*. Ou seja, em nosso entendimento, ainda que não esteja expresso em lei, ao indicar à atividade do fornecedor certa habitualidade, assim como a remuneração, o legislador remete ao critério de desenvolvimento profissional desta atividade. Daí por que a profissionalidade configura um requisito do conceito de fornecedor. (MIRAGEM, 2013, p. 157).

Já na interpretação do fornecedor como um agente econômico inserido no mercado de consumo, o §2º, do artigo 3º, do Código de Defesa do Consumidor expõe, *in verbis*: Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Entende-se da apreciação do parágrafo em comento que o mercado de consumo seria o local onde ocorre a exposição e disponibilidade da compra de produtos ou contratação de serviços com a intenção de gerar

lucro. O público-alvo são os consumidores, que consumirão de acordo com as suas necessidades.

O fornecedor, quando atua no mercado de consumo, significa que o mesmo põe a disposição seus produtos e serviços. Quando o comando legislativo do §2º do art. 3º refere-se a mercado de consumo, infere que “faz com que muitos serviços que não se considerem oferecidos neste mercado sejam afastados da incidência das normas do CDC, como é o caso do fornecimento de crédito para estudantes por intermédio de programa governamental”. (MIRAGEM, 2013, p. 159).

Portanto, fundamental identificar as situações onde o conceito de fornecedor se emolda aos ditames que o Código de Defesa do Consumidor impõe. O fornecedor, ou deve ser profissional ou atuar como um agente econômico no mercado de consumo. Exemplifica-se hipóteses em que não se aplica o Diploma Consumista em situações a contratação dos serviços não se dá no mercado de consumo são os casos de contratação de pelos clientes de serviços advocatícios.

2.3 Conceito de Produtos

A respeito da definição jurídica do que é produto, dispõe o art. 3º, §1º do Código de Defesa do Consumidor, *in verbis*: Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

Ao conceituar o produto, pode-se conceituar que o “produto (entenda-se ‘bens’) é qualquer objeto de interesse em dada relação de consumo, e destinado a satisfazer uma necessidade do adquirente, como destinatário final. (FILOMENO, 2010, p. 51).

Anota-se que o conceito definido pelo parágrafo retrocitado infere quatro postulações, sendo: bem móvel, bem imóvel, bem material ou bem imaterial. Sobre as duas primeiras modalidades, o sentido é semelhante do Diploma Civilista, colacionado na ideia do art. 79, que diz que seriam bens imóveis tudo o que incorporasse o solo, naturalmente ou artificialmente, bem como direitos reais sobre imóveis e direito à suces-

são aberta (art. 80), edificações, mesmo que separadas do solo, a qual foram removidas para outro lugar e os materiais provisoriamente separados de um prédio (art. 81).

Já os bens móveis, é o comando do art. 82 do Código Civil de 2002, *in verbis*: Art. 82. São móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social.

O artigo 83 do Código Civil de 2002 também reforça o significado de móveis, para efeitos legais, abrangendo as energias que tenham valor econômico, os direitos reais sobre objetos móveis e as ações correspondentes e os direitos pessoais de caráter patrimonial e as respectivas ações.

Em relação à definição material do bem, é de fácil elucidação, pois refere-se a bens físicos, tais como automóveis, residências, eletrodomésticos, alimentos. Quanto à definição de bem imaterial, ela andaria conjuntamente com o conceito dos serviços, pois trata-se de “atividades bancárias (mútuo, aplicação em renda fixa, caução de títulos etc.). (NUNES, 2018, p. 139).

2.4 Conceito de Serviços

O comando do art. 3º em seu 2º parágrafo transcreve, *in verbis*: Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Um dos primeiros pontos referidos no comando supra, é a necessidade de remuneração dos serviços. Essa remuneração pode ser tanta direta quanto indireta. Por remuneração direta entende-se como “contraprestação imediata feita pelo consumo ao utilizar um serviço no mercado de consumo. Cita-se, como exemplo, o pagamento em pecúnia efetuado pelo consumidor imediatamente após utilizar o estacionamento de um *shopping center*.”. (BOLZAN, 2015, p. 129).

Já a figura da remuneração indireta se dá quando não há um valor a ser pago por este serviço de forma direta, mas estaria vinculado a outro objeto alheio a este principal. É o exemplo de estacionamentos em supermercados e shopping centers. Entende a doutrina que este exemplo de serviço “não deixa de ser remunerado, uma vez que o valor deste serviço está embutido nos diversos produtos vendidos nesses centros de compras”. (BOLZAN, 2015, p. 129).

Outro item exposto no art. 3, §2º do Código de Defesa do Consumidor foi a exclusão das relações trabalhistas. É notória essa afirmação, pois as relações trabalhistas são regidas por princípios constitucionais com finalidades diversas dos princípios das relações de consumo, além disso, há uma lei (CLT) que regula a relação de trabalho, bem como uma justiça (Justiça do Trabalho) que cuida deste tipo de relação. Assim, não paira dúvidas em relação a este quesito.

Por fim, serviços de natureza bancária, houve bastante conflito no momento da interpretação desta parte do comando da Lei Consumista. Na sequência do início da vigência dessa lei, os bancos tentaram de todas as formas, se “esquivarem” da abrangência de incidência do Código de Defesa do Consumidor.

Neste aspecto, Rizzato Nunes explica, em relação aos serviços de natureza bancária e de crediário, inferindo que:

Ninguém duvida que esse setor da economia presta serviços ao consumidor e que a natureza dessa prestação se estabelece tipicamente numa relação de consumo. Foi um reforço acautelatório do legislador, que, aliás, demonstrou-se depois, que era mesmo necessário. Apesar da clareza do texto legal, que coloca, com todas as letras, que os bancos prestam serviços aos consumidores, houve tentativa judicial de se obter declaração em sentido oposto. Chegou-se, então, ao inusitado: o Poder Judiciário teve de declarar exatamente aquilo que a lei já dizia: que os bancos prestam serviços. (NUNES, 2018, p. 143).

Portanto, o legislador não deixou margem para eventuais tentativas de burlar o Código de Defesa do Consumidor e tentar livrar diversos

ramos de produtos e serviços do âmbito protecionista do referido código. Porém, os amplos conceitos trazidos na lei abarcam todo e qualquer tipo de relação de consumo. Onde há uma parte com maior conhecimento técnico, fático e jurídico, que oferece produtos ou serviços no mercado econômico, e o sujeito que adquire-os é vulnerável, está caracterizada uma relação de consumo. Logo, a legislação a ser aplicada é o Código de Defesa do Consumidor.

3. Conclusão

O desenvolvimento histórico e cultural da sociedade e das relações contratuais operaram inúmeras transformações no ramo do direito privado internacional no decorrer dos tempos. Os contratos privados formado entre particulares eram regulados pelo axioma de *Pacta Sunt Servanda*, que significava que os acordos/pactos formado entre as partes, deveria ser cumpridos e respeitados, e o não cumprimento das cláusulas obrigacionais contida neles ocasionava a quebra do contrato.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 e logo em seguida, do Código de Defesa do Consumidor, em 1990, traçou-se uma linha limítrofe que separa o direito de ramo privado do direito do consumidor, este um diploma de caráter misto, contendo em seu bojo normas de direito público e privado, ao mesmo tempo. Nele há princípios que permitem a intervenção estatal nas relações de consumo, bem como coloca o fornecedor como responsável objetivo pela ocorrência de vícios de produto ou de fato, em relação ao objeto da do contrato de consumo. Por razão deste conjunto de ditames e princípios que o caracterizam, o Código de Defesa do Consumidor é conhecido frente a doutrina como um microssistema jurídico.

Em observância em determinados ramos jurídicos e em virtude da ocorrência de delimitadas situações cotidianas, a obediência a certos princípios passam a deter maior necessidade. Ao estudar as relações de consumo sob o olhar da Constituição Federal, Código de Defesa do Con-

sumidor e demais legislações pátrias, os direitos fundamentais da saúde, segurança, igualdade e também da personalidade são os que mais estão em pauta.

Ademais, a figura do indivíduo consumidor, sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor, é pessoa vulnerável e hipossuficiente. Não carecendo de meios jurídicos, fáticos e técnicos para enfrentar uma relação de consumo de igual para igual, por isso, necessita de apoio da legislação estatal para criar um contrapeso nas relações de consumo.

Em um comparativo entre a Constituição Federal de 1988 e o Código de Defesa do Consumidor, fruto da Lei 8.078/1990, nota-se uma semelhança peculiar, provavelmente instada pela proximidade da promulgação das leis: o consumidor pessoa física (art. 2º do Código de Defesa do Consumidor), equivale-se, à luz da Constituição, com o cidadão, detentor de todos os direitos escritos na Carta Magna, inclusive os citados no art. 5º, da referida lei.

Ao analisar a constante modificação das premissas sociais, culturas e formas de viver aplicáveis com seus reflexos nas relações de consumo, além da própria posição de presunção de inferioridade do consumidor perante o fornecedor, imperioso destacar a base legal dos direitos fundamentais que ditam o andamento e constroem a base legal de funcionamento e direcionamento das relações e das legislações consumistas, ao serem aplicadas ao caso concreto.

4. Referências

ALEXANDRINO, Marcelo e PAULO, Vicente. *Direito Constitucional Descomplicado*, 14ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2015.

BOLZAN, Fabrício. *Direito do Consumidor Esquematizado/ Fabrício Bolzan* – 3. ed. - São Paulo: Saraiva, 2015

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

- BAUMANN, Zygmunt. Vida para consumo. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2007. Relações de consumo: consumismo / org.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2001.
- MARQUES, Claudia Lima / Bessa, Leonardo Roscoe / Benjamin, Antonio Herman de Vasconcellos. Manual de Direito do Consumidor - 7ª Ed. 2016
- MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral*. 3. ed. São Paulo: Atlas S/A, 2000.
- REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 1987.
- NUNES, Rizzatto. Curso de Direito do Consumidor. 7ª ed. São Paulo. Ed. Saraiva, 2012.
- MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor. 6ª ed. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2016.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade de pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- SCHMITT, Cristiano Heineck. BARBOSA, Fernanda Nunes. *Manual de Direito do Consumidor*. Ed. única. Porto Alegre: 2016.
- SEM, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Cia de Bolso, 2010.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- SILVA, Rogerio da. PILLAU, Liton Lanes. Balcão do Consumidor. 2010.

Análise da gestão da prova e do princípio do *nemo tenetur se detegere* no ordenamento jurídico brasileiro

Luís Felipe Conterato da Silva

Introdução

Ao analisar a história da humanidade, a violência e os conflitos sempre estiveram presentes: dos inúmeros conflitos ideológicos da idade média, às lutas por território e às Grandes Guerras do último século, não há como não as vincular relações humanas a atos de violência e coação. É uma figura inerente a história da humanidade. Havendo sociedade, haverá conflito. Os confrontos violentos geram atos que, ao olhar da lei, violam direitos e garantias humanas e análise da (i)licitude dos atos era regulada pelos ideais e costumes havidos por cada povo, em cada época, cada qual com suas regulamentações legais.

O direito penal trata-se uma ciência jurídica que visa definir o que é ilícito penal, quais as suas modalidades, entre outros mecanismos que visam coibir a prática de ilícitos penais, almejando resguardar a segurança tanto individual quanto a coletiva, bem como zelar pela justiça no âmbito do mundo jurídico e extrajurídico em busca da justiça social. Preocupa-se o mundo jurídico quanto aos aspectos culturais e as garantias fundamentais havidas a qual tal a sociedade está submetida.

Já o ramo científico do processo penal expressa-se de forma a garantir o respeito às formas constitucionalmente definidas para o manuseio do processo, tal aspecto é operado pelo princípio do devido processo legal, esculpido no art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal. Além disso, este ramo também é regido pelo princípio da paridade de armas, do contraditório, da ampla defesa, entre outros. O objetivo deste ramo de estudo jurídico é prestar efetividade para o

direito penal material, procedendo as formas processuais constitucionalmente definidas para que a sociedade em geral tenha sua segurança resguardada.

Quando o indivíduo supostamente incidir em um tipo penal, taxado objetivamente em lei, o Estado passará a estar autorizado a fazer jus ao seu direito *ius puniendi*. Quanto ao nascimento desta pretensão Estatal.

Em síntese, sendo a estrutura jurídica brasileira regida pelo princípio da legalidade, esculpido no art. 5º, inciso II da CRFB/1998, havendo a incidência de um indivíduo em um tipo penal legal pré-definido, nasce ao Estado, automaticamente, o poder-dever de punir. E, sendo formada essa relação jurídica processual, nascem, às partes, inúmeras prerrogativas e limitações de cunho material e processual, que irão reger a ação penal e a busca pela justiça almejada.

1. A gestão da prova no direito processual penal brasileiro

Para que a figura Estatal dê efetividade a sua pretensão punitiva, com uma condenação ou absolvição, é necessário haver uma construção fático-jurídica da ação ou omissão ocorrida, ou seja, para impor uma sanção a alguém, dentro de toda a estrutura do devido processo legal, imperioso que sejam construídos elementos que reflitam uma real convicção do fato, para que sejam apuradas as circunstâncias jurídicas do ocorrido e tomada as medidas juridicamente pertinentes à pretensão punitiva estatal.

Esses elementos que constituem o processo são conhecidos como provas, que são objetos trazidos ao processo pelos sujeitos integrantes do processo penal (acusador e réu), que visam recriar um fato ocorrido no passado ao magistrado, para que este possa gerir a prova e formar a sua convicção. Assim, são os instrumentos “que visam proporcionar o conhecimento do juiz por meio da reconstrução histórica de um fato” (LOPES JR., 2015, p. 288).

O julgador, em sua posição processual, tem o encargo de servir como ponto de equilíbrio, prezando pela estabilidade jurídica e

direcionando o andamento do processo, sob a égide dos direitos e garantias fundamentais, para que ao final, proceda-se a uma decisão justa. Assim, o Magistrado, de regra, atuaria como mero coadjuvante no processo, cabendo apenas impulsionar o processo e prezar para a manutenção deste nos trilhos legais, respeitando direitos e garantias fundamentais. Na questão da construção probatória das partes e do juiz, com o advento da Constituição Federal de 1988, “restou consolidada a obrigatoriedade de separação das funções de acusar, defender e julgar, fazendo com que o processo se caracterize como um verdadeiro *actum trium personarum*, sendo informado pelo contraditório”. (BRASILEIRO, 2016, p. 819).

O magistrado, ao debruçar-se sobre a mescla de provas acostadas ao processo, quando ao seu exame para prolatação da sentença, deve atentar-se à rigidez fática de tal conteúdo cognitivo. O que se deseja, nesses casos, é um processo que obedeça a todos os ditames e garantias constitucionais, para que não penda dúvida acerca da procedência de toda a construção probatória. Assim, observa-se RENATO BRASILEIRO DE LIMA: “A finalidade da prova é a formação da convicção do órgão julgador. Na verdade, por meio da atividade probatória desenvolvida ao longo do processo, objetiva-se a reconstrução dos fatos investigados na fase extraprocessual, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica” (LIMA, p. 788, 2016).

Nesse sentido, sob a ótica do princípio da devida motivação das decisões judiciais, esculpido no art. 93, inciso IX da Constituição Federal (CF) e art. 155, do Código de Processo Penal (CPP) e não se admitiria, por exemplo, uma condenação fundada em provas abstratas, duvidosas ou mesmo amparada por um sistema de íntima convicção do magistrado, onde este aplicaria o peso e valorização de cada prova sob seu próprio entendimento, sendo desnecessária a motivação.

Observa-se que tais sistemas de valorização probatória não são mais utilizados na jurisdição pátria. Na realidade, vige no Brasil, conforme os dispositivos de lei supracitados, o Sistema da Livre Convicção Motivada. Em razão da interpretação deste princípio, é imprescindível “a importân-

cia de processos com qualidade, pois só poderá haver condenação em face da certeza de culpabilidade, e esta não é obtida através de conjecturas ou suposições, e sim por intermédio de um escorço probatório sólido”. (TÁVORA; ROQUE JÚNIOR, 2016, p. 827).

1.1 Histórico do sistema de valoração das provas

Em um estudo histórico, denota-se a existência de três tipos de sistemas que delimitam o juízo de valoração das provas processuais, sendo estes: o sistema da íntima convicção do magistrado, o sistema da prova tarifada e o princípio do sistema de convencimento motivado do magistrado.

O primeiro modelo, o sistema de íntima convicção do magistrado confere ao julgador o livre arbítrio para o manejo e valoração da prova. Este possui ampla discricionariedade para dosar e acolher ou rejeitar tal prova, e conferir o seu valor da forma que bem entender, sendo desnecessária a motivação do acolhimento, rejeição e consequente valorização do instrumento probatório. Assim, quanto ao conteúdo que constitui a sentença, Renato Brasileiro de Lima assevera:

“[...] resultado da convicção do magistrado, sem que seja necessária a demonstração de razões empíricas que justifiquem seu convencimento, o que permite, em tese, que o juiz julgue com base na prova dos autos, sem a prova dos autos, e até mesmo contra a prova dos autos.” (BRASILEIRO, 2016, p. 824).

O outro modelo historicamente utilizado no manejo da produção probatória foi o sistema de prova tarifada (ou hierarquização da prova). Neste contexto, em cada prova “o valor vinha previamente definido em lei, sem atentar para as especificidades de cada caso”. Neste aspecto, algumas provas se sobressaíam a outras. O melhor exemplo é o histórico sistema de valoração tarifado da confissão, a qual “era considerada uma prova absoluta”. Porém, esse sistema “não permitia uma valoração da prova por parte do juiz, que se via limitado a aferir segundo os critérios

previamente definidos na lei, sem espaço para sua sensibilidade ou eleições de significados a partir da especificidade do caso”. (LOPES JR. 2016, p. 308).

Por fim, o último método de avaliação probatória a ser analisado é o sistema do livre convencimento motivado. Encontra lastro no art. 93, IX, da Constituição Federal e confere ao julgador a livre possibilidade de decidir, desde que haja a devida motivação, na ótica das provas acostadas no processo. Em razão desse método de decisão livre, mas fundamentado, não há de se falar em hierarquia entre as provas. Nesse diapasão, Guilherme de Souza Nucci assevera:

[...] é o método misto, também chamado de convencimento racional, livre convencimento motivado, apreciação fundamentada ou prova fundamentada. Trata-se do sistema adotado, majoritariamente, pelo processo penal brasileiro, encontrando, inclusive, fundamento na Constituição Federal (art. 93, IX) e significando a permissão dada ao juiz para decidir a causa de acordo com seu livre convencimento, devendo, no entanto, cuidar de fundamentá-lo, nos autos, buscando persuadir as partes e a comunidade em abstrato. (2017, p. 357).

Além disso, também não se permite nesse sistema a observância, pelo magistrado, de provas obtidas na fase pré-processual (inquérito policial) para embasar a sentença. Nessa ótica, discorrem Nestor Távora e Rosmar Rodrigo Alencar:

“[...] elementos informativos colhidos na fase preliminar, não devem ser valorados na sentença, afinal, não foram passíveis de contraditório nem ampla defesa, e sequer estão no altiplano das provas. E não se diga que se trata só das decisões condenatórias, pois para absolver, como a dúvida milita em favor do réu, não seria necessário o magistrado socorrer-se aquilo que foi trazido pelo inquérito, e se o fizer, neste caso, não haverá prejuízo. (2016, p. 876).

Observado tais comentários, verifica-se que inúmeros sistemas de manejo probatório já foram utilizados e o que mais se adequou ao Estado Democrático de Direito, tanto no âmbito de limitações ao Estado em seu

poder punitivo, tanto como quanto às garantias fundamentais aos acusados, foi o sistema da livre convicção motivada, muito em razão das lacunas existentes nas outras táticas de manejo probatório, mas principalmente pela intenção em frear o poder de punição do Estado e vislumbrar um processo justo, dispensando-se os já obsoletos métodos inquisitivos que orientavam o direito noutrotra.

1.2. O conceito de princípio no processo penal e o princípio do *nemo tenetur se detegere*

Sabe-se da enorme importância dos princípios para o direcionamento legal do ordenamento jurídico. Sua moldabilidade dá passagem para a sua utilização em inúmeros casos concretos, além de adequar o sistema jurídico à sociedade pelo está inserido.

Não obstante, tem-se como importante frisar sua enorme importância como fonte formal mediata de direito, que influencia o ordenamento jurídico na formação das leis e na apreciação de julgados. O princípio é um produto jurídico maleável e abstrato. Quanto à hermenêutica aplicada ao estudo dos princípios, é imperioso destacar que os princípios existem e devem ser respeitados pelo ordenamento o qual vige o princípio, mas também é notável pontuar que o princípio é um produto jurídico maleável e abstrato, que pode admitir uma gama enorme de interpretações, cada uma de acordo com o contexto fático-jurídico e histórico a qual a sociedade por ele regida encontra-se inserida.

Além do conteúdo trazido pela Carta Magna de 1988 ao ordenamento pátrio, merecem passagem também os tratados e convenções, que possuem posição supralegal na hierarquia normativa brasileira. Acerca do assunto em tela, discorre Renato Brasileiro de Lima:

A Constituição Federal de 1988 elencou vários princípios processuais penais, porém, no contexto de funcionamento integrado e complementar das garantias processuais penais, não se pode perder de vista que os Tratados Internacionais de Direitos Humanos firmados pelo Brasil também incluíram

diversas garantias ao modelo processual penal brasileiro. Nessa ordem, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), prevê diversos direitos relacionados à tutela da liberdade pessoal (Decreto 678/92, art. 7º), além de inúmeras garantias judiciais (Decreto 678/92, art. 8º). (LIMA, 2016, p. 17).

Em entendimento semelhante, asseveram os professores Nestor Távora e Rosmar Alencar:

O processo penal deve estar pautado e ter por vetor principal a Constituição Federal. O processo, enquanto tal, deve ser sinônimo de garantia aos imputados contra as arbitrariedades estatais, sem perder de vista a necessidade de efetividade da prestação jurisdicional. Aliás, o processo é uma das previsões constitucionais de garantia do atendimento ao texto da Constituição do Brasil. [...] Nesse aspecto, os princípios que irrigam a nossa disciplina são fundamentais, muitos deles encontrando respaldo expresso na própria Constituição da República. Os princípios não estão no sistema em um rol taxativo. Em verdade, diante da atividade do jurista para a construção da norma jurídica, serão possíveis aplicações que evidenciem tanto princípios constitucionais expressos como princípios constitucionais decorrentes do sistema constitucional. (TÁVORA; ALENCAR. 2016, p. 44).

Ademais, aliados aos princípios, necessária impor conceituação da funcionalidade dos direitos fundamentais e da necessidade da obediência destes por parte dos integrantes dos polos processuais jurídicos/partes de um processo criminal. Quanto ao conceito e a importância dos direitos fundamentais, lecionam Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino:

“Os direitos fundamentais surgiram como normas que visavam a restringir a atuação do Estado, exigindo deste um comportamento omissivo (abstenção) em favor da liberdade do indivíduo, ampliando o domínio da autonomia individual frente a ação estatal”. (2016, p. 98)

Seguindo na mesma esteira, quanto aos direitos fundamentais, assevera Queijo:

“São imutáveis ou, então, têm a sua alteração bastante dificultada, normalmente somente por emenda à Constituição. Por vezes, não se admitem

modificações tendentes a suprimi-los nem mesmo por emenda constitucional, quando então os direitos fundamentais assim protegidos ganham o *status* de cláusulas pétreas. (2003, p. 52).

Tomada nota dos aspectos supracitado, vislumbra-se enorme notoriedade em analisar o artigo 5º, inciso LXIII da Constituição Federal de 1998, que traz o princípio *nemo tenetur se detegere*, mais conhecido como princípio da não autoincriminação, que se trata de um direito fundamental do acusado. Conceitua-se, de forma mais sucinta, como a não obrigatoriedade do acusado produzir provas contra si mesmo.

Além do disposto Constitucional, o princípio da não autoincriminação também encontra fundamento no art. 8º, item 2, alínea ‘g’ da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 que dispõe da não obrigatoriedade do indivíduo em depor contra sua própria pessoa.

Assim, o princípio *nemo tenetur se detegere* (como qualquer outro princípio) existe para frear a atuação excessiva ou abusiva do Estado e não pode ser objeto de alteração legislativa, ou seja, é um princípio que não pode ser suprimido na lei, haja parte de sua imutabilidade. Dessarte, desdobra-se então que o Estado, ao resguardar os direitos fundamentais (direitos à liberdade, à dignidade da pessoa humana e ao devido processo legal), estará colaborando para a efetivação de um processo justo e com paridade de armas, livre de qualquer coação física ou moral que seja imposta ao acusado para “colaborar” com o processo, haja vista suposta importância probatória que recai sobre a figura do acusado.

Nota-se que durante o período onde o processo penal adotava o sistema inquisitivo, o acusado era visto como um mero objeto do processo e não detinha nenhuma garantia pelo Estado. Inclusive, registrou-se historicamente um grande número de confissões obtidas mediante tortura. Lembrando que a confissão era considerada como a “rainha das provas” e era tida como absoluta. À época do Tribunal do Santo Ofício, inúmeras confissões foram obtidas mediante tortura. Atualmente, conforme explana o processo AURY LOPES JR.: “a confissão não é mais, felizmente, a rainha das provas, como no processo inquisitório medieval” (2016, p. 375).

Quanto às práticas de coação do Estado, explica Queijo:

Já a vedação ao emprego de tortura, tratamento desumano ou degradante apresenta direta relação com o *nemo tenetur se detegere*, na medida em que o citado princípio impede a utilização de qualquer meio tendente a obrigar o acusado a cooperar na persecução penal. A tortura é um desses meios, por excelência, pelo qual se pretende obter, via de regra, a confissão. (QUEIJO, 2003, p. 73).

Assim, o princípio do *nemo tenetur se detegere* engloba inúmeras situações fáticas dentro de casos concretos, como por exemplo o direito ao silêncio no interrogatório (tanto na fase pré-processual quanto processual), a recusa à perícia grafotécnica, à extração de material genético para identificação (DNA), à reconstituições, à acareações, etc.

Importante pontuar que, além do acusado não poder ser compelido a produzir provas contra si mesmo, também é imprescindível que este não sofrerá nenhuma sanção ou prejuízo em razão deste silêncio.

Nesse sentido, explica o professor Guilherme Nucci:

[...] Se o indivíduo é inocente, até que seja provada sua culpa, possuindo o direito de produzir amplamente prova em seu favor, bem como se pode permanecer em silêncio sem qualquer tipo de prejuízo à sua situação processual, é mais do que óbvio não estar obrigado, em hipótese alguma, a produzir prova contra si mesmo. O Estado é a parte mais forte na persecução penal, possuindo agentes e instrumentos aptos a buscar e descobrir provas contra o autor da infração penal, prescindindo, pois, de sua colaboração. Seria a admissão de falência de seu aparato e fraqueza de suas autoridades se dependesse do suspeito para colher elementos suficientes a sustentar a ação penal. (2017, p. 35).

Aury Lopes Jr. infere que quando o indivíduo quiser produzir prova que recaia sobre a sua pessoa, com o intuito de auxiliar o processo (e a acusação), não deverá essa atividade ser considerada uma “autodefesa positiva”, mas sim pelo contrário, como uma “renúncia à autodefesa negativa, pois nesse caso o imputado deixa de exercer seu direito de não

colaborar com a atividade investigatória estatal (e a própria acusação em última análise)”. (2016, p. 85).

Portanto, extrai-se que o princípio da não autoincriminação – *nemu tenetur se degetere* – é visto como um pilar que dá base aos direitos e garantias do acusado através retração dos poderes autoritários e repressivos do Estado, com o objetivo de propor uma equidade na relação processual, haja vista a incongruência de forças entre acusação (Estado) e acusado (particular).

2. Os sistemas processuais penais, a produção probatória e o princípio *nemu tenetur se degetere*

Analisar a estrutura processual penal de um determinado povo pode ser entendido, de certa forma, como um instrumento de balanceamento que tem por função estimar a atuação do poder punitivo estatal em seu território, se este é autoritário, impositivo, ou atua sob a égide garantista. Cada um desses sistemas impôs seus direitos e garantias. Assim, destacam-se na história do direito processual penal os sistemas inquisitivo, acusatório e misto.

2.1 Sistema inquisitivo

O sistema inquisitório é um sistema processual penal de produto eminentemente histórico, com maior impacto conferido no Século XIII e seguintes, com predominância de domínio na Itália, haja vista o forte elo do país com a religião católica. Assim, esse sistema tem estrita ligação histórica com o direito canônico, sendo regido por fundamentos e princípio vinculados à hermenêutica dos costumes da Igreja.

Destacam-se, nesse sentido, como exemplo do sistema inquisitório, a existência do Tribunal do Santo Ofício (Inquisição) na Igreja, que se resumem em instituições que tinham como objetivo o combate

a cultura herege, que tomava maior destaque à época. Nessa linha, Aury Lopes Jr. relembra: “Inicialmente, eram recrutados os fiéis mas íntegros para que, sob juramento, se comprometessem a comunicar as desordens e manifestações contrárias aos ditames eclesiásticos que tivessem conhecimento (2016, p. 41-42).

Sobre o tema aventado, destaca-se os escritos do professor Jacinto Nelson de Miranda Coutinho:

O sistema inquisitório tem raízes na velha Roma, mormente no período da decadência, e alguns traços em outras legislações antigas. Nasce, porém, na forma como estudamos hoje, no seio da Igreja Católica, como uma resposta defensiva contra o desenvolvimento daquilo que se convencionou chamar de "doutrinas heréticas". Trata-se, sem dúvida, do maior engenho jurídico que o mundo conheceu; e conhece. Sem embargo da sua fonte, a Igreja, é diabólico na sua estrutura (o que demonstra estar ela, por vezes e ironicamente, povoada por agentes do inferno!), persistindo por mais de 700 anos. Não seria assim em vão: veio com uma finalidade específica e, porque serve - e continuará servindo, se não acordarmos - mantém-se hígido. (COUTINHO, 2015).

Como característica desse sistema, havia a concentração da gestão probatória nas mãos do magistrado, cabendo a ele os poderes processuais, tendo função de destaque na relação processual. Na mesma seara dos poderes do Juiz, inexistia a separação entre as funções de acusar e julgar, sendo este dotado de parcialidade e posto numa posição hierarquicamente superior às das outras partes. Tampouco havia possibilidade de contraditório e da ampla defesa. Assim, o acusado não era visto como um indivíduo detentor de direitos e garantias seguras, mas sim como um mero objeto do processo. Em breve explanação, sintetizam Nestor Távora e Rosmar Alencar:

No sistema inquisitivo (ou inquisitório), permeado que é pelo princípio inquisitivo, o que se vê é a mitigação dos direitos e garantias individuais, em favor de um pretenso interesse coletivo de ver o acusado punido. É justificada a pretensão punitiva estatal com lastro na necessidade de não serem outorgadas excessivas garantias fundamentais. (2016, p. 23).

Ademais, há resquícios inquisitórios no Código de Processo Penal brasileiro, qual seja, finda a produção das provas durante a instrução criminal de um processo, o juiz, caso se encontre em dúvida e seja necessário esclarecer alguma situação nebulosa acerca de algum ponto relevante, poderá este construir provas de ofício.

Ressalta-se, no entanto, que tal possibilidade é ponto de constante confronto doutrinário e jurisprudencial, haja vista que, pelo que alegam os doutrinadores e juristas em geral, tal incumbência de produção probatória deve ser de encargo do ente acusador, e não do juiz. Nesse diapasão, “permitir ao julgador a gestão da prova equivale a permitir que ele substitua a um ônus que é da acusação. Em resumo, o juiz passa a atuar como julgador, razão pela qual haveria uma afronta ao sistema acusatório.” (TÁVORA; ROQUE JÚNIOR, 2016, p. 293).

Sob o olhar do princípio da não incriminação, anota-se que durante a vigência desse sistema, não houve o que se falar em direitos e garantias ao acusado, pois, além de não haver obediência ao princípio *nemo tenetur se detegere*, também não havia proteção ao acusado pelo princípio *in dubio pro reo*, logo, ocorriam inúmeros atos contra o acusado que violavam o que hoje são direitos fundamentais, mas à época, eram situações comuns: prática de torturas para extrair (falsas) confissões, a utilização do princípio “*in dubio pro societate*” para condenar, dentre outros atos degradantes.

Nesse aspecto, Maria Elizabeth Queijo assevera: “o *nemo tenetur se detegere* coaduna-se perfeitamente com o processo penal informado pelo princípio da presunção de inocência”. Por fim, ao analisar a figura do acusado em sua posição processual, conclui que “não se admitindo, em face do referido princípio, que o acusado venha a tornar-se objeto da prova”.

Por fim, noticia-se que esse sistema teve sua derrocada a partir da virada do século XVIII para o século XIX, principalmente em razão das inúmeras transformações as quais a sociedade mundial estava inserida, destacando-se, por exemplo, a Revolução Francesa. No aspecto das lacu-

nas do sistema inquisitivo, o professor AURY LOPES JR. entende que deu-se “principalmente – por incidir em um erro psicológico: crer que uma mesma pessoa possa exercer função tão antagônicas como investigar, acusar, defender e julgar”. (2018, p. 42

Com o passar do tempo, o sistema inquisitório foi se desgastando, haja vista a enorme confusão que perfazia não tão somente contra o acusado, mas com a sociedade em geral, onde a inexistência do contraditório e da ampla defesa aliada a posição processual amplamente desigual entre acusador e acusado resultava, inevitavelmente, na condenação do acusado.

2.2 Sistema acusatório

Quanto ao aspecto histórico do segundo sistema em exame, introduz o professor Guilherme Nucci:

Pode-se apontar a prevalência do sistema acusatório na época romana antiga, ao mesmo tempo em que se pode encontrá-lo na legislação atual de vários países. Não é uma criação inédita do Iluminismo, tampouco um sistema infalível. Mesmo os ordenamentos jurídicos mais modernos, que adotam a prática acusatória como regra, terminam por acolher alguns aspectos do inquisitivo, no mínimo, para a primeira fase da colheita da prova, mais eficiente e célere. (2019, p. 72)

No sistema processual penal acusatório, é visível a distinção entre quem acusa e o juiz. Em contraponto ao que ocorria à época do sistema inquisitório, nesta engrenagem processual, todos os cidadãos têm plenos direitos garantidos pelo Estado, sendo detentores de garantia do contraditório e da ampla defesa, unidades ausentes no sistema antes examinado. Além disso, nesse sistema o juiz mantém-se como um mero gerenciador do processo, atuando com imparcialidade e passividade na gestão probatória.

Em olhar estrito a função do julgador em contraponto com o sistema inquisitivo, a AURY LOPES JR. infere que, no sistema acusatório,

manter o juiz longe da iniciativa e da gestão probatória, “fortalece-se a estrutura dialética e, acima de tudo, assegura-se a imparcialidade do julgado”. Por fim, conclui dizendo que a imparcialidade “Assegura a imparcialidade e a tranquilidade psicológica do juiz que irá sentenciar, garantindo o trato digno e respeitoso com o acusado, que deixa de ser um mero objeto para assumir sua posição de autêntica parte passiva no processo penal”. (2018, p. 43-44).

Portanto, vislumbra-se nesse sistema um maior respeito as garantias das partes (tanto do acusado como da parte acusadora). A figura imparcial e passiva do juiz na gestão da prova assegura a garantia ao princípio do juiz natural. No direito pátrio, tal princípio encontra escopo no art. 5º, inciso XXXVII, da Constituição Federal de 1988, que colaciona, *in verbis*: “Art. 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: [...] XXXVII – não haverá juízo ou tribunal de exceção”.

3.3 Sistema misto

Com a primeira existência registrada no período pós Revolução Francesa, com a positivação do Code d’Instruction criminelle francês (Código Processual Penal Francês – tradução livre), o sistema misto registrava como principal característica veiculada nessa metodologia a presença dos dois compostos: inquisitivo e acusatório. Aquele, presente na fase pré processual, este, aplicado na fase processual.

O doutrinador Guilherme Nucci, em análise instrumental e histórica do sistema misto, assevera:

Surgido após a Revolução Francesa, uniu as virtudes dos dois anteriores, caracterizando-se pela divisão do processo em duas grandes fases: a instrução preliminar, com os elementos do sistema inquisitivo, e a fase de julgamento, com predominância do sistema acusatório. Num primeiro estágio, há proce-

dimento secreto, escrito e sem contraditório, enquanto, no segundo, presentes se fazem a oralidade, a publicidade, o contraditório, a concentração dos atos processuais, a intervenção de juízes populares e a livre apreciação das provas. (NUCCI, 2017, p. 72-73)

Já o autor Fernando Capez define o sistema misto como o método em que “há uma fase inicial inquisitiva, no qual se procede a uma investigação preliminar e uma instrução preparatória, e uma fase final, em que se procede ao julgamento com todas as garantias do processo acusatório”.

Por fim, anota-se que a doutrina brasileira, embora reconheça o sistema misto como um sistema histórico, em muito diverge acerca de sua aplicação pelo ordenamento pátrio. Ressalta-se que tal ponto de conflito será exarado no subcapítulo que segue, haja vista a vasta discrepância entre a (in)existência do sistema misto e consequentemente, se efetivamente, seria o sistema processual penal adotado pela Constituição Federal Brasileira.

3.4 Sistemas processuais penais no ordenamento brasileiro segundo a doutrina

Percebe-se enorme divergência doutrinária e jurisprudencial quando o debate versa sobre o sistema processual penal adotado na legislação brasileira. O atrito embarca tanto a visão da aplicação constitucional dos preceitos legais, como também em simples questões de nomenclatura.

Nesse sentido, Guilherme de Souza Nucci que o sistema processual penal adotado no Brasil é o sistema misto. Fundamenta seu entendimento em razão de que “Na Constituição Federal de 1988 foram delineados vários princípios processuais penais, que apontam para um sistema acusatório”, porém, o autor contrapõe: “mas não impõem, pois quem cria, realmente, as regras processuais penais a seguir é o Código de Processo Penal”. No mesmo seguimento, ressal-

ta que a Constituição prevê normas que atestam a existência da Polícia Judiciária, que detém a competência de investigação criminal preliminar. Assim, entende que “para essa fase, por óbvio, os postulados acusatórios não se aplicam”.

Já Aury Lopes Jr. discorda da existência de um sistema processual penal misto, asseverando:

[...] porque, como já apontado, dizer que um sistema é “misto” é não dizer quase nada sobre ele, pois misto todos são. O ponto crucial é verificar o núcleo, o princípio fundante, e aqui está o problema. Outros preferem afirmar que o processo penal brasileiro é “acusatório formal”, incorrendo no mesmo erro dos defensores do sistema misto.

Conclui o autor afirmando que o “processo penal brasileiro é essencialmente inquisitório, ou “neoinquisitório”, sustentando que a fase processual (além da fase pré-processual) também seria de cunho inquisitório, haja vista a concentração da gestão probatória sob o controle do juiz.

Em outra diferente posição, Nestor Távora e Rosmar Rodrigo Alencar defendem a ideia de um sistema processual acusatório, com algumas peculiaridades. Afirmam os autores:

É de se ressaltar, contudo, que não adotamos o sistema acusatório puro, e sim o não ortodoxo, pois o magistrado não é um espectador estático na persecução, tendo, ainda que excepcionalmente, iniciativa probatória, e podendo, de outra banda, conceder habeas corpus de ofício e decretar prisão preventiva, bem como ordenar e modificar medidas cautelares. É essa também a linha expressamente afirmada pela relatoria da Comissão do Projeto de Código de Processo Penal, sugerindo uma leitura não radical do princípio acusatório.

Em contraponto, Nucci tece críticas a quem entende que o processo penal brasileiro é regido pelo sistema acusatório. Entende o autor que os demais doutrinadores que “sustentam a existência exclusiva do sistema acusatório, somente porque a Constituição apresente *princípios*

processuais penais pertinentes ao referido sistema, esbarram em patente equívoco”. Assim, não poderia ser considerado como acusatório um sistema somente por aplicabilidade da Constituição, ignorando a existência da legislação processual penal específica. Completa afirmando que “A adoção de princípios acusatórios não significa, em hipótese alguma, a eleição de um sistema de persecução penal exclusivamente calcado nesse molde”.

Portanto, não importando a nomenclatura adotada pelos doutrinadores e demais juristas, vê-se que, no tocante ao princípio *nemu tenetur se detegere*, o ordenamento jurídico brasileiro, hoje, se adapta ao sistema processual acusatório, onde constitui-se como importante característica a existência do contraditório, o direito ao silêncio, o devido processo legal, a garantia do juiz natural e a paridade de armas, além de outras garantias constitucionais que são incabíveis no processo inquisitório.

4. Conclusão

Analísado todo o conjunto de princípios norteadores das garantias fundamentais que regem o direito processual penal pátrio, observa-se a importância da parte histórico-cultural no tocante à aquilatação das vertentes que formaram a base Constitucional que hoje o direito brasileiro se insere.

Assim, tem-se que no Brasil, o sistema processual penal adotado para a invocação das normas que o regem, ao menos sob o teor da maioria dos doutrinadores e juristas, é o Sistema Acusatório.

Logo, impõe-se destacar que o princípio da não autoincriminação (*nemu tenetur se detegere*), objeto presente do estudo, foi concretizado com o advento deste sistema processual penal.

Ponto importante a relevar nesse sistema foi a supressão da função inquisitorial de acusar e julgar que era atribuída ao juiz. Assim, no sistema acusatório, cabe ao juiz tão somente conduzir o processo, obedecendo os ditames constitucionais e demais leis, para que, ao final, julgue-o, de forma imparcial.

Impõe relembrar que, durante o lapso temporal pelo qual o sistema processual penal inquisitivo reinou no processo penal de inúmeros territórios, a figura do réu (acusado) não era contemplada como hoje (pelo menos no Brasil, sob a ótica majoritária), ou seja, este não possuía nenhuma garantia pelo Estado e perante o Estado, sendo, assim, um mero objeto do processo.

Pende, no entanto, algumas questões a respeito de alguns dispositivos legais que ensejam que o ordenamento jurídico pátrio possui ainda resquícios do sistema inquisitivo. Tais apontamentos geraram novos conceitos terminológicos, tais como a existência de um sistema “neoinquisitorial”, principalmente em razão da possibilidade (ainda que excepcional) da produção probatória pelo magistrado.

Portanto, tomando por base o conjunto de comentários retrotranscritos, tais apontamentos emergem evidentes no tocante à apreciação do princípio constitucional do *nemo tenetur se detegere*, ao vislumbrar-se que esta regra se trata de um ditame predominantemente de cunho acusatório, haja vista que seu principal objetivo é a retração do poder estatal frente a liberdade individual do acusado, criando, assim, um impedimento constitucional para que o acusado não seja compelido a produzir prova com si mesmo, caso não queira.

5. Referências

ALEXANDRINO, Marcelo e PAULO, Vicente. Direito Constitucional Descomplicado, 14^a Ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2015;

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 26 de jul. de 2019.

_____. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 14 de mar. 2019.

_____. DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689.htm>. Acesso em 20/04/2019.

CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 16. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único / Renato Brasileiro de Lima – 4. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

LOPES JUNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 13^a ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. Provas no Processo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2017.

QUEIJO, Maria Elizabeth. O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal. São Paulo: Saraiva, 2003.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal . 12. ed. rev. amp. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016.

Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017) e a necessidade de afirmação do Acesso à Justiça como Direito Fundamental

Manoela Cruz Gehlen ¹

Cássio Henrique Pacheco dos Santos ²

Paulo Henrique Schneider ³

Introdução

O Acesso à Justiça é um direito inerente à pessoa humana e está elencado no rol dos Direitos Fundamentais presentes na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, mais precisamente em seu artigo 5º, inciso LXXIV⁴. Assim sendo, para uma melhor compreensão sobre o tema é necessária uma abordagem histórica e conceitual acerca dos Direitos Fundamentais, assim como de suas dimensões e aplicação, a fim de propiciar um entendimento sobre o Acesso à Justiça como Direito Fundamental.

1 Manoela Cruz Gehlen. Acadêmica de Direito da UPF. E-mail: 168428@upf.br.

2 Cassio Henrique Pacheco dos Santos. Advogado. Mestre em Direito pela UPF, Linha de Pesquisa: Jurisdição Constitucional e Democracia; Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho, com ênfase na docência, pela Faculdade de Direito Damásio - São Paulo/SP - UPF; Pós-Graduado em Direito Material e Processual do Trabalho na Faculdade Meridional - IMED de Passo Fundo/RS; Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela UPF (bolsista - PROUNI); Professor das disciplinas de Direito do Trabalho I e II, Processo do Trabalho, Direito Empresarial e Direito de Recuperação das Empresas da UPF. E-mail: cassiosantos@upf.br.

3 Paulo Henrique Schneider. Advogado. Mestre pela UNISC. Professor de Direito e Processo do Trabalho da UPF. E-mail: phschneider@upf.br.

4 Art. 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: LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

Em cenários pós-guerras, muito em razão dos abusos do poder estatal e da necessidade de proteção da sociedade e de conflitos históricos, surgem os Direitos Fundamentais, divididos em dimensões, tornando-se normas em forma de princípios, estabelecendo premissas a serem seguidas pelos operadores do Direito, a partir da leitura da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, fator que o difere dos Direitos Humanos.

Dentre os Direitos Fundamentais, cabe destaque o Acesso à Justiça, o qual consubstancia-se como um Direito Fundamental e está estabelecido na Constituição Federal. Para uma melhor análise do presente artigo, faz conceituá-lo e definir a sua forma de aplicação, em especial, àquelas pessoas determinadas como hipossuficientes.

Ainda, também é necessária uma abordagem acerca de sua aplicação e efetivação por parte do Estado, haja vista tratar-se de um Princípio com duplo enquadramento, sendo tanto um direito inerente à pessoa humana, quanto um direito de prestação.

Além disso, diante da necessidade desse ser prestado pelo Estado, surgem alguns obstáculos que também devem ser observados por esse, a fim de que esse Princípio seja assegurado a todos, principalmente aos hipossuficientes, e que seja efetivamente aplicado judicialmente.

Dessa forma, o legislador vê a necessidade de normatizar o tema, estabelecendo regras para determinar e garantir a efetiva aplicação desse Princípio, o que determinou, também, o alcance da “integralidade” e da “gratuidade”, sendo que, no que se refere ao segundo, necessário será realizar a distinção dos conceitos de “assistência jurídica gratuita” e “gratuidade da justiça”.

Diante dessas considerações e no âmbito do Direito Trabalhista, tendo como base a Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, a qual introduziu a Reforma Trabalhista, o Acesso à Justiça aos hipossuficientes sofreu algumas alterações em sua aplicação e, em um primeiro momento, poderá ser questionado até mesmo a criação de alguns obstáculos, em

comparação com a legislação anteriormente em vigor na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

Assim sendo, é imprescindível a discussão em questão, em razão de que o Direito Trabalhista tem como Princípio primordial o da Proteção, que visa proteger a parte hipossuficiente da relação de trabalho, ou seja, o trabalhador, de modo que esse, com as alterações trazidas pela Reforma, poderá encontrar dificuldades na garantia do seu direito ao acesso integral e gratuito à justiça.

Portanto, no presente estudo buscar-se-á fidelizar o Acesso à Justiça enquanto Direito Fundamental a partir de fundamentos históricos e constitucionais, com objetivo de reiterar esse direito como obrigatório na interpretação da lei 13.467/2017.

1. O Direito Fundamental do acesso à justiça

Os Direitos Fundamentais, em que pese a ampla abordagem conceitual e histórica que têm, surgiram devido a formação de diversas ideias e de grandes acontecimentos mundiais ao longo dos séculos, de modo a levar as civilizações a encontrarem uma necessidade em limitar o abuso do poder estatal perante a sociedade e proteger essa sociedade, vindo a estabelecer princípios básicos de igualdade e legalidade para tanto (MORAES, 2013, p. 1).

Diante dessa premissa, essas civilizações, por meio de seus Códigos, Cartas e Constituições, estabeleceram uma série de determinações legais que dispunham os Direitos Fundamentais, o qual pode ser conceituado através da unificação de cinco elementos básicos, sendo esses a norma jurídica, a dignidade da pessoa humana, a limitação do poder estatal, e dentre as mais modernas, a Constituição e a democracia (SCHNEIDER, 2015, p. 16).

Também pode ser conceituado, conforme dita Ingo Wolfgang Sarlet (2015, p. 29), como “aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera no Direito Constitucional positivo de determinado

Estado”. Nesse sentido, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco (2000, p. 107) acrescentam:

Os Direitos Fundamentais assumem posição de definitivo realce na sociedade quando se inverte a tradicional relação entre Estado e indivíduo e se reconhece que o indivíduo tem, primeiro, direitos, e, depois, deveres perante o Estado, e que este tem, em relação ao indivíduo, primeiro, deveres e, depois, direitos.

Outrossim, superada a conceituação básica dos Direitos Fundamentais, esses foram organizados por Paulo Bonavides, inicialmente em três divisões, as quais ele determinava, com base na teoria de Karel Vasak, como gerações⁵. Posteriormente, Paulo Bonavides acresce mais duas gerações ao seu entendimento, sendo essas a quarta e a quinta⁶, de modo a concretizá-lo de tal maneira (LINHARES et al., 2016, p. 197).

Essas gerações determinadas por Paulo Bonavides, também são entendidas como dimensões. A maioria dos doutrinadores, entretanto, as dividem apenas em três, sendo essas as de primeira, segunda e terceira dimensão (SCHNEIDER, 2015, p. 16).

Os Direitos Fundamentais de primeira dimensão consubstanciam-se naqueles chamados “direitos de resistência ou de oposição perante o Estado” e surgiram com base nos pensamentos jusnaturalistas, que prevaleceram entre os séculos XVII e XVIII, definindo ideais individualistas e de autonomia em face do poder do Estado (SARLET, 2015, p. 46-47)⁷.

Por sua vez, os direitos de segunda dimensão surgiram em meados do século XIX, durante a ocorrência da Revolução Industrial

⁵Paulo Bonavides pormenoriza essas três gerações, de modo que, para ele, a primeira abrangeria os direitos de liberdade (civis, políticos e individuais), como àqueles resistentes ao Estado; a segunda, enfocaria nos direitos de igualdade (coletivos), consubstanciando os direitos sociais, culturais e econômicos; e o terceiro, por sua vez, apontaria os direitos do gênero humano, do desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e de comunicação (LINHARES et al., 2016, p. 192-193).

⁶Ao crescer a quarta e a quinta geração, Paulo Bonavides, apesar de já ter singularizado as três primeiras gerações, entende por recharacterizá-las, instituindo “à primeira geração, a liberdade; à segunda, a igualdade; à terceira, o direito ao desenvolvimento; à quarta, a democracia; e, por fim, à quinta geração, a paz” (LINHARES et al., 2016, p. 197).

⁷Essa dimensão, segundo salienta Ingo Wolfgang Sarlet (2015, p. 47), trata dos “[...] direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei [...], [das] liberdades de expressão coletiva [...] e [dos] direitos de participação política [...], revelando, de tal sorte, a íntima correlação entre os direitos fundamentais e a democracia. Também o direito de igualdade [...] e algumas garantias processuais [...]”.

(SCHNEIDER, 2015, p. 17), em uma época na qual vigoravam diversos problemas sociais e econômicos, influenciados pelo crescimento da indústria, de modo a induzir o Estado a agir positivamente visando justiça social (SARLET, 2015, p. 47)⁸.

Ademais, a respeito do tema, Paulo Henrique Schneider (2015, p. 17) acrescenta à concepção da segunda dimensão de Direitos Fundamentais, o fato de que essa opera sob o prisma do Princípio da Igualdade⁹.

A terceira dimensão de Direitos Fundamentais¹⁰, todavia, concerne na figura coletiva, de modo a também ser conhecida por “direitos de solidariedade e fraternidade” (SARLET, 2015, p. 48). Surgiu, após o perturbado período da segunda grande Guerra Mundial, em um cenário que preconizava internacionalmente a paz e o equilíbrio ambiental (SCHNEIDER, 2015, p. 17).

As consequências geradas pela guerra clamaram pela unificação de direitos universalmente coletivos, o que tornou os Direitos Fundamentais de terceira dimensão consagrados internacionalmente (SARLET, 2015, p. 49).

Entretanto, em que pese organiza-se em dimensões diversas e trata a respeito do ser humano em si – porém por meio da sua coletividade, os Direitos Fundamentais, nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet (2015, p. 29), se diferem dos Direitos Humanos, na medida em que esse trata das determinações jurídicas de reconhecimento do ser humano com um todo, universalmente, e é aplicado internacionalmente.

O autor ainda cita que, no que diz respeito ao ensino de Otfried Höffe (HÖFFE, 2000, apud SARLET, 2015, p. 31-32), a diferenciação de

⁸Para Alexandre de Moraes (2015, p. 45), esses “são os direitos econômicos, sociais e culturais” (2015, p. 45). Ainda, Alexandre de Moraes cita a visão de Themístocles Brandão Cavalcanti (CAVALCANTI, 1966 apud MORAES 2013, p. 26) a respeito da matéria, na qual esse declara que “o começo do nosso século [século XX] viu a inclusão de uma nova categoria de direitos nas declarações e, ainda mais recentemente, nos princípios garantidores da liberdade das nações e das normas da convivência internacional. Entre os direitos chamados sociais, incluem-se aqueles relacionados com o trabalho, o seguro social, a subsistência, o amparo à doença, à velhice, etc.”.

⁹Ao tratar sobre o tema, Paulo Bonavides complementa que as três primeiras gerações (dimensões) de Direitos Fundamentais têm como basilar o lema da Revolução Francesa, qual seja “Liberdade, Igualdade, Fraternidade”, sendo a “Liberdade” aplicada à primeira dimensão, a “Igualdade” à segunda, e a “Fraternidade” à terceira (LINHARES et al., 2016, p. 191).

¹⁰ Ingo Wolfgang Sarlet (2015, p. 48) os aponta genuinamente como “os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida, bem como o direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e o direito de comunicação”.

Direitos Humanos e Direitos Fundamentais se dá, pois, o primeiro con-substancia-se no “ser pessoa humana”, ao passo que o segundo se remete “às pessoas como membros de um ente público concreto”.

Dessa forma, a distinção em tese pode ser determinada, dentre as tantas ramificações de entendimentos doutrinários acerca do tema, pela concepção de Direitos Humanos alusivo ao jusnaturalismo e de Direitos Fundamentais vinculado ao positivismo, sendo que a positivação desse integra ao seu texto, como base primordial, os Direitos Humanos em si, à medida que, assim, “os direitos naturais e inalienáveis da pessoa adquirirem a hierarquia jurídica e seu caráter vinculante em relação a todos os poderes constituídos no âmbito de um Estado Constitucional” (SARLET, 2015, p. 32)¹¹.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, por sua vez, ao ser positivada, também apresenta especificações no que tange ao tema, ao estabelecer em seu texto a prevalência dos Direitos Humanos como um princípio (artigo 4º, inciso II¹²), ao passo que, em relação aos Direitos Fundamentais, os positiva em seu Título II, intitulado “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, além de os ter separado em cinco capítulos¹³, sendo que no Capítulo I, artigo 5º, inciso LXXIV, instituiu como Direito Fundamental o “Acesso à Justiça”, de modo que, em razão dessa separação, esse passa a ser caracterizado em gênero como um direito individual e coletivo de primeira dimensão, àqueles inerentes à pessoa humana (MORAES, 2013, p. 23).

O Acesso à Justiça, então determinado como um Direito Fundamental na Carta Magna, pode ser conceituado, de acordo com Nelson Nery Jr.

¹¹ Mister se faz salientar que os direitos do homem tomaram abrangência mundialmente a partir de 1948, com a Declaração Universal, formada no cenário pós Segunda Guerra Mundial (MENDES; COELHO; BRANCO, 2000, p. 138), de modo a formar o Direito Internacional dos Direitos Humanos, condensado em normas internacionais que visam propiciar mundialmente o respeito aos Direitos Humanos (PIOVESAN, 2010, p. 37), o que nos remete, também, à terceira dimensão de Direitos Fundamentais, que consiste em direitos de solidariedade e fraternidade e também surgiu no delicado cenário pós guerra, no qual a paz e o meio ambiente eram questões imprescindíveis (SCHNEIDER, 2015, p. 17).

¹²Art. 4º - A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: II - prevalência dos direitos humanos.

¹³ O primeiro capítulo trata dos direitos individuais e coletivos (artigo 5º); o segundo dos direitos sociais (artigo 6º ao 11); o terceiro da nacionalidade (artigos 12 e 13); o quarto dos direitos políticos (artigo 14 ao 16); e, finalmente, o quinto dos partidos políticos (artigo 17).

e de Rosa, como um direito de ação em que todos podem “postular tutela jurisdicional preventiva ou reparatória de um direito individual, coletivo ou difuso”. Esses ainda conceituam que o “direito constitucional de ação significa poder deduzir pretensão em juízo e também poder dela defender-se”. (NERY; ANDRADE, 1994 apud MORAES, 2013, p. 245).

Esse direito é substanciado no Princípio da Legalidade, ou seja, quando houver risco ou ameaça a ele, deve-se recorrer ao Poder Judiciário, visto que, de acordo com Alexandre de Moraes (2013, p. 38), é função do Poder Judiciário garantir que o Direito Fundamental do Acesso à Justiça (e todos os demais) seja efetivado, bem como deve o Poder Judiciário administrar a justiça e preservar os direitos presentes na Lei Maior.

Dessa forma, têm-se que o Acesso à Justiça enquanto Direito Fundamental – positivado no artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal de 1988 como um - é o direito que todos os cidadãos têm de fazer jus ao seu direito de ação frente ao Poder Judiciário, seja de um direito, ou seja, como forma de defesa.

Assim sendo, observa-se que o acesso à justiça deverá cada vez mais ser consolidado em nosso ordenamento jurídico como direito fundamental, com objetivo de garantir à todos os cidadãos a busca de seu direito supostamente violado, em especial, quando suscitados por pessoas hipossuficientes. (Fiz um parágrafo de ligamento com o outro item) o que acha?

2. Do acesso à justiça aos hipossuficientes

O Acesso à Justiça enquanto Direito Fundamental, positivado na Lei Maior, é considerado o sistema no qual os litígios podem ser resolvidos e os direitos reivindicados¹⁴, ou seja, detém como primórdio de sua essência o direito de ser digno de poder agir perante o Poder Judiciário. A esse, por sua vez, compete a função de garantir que o Acesso à Justiça seja

¹⁴Para Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988, p. 07), o Acesso à Justiça possui duas finalidades básicas, ou seja, a) “deve ser igualmente acessível a todos” e b) “deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos”.

aplicado a todos, quando se postula defesa ou um direito inerente (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 07).

O Direito Fundamental do Acesso à Justiça está consubstanciado na Carta Magna em seu artigo 5º, inciso LXXIV, disposto no Título II, Capítulo I, o qual dispõe os direitos individuais e coletivos de primeira dimensão ¹⁵(MORAES, 2013, p. 23).

Entretanto, o artigo 5º da Constituição Federal possui alguns dispositivos com conteúdo impositivo, ou seja, demandam que o legislador atue diretamente, a fim de que o bem jurídico tutelado seja efetivamente amparado. Em razão da imprescindibilidade desse fator para que o Acesso à Justiça seja efetivado, o conteúdo impositivo passa a fazer parte das suas características (MENDES; COELHO; BRANCO, 2000, p. 82).

Dessa forma, o Acesso à Justiça apresenta características, além daquelas inerentes à pessoa humana, de direitos à prestação¹⁶. Nessa perspectiva, salientam Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco (2000, P. 204) que,

a moderna dogmática dos direitos fundamentais discute a possibilidade de o Estado vir a ser obrigado a criar os pressupostos fáticos necessários ao exercício efetivo dos direitos constitucionalmente assegurados e sobre a possibilidade de eventual titular do direito dispor de pretensão a prestações por parte do Estado.

Portanto, o Acesso à Justiça possui um “duplo enquadramento”, pois, embora catalogado como um direito de primeira dimensão, esse exige uma atuação direta e efetiva por parte do Estado, de modo a se enquadrar, também, como um direito de segunda dimensão¹⁷.

¹⁵Menciona o autor que os direitos individuais e coletivos estão ligados à ideia de pessoa humana e são aqueles dispostos no artigo 5º da Constituição Federal. O Acesso à Justiça está descrito no inciso LXXIV desse artigo, de modo a consequentemente também ser caracterizado dessa forma (MORAES, 2015, p. 23).

¹⁶Segundo Ingo Wolfgang Sarlet (2015, p. 191-192), os direitos à prestação “implicam uma postura ativa do Estado, no sentido de que este se encontra obrigado a colocar à disposição dos indivíduos prestações de natureza jurídica e material”, bem como objetivam, além da liberdade perante o Estado, a liberdade por intermédio desse, haja vista que o indivíduo “depende em muito de uma postura ativa dos poderes públicos”.

¹⁷Os direitos de segunda dimensão são aqueles que demandam ao Estado “comportamento ativo na realização da justiça social” (SARLET, 2015, p. 47).

Acerca dos direitos à prestação, Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2015, p. 162) aduzem que eles “conectam-se ao propósito de atenuar desigualdades fáticas de oportunidade”. Isto é, esses direitos estão vinculados ao cenário financeiro e econômico ao qual se encontra o Estado, sendo que dependem de disponibilidade material para que sejam efetivados. À vista disso, complementam os autores que

[...] a realização dos direitos sociais implica, necessariamente, privilegiar um bem jurídico sobre outro, buscando-se concretizá-lo com prioridade sobre outros. A efetivação desses direitos implica favorecer segmentos da população, por meio de decisões que cobram procedimento democrático para serem legitimamente formadas [...].

Logo, o Acesso à Justiça como um direito de segunda dimensão, diante de sua característica de direito à prestação, de modo a demandar uma atuação direta por parte do Estado, também exige que esse institua os pressupostos fáticos, os quais são necessários para que os direitos constantes na Carta Magna sejam efetivamente assegurados, de maneira que essa efetivação está sujeita à reserva do possível¹⁸(MENDES; BRANCO, 2015, p. 162).

Por conseguinte, a “prestação devida pelo Estado varia de acordo com a necessidade específica de cada indivíduo”, de modo que, tendo em vista essa variação, o fato de haver mais despesas com determinada parte da sociedade implica na adesão, pelo Estado, de critérios de distribuição em relação à essa verba (MENDES; BRANCO, 2015, p. 642).

Considerando essa premissa, Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988, p.15-26) mencionam que a efetivação do Acesso à Justiça possui alguns obstáculos, quais sejam as altas custas judiciais suportadas pelos litigantes; a possibilidade das partes, que envolve, principalmente, os

¹⁸A reserva do possível pode ser entendida, consoante menciona Nathalia Masson (2015, p. 290), como uma “limitação jurídico-fática que poderia ser apresentada pelos Poderes Públicos tanto em razão das restrições orçamentárias que lhes impediria de implementar os direitos e ofertar todas as prestações materiais demandadas, quanto em virtude da desarrazoada prestação exigida pelo indivíduo”.

recursos financeiros que essas dispõem; e os problemas especiais dos interesses difusos.

Desses obstáculos, merecem destaque as custas judiciais e a possibilidade das partes, os quais são determinantes para que o Direito Fundamental do Acesso à Justiça possa ser efetivado a todos.

As custas judiciais abrangem os custos do processo em si perante o Judiciário e, principalmente, os honorários sucumbenciais devidos aos advogados, sendo que possui como fator determinante o tempo, haja vista que a delonga pode fazer com que as custas de uma demanda aumentem, vindo a tornar inacessível a justiça para muitas pessoas (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 15-21).

Outrossim, no que tange à possibilidade das partes, aquelas que detém, financeiramente, mais recursos, consequentemente possuem vantagens em relação à resolução de um litígio, pois podem pagar para tanto, bem como suportar possível delonga que o litígio pode demandar (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 21).

Conquanto, Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988, p. 31-35) apresentam soluções práticas para enfrentar esses obstáculos, sendo uma delas definida como “assistência judiciária para os pobres”. Ao tratar sobre essa “solução”, os autores mencionam diversas reformas feitas pelos sistemas constitucionais ao redor do mundo, as quais foram realizadas de modo a integralizar o Acesso à Justiça, merecendo destaque algumas delas.

Dentre as reformas o “Sistema *Judiciare*”¹⁹ foi de grande importância, pois visa “proporcionar aos litigantes de baixa renda a mesma representação que teriam se pudessem pagar um advogado”. Nesse sistema, então, a parte que se enquadra nos termos da Lei será representada por um advogado, porém esse será pago pelo Estado. Em que pese busque efetivar o acesso à justiça como um direito, esse sistema negligencia os pobres como classe, de modo que apenas os trata indivi-

¹⁹Esse sistema consolidou-se a partir de grandes reformas na assistência judiciária feitas na Áustria, Inglaterra, Holanda, França e Alemanha, em meados da década de 70 (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 35).

dualmente, restando os seus interesses coletivos perante demandas judiciais desamparados (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 35-39).

Por sua vez, o sistema “O Advogado Remunerado Pelos Cofres Públicos” difere-se do anterior, na medida em que equipes de advogados particulares da vizinhança são pagos pelo Estado para tratarem das demandas coletivas dos pobres, ou seja, dos seus interesses de classe²⁰(CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 36-40).

Há, também, o “Modelo Combinado”, no qual o Estado custeia aos pobres os serviços de um advogado particular e de equipes de advogados particulares, de modo a beneficiar ambos os interesses, os coletivos e individuais²¹ (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 43-47).

Em razão da problemática evidenciada, a fim de determinar a questão do Acesso à Justiça aos necessitados, foi implementada no Brasil, em 05 de fevereiro de 1950, a Lei Federal nº 1.060, que estabelece normas para a concessão de assistência judiciária a quem não dispõe de recursos financeiros para tanto.

Entretanto, com a incidência do Novo Código de Processo Civil pela Lei nº 13.105 de 15 de março de 2015, diversos artigos da Lei nº 1.060/1950 foram revogados, à medida que o Novo Código Civil passou, também, a disciplinar essa questão na Seção IV, intitulada “Da Gratuidade da Justiça”, em seus artigos 98 a 102 (GONÇALVES, 2016).

Nesse contexto, o Novo Código de Processo Civil, ao introduzir e disciplinar a questão da gratuidade da justiça, alterou alguns dispositivos da Lei nº 1.060/1950, sendo que essa alteração e introdução no Novo Código de Processo Civil revogou os artigos dessa Lei, de modo a atualizá-los.

Como exemplo da situação narrada, o artigo 98 do Novo Código de Processo Civil²² passou a regulamentar o que era anteriormente previsto

²⁰Diferente do “Sistema Judiciare”, que possui aplicação na Europa, esse sistema é adotado nos Estados Unidos e é conhecido como Legal Services Corporation, sendo que é independente e o governo influi diretamente (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 42).

²¹Esse sistema foi adotado pela Suécia e Quebec, também em meados da década de 70 (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 43).

²²Art. 98 - A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios têm direito à gratuidade da justiça, na forma da lei.

no artigo 2º da Lei nº 1.060/1950²³. Essa regulamentação excluiu o requisito “sem prejuízo do sustento próprio ou da família” da concepção tida anteriormente na Lei nº 1.060/1950 (GONÇALVES, 2016).

Sob a ótica dos artigos mencionados, verifica-se que ambos buscam determinar quem pode recorrer à gratuidade da justiça, bem como buscam introduzir requisitos para tanto. Nesse sentido, primeiramente é importante delimitar a diferença que há entre o conceito de “assistência jurídica gratuita”, presente no artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal de 1988, e o de “gratuidade da justiça”, presente no título da Seção IV do Novo Código de Processo Civil²⁴.

Para tanto, no que tange à assistência jurídica gratuita, essa determina o direito que a parte litigante tem no processo, de ter fornecido pelo Estado assistência jurídica de forma gratuita (GONÇALVES, 2016), ou, nas palavras de Cassio Scarpinella Bueno (2016, p. 55), como forma de “reduzir, se não eliminar, obstáculos financeiros que privariam o economicamente hipossuficiente de adequado Acesso à Justiça”.

Em relação ao conceito de gratuidade da justiça, essa “consiste na dispensa do adiantamento de despesas processuais”, bem como visa “evitar que a falta de recursos financeiros constitua um óbice intransponível ao acesso à justiça”, consoante o próprio artigo 98 do Novo Código de Processo Civil menciona (DIDIER JR.; OLIVEIRA, 2016, p. 21). Nessa acepção, Pontes de Miranda (1958, p. 460) diferencia ambos conceitos:

Assistência judiciária e benefício da justiça gratuita não são a mesma coisa. O benefício da justiça gratuita é direito à dispensa provisória de despesas, exercível em relação jurídica processual, perante o juiz que promete a prestação jurisdicional. É instituto de direito pré-processual. A assistência judiciária é a organização estatal, ou paraestatal, que tem por fim, ao lado da dispensa

²³Art. 2º - Gozarão dos benefícios desta Lei os nacionais ou estrangeiros residentes no país, que necessitarem recorrer à Justiça penal, civil, militar ou do trabalho. Parágrafo único - Considera-se necessitado, para os fins legais, **todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família.**

²⁴Em que pese o conceito de “gratuidade da justiça” esteja implícito no Artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal de 1988, esse se difere do termo “assistência jurídica gratuita” (GONÇALVES, 2016).

provisória das despesas, a indicação de advogado. É instituto de direito administrativo²⁵.

Apesar de haver essa diferença de conceituação entre os termos, ambos estão intrínsecos no artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal de 1988, ou seja, tratam-se de um Direito Fundamental.

Ainda, verifica-se que ambos termos se relacionam com dois pontos abrangidos por Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988, p. 47-49) ao tratarem dos sistemas anteriormente mencionados: os pobres – no que tange à insuficiência de recursos econômicos – e o custeio pelo Estado de um representante legal para quem não dispõe de condição financeira. Nesse sentido, esses pontos apresentados também estão diretamente ligados ao termo “hipossuficiente”, utilizado para se referir a “pessoa que é economicamente muito humilde”, bem como pode ser atribuído àquele “que não é auto-suficiente”.

Diante dessas premissas, aqueles que economicamente não possuem condições, demandam auxílio do Estado para poder postular em Juízo, seja em relação a disponibilização de assistência jurídica para tanto²⁶, seja no tocante a gratuidade de toda a demanda, não sendo necessário efetuar pagamento de custas²⁷.

As assertivas até então expostas, reportam-se, também, a questão da integralidade da assistência jurídica, também disposta no artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal de 1988. Essa, no que lhe concerne,

²⁵Fredie Didier Jr. e Rafael Alexandria de Oliveira (2016, p. 23) também diferenciam essas expressões, porém não distinguem apenas os conceitos de gratuidade e de assistência jurídica. Eles diferenciam a conceituação entre benefício da justiça gratuita, assistência judiciária e assistência jurídica, ao passo que o primeiro é “a dispensa do adiantamento de despesas processuais”, o segundo “consiste no direito de a parte ser assistida gratuitamente por um profissional do Direito”, e o terceiro “abrange o benefício da justiça gratuita e a assistência judiciária [...] englobando todas as iniciativas do Estado [...] [visando] promover uma aproximação entre a sociedade e os serviços jurídicos”.

²⁶Nesse caso, o custeio de um advogado pelo Estado ou o fato do Estado dispor da Defensoria Pública como órgão para tanto, são exemplos da situação.

²⁷A gratuidade da justiça, nessa situação, remete-se ao benefício da assistência judiciária gratuita, conhecido, também, como AJG, o qual, consoante já mencionado, “consiste na dispensa do adiantamento de despesas processuais” e impede que a parte não tenha acesso à justiça, Direito Fundamental que detém, por insuficiência de recursos financeiros para tanto (DIDIER JR.; OLIVEIRA, 2016, p. 21).

refere-se principalmente a questão dos custos e despesas do processo²⁸, as quais são isentas daqueles que dispõem do benefício da gratuidade da justiça (DIDIER JR.; OLIVEIRA, 2016, p. 27).

À vista disso, Fredie Didier Junior e Rafael Alexandria de Oliveira (2016, p. 28) destacam a necessidade em haver “meios legais de transpor o óbice financeiro do processo”, para o Direito Fundamental do Acesso à Justiça poder ser usufruído em sua integralidade por aqueles que não dispuserem de condições financeiras para tanto.

Tendo em vista essa necessidade de meios legais, a Constituição Federal de 1988, além de assegurar “o Direito Fundamental à assistência jurídica integral e gratuita” em seu artigo 5º, inciso LXXIV, também a impõe “como um dever do Estado”, ou seja, é responsabilidade do Estado prover os meios legais capazes de possibilitar o integral Acesso à Justiça²⁹ (DIDIER JR.; OLIVEIRA, 2016, p.30).

Ainda, considerando que o Acesso à Justiça é um Direito Fundamental consagrado na Constituição Federal e visando a sua “máxima eficácia possível”, deve ser vetada a aplicação das demais normas que possam limitar a sua aplicação integral (DIDIER JR.; OLIVEIRA, 2016, p. 30), por exemplo, as novas disposições contidas nos parágrafos §§ 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho³⁰, o qual refere que o pagamento das custas é condição para a propositura de nova demanda.

²⁸O artigo 98 do Novo Código de Processo Civil trata das despesas processuais e dispõe que: §1º A gratuidade da justiça compreende: I - as taxas ou as custas judiciais; II - os selos postais; III - as despesas com publicação na imprensa oficial, dispensando-se a publicação em outros meios; IV - a indenização devida à testemunha que, quando empregada, receberá do empregador salário integral, como se em serviço estivesse; V - as despesas com a realização de exame de código genético - DNA e de outros exames considerados essenciais; VI - os honorários do advogado e do perito e a remuneração do intérprete ou do tradutor nomeado para apresentação de versão em português de documento redigido em língua estrangeira; VII - o custo com a elaboração de memória de cálculo, quando exigida para instauração da execução; VIII - os depósitos previstos em lei para interposição de recurso, para propositura de ação e para a prática de outros atos processuais inerentes ao exercício da ampla defesa e do contraditório; IX - os emolumentos devidos a notários ou registradores em decorrência da prática de registro, averbação ou qualquer outro ato notarial necessário à efetivação de decisão judicial ou à continuidade de processo judicial no qual o benefício tenha sido concedido.

²⁹O dever que o Estado demanda, a fim de prover os meios legais e necessários para o acesso integral e gratuito da justiça, decorre em razão do Direito Fundamental do Acesso à Justiça possuir, também, características de direitos à prestação.

³⁰Art. 844 - O não-comparecimento do reclamante à audiência importa o arquivamento da reclamação, e o não-comparecimento do reclamado importa revelia, além de confissão quanto à matéria de fato. § 2º - Na hipótese de ausência do reclamante, este será condenado ao pagamento das custas calculadas na forma do art. 789 desta

Dito isso, no que tange ao Acesso à Justiça aos hipossuficientes, os diversos sistemas mundialmente desenvolvidos buscaram regulamentar os obstáculos encontrados pelo Estado ao prover o Acesso à Justiça a todos, principalmente àqueles que não dispunham de recursos financeiros para tanto, de modo que, no Brasil, a “solução” encontrada, primeiramente, foi a Lei nº 1.060/1950, a qual normatizou a concessão de assistência judiciária aos necessitados.

Atualmente, o Novo Código de Processo Civil passou a regulamentar essas questões, objetivando, principalmente, a efetiva aplicação do dispositivo constitucional do Direito Fundamental do Acesso à Justiça, a fim de que o Estado efetivamente cumpra com o seu dever de prover acesso integral e gratuito à justiça, de modo que os hipossuficientes não fiquem isentos de seu Direito.

Portanto, o acesso à justiça enquanto direito fundamental trata-se de um meio capaz de efetivar a busca pelo direito aos hipossuficientes e, por sua vez, esse norte constitucional deverá cada vez mais ser consolidado, fundamentalmente, na Justiça do Trabalho – que trata de nortear e dar solução jurídica as relações de trabalho e emprego, possuindo como parte hipossuficiente e trabalhador e as suas verbas de natureza alimentar.

3. Da assistência judiciária gratuita na Justiça do Trabalho

O benefício da justiça gratuita e a assistência judiciária gratuita possuem significados diferentes, porém, ambos estão intrínsecos no Direito Fundamental do Acesso à Justiça, consubstanciado no artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal³¹.

Nessa premissa, a assistência judiciária gratuita, nas palavras de Fredie Didier Junior e de Rafael Alexandria de Oliveira (2016, p. 24), trata

Consolidação, ainda que beneficiário da justiça gratuita, salvo se comprovar, no prazo de quinze dias, que a ausência ocorreu por motivo legalmente justificável. § 3º - O pagamento das custas a que se refere o § 2º é condição para a propositura de nova demanda.

³¹ Para FredieDidier Junior e Rafael Alexandria de Oliveira (2016, p. 24), essa diferença de significados gera uma certa ambiguidade, pois a legislação, principalmente a Lei nº 1.060/1950, aplica equivocadamente cada termo, de modo a confundi-los.

da possibilidade de representação, de forma gratuita e por um profissional capacitado da área, sem que necessariamente haja uma demanda em curso perante o judiciário para tanto.

Devido ao fato de estar intrínseca em um Direito Fundamental, disposto na Constituição Federal, a assistência judiciária gratuita é um benefício das partes em diversos ramos do Direito, sendo um deles o Direito Trabalhista.

O Direito Trabalhista, além da Constituição Federal, tem como base legal a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), a qual passou por algumas alterações em razão da Reforma Trabalhista, que ocorreu em função do sancionamento da Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. Ainda, o Direito Trabalhista também possui aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, haja vista que “O Direito Civil [...] é fonte subsidiária do Direito do Trabalho, em situações de lacunas nas fontes principais desse ramo jurídico” (DELGADO, 2017, p. 85).

No que tange à assistência judiciária gratuita e a sua aplicação na esfera trabalhista, anterior à Reforma, essa questão era regida e regulamentada no âmbito trabalhista por algumas Orientações Jurisprudenciais³² e Súmulas³³ (JOÃO, 2017), bem como pela lei 5.584/1970, especificamente no art. 14º da referida lei³⁴

³² Dentre as Orientações Jurisprudenciais, em relação ao tema destaca-se a OJ 304 SDI-1 do TST, a qual dispunha que, “atendidos os requisitos da [Lei 5.584/1970](#) (art. 14, § 2º), para a concessão da assistência judiciária, basta a simples afirmação do declarante ou de seu advogado, na petição inicial, para se considerar configurada a sua situação econômica (art. 4º, § 1º, da [Lei 7.510/1986](#), que deu nova redação à [Lei 1.060/1950](#)). Essa Orientação Jurisprudencial restou cancelada pois foi aglutinada à Súmula 463 do TST.

³³ A Súmula 463 do TST veio a regular a questão da assistência judiciária gratuita na Justiça do Trabalho após ser sancionada a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, que instituiu o Novo Código de Processo Civil (JOÃO, 2017). A Súmula possui dois incisos, os quais determinam que: I - A partir de 26/06/2017, para a concessão da assistência judiciária gratuita à pessoa natural, basta a declaração de hipossuficiência econômica firmada pela parte ou por seu advogado, desde que munido de procuração com poderes específicos para esse fim ([CPC/2015, art. 105](#)); e II - No caso de pessoa jurídica, não basta a mera declaração: é necessária a demonstração cabal de impossibilidade de a parte arcar com as despesas do processo.

³⁴ Na Justiça do Trabalho, a assistência judiciária a que se refere a Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, será prestada pelo Sindicato da categoria profissional a que pertencer o trabalhador. § 1º - A assistência é devida a todo aquele que perceber salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, ficando assegurado igual benefício ao trabalhador de maior salário, uma vez provado que sua situação econômica não lhe permite demandar, sem prejuízo do sustento próprio ou da família.

Outrossim, a introdução do Novo Código de Processo Civil pela Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 revogou diversos artigos da Lei 1.060/1950 e passou a tratar da questão da assistência judiciária gratuita, formando - juntamente com alguns dispositivos que não foram revogados da Lei 1.060/1950³⁵ - a base normativa legal de aplicação da assistência judiciária gratuita, sendo que, na esfera trabalhista, por esse motivo, é aplicada subsidiariamente (DIDIER JR.; OLIVEIRA, 2016, p. 26).

Entretanto, não distante das alterações trazidas pelo Novo Código de Processo Civil, a Reforma Trabalhista também trouxe diversas mudanças e novidades, bem como alterou diversos dispositivos da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), inclusive relativos a aplicação da assistência judiciária gratuita na Justiça do Trabalho (JOÃO, 2017). A respeito dessas alterações trazidas pela Reforma Trabalhista, Jorge Luiz Souto Maior e Valdete Severo (2018) discorrem que

[...] a Justiça do Trabalho tem por pressuposto a facilitação do Acesso à Justiça, o que inclui a noção de *jus postulandi* e de assistência gratuita. Essa última, como se viu, abrange todas as despesas do processo. E [...] [importa] para que a norma seja aplicada em consonância com a proteção que inspira a existência do processo do trabalho [...].

Nesse sentido, a Justiça do Trabalho deve buscar facilitar o Acesso à Justiça - Direito Fundamental - no qual está intrínseca a assistência judiciária gratuita, porém conjuntamente com os Princípios norteadores do Direito do Trabalho - em específico o princípio da proteção.

O Princípio da Proteção é um dos mais importantes do Direito Trabalhista, pois visa proteger a parte hipossuficiente na relação de emprego, qual seja o trabalhador, e por hipossuficiente tem-se aquele que não dispõe de recursos financeiros (DELGADO, 2017, p. 213).

Além disso, o Direito Trabalhista deve possibilitar aos trabalhadores Acesso à Justiça, objetivando maior equidade perante litígios, de forma a

³⁵Os artigos 98 a 102 do Novo Código de Processo Civil e os artigos 5º, caput, 8º, 9º, 10, 13 e parte do artigo 14, todos da Lei nº 1.060/1950, segundo Fredie Didier Junior e Rafael Alexandria de Oliveira (2017, p. 26), constituem a “base normativa infraconstitucional do benefício da justiça gratuita”.

garantir os valores sociais trabalhistas e salvaguardar os direitos dos trabalhadores (SCHIAVI, 2017, p. 12).

Tendo em vista essa ideia, para Mauro Schiavi (2017, p. 17), a Reforma Trabalhista inovou em relação a questão do Acesso à Justiça ao trabalhador, pois trata da questão em diversos dispositivos³⁶, dentre eles o artigo 790, §4º³⁷, da Consolidação das Leis do Trabalhador, o qual possibilita a concessão de justiça gratuita ao reclamado.

Ainda, dentre as novidades no que se refere à assistência judiciária gratuita, os novos dispositivos legais introduzidos pela Reforma Trabalhista fazem com que a parte ainda que amparada pelo benefício da assistência judiciária gratuita pague por despesas durante o processo, como, por exemplo, honorários periciais e honorários sucumbenciais (DELGADO, 2017, p. 50).

É o que se verifica com a introdução, pela Reforma Trabalhista, do artigo 791-A³⁸, que trata a respeito da necessidade de pagamento dos honorários sucumbenciais ainda que o litigante tenha o benefício da gratuidade de justiça.

Também dentre as novidades relativas à assistência judiciária gratuita trazidas pela Reforma, a parte ainda pode demandar esse benefício, porém,

³⁶Podem ser citados como exemplos o artigo 790-B, §2º, da CLT; o artigo 791-A, §3º, da CLT; o artigo 818, §2º, da CLT; o artigo 841, §3º, da CLT; o artigo 843, §3º, da CLT; e o artigo 844, §§ 2º e 4º, da CLT (SCHIAVI, 2017, p. 17-18).

³⁷Art. 790 - Nas Varas do Trabalho, nos Juízos de Direito, nos Tribunais e no Tribunal Superior do Trabalho, a forma de pagamento das custas e emolumentos obedecerá às instruções que serão expedidas pelo Tribunal Superior do Trabalho. § 4º - O benefício da justiça gratuita será concedido à parte que comprovar insuficiência de recursos.

³⁸ Art. 791-A - Ao advogado, ainda que atue em causa própria, **serão devidos honorários de sucumbência**, fixados entre o mínimo de 5% (cinco por cento) e o máximo de 15% (quinze por cento) sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa. § 1º - Os honorários são devidos também nas ações contra a Fazenda Pública e nas ações em que a parte estiver assistida ou substituída pelo sindicato de sua categoria. § 2º - Ao fixar os honorários, o juízo observará: I - o grau de zelo do profissional; II - o lugar de prestação do serviço; III - a natureza e a importância da causa; IV - o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço. § 3º - Na hipótese de procedência parcial, o juízo arbitrar os honorários de sucumbência recíproca, vedada a compensação entre os honorários. § 4º - Vencido o beneficiário da justiça gratuita, desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário. §5º - São devidos honorários de sucumbência na reconvenção para o pagamento das custas do processo.

ao contrário da legislação anterior, deverá comprovar a sua situação de hipossuficiência mediante apresentação de documentos, de modo que mera alegação de carência financeira não basta (SCHIAVI, 2017, p. 80).

Sobre o tema, nesse sentido, por exemplo, é o atual entendimento do Tribunal Superior do Trabalho em relação as empresas:

Assistência judiciária gratuita. Empregadora. Pessoa jurídica. Prova cabal de hipossuficiência. Na linha dos precedentes desta Corte, a concessão da gratuidade de Justiça ao empregador depende de prova de dificuldades financeiras. No caso em exame, a reclamada não fez prova robusta de sua insuficiência econômica, de forma que não há como se conceder a prerrogativa pleiteada, por ausência de prova contundente acerca da dificuldade financeira declarada. Com efeito, a reclamada, embora tenha declarado, nas razões do agravo de instrumento, sua incapacidade econômica, não fez prova cabal de sua insuficiência financeira” (TST, AIRR 0000723-77.2015.5.12.0052; 2a Turma; rel. Min. José Roberto Freire Pimenta. DEJT 17.3.2017)

Por sua vez, em relação aos trabalhadores, para a 3ª Turma do TST a regra que exige comprovação de hipossuficiência não pode ser aplicada isoladamente e, diante disso, concedeu a um encarregado o benefício da assistência judiciária gratuita e a isenção das custas processuais na reclamação trabalhista ainda que o trabalhador possuía a época um salário elevado.

Cita-se, em resumo, o entendimento da turma julgadora sobre o tema:

(...) ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. DECLARAÇÃO DE HIPOSSUFICIÊNCIA. RECLAMAÇÃO TRABALHISTA AJUIZADA NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.467/2017. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO ESTADO DE MISERABILIDADE. **Cinge-se a controvérsia a se saber se é necessária a comprovação do estado de miserabilidade no processo do trabalho para fins de concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita.** A Lei nº 1.060/50, que estabelecia as normas para a concessão de assistência judiciária gratuita aos necessitados, previa no parágrafo único do art. 2º que “Considera-se necessitado, para os fins legais, todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família” Por sua vez, o art. 4º estabelecia como re-

quisito para concessão da gratuidade de justiça que “A parte gozará dos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família”. Dessa disposição, as partes começaram a apresentar nos autos a declaração de hipossuficiência. O art. 5º da referida lei dispunha expressamente que “O juiz, se não tiver fundadas razões para indeferir o pedido, deverá julgá-lo de plano, motivando ou não o deferimento dentro do prazo de setenta e duas horas” Portanto, surgiu para as partes requerentes do benefício da gratuidade da justiça a presunção de veracidade da declaração de hipossuficiência. A jurisprudência do TST havia se consolidado no sentido de que, para a concessão da assistência judiciária gratuita à pessoa natural, bastava a declaração de hipossuficiência econômica firmada pela parte ou por seu advogado. Na mesma linha, o art. 99 do CPC/2015, revogando as disposições da Lei nº 1.060/50 sobre gratuidade de justiça, trouxe em seu § 3º que “Presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural”. Nesse sentido, após a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, o TST converteu a Orientação Jurisprudencial nº 304 da SBDI-1 na Súmula nº 463. Logo, para a pessoa natural requerer os benefícios da justiça gratuita bastava a juntada de declaração de hipossuficiência, sendo ônus da parte adversa comprovar que o requerente não se enquadrava em nenhuma das situações de miserabilidade. No caso de pedido formulado pelo advogado da parte, este deveria ter procuração com poderes específicos para este fim. No entanto, em 11/11/2017, entrou em vigor a Lei nº 13.467/2017 (Reforma Trabalhista), que inseriu o parágrafo 4º ao art. 790 da CLT. Dessa forma, as ações ajuizadas a partir da entrada em vigor da reforma trabalhista estão submetidas ao que dispõe o § 4º do art. 790 da CLT, que exige a comprovação, pela parte requerente, da insuficiência de recursos para a concessão dos benefícios da justiça gratuita. Sem dúvida, o referido dispositivo inaugurou uma condição menos favorável à pessoa natural do que aquela prevista no Código de Processo Civil. No entanto, em se tratando de norma específica que rege o Processo do Trabalho, não há espaço, a priori, para se utilizar somente as disposições do CPC. Logo, o referido dispositivo implicaria, no ponto de vista do trabalhador, um retrocesso social, dificultando o acesso deste ao Poder Judiciário. Assim, a par da questão da constitucionalidade ou não do § 4º do art. 790 da CLT, a aplicação do referido dispositivo não pode ocorrer isoladamente, mas sim deve ser interpretado sistematicamente com as demais normas, quer aquelas constantes na própria CLT, quer aquelas previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Civil. Dessa forma, à luz

do que dispõe o próprio § 3º do art. 790 da CLT c/c com os arts. 15 e 99, § 3º, do CPC, entende-se que a comprovação a que alude o § 4º do art. 790 da CLT pode ser feita mediante a simples declaração da parte, a fim de viabilizar o pleno acesso do trabalhador ao Poder Judiciário, dando, assim, cumprimento ao art. 5º, XXXV e LXXIV da Constituição Federal. Isso porque não se pode atribuir ao trabalhador que postula, junto a esta Especializada, uma condição menos favorável àquela destinada aos cidadãos comuns que litigam na justiça comum, sob pena de afronta ao princípio da isonomia, previsto no caput do art. 5º da CF. Além disso, considerando que o Tribunal Regional registrou que “o autor percebia salário superior a 40% do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social (último salário indicado: R\$ 3.400,00, id 5a9a516, p. 8)”, e sendo incontroverso que ele exercia a profissão de encarregado de obras e que as custas foram fixadas em R\$ 4.361,73, associados à existência de declaração de hipossuficiência, tais elementos, por si só, denotam que o reclamante não tem condições de arcar com as custas processuais sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família. **Não conceder ao autor, no caso dos autos, os benefícios da gratuidade de justiça, é o mesmo que impedir o amplo acesso ao Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, da CF) e discriminar o trabalhador em relação às pessoas naturais que litigam na justiça comum (art. 5º, caput, da CF).** Recurso de revista conhecido por violação do art. 5º, XXXV da CF e contrariedade à Súmula 463, I do TST e provido. (Grifos Nossos) (TST, RR-1002229-50.2017.5.02.0385; 3ª Turma; rel. Min. Alexandre Agra Belmonte. DEJT 05.06.2019.

Embora a reforma trabalhista (Lei 13.467/2017) tenha passado a exigir a comprovação da insuficiência de recursos para a concessão do benefício, observa-se que a Turma concluiu que a regra não pode ser aplicada isoladamente, em face das previsões constitucionais sobre o tema.

Logo, o acesso à justiça enquanto direito fundamental sempre deverá ser o norte do aplicador do direito, conforme decisão exemplificativa acima, em especial, quando verificado que o trabalhador figura em um dos polos da demanda.

Portanto, em razão dessas diversas novidades e alterações trazidas pela Reforma Trabalhista, Mauro Schiavi (2017, p. 18) alerta que, ao aplicar a Lei da Reforma Trabalhista, alguns fatores devem ser observados e levados em consideração, principalmente “as premissas constitucionais de Acesso à Justiça do Trabalho” e “os princípios e singu-

laridades do processo do trabalho”, a fim de não ferir o Direito Fundamental do Acesso à Justiça que tem o trabalhador, bem como para que a “missão institucional do processo trabalhista” seja efetivada.

Dessa forma e tendo em vista que o Acesso à Justiça é um Direito Fundamental disposto na Lei Maior, a nova legislação trabalhista não pode obstá-lo, ou seja, deve ser aplicada conjuntamente e em conformidade com a norma constitucional (MAIOR; SEVERO, 2017).

Assim sendo, os dispositivos introduzidos pela Reforma Trabalhista devem ser aplicados à luz da Constituição Federal de 1988, de maneira que o Acesso à Justiça do trabalhador possa ser prestado de forma integral e gratuita, consoante determina o artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal, e a fim de efetivar os Princípios e objetivos do Direito Trabalhista.

Conclusão

Diante das concepções expostas, verifica-se a importância da aplicação do Princípio do Acesso à Justiça no âmbito do Direito Trabalhista enquanto Direito Fundamental, em razão de que esse direito é essencial e garante o acesso integral e gratuito do trabalhador – que é a parte hipossuficiente da relação de trabalho – à justiça, de modo a poder efetivamente buscar seus direitos no Judiciário sem encontrar obstáculos, em especial, em razão da natureza alimentar das verbas decorrentes da relação de trabalho e/ou emprego.

Entretanto, em que pese o contexto histórico e as premissas por trás desse importante Direito Fundamental, que está claramente disposto na Carta Magna, com a introdução da Reforma Trabalhista, realizada pela Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, notam-se possíveis obstáculos ao trabalhador com a introdução de novas normas acerca do tema, de modo impossibilitar a integralidade e gratuidade desse Direito.

O Acesso à Justiça é Direito de todos previsto claramente na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ou seja, as demais

normas previstas no ordenamento jurídico brasileiro devem levar em consideração essa premissa, bem como é necessária uma atuação direta e efetiva por parte do Estado, de modo a garantir esse Direito Fundamental de forma fiel ao texto da Carta, que não admite retrocesso social.

Outrossim, não obstante seja necessária uma comprovação de hipossuficiência, fatores determinados pelas legislações vigentes sobre a gratuidade da justiça, principalmente pela Lei nº 1.060/1950 (alterada e “absorvida” pelo Novo Código de Processo Civil), bem como pela Consolidação das Leis do Trabalho, é sabido que o Direito Trabalhista possui as suas peculiaridades e principiologia, e predetermina o trabalhador como hipossuficiente na relação de emprego.

Dessa forma, verifica-se que há um conflito entre a principiologia do Acesso à Justiça, enquanto preceito fundamental, e as leis vigentes acerca de sua aplicação, sobretudo, com a essência histórica de princípios do Direito Trabalhista quando analisada as alterações trazidas pela Reforma Trabalhista.

Observa-se, também, que os próprios Tribunais ainda não consolidaram o seu entendimento a respeito da matéria, de modo que as suas decisões sobre o tema divergem, ou seja, diante de várias alterações em legislações e principiologias vigentes, as próprias Cortes possuem as suas dúvidas em relação ao tema, principalmente em razão da introdução de novos dispositivos pela Reforma Trabalhista.

Assim, tendo em vista o exposto, a questão a ser concluída é que o Acesso à Justiça e a sua aplicação no Direito Trabalhista deve ter por base a sua integralidade e gratuidade, observando o trabalhador como parte hipossuficiente da relação (fator determinado pela principiologia trabalhista). Isto é, deve-se ter por base o Direito Fundamental do Acesso à Justiça como norte, aliado ao Princípio da Proteção vigente no Direito Trabalhista, de maneira a facilitar que o trabalhador busque os seus Direitos em Juízo, integralmente e gratuitamente com objetivo de cada vez mais ser fiel ao texto da Carta de 1988.

Referências

- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05 jun. 2019.
- BRASIL. Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. *Consolidação das Leis do Trabalho*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em 08 jun. 2019.
- BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em 05 jun. 2019.
- BRASIL. Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. *Lei da Reforma Trabalhista*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm>. Acesso em 08 jun. 2019.
- BRASIL. Lei nº 1.060, de 05 de fevereiro de 1950. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l1060.htm>. Acesso em 05 jun. 2019.
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Orientação Jurisprudencial nº 304 SDI-1. Disponível em: <<https://www.legjur.com/sumula/busca?tri=tst-sdi-i&num=304>>. Acesso em 08 jun. 2019.
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 463. Disponível em: <<https://www.legjur.com/sumula/busca?tri=tst&num=463>>. Acesso em 08 jun. 2019.
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Assistência judiciária gratuita. Empregadora. Pessoa jurídica. Prova cabal de hipossuficiência. AIRR 0000723-77.2015.5.12.0052. 2ª Turma. Relator: Ministro José Roberto Freira Pimenta. Julgado em 17 mar. 2017.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*: inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a Lei n. 13.256, de 4-2-2016. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 16. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Nunes. *Reforma Trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017*. São Paulo: LTr, 2017.

DIDIER Jr., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Benefício da Justiça Gratuita: de acordo com o novo CPC*. 6. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.

GONÇALVES, Roberto. *Da Gratuidade de Justiça no Novo CPC*. Jusbrasil. 2016. Disponível em: <<https://hgsadvocacia.jusbrasil.com.br/artigos/310845767/da-gratuidade-de-justica-no-novo-cpc>>. Acesso em: 05 jun. 2019.

JOÃO, Paulo Sergio. *Mudanças na Gratuidade da Justiça e nos Honorários de Sucumbência*. Conj. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jul-14/reflexoes-trabalhistas-mudancas-gratuidade-justica-honorarios-sucumbencia>>. Acesso em: 08 jun. 2019.

LINHARES, Emanuel Andrade et al. *Democracia e Direitos Fundamentais: uma homenagem aos 90 anos do professor Paulo Bonavides*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MASSON, Nathalia. *Manual de Direito Constitucional*. 3. ed. rev. atual e ampl. Salvador: Juspodivm, 2015.

MAIOR, Jorge Luiz Souto; SEVERO, Valdete Souto. *O acesso à justiça sob a mira da reforma trabalhista – ou como garantir o acesso à justiça diante da reforma trabalhista*. 2017. Disponível em: <<https://www.jorgesoutomaiormaior.com/blog/o-acesso-a-justica-sob-a-mira-da-reforma-trabalhista-ou-como-garantir-o-acesso-a-justica-diante-da-reforma-trabalhista>>. Acesso em: 08 jun. 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. 1. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MIRANDA, Pontes de. *Comentário ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Forense: Rio de Janeiro, 1958.

MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*: uma teoria geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SCHIAVI, Mauro. *A Reforma Trabalhista e o Processo do Trabalho*: aspectos processuais da Lei n. 13.467/17. 1. ed. São Paulo: LTr, 2017.

SCHNEIDER, Paulo Henrique. *A Concretização dos Direitos Sociais Frente à Jurisdição Constitucional*: análise centrada na tutela especial da mulher nas relações de emprego. São Paulo: LTr, 2015.

SIGNIFICADOS. *Significado de hipossuficiente* [dicionário digital]. Disponível em: <<https://www.significados.com.br/?s=hipossuficiente>>. Acesso em 07 jun. 2019.

A Editora Fi é especializada na editoração, publicação e divulgação de pesquisa acadêmica/científica das humanidades, sob acesso aberto, produzida em parceria das mais diversas instituições de ensino superior no Brasil. Conheça nosso catálogo e siga as páginas oficiais nas principais redes sociais para acompanhar novos lançamentos e eventos.



www.editorafi.org
contato@editorafi.org